

REVISTA DE  
INVESTIGACIONES  
JURIDICAS



# REVISTA DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

# 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 de Administración*
- Lic. Jaime del Arenal Fenochio, *Secretario Académico*
- Dr. Rafael Estrada Michel, *Secretario de Posgrado*

## CONSEJO EDITORIAL

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

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

ISSN 0185-1438

© 2006. Derechos reservados conforme a la ley  
Escuela Libre de Derecho  
Dr. Vértiz núm. 12, México 06720, D. F.

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

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

## ÍNDICE

Treinta años, treinta números ..... 9

## DOCTRINA GENERAL

- MARIANO ALBERTO BONIALIAN  
Hacia una historia crítica del derecho (Una aproximación comparativa a las nociones de derecho medieval, derecho indiano y derecho contemporáneo) ..... 11
- LUIS NORBERTO CACHO PÉREZ  
Breves comentarios sobre derecho familiar ..... 33
- ROLANDO CAÑAS MORENO  
Derecho, lenguaje y sociedad: un diálogo furtivo ..... 65
- JOSÉ MANUEL CASAOPRIEGO V.  
La ejecución de penas tal como se vislumbra en el siglo XXI. Realidad o humanismo. Verdad o ficción ..... 75
- EDMUNDO CASTRO MEDINA  
Criterios hermenéuticos aplicables a la norma laboral ..... 95
- RAFAEL ESTRADA MICHEL  
¿Existe un solo *ombudsman* nacional? ..... 117
- EDUARDO FERRER MAC-GREGOR  
Breves notas sobre el amparo iberoamericano (Desde el derecho procesal constitucional comparado) ..... 133

JAIME SALVADOR GARCÍA GONZÁLEZ Comentarios sobre la prohibición en materia inmobiliaria de la Ley Federal de Correduría Pública .....	159
RODOLFO VIDAL GÓMEZ ALCALÁ El derecho y la ciencia .....	177
FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO Discriminación de precios .....	231
YURI GONZÁLEZ ROLDÁN La titularidad de las ciudades en materia de bienes vacantes y hereditarios en derecho romano .....	275
JOSÉ LUIS ELOY MORALES BRAND Funcionalismo penal en México (la experiencia de una nueva forma de pensar el derecho en el sistema de justicia penal de Aguascalientes) .....	293
JUAN PABLO PAMPILLO BALIÑO Sobre el pensamiento contemporáneo en torno a la justicia .....	337
ALEJANDRO ROSILLO MARTÍNEZ Solidaridad y derechos humanos: el caso de la patrística y el cristianismo primitivo .....	353
JOSÉ ANTONIO SENDÍN MATEOS La crítica de Hans Kelsen a la doctrina del derecho natural (II) .....	401
CÉSAR SERRANO Lengua y derecho en México. Evolución y actualidad de los derechos lingüísticos de la población indígena .....	457
TERESA DOLORES SILVA El proceso de ratificación del tratado constitucional europeo. Su alcance y efectos .....	487

JESÚS ANTONIO DE LA TORRE RANGEL Los Acuerdos de San Andrés: el derecho de decir el derecho .....	537
CLEMENTE VALDÉS S. El poder de los jueces .....	579
JOSÉ MANUEL VILLALPANDO Los fines del Estado mexicano .....	619
MARIO ZANA Contrattualizzazione dell'assistenza .....	647
SECCIÓN MONOGRÁFICA	
MIGUEL ÁNGEL BISOGNO CARRIÓN ¿Cuáles son los derechos procesales del denunciante ante la Ley Federal de Competencia Económica? .....	665
XAVIER GINEBRA SERRABOU Régimen fiscal de las cooperativas de producción en la reforma de 2006 .....	705
RODRIGO ORENDAY SERRATOS La figura de la sociedad relacionada en el establecimiento de filiales de instituciones financieras del exterior en territorio nacional .....	729
ALFREDO TRUJILLO BETANZOS Competencia desleal (análisis del artículo 6 bis del código de comercio) .....	783
MISCELÁNEA	
JORGE ADAME GODDARD La difamación y calumnia como delitos privados .....	809

## JAIME DEL ARENAL FENOCHIO

- Don Luis R. Lagos: "Paladín de las buenas causas"  
en tiempos difíciles (datos inéditos sobre su vida y  
su obra) ..... 827

## IN MEMORIAM

- José Gómez Gordo (1913-2005) ..... 845

## DISCURSOS

- Discurso de la señora Lic. Doña Josette Serrato de García,  
profesora de la Escuela Libre de Derecho, en la  
ceremonia de inauguración de cursos 2006-2007 ..... 847

- 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  
2006-2007 ..... 855

- Discurso pronunciado por el señor Lic. don Alejandro  
Ogarrío Ramírez España, a nombre del comité de posgrado,  
en la ceremonia de inauguración de la maestría en derecho  
y de los cursos de posgrado 2006-2007 ..... 859

- Discurso pronunciado por el señor Dr. don Jorge Adame  
Goddard, en la ceremonia de inauguración de la maestría  
en derecho y de los cursos de posgrado 2006-2007 ..... 867

- Discurso pronunciado por el señor Lic. don Ignacio R.  
Mórales Lechuga, Rector de la Escuela Libre de Derecho,  
en la ceremonia de inauguración de la maestría en derecho  
y de los cursos de posgrado 2006-2007 ..... 873

## TREINTA AÑOS, TREINTA NÚMEROS

El aniversario número treinta de una publicación científica dedicada al estudio y reflexión de los problemas y de las instituciones jurídicas constituye un evento que no puede pasar inadvertido. En efecto, la continuidad de una publicación periódica, sea diaria, semanal, mensual, semestral, o anual —como es el caso de la *Revista de Investigaciones Jurídicas*— dice mucho acerca de la fortaleza y de la estabilidad continua de las instituciones que las propician o las sustentan, lo cual es reflejo de la propia estabilidad política de un país y de su convicción acerca de que sólo en un ambiente de libertad y de orden puede existir y dar fruto la reflexión crítica acerca de los grandes problemas jurídicos que afectan a la especie humana y a las sociedades que ésta construye a lo largo de su ya dilatada historia.

Nacida de un impulso luminoso y de una necesidad interior para dar a conocer los trabajos de una planta de profesores capaz, nuestra *Revista* se difunde y se consulta ahora en España, Italia, Francia, Costa Rica, Colombia, El Salvador, los Estados Unidos, Argentina, Perú, Guatemala, Puerto Rico y Chile, así como en un buen número de bibliotecas y universidades a lo largo y ancho de todo México. Su título es sinónimo de seriedad científica y de rigor académico. En sus páginas han escrito, además de varios de nuestros profesores, investigadores y egresados, juristas de la talla de los chilenos Jorge Witker y Bernardino Bravo Lira, de los españoles Ismael Sánchez Bella, Antonio Álvarez de Morales y Rafael Gibert, del italiano Pierangelo Catalano, de los argentinos Abelardo Levaggi y Víctor Tau, y de los mexicanos Jorge Barrera Graf, Antonio Martínez Báez, José Luis Siqueiros, Mauricio Beuchot, Antonio Carrillo Flores, Andrés Lira, José Luis Soberanes, Silvio Zavala, y Javier Garciadiego, de entre quienes no han salido de las aulas de la Escuela. Páginas que

a lo largo de estos treinta años reflejan el rápido proceso de transformación de las instituciones jurídicas que ha caracterizado el último cuarto del siglo XX y los primeros del XXI, tanto en México como en el mundo. Cambios de modelos políticos, de concepciones acerca del hombre y de la sociedad, de la vida privada y de la vida pública, del orden y de la seguridad, de la guerra y de la paz; transformaciones profundas en el campo de las comunicaciones, de la vida económica y en la ecología, variaciones en la psicología colectiva y en el modo de aprovechar los bienes, en fin, treinta años marcados por el signo de una de las alteraciones más radicales que ha sufrido la humanidad a lo largo de su historia. Sin embargo, hace treinta años México vivía una profunda crisis económica y en su futuro se vislumbraban negros horizontes motivados por el ascenso de la utopía populista; hoy el panorama pareciera ser el mismo: profunda crisis política y vida institucional amenazada por tentaciones autoritarias, dando la impresión de que México no hubiera cambiado y que su historia se repitiera. Nada de esto; ni la historia se repite ni los problemas del hombre y de la sociedad. De lo que éstos han implicado para el derecho y para la ciencia jurídica han dado cuenta y razón las páginas de la *Revista de Investigaciones Jurídicas*, como antaño lo hicieran la *Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho* durante las décadas de los diez y los veinte, y, más brevemente, la modesta *Revista de la Escuela Libre de Derecho*, durante los sesenta; testimonios, todas, de la atención prestada a los cambios en el derecho por parte de una institución sólida que conoce sus orígenes, sabe su misión y es siempre leal a los principios que la inspiraron y la sustentan: la libertad y el derecho.

Próximos a cumplirse los primeros cien años de vida de nuestra Escuela, no cabe sino felicitar a toda la comunidad escolar y agradecer a todos los colaboradores de nuestra *Revista* por haber podido echar a andar, apoyar, consolidar y publicar sin interrupción alguna treinta números de una publicación que ha sabido transmitir al mundo de los profesionales del derecho, mexicanos y extranjeros, una reflexión crítica, plural y abierta acerca de los profundos cambios y los nuevos problemas que han afectado al derecho y a la sociedad a lo largo de tres décadas, características que han sido y deberán seguir siendo las propias de nuestra Escuela. Enhorabuena.

HACIA UNA HISTORIA CRÍTICA DEL DERECHO  
(UNA APROXIMACIÓN COMPARATIVA A LAS NOCIONES DE  
DERECHO MEDIEVAL, DERECHO INDIANO  
Y DERECHO CONTEMPORÁNEO)

Mariano Alberto BONIALIAN

“El derecho se recompone continuamente y, al recomponerse, recompone la lectura de su propia historia”.

Hespanha (2002: 25)

“Cuando el poder político se manifiesta en leyes que ya no son expresión del derecho, la sociedad está en peligro”.

George Ripert (1949: VI)

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Derecho y política: entre la onticidad medieval y el derecho positivista-voluntarista de la época contemporánea*. III. *Derecho y sociedad: entre el derecho casuista y pluralista, y el derecho monopolizado y sistematizado*. IV. *Consideraciones finales*.

I. INTRODUCCIÓN

Emprender una comparación teórica entre los diferentes ordenamientos jurídicos que surgieron en el proceso histórico resulta una tarea compleja y amplia. Un estudio de las concepciones de derecho medieval, indiano y contemporáneo que se ubique sólo en el terreno de la teoría, corre el riesgo de oscurecer la constitución y especificidad histórica de los propios órdenes jurídicos.

Anticipamos que, el presente trabajo sufrirá de este vacío, pues no es nuestra intención explorar las *continuidades* históricas entre aquellos paradigmas. Más bien, nos centraremos en sus *rupturas*, es decir, en el propósito de contextualizar los significados terminológicos del derecho. Creemos que tal ejercicio contribuirá a rescatar las nociones de cada ordenamiento jurídico en su etapa histórica, con toda su significación original.

Por lo tanto, la idea de discontinuidad que aquí se destaca es, por paradójico que parezca, una revalorización a la historia del derecho. La distinción de ordenamientos jurídicos diferentes y, dentro de ellos, de la autonomía (contextual) de los conceptos jurídicos, nos alertan sobre el peligro de concebir al mundo del derecho en un progresismo lineal. En el presente ensayo, concebimos a la disciplina del derecho en su historicidad, cuestionando la idea de que el derecho de nuestros días es el racional, el necesario y el definitivo.

Por eso, para comprender en toda su dimensión la historia jurídica, resulta necesario “remover” los rígidos cimientos en donde se ubica la concepción actual de derecho; aquella que, a través de la sacralización del presente, intenta erigirse como el máximo horizonte alcanzado en la *objetivación* del modelo de organización política y jurídica de Occidente. Los que promueven la “naturalización” de los componentes jurídicos actuales, tales como: derecho legislado, codificación, justicia estatal y democracia representativa, como si fueran elementos presentes en todo el transcurso de la historia y que alcanzan su perfección en la sociedad contemporánea, no sólo llevan a deformar la perspectiva histórica, sino también a ocultar las diversas fuentes de derechos y la pluralidad jurídica de las sociedades del pasado.<sup>1</sup>

En otras palabras, este trabajo intenta liberar al pasado jurídico de la mirada retrospectiva del presente, recuperando la autonomía, la subjetividad, el verdadero sentido de las categorías jurídicas. De aquí que, lejos estemos de ignorar las regularidades de la tradición jurídica occidental, pues el propio desarrollo *continuado* del derecho en la historia, implicó reformulación, reinterpretación de las nociones ju-

<sup>1</sup> GARRRIGA, Carlos, “Historia y derecho, historia del derecho”, en *Istor*, IUS-CIDE, México, núm. 16, 2004, pp. 3-12.

rídicas del pasado; todo ello para satisfacer las soluciones de un determinado presente.<sup>2</sup>

Además, si comparamos los *corpus* jurídicos de cada etapa histórica, tendemos a resaltar sus diferencias, sus oposiciones y, en especial, a agudizar el sentido crítico de la perspectiva histórica del derecho. Partimos, entonces, de que los ordenamientos jurídicos nacen, se constituyen, en clara correspondencia al entorno de las relaciones sociales del momento. La historia del derecho, por tanto, es una historia de *los derechos*; sistemas jurídicos emanados de un contexto social, político, económico determinado, al cual expresan y en el cual se desenvuelven. De aquí, la reflexión de Hespanha de que las soluciones jurídicas que se configuraron en el proceso histórico siempre fueron (y serán) *locales*.<sup>3</sup>

Resulta conveniente anticipar la periodicidad utilizada en este trabajo. Al derecho medieval lo ubicamos entre la segunda mitad del siglo XI hasta finales del siglo XV; periodo en el que el ordenamiento jurídico de la época adquiere una extraordinaria madurez.<sup>4</sup> El derecho indiano cubre desde el siglo XVI hasta la segunda mitad del siglo XIX, ya que este ordenamiento jurídico no encuentra su final de camino en la emancipación, sino se prolonga hasta entroncar con la codificación moderna.<sup>5</sup> Al derecho contemporáneo lo situamos desde el siglo XIX hasta la actualidad. Vale aclarar, que en este ensayo nos concentraremos en una de las tantas ramas del derecho de la época: en las escuelas clásicas del siglo XIX, fundamentalmente, la de vertiente legalista. En este sentido, dejamos de lado las ramas críticas que surgieron como respuesta a aquella.<sup>6</sup>

<sup>2</sup> BERMAN, Harold J., *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, FCE, México, 1996, p. 19. HESPANHA, António Manuel, *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 80-81.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>4</sup> GROSSI, Paolo, *El orden jurídico medieval*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 137-144.

<sup>5</sup> TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *Nuevos horizontes en el estudio histórico del derecho indiano*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1997, pp. 36-37.

<sup>6</sup> Nos referimos al sociologismo marxista del derecho y sus desprendimientos como: “la crítica del derecho”, “el uso alternativo del derecho” y las escuelas antilegalistas. Para una caracterización de cada una de ellas, véase HESPANHA, António Manuel, *op. cit.*, pp. 228-263.

## II. DERECHO Y POLÍTICA: ENTRE LA ONTICIDAD MEDIEVAL Y EL DERECHO POSITIVISTA-VOLUNTARISTA DE LA ÉPOCA CONTEMPORÁNEA

Al hablar de derecho, inmediatamente, el sentido común actual lo asocia directamente con la ley; es decir, con un conjunto de disposiciones jurídicas emanadas de un centro de poder, las cuales deben respetarse y cumplirse. Efectivamente, el “imaginario colectivo” lee correctamente el mundo jurídico contemporáneo. Las ideas comunes de asociar derecho-ley, derecho-poder político y derecho como acción de legislar son, en efecto, la marca registrada de nuestro tiempo. Pero aquel imaginario social (como gran parte de los estudiosos del derecho) da un paso en falso cuando extiende tales características a todo tiempo histórico. Baste ver cómo se concebía el derecho en el pasado, para demostrar que pensarlo, o más bien, enjuiciarlo no resulta tan simple. Comencemos con la concepción atribuida al paradigma jurídico medieval.

En primer lugar, el derecho medieval (*lex*) no estuvo ligado al sujeto detentador del poder político; perteneció, por el contrario, a la realidad objetiva.<sup>7</sup> Fue un ordenamiento jurídico que encontró en la naturaleza su fuente y, particularmente, su legitimidad. Si al derecho se lo concebía como emanación de la naturaleza, su función no resultaba más que reestablecer el orden; un orden que podría ser alterado por los problemas que surgían de las relaciones sociales. Y si el derecho era un “retorno” a la armonía preexistente, comprendemos el porqué de definirlo como revelación, y no como creación.

Esta concepción nos remite directamente al carácter *óntico*,<sup>8</sup> primera característica del paradigma jurídico medieval. El derecho se encontraba dentro de la naturaleza de las cosas, sólo debía descubrirse. Pero esta misión de develar no estaba en manos de toda la sociedad. Estaba confiada a un estamento de sabios (maestros, juristas, notarios) que gozaban de *auctoritas*; poder jurisdiccional que los convertía en los únicos capaces de *interpretar* los textos romanos y

<sup>7</sup> HESPANHA, António Manuel, *op. cit.*, pp. 60-62.

<sup>8</sup> GROSSI, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 26-27.

canónicos. Es decir, una interpretación que, en última instancia, era valorada no sólo por el sujeto que *opinaba*, sino también por la adecuación del contenido sustancial (objeto) de la *lex* en su aplicación en la problemática real.

Así, la realidad medieval sólo reclamaba opiniones, interpretaciones sobre un derecho que ya estaba dado y no hacía falta crearlo. Pero entonces, ¿quién lo había creado? El único legislador, el verdadero creador del derecho era Dios, quien había establecido en la propia naturaleza un conjunto de reglas racionales, dotándola de un orden ideal. La organización social debía ajustarse a ese orden natural. Cualquier acto voluntario y subjetivo que buscara la transformación, y no la conservación del orden de las cosas, se percibía como deformación, como “mal gobierno”.<sup>9</sup>

O sea, que la principal tarea del derecho medieval consistió en manifestar la propia realidad, que se encontraba más allá, o mejor dicho, *más acá* del poder político.<sup>10</sup> Aquí entramos a otro gran principio medieval: *la preexistencia del derecho respecto al poder*. En efecto, si lo jurídico *no es dado*, sino *que está*, el derecho encuentra una plena autosuficiencia respecto a la esfera política; poder político que sólo era reclamado para garantizar a aquél.<sup>11</sup> El papel marginal del príncipe o del Estado *iurisdictionis* medieval sobre el plano de lo jurídico, se explica por el hecho de que el propio derecho *antecedió* al poder político. De aquí que, el derecho medieval gozara de gran autonomía; autonomía en relación a un ámbito político incompleto; es decir, incapaz de apropiarse de un orden jurídico de carácter compuesto y pluralista.<sup>12</sup>

Si la naturaleza *heterogénea* del orden jurídico representó un elemento que impidió su manipulación por parte de la política; por el contrario, esa misma pluralidad de fuentes, contribuyó a su fusión

<sup>9</sup> HESPANHA, António Manuel, *op. cit.*, pp. 62-63.

<sup>10</sup> GROSSI, Paolo, *El orden jurídico...*, *op. cit.*, pp. 150-151.

<sup>11</sup> El término *iurisdictionis* (que nos remite al Estado jurisdiccional de la época medieval), se entendió como el “componer conflictos sociales a través del recurso a un derecho ya dado”. MANNORI Y SORDI, “Justicia y administración”, en FIORAVANTI, Maurizio (ed.), *El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*, Trotta, Madrid, 2004, p. 70.

<sup>12</sup> GROSSI, Paolo, *Derecho, sociedad, Estado (una recuperación para el derecho)*, Escuela Libre de Derecho, México, 2004, pp. 43-44.

con la sociedad. En efecto, el derecho medieval encontró su proceso de formación en los hechos, tanto físicos como sociales, y ello era posible porque la tradición, la costumbre era la prueba de valor y la base del derecho. Como veremos más adelante, esta fusión entre derecho y sociedad, contribuyó a que lo consuetudinario, la costumbre, fuera considerado como una de las más importantes fuentes de la práctica jurídica medieval.

Ahora bien, en nada se asimila la concepción del derecho contemporáneo, con todo este corpus jurídico ontológico que caracterizó al derecho medieval. La fuente actual de lo jurídico ya no se asienta en un orden objetivo (de la naturaleza, de la sociedad), sino en el poder de la *voluntad*. En la modernidad, la política se apropia del derecho, ya no plural, sino de un derecho reducido al monismo legislativo.

En otras palabras, si en el universo medieval, la legitimidad hacia lo político consistió en garantizar, o más bien "contemplar", un orden jurídico que fluía por ámbitos que no estaban a su alcance; en el mundo contemporáneo, por el contrario, el Estado se construye como tal, a partir de su facultad monopolizadora del derecho en tanto aplicación de la ley. Un Estado de derecho, en suma, que destruye la pluralidad del ordenamiento jurídico medieval, y hace del derecho la "ley de Estado", con presencia del principio-guía de soberanía y en representación de los derechos individuales.<sup>13</sup>

El derecho, entonces, ya no se concibe como revelación, como "fruto" de la naturaleza, sino que se configura como creación-voluntad. Creación arbitraria y artificial por una razón fundamental. Por su distanciamiento de la realidad social que, al no ser interrogada, anula cualquier posibilidad para que el derecho se reformule, se verifique; en suma, adquiera historicidad.<sup>14</sup> Este signo de inmovilismo jurídico es resultado de la abrogación completa y radical de la pluralidad de fuentes del derecho anterior. Aparece así, la necesidad política de "secularizar la legislación", de manifestar el derecho en los *códigos*,

<sup>13</sup> Mauricio FIORAVANTI propone una continuidad del ordenamiento jurídico pluralista entre los Estados jurisdiccionales y los Estados absolutistas. Para este autor, la nueva forma de Estado soberano y de derecho se da a partir de la Revolución Francesa. FIORAVANTI, Mauricio, "Estado y Constitución", en *El Estado moderno...*, op. cit., pp. 20-39.

<sup>14</sup> GROSSI, Paolo, *Mitología jurídica...*, op. cit., pp. 35-38.

textos normativos completos, controlados por los detentadores del poder, pero incomunicables con las numerosas expresiones e inquietudes de la sociedad. Códigos, en fin, capaces de reemplazar aquel derecho de *sociedad*.<sup>15</sup>

Esta ruptura, que no es otra cosa que la "institucionalización" o formalización de la dimensión jurídica, se traduce también en una nueva forma de concebir la producción del derecho: ya no como producto del "*humus social*", sino como una *idea*; como principio político que lleva implícita la idea de justicia y que rompe con un pasado al que ya no necesita. El derecho contemporáneo, en efecto, cobra una identidad propia: se desprende de toda variable histórica-concreta y, por lo tanto, se muestra como universal y general.

Podemos entender, entonces, cómo aquella concepción flexible del derecho medieval, que otorgaba autonomía a los juristas y notarios en su papel de interpretación de lo que sería justo, da lugar a un derecho inflexible, indiscutible que hace del jurista un mero técnico en la aplicación de la ley.<sup>16</sup> Muy distinta será, entonces, la noción de ley en nuestra cultura moderna en relación a la cultura medieval. Aquella ya no le interesarán los contenidos de la ley, pues la ley se tipifica como acto de imperio, es decir, consiste esencialmente en la manifestación de la voluntad del que está investido del máximo poder político. Por lo tanto, en el derecho contemporáneo, lo que realmente cuenta es el órgano que la produce, el Estado; centro de poder que confiere a una regla determinada la calidad de ley y, por lo tanto, indiscutible.<sup>17</sup>

Notemos en toda su magnitud la transformación operada por el derecho en su relación con la política. De un derecho *en sociedad*, propio de la sociedad medieval, lo jurídico logra, en la actualidad, no sólo ser un elemento crucial de la política, sino también adquirir una

<sup>15</sup> CAPPELLINI, Paolo, "Códigos", en *El Estado moderno...*, op. cit., pp. 103-125. Grossi también analiza el término Código, pero como expresión de un Estado monoclase. GROSSI, Paolo, *Mitología jurídica...*, op. cit., pp. 67-93.

<sup>16</sup> Adoptamos aquí, el término de "tecnificación de la ciencia jurídica" como lo entendió TARELLO: el derecho como actividad técnico-cognoscitiva y en donde el papel del jurista se configuró más como un técnico que como un político o jurisprudente. TARELLO, Giovanni, *Cultura jurídica y política del derecho*, FCE, México, 1995, p. 26.

<sup>17</sup> GROSSI, Paolo, *El orden jurídico...*, op. cit., p. 145.

supremacía sobre el ámbito de las autoridades políticas o, en términos de Tarello, en una propia autonomía de la cultura jurídica "de donde nacen las más influyentes operaciones de política del derecho".<sup>18</sup> El derecho se convierte como obligación para el Estado mismo, como principio regulador de toda práctica política.<sup>19</sup>

Ahora bien, el problema se nos complica cuando intentamos otorgar un sentido particular al ordenamiento jurídico indiano en ese largo "laboratorio histórico" de constitución de la cultura jurídica moderna. Para el caso europeo, Grossi nos recuerda que la historia de la monarquía francesa de los siglos XIII al XVIII, es una historia que expresa el proceso de transición hacia el nuevo ordenamiento jurídico de carácter positivo y voluntarista. En Francia, el creciente fortalecimiento del poder del príncipe, de la percepción cada vez más precisa de la importancia del derecho en el proyecto estatal y de la exigencia cada vez más sentida del propio poder político de manifestarse como legislador, eran fenómenos que avanzaban hacia el campo de la normatividad jurídica.<sup>20</sup> Aunque no deberíamos pasar por alto *Las Siete Partidas* de Alfonso X, de una notable participación jurídica del monarca, y en la cual se expresa que el derecho puede ser creación y no sólo revelación.

Pero ¿qué ocurrió en el caso de la América colonial? ¿Su mundo jurídico se caracterizó por la inclinación a la uniformidad del derecho, por un *corpus* jurídico reducido a la ley y a la voluntad política? o, por el contrario, ¿contempló y prolongó, con sus propias particularidades, una morfología pluralista como la que vivió la sociedad medieval? El ordenamiento jurídico indiano compartió muchas de las características del paradigma medieval, pero gran parte de su contenido fue diferente.<sup>21</sup> Una realidad nueva, primero desconocida y luego compleja, mostraba a España y, particularmente a Castilla, la

<sup>18</sup> TARELLO, Giovanni, *Cultura jurídica...*, op. cit., p. 26.

<sup>19</sup> BERMAN, *La formación de la tradición...*, op. cit., pp. 19-20.

<sup>20</sup> FIORAVANTI parece relativizar la postura de GROSSI. Aquél, sugiere que los Estados absolutistas no cancelaron la pluralidad jurídica que se desarrolló en los Estados territoriales medievales. FIORAVANTI, Mauricio, "Estado y Constitución", en *El Estado moderno...*, op. cit., pp. 20-24; GROSSI, Paolo, *Mitología Jurídica...*, op. cit., pp. 31-32.

<sup>21</sup> Nos referimos a la cuestión de la pluralidad de fuentes, tema que abordaremos en líneas posteriores.

imposibilidad de establecer un ordenamiento jurídico ajustado a intenciones preestablecidas. Pero esto no significó que el paradigma jurídico indiano se alimentara sólo de una nueva realidad compleja, indiferente al poder político. Muy por el contrario, América, desde los primeros tiempos de conquista y colonización, despertó una nueva concepción del derecho ligado al poder estatal. En efecto, la Corona de Castilla probablemente evidenció un deseo o impulso inicial hacia la uniformidad jurídica, a la adopción de reglas generales, aunque la propia realidad le mostrara los obstáculos para llegar a dicha pretensión.

Rescatemos por ahora, dos observaciones. En primer lugar, la aparición importante de un derecho que nace del poder político en América (el rey y el Consejo de Indias). Distinción fundamental con el mundo medieval, en donde veíamos que la esfera política se encontraba bien apartada de la práctica jurídica. En la Edad Media, no encontramos nada que se parezca al dominio considerable que sobre el orden en su conjunto ejerció la Corona de Castilla, incluso sobre la Iglesia Católica. Pero este derecho real (aquí entramos a la segunda observación), no logró construirse por fuera de la diversidad jurídica que emanaba de la realidad americana; al contrario, la pluralidad existente fue sustento de cualquier decisión jurídica de la Corona. Por lo tanto, el orden jurídico indiano no fue creado por la decisión vertical de un poder político centralizado y hecho institución; es decir, de lo que hoy llamaríamos Estado.<sup>22</sup> Nueva diferenciación, no ya con el derecho medieval, sino con el paradigma contemporáneo, en el cual el derecho es una imposición vertical, porque el Estado tiene el monopolio de la ley y la justicia.

<sup>22</sup> Jorge TRASLOSHEROS sostiene que ni la *Recopilación*, ni la magna obra de don Juan de Solórzano y Pereyra, *Política Indiana*, califican como documentos de semejante naturaleza. Ellas representan estaciones específicas de momentos de reflexión e intentos de organización particular; pero de ninguna manera correspondieron a un moderno ordenamiento propio de un derecho sistemático y constitucional. TRASLOSHEROS, Jorge, "Orden judicial y herencia medieval en la Nueva España", en *Historia Mexicana*, vol. LV, núm. 4, abril-junio de 2006, pp. 1107-1108.

## Características de los ordenamientos jurídicos

	<i>Derecho medieval</i>	<i>Ordenamiento jurídico indiano</i>	<i>Derecho contemporáneo</i>
Concepción	<i>Onticidad</i> El derecho como un orden objetivo. Inserto en la naturaleza de las cosas.	El derecho como expresión de una nueva realidad múltiple, ya no objetiva.	<i>Positivista-voluntarista</i> El derecho como voluntad.
Carácter	<i>Casuístico/Tópico</i> La justicia ajustada a la solución del caso concreto. La realidad-problema configura el derecho.	<i>Casuismo legal</i> Del Hecho nace el derecho. Reflejo de la sociedad jerárquica y corporativa.	<i>Sistematización jurídica</i> <i>Normativismo/codificación</i> La justicia como criterio general. El derecho como norma general y abstracta.
Finalidad	<i>El derecho como lo que es "justo"</i>	<i>Un derecho legal hacia lo "justo"</i>	<i>La justicia encarnada en la ley</i>
Fuente	<i>Pluralismo jurídico</i> <i>lus comune</i> Derecho canónico Derecho local Derecho real Derechos corporativos Derechos señoriales	<i>Pluralismo jurídico</i> Derecho de Castilla. Derecho indiano Derecho natural Derecho común Derecho mercantil Derecho canónico Derecho consuetudinario Derecho indígena	<i>Monopolización del derecho por el Estado.</i> <i>(Estatalidad del derecho)</i> <i>Orden jurídico uniforme/homogéneo</i> El derecho = ley. Absolutización de lo jurídico.
Dimensión	<i>Autonomía del orden jurídico de la política.</i> Fusión derecho-sociedad. El derecho antecede al poder político.	<i>Aparición de un derecho político.</i>  <i>Tendencia a la apropiación de lo jurídico por la política (siglo XVIII)</i>	<i>Formalización política del derecho constitucional</i> Institucionalización del derecho. El derecho se aparta de la realidad social.

Funcionamiento	<i>Del problema social al "orden justo"</i> De abajo hacia arriba.	Derecho flexible. Ley real. No voluntaria, sino expresión del orden justo.	<i>Del orden político hacia el control social</i> De arriba hacia abajo.
Principio	<i>Saber práctico</i> Como <i>prudentia</i> o "arte de actuar" <i>Interpretatio</i>	<i>Saber práctico</i> Probabilismo. Opinión, sin certeza.	<i>Como saber especulativo y de expresión de voluntad</i> Técnica de aplicación de la ley, sin interpretación.
Práctica	<i>El derecho como revelación</i> Carácter jurisprudencial o doctrinal. Autonomía de la autoridad de los juristas. <i>Autoritas</i>	<i>Creación y renovación del derecho por los juristas</i> Experiencia	<i>El derecho como ciencia</i> <i>No hay creación.</i> <i>Legalismo estipulado.</i> Carácter legal. Dependencia de la autoridad de los juristas. El acto de legislar es ya objetivo y no subjetivo.
Validez	<i>Ensayo de práctica-error. Experiencia</i> <i>Glosadores y comentaristas</i> (rescate del derecho justinianeo) Derecho crítico. Reformulación en el devenir histórico. Ligado al pasado.	<i>Ensayo de práctica-error</i> Mutabilidad del mundo. Derecho flexible. Sujeto al tiempo y a la circunstancia histórica.	<i>Indiscutibilidad del derecho en tanto ley. Acrítico</i> Inmovilidad del derecho. Estático. Ahistórico. Autonomía del pasado. Metahistórico. Metarrealidad.
Tipo	<i>Derecho corporativo</i> Derecho "desigual" en función de la jerarquía de los órdenes sociales.	<i>Derecho formal/informal</i>	<i>Derecho como instrumento de la libertad individual</i> Derecho "igualitario", en función del individualismo

Naturaleza	<i>Naturaleza privada del derecho. Emanación de lo consuetudinario.</i> Ausencia de un proyecto político totalizador. Indiferencia del detentador del poder político hacia la producción jurídica	<i>Naturaleza privada del derecho.</i> <i>Tendencia hacia lo público, en tanto un paulatino control del derecho por la Corona</i>	<i>Naturaleza pública del derecho, en tanto creación del Estado</i>
------------	---	--	---

### III. DERECHO Y SOCIEDAD: ENTRE EL DERECHO CASUISTA Y PLURALISTA Y EL DERECHO MONOPOLIZADO Y SISTEMATIZADO

*Casuismo y sistema.* Rastreemos la historicidad del derecho bajo otra perspectiva: en su relación con lo social. Si bien hemos sugerido unos breves comentarios en el apartado anterior, la cuestión reclama mayor profundidad. En términos de relación derecho y sociedad, podríamos decir que el paradigma medieval y el indiano compartieron muchas características.

En ambas sociedades, lo jurídico se manifestaba en la propia realidad social y, por lo tanto, el derecho se construía caso a caso, mediante la *tópica* (el problema). El carácter casuístico era la base del edificio jurídico en ambas sociedades; un edificio ideado por la *interpretatio* u *opinión* de los juristas, quienes buscaban reestablecer la *aequitas* (la equidad) en aquel orden social diverso, múltiple, pero natural por ser emanación del propio Dios. Decíamos orden diverso, pues tanto en el Antiguo Régimen<sup>23</sup> como en la realidad indiana, las

<sup>23</sup> Recordemos que hacia la segunda mitad del siglo XI, la sociedad europea comienza a vivir un proceso de complejización social, a partir del crecimiento demográfico, del desarrollo de centros urbanos y de nuevas lógicas mercantiles. GROSSI, Paolo, *El orden jurídico...*, op. cit., pp. 137-140.

sociedades se presentaban fuertemente jerarquizadas, corporativas y estamentales, pero no por eso imperfectas y no justas.<sup>24</sup> Es decir que, ambos paradigmas jurídicos, al prestar una enorme atención al mundo de los hechos, no sólo fomentaban la adopción de soluciones casuísticas, sino, paralelamente, el rechazo de esquemas rígidos, abstractos e inmovilistas. Veamos algunas particularidades del casuismo desarrollado en el mundo medieval y en el indiano.

El casuismo medieval fue la referencia principal para la *interpretatio* de los juristas del medioevo; y tuvo tanta importancia en la edificación de una arquitectura jurídica determinada en el caso concreto, que Grossi ha considerado el rescate del derecho justiniano por los "glosadores" y "comentaristas", tan sólo como signo de validez formal y no por su propio contenido. Detallemos. La invención jurídica romana aun con su raíz casuística, procuró establecer modelos generales, los cuales se convirtieron en el periodo medieval, en "dato normativo".<sup>25</sup> Norma que, en última instancia, era sometida a prueba por los casos concretos que sucedían en la compleja realidad. Así, "el derecho justiniano es como un recipiente vacío que los nuevos contenidos concretos lo deforman despiadadamente y que de romano solamente tiene sus remotos orígenes y la etiqueta formal".<sup>26</sup> Se desprende pues que, el casuismo medieval partía de un método *dialéctico*, pues no se conformaba de una opinión aislada, individual, sino de la permanente confrontación entre solución y *tópico*. Saber dialéctico, en suma, expresado en la problematización del tema (*quaestio*), que se llevaba a efecto oponiendo las posibles soluciones

<sup>24</sup> Para no caer en anacronismos, resulta conveniente notar que la noción de *aequitas* se refería a una fuerza propia establecida en las cosas y que se proyectaba y se manifestaba como justicia en las normas de los hombres. Pero no era una justicia en términos de igualdad. Era una "justicia especial", desigual, pero más "perfecta" que la justicia igual, pues aquella era armónica con la organización social. GROSSI, Paolo, *El orden jurídico...*, op. cit., pp. 181; HESPANHA, *Cultura jurídica...*, op. cit., pp. 107-108. Para el caso indiano, si bien la noción de *aequitas* parece no estar presente, la justicia también era entendida en términos del respeto a la jerarquía, a una desigualdad perfecta, emanada de lo divino. TAU ANZOÁTEGUI, *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del derecho indiano*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1992, pp. 72-77.

<sup>25</sup> HESPANHA, *Cultura jurídica...*, op. cit., p. 83.

<sup>26</sup> GROSSI, Paolo, *El orden jurídico...*, op. cit., p. 174.

casuísticas, analizándolas, debatiéndolas, antes de llegar a la solución final.<sup>27</sup>

Advertimos más arriba que el casuismo operó también en el mundo indiano. Este pensar problemático (*tópico*) fue una herencia del medioevo, particularmente del *ius comune*, y resultó ser una herramienta eficaz para “ordenar” socialmente al mundo indiano. Pero sostenemos que el casuismo indiano, no sólo estaba sujeto a una tradición, a una costumbre, como lo fue tan característico en el mundo medieval, sino que más bien representó una respuesta adecuada a una realidad novedosa, de futuro imprevisible, con nuevos y continuos problemas, que hacían imposible un orden jurídico abstracto y general impuesto por la propia Corona. Esta última cuestión, parece confirmarse al ver que el propio derecho indiano específico contenía un fuerte carácter casuista.<sup>28</sup> En efecto, la enorme legislación formulada por el poder político castellano, estuvo inscrita dentro de un orden casuista, cuya finalidad consistía más bien en solucionar un caso o hecho, delimitado en tiempo y circunstancia, que en promulgar leyes generales, aplicables en todo tiempo y espacio.<sup>29</sup> Resulta fácil, entonces, comprender el funcionamiento inestable, temporal de la legislación indiana; práctica legislativa cuya validez se encontraba en el ensayo y en el error, y no en la certeza absoluta de principio, como ocurre con el derecho contemporáneo. Cabría preguntarse, entonces, el grado de efectividad que tuvo en las Indias la *Recopilación de Leyes de Indias* de 1680: primer intento de “sistematización” legislativa del derecho indiano, que desconocía realidades particulares y los poderes jurídicos locales en América.<sup>30</sup>

Sintetizando el carácter casuista indiano, señalemos que la “cosa que acontece” era el punto de partida del fenómeno jurídico. Si el

*caso* y el *hecho* representaban los sustentadores de la ley y el sostén de toda actividad judicial, ello era posible porque la propia realidad cambiante, procesal, mantenía vivo al mundo de lo jurídico. Variables como tiempo, circunstancia y costumbre, contenido mismo del *hecho social*, adquirían particular atención para la solución jurídica. Si la meta resultaba el establecimiento de un orden justo (en su diversidad) y natural, la mejor forma de alcanzarlo eran las soluciones particulares a los casos concretos. Por el contrario, las reglas generales se concebían como necesariamente imperfectas, ya que lo general sólo era atributo del propio Dios.<sup>31</sup> Pero destaquemos en este apartado que en el mundo del derecho indiano, la primacía del caso sobre el principio general y la regla fue una característica fundamental hasta la segunda mitad del siglo XVIII. La persistencia del casuismo jurídico en las Indias (es decir la imbricación del derecho con la realidad concreta y singular), parece explicarse a partir de su clara correspondencia (y como respuesta) a la concepción jerárquica-corporativa de la sociedad colonial. En última instancia, el casuismo jurídico indiano expresaba la jerarquía de la sociedad del Nuevo Mundo, cuya diversidad social y política imposibilitaba la aplicación de una norma general y uniforme.<sup>32</sup>

Todo lo contrario sucede con nuestro paradigma jurídico contemporáneo. El proceso de sistematización y codificación que sufrió lo jurídico en los dos últimos siglos, elevó al propio derecho, en términos de Grossi, al plano de la *metarrealidad*.<sup>33</sup> Un derecho que se convierte más en objeto de creencia, de mito que de conocimiento de la realidad. Un derecho que nada tiene de casuismo, porque ya no se alimenta de los hechos sociales, de los casos. El derecho contemporáneo, encuentra “su alimento” exclusivamente en el monismo legislativo, de donde salen las soluciones a todos los problemas de organización jurídica. El Estado, sujeto político en su afán de controlar la

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 157.

<sup>28</sup> Una legislación tendiente a la sistematización y a la abstracción, comenzó a gestarse con fuerza hacia la segunda mitad del siglo XVIII. Sobre toda esta cuestión, TAU ANZOÁTEGUI, *Casuismo y sistema...*, *op. cit.*, pp. 319-390.

<sup>29</sup> Podría explicarse así la abundante y la permanente renovación de Reales Cédulas, Bandos, Ordenanzas, etcétera.

<sup>30</sup> Superando la perspectiva institucionalista, la nueva historiografía jurídica colonial comienza a rechazar la idea de reducir el derecho indiano a la Recopilación o a la legislación peninsular, revalorizando el carácter pluralista del orden jurídico. TAU ANZOÁTEGUI, *Nuevos horizontes...*, *op. cit.*, p. 87-92.

<sup>31</sup> TAU ANZOÁTEGUI, *Casuismo y sistema...*, *op. cit.*, pp. 50-57.

<sup>32</sup> TAU ANZOÁTEGUI, *Nuevos horizontes...*, *op. cit.*, p. 73.

<sup>33</sup> GROSSI, Paolo, *Mitología jurídica...*, *op. cit.*, pp. 40-42. A la vez, el concepto de *metarrealidad* implica la pérdida de lo que TARELLO denominó *realismo jurídico*; es decir, una ciencia del derecho que ya no considera como campo de estudio las doctrinas y las ideologías (jurídicas o no) con base en las cuales los operadores deciden efectivamente. TARELLO, *Cultura jurídica...*, *op. cit.*, p. 31.

sociedad, pretende monopolizar la producción de lo jurídico, sistematizando, codificando, construyendo normas abstractas, generales e indiscutibles. En suma, mito e indiscutibilidad del derecho contemporáneo: dos nociones que expresan la indiferencia hacia el proceso social; pero también conceptos que manifiestan la ruptura definitiva con la costumbre, con la tradición, fuentes que, hasta entonces, eran los pilares del derecho. El orden jurídico contemporáneo, entonces, se convierte en ahistórico, metahistórico.

Vayamos a un caso que nos parece emblemático: la noción de igualdad. La *aequitas* medieval, como vimos, era una igualdad material y sustancial, en la medida que expresaba fielmente el carácter corporativo y jerárquico de la sociedad. Nada tan extraño como la igualdad en la actualidad: un sentido de igualdad individual plenamente jurídica, formal, abstracta; pero, paradójicamente, expresión de sujetos radicalmente desiguales de hecho. Notable falta de correspondencia con los hechos o, como bien dice Grossi, una "burlesca declaración de principios".<sup>34</sup>

*De las fuentes jurídicas pluralistas al monismo legal estatal.* Daríamos un panorama incompleto sobre la vinculación histórica entre sociedad y derecho si no hacemos mención al problema de las fuentes del derecho. Cuestión vital si tenemos en cuenta que, las fuentes de derecho son, en última instancia, el "oxígeno" de los ordenamientos jurídicos.

En la sociedad europea medieval convivían en un mismo espacio social diversos planos normativos: el derecho común (identificado básicamente con el derecho romano, aunque reinterpretado), el derecho canónico (derecho espiritual) y los derechos propios. Dentro de estas tres grandes fuentes de derecho, se pueden distinguir, a su vez, otras ramas particulares. En efecto, el propio *ius commune* no era uniforme. En él se pueden distinguir: el derecho mercantil, derechos consuetudinarios, derechos señoriales y derecho real. Por otra parte, dentro de los derechos propios de los reinos, existían campos normativos particulares en relación a los derechos territoriales o corporati-

<sup>34</sup> GROSSI, Paolo, *El orden jurídico...*, op. cit., p. 183.

vos, derechos de las ciudades y derechos consuetudinarios.<sup>35</sup> Fuentes jurídicas variadas y distintas que no encontraron su origen en el poder político, sino en otros ámbitos, como en el de la costumbre, en las corporaciones y en el pensamiento de los juristas (en la *jurisprudencia*).

Más aún, la presencia de un *gobierno de territorio*, de un *Estado jurisdiccional* a partir del siglo XIII, no se tradujo en la demolición de la pluralidad. Muy por el contrario, la principal virtud fue su elasticidad que garantizaba la existencia de la multiplicidad de fuentes jurídicas.<sup>36</sup> El pluralismo jurídico medieval, por lo tanto, era un derecho *extra estatal*, asentado principalmente en la costumbre, y que no contemplaba la voz del orden político.

La pluralidad jurídica, con su signo *extra estatal*, manifestaba las posibilidades reales de existencia de un *derecho privado*, entendiendo como privado por ser formado en el ámbito de lo privado; es decir, no del poder político, de lo público. Como ya veremos, esta característica se podría extender al derecho plural indiano.

Una última observación sobre la multiplicidad de fuentes jurídicas en el medioevo. Harold Berman ha considerado esta pluralidad como la característica más distintiva de la tradición jurídica occidental, pero ha señalado que la competencia fue la regla metodológica de aquella coexistencia.<sup>37</sup> La noción de competitividad nos parece un poco exagerada, pues al fin de cuentas la convivencia de las fuentes jurídicas se mantuvo en un cierto equilibrio. Equilibrio que era posible a partir de la constelación abierta y flexible de aquellos órdenes jurídicos, puestos a prueba a través de la *auctoritas* de los juristas. El derecho común representó, así, una fuente "potencialmente general" en el ordenamiento jurídico medieval, a partir de su aplicabilidad a todas las situaciones no contempladas por los derechos propios o los particulares.

<sup>35</sup> HESPANHA, *Cultura jurídica...*, op. cit., pp. 96-101. Para una detallada caracterización profunda de estos derechos: BERMAN, *La formación de la tradición...*, op. cit.

<sup>36</sup> Si bien tendió a la vinculación del derecho y política, el Estado absolutista no logró romper con el pluralismo jurídico. Su ruptura se dio más bien con la Revolución Francesa. FIORAVANTI, "Estado y Constitución...", op. cit., pp. 14-21; MANNORI Y SORDI, "Justicia y administración...", op. cit., pp. 68-69.

<sup>37</sup> BERMAN, *La formación de la tradición...*, op. cit., p. 20.

Como es de suponer, la naturaleza pluralista del orden jurídico medieval, se extendió a la realidad indiana. Claro está que esta "prolongación" fue relativa, en la medida que el pluralismo indiano se construyó con una propia especificidad. Los derechos de las comunidades indígenas, el derecho natural, el derecho canónico, el derecho mercantil, el derecho de Castilla (como modelo inspirador), el *ius commune* y, por supuesto, el derecho específico indiano conformaron el marco jurídico general de las Indias.<sup>38</sup>

Como advertimos en líneas anteriores, el derecho indiano específico representó una de las tantas fuentes y no la única del ordenamiento jurídico indiano. Si bien desde sus orígenes, este derecho indiano fue formulado por la Corona española a través de una gama diversa de legislación, su efectividad resultó relativa a partir de la vigencia de aquellas otras fuentes que se oponían con frecuencia a la legislación promulgada por esa Corona. El derecho indiano específico tenía reducida su vigencia al ámbito de lo público (a lo administrativo), e interactuaba, no sin conflicto, con el resto del entramado jurídico, el cual gozaba de una gran dosis de derecho privado.<sup>39</sup> Nos encontramos aquí, con una suerte de tensión entre dos prácticas jurídicas de diferente impronta: un derecho político generado desde España y unas fuentes del derecho fruto de la realidad social indiana; es decir, un conflicto jurídico de competencia entre un derecho público y un derecho privado.

Este fenómeno de pluralidad jurídica tuvo una persistencia notable en las Indias, superando incluso, si bien con menor fuerza, el periodo de emancipación de los países americanos.<sup>40</sup> Aunque conforme avanzaban los siglos, aquel pluralismo aceptado como un mal necesario por la Corona, fue cediendo terreno al proceso de absoluto control político sobre la creación del derecho; fenómeno claramente visible con la nueva dinastía borbónica del siglo XVIII.

<sup>38</sup> A raíz de un derecho real con peso significativo, el derecho señorial no logró trasladarse a América.

<sup>39</sup> En México, el entronque con la codificación moderna se dará hacia la segunda mitad del siglo XIX. ARENAL FENOCHIO, Jaime DEL, "El agotamiento de lo *privado* como fuente del derecho en el México del siglo XIX", en CONNAUGHTON, Brian, ILLANES, Carlos y PÉREZ TOLEDO, Sonia (coords.), *Construcción de la legitimidad política en México en el siglo XIX*, UNAM, México, 1999, p. 305.

<sup>40</sup> TAU ANZOÁTEGUI, *Nuevos horizontes...*, op. cit., p. 36.

Por lo tanto, el ordenamiento jurídico indiano presentó una doble cara y que da cuenta de un proceso de transición en la historia jurídica: por un lado, la presencia de elementos jurídicos que nacen de un poder político; pero, por otro lado, la persistencia de un *casuismo* jurídico de componente pluralista.<sup>41</sup> Aunque el conflicto no estuvo ajeno a este encuentro, lejos estamos de pensarlos como contradictorios. Más bien, lo que hubo fue complemento entre estas dos vertientes. Una especie de "alianza", que permitió al derecho político indiano, en primer lugar, asentarse sobre aquella diversidad pero, en segundo término, moldear, hacia mediados del siglo XVIII, la realidad americana. La centralidad de la corona, lejos de negar la diversidad judicial y jurídica de las corporaciones constitutivas en América, y de los derechos de los vasallos, fue garantía de su conservación. Su propio dominio sobre las Indias estuvo sujeto al respeto de aquella pluralidad. En suma, unidad y diversidad constituyen la realidad sociojurídica de las Indias; la segunda noción nos remite a lo que heredó del paradigma medieval, y la primera a los innegables elementos de modernidad jurídica que nos está anticipando.<sup>42</sup>

Todo el edificio jurídico construido por el pluralismo, fue destruido como consecuencia de lo que Grossi llamó la "absolutización de lo jurídico";<sup>43</sup> es decir, del monopolio del derecho por parte del Estado y por el ascenso de la ley, como única fuente legítima de producción jurídica.<sup>44</sup> La emergencia de la codificación a principios del siglo XIX, del que ya hemos ofrecido algunas reflexiones en las páginas anteriores, no sólo anuló aquella multiplicidad de fuentes que nutrían al derecho (tan característico de lo indiano o medieval), sino que también eliminó la principal facultad de los juristas: la opinión y la interpretación. El Código así se muestra impermeable al desarro-

<sup>41</sup> TAU ANZOÁTEGUI, *Casuismo y sistema...*, op. cit., pp. 119-120.

<sup>42</sup> TRASLOSHEROS, "Orden judicial y herencia medieval...", op. cit., p. 1131.

<sup>43</sup> GROSSI, Paolo, *Derecho, sociedad, Estado...*, op. cit., pp. 61-75.

<sup>44</sup> Esto fue posible gracias al iusnaturalismo objetivista del siglo XVIII, que realzó el carácter universal del derecho, la afirmación de los derechos individuales y del principio de legalidad. En efecto, la esencia de la concepción racionalista de la ilustración se ha conservado en la actualidad, y muchos de sus elementos siguen ocupando un lugar central en la actual teoría del derecho. HESPANHA, *Cultura jurídica...*, op. cit., pp. 165-172; GROSSI, Paolo, *Derecho, sociedad, Estado...*, op. cit., p. 67.

llo del propio oficio del jurista y lo encadena a una "sagrada" normatividad.

Con el derecho contemporáneo, la diversidad es reemplazada por la unidad-universalidad, rompiendo así con la pluralidad de fuentes. El Código, reducido al ámbito político pero con una aspiración totalizante, conceptualiza y ya no problematiza la vida social. Sin embargo, un aspecto que no se ha destacado mucho sobre las consecuencias de ese "absolutismo jurídico" consistió en transformar todo derecho en derecho oficial (público) o, en otras palabras, en estatulizar el derecho privado, quitándole a la sociedad civil aquel precioso tesoro que era el producir derecho desde sus múltiples fuentes. Esta expropiación llevó a la pérdida de la dimensión colectiva que tienen los ordenamientos jurídicos y canceló los nexos naturales que existen entre el derecho y la sociedad, entre cultura y derecho.

#### IV. CONSIDERACIONES FINALES

La historia jurídica ha sido totalmente trastornada (y ocultada) por el derecho contemporáneo, cuyo modelo jurídico se fue diagramando con una rapidez notable a partir del siglo XIX. El trabajo ha puesto de manifiesto que los productos históricos de lo jurídico sufrieron una "absolutización" en la conciencia colectiva, y fueron profundamente deformados respecto de su imagen originaria. El término de "mito" con que Grossi definió al orden jurídico de nuestro tiempo, resume todo el esfuerzo emprendido por el poder para opacar toda la riqueza de historicidad de principios, instituciones y figuras que hacen a la misma historia del derecho.

Hemos titulado a nuestro trabajo *Hacia una historia crítica del derecho*, título que denota una misión histórica de todos los que pretendemos recuperar la complejidad, la materialidad, el "desorden" del proceso jurídico, y desmitificar la idea de un desarrollo lineal, simple, nítido con que se lo quiere revestir. La verdad incuestionable de que la ley, y sólo la ley, expresa la voluntad general y, como tal, produce y condiciona toda manifestación de juridicidad aparece así, para el historiador (no sólo de derecho), cargada de vetas ideológicas. En otras palabras, debemos desconfiar de panoramas demasados simples, de esquemas rígidos, de una cultura política que se define como única propietaria del saber jurídico.

Si partimos de que la historia del derecho fue (y será) una historia social en toda su expresión, debemos iniciar el rescate de todo ese rico universo de lo jurídico, sepultado por los intereses particulares de los titulares del poder, quienes han llevado a la ciencia jurídica hacia su "tecnificación" pero, más importante, quienes han convertido al derecho en un servicio de legitimidad "artificial" del sistema político occidental.

Hemos advertido, además, que el derecho, antes de ser poder, norma o sistema de categorías formales fue experiencia, problemática, realidad social, diversidad; es decir, un conjunto de elementos que hacen a la propia dimensión de la vida social. A partir de nuestra realidad inmediata y actual, se necesita recuperar aquellas fuentes de juridicidad, cuya naturaleza se encuentra más allá del Estado y más allá del poder, se necesita recuperarla para la conciencia colectiva social.<sup>45</sup>

La concepción de derecho contemporáneo que hemos sintetizado a lo largo de este trabajo, tuvo una gran cuota de responsabilidad en los hechos dramáticos y oscuros que vivió la civilización en el transcurso del siglo XX. Las problemáticas de hoy que emanan de una realidad social complejísima ponen en evidencia, cada vez con mayor fuerza, la insuficiencia, la artificialidad del paradigma jurídico asentado en el paisaje estatal e interestatal. El Código, por poner un ejemplo, que es una sistematización legislativa de la ley nacional, pero no por eso extensible, se ve superado hoy por un panorama social y político que rebasa las fronteras nacionales.<sup>46</sup> Es evidente que el Estado no puede abdicar de la fijación jurídica de líneas fundamentales, pero es también claro que el proceso social reclama de un pluralismo jurídico cargado de nuevo contenido real.

Por ello, sería falso quedarse y conformarse con la afirmación elemental de una toma de conciencia de la esencia social del derecho. Nos atrevemos a afirmar que hoy el historiador del derecho tiene ante sí una "misión política": la de redescubrir el vínculo que siempre ha existido entre sociedad y derecho, la de colocar a este último como espejo y reflejo de la sociedad, de abrirse y confrontar con los

<sup>45</sup> GROSSI, Paolo, *Mitología jurídica...*, op. cit., p. 45.

<sup>46</sup> CAPPELLINI, "Códigos"..., op. cit., pp. 120-125.

problemas que de ella surjan y la de recuperar el riquísimo “oficio social” que le corresponde al jurista, aunque esto último signifique la “curación de almas de los cultivadores del derecho positivo”.<sup>47</sup> Creemos que este desafío trastocará no sólo las bases del derecho actual, también obligará al campo político a un profundo rediseño de las vías de su legitimación.

En fin, de colocar nuevamente al derecho en el lugar que siempre le correspondió y en donde encontró su sentido vital.

<sup>47</sup> GROSSI, Paolo, *Derecho, sociedad, Estado...*, op. cit., p. 63.

## BREVES COMENTARIOS SOBRE DERECHO FAMILIAR

Luis Norberto CACHO PÉREZ

"El primer vínculo de la sociedad es el matrimonio,  
el siguiente, los hijos, y después, la familia".

Cicerón<sup>1</sup>

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Matrimonio*. III. *Autonomía del derecho familiar*. IV. *Filiación*. V. *Niño maltratado*. VI. *A manera de conclusión*.

### I. INTRODUCCIÓN

(la familia es) "sin duda alguna... el más importante  
de cualquiera de los grupos que ofrece la experiencia humana"<sup>2</sup>

Cuando el Estado crea el derecho, capta valores medios, impone valores propios. El valor, considerado como un ente axiológico que tiene mayor jerarquía que otro, está presente y se subsume en la norma jurídica. Lo que el Estado hace, al crear el derecho, es atender a los valores medios existentes en la sociedad y asumirlos como propios, regulándolos y defendiéndolos. De esta forma, el Estado ha considerado que la familia, como forma primaria en las estructuras de las relaciones humanas y base de la organización social, amerita

<sup>1</sup> PUMAREGA, Manuel (recopilador y traductor), *Frases célebres de hombres célebres*, 38a. ed., México, Sayrols, 1988, p. 17.

<sup>2</sup> BIERSTEDT, Robert, *The Social Order*, Nueva York, McGraw-Hill, 1957, p. 341; citado por Ely CHINOY, *La sociedad. Una introducción a la sociología*, México, Fondo de Cultura Económica, 1974, p. 139.

su preservación y regulación. El derecho recoge el fenómeno natural de la familia y lo incorpora a sus normas jurídicas.

La familia es la organización humana por excelencia y constituye la base de la sociedad y de la integración de la personalidad de los individuos. La familia, integrada en su mínima y tradicional forma por la unión de un hombre y una mujer, es el origen de toda organización humana, cuya expresión más acabada y compleja es el Estado. No es posible entender al Estado, sin hacer referencia al grupo familiar y ver, en su base, al conjunto de familias que van a integrar la sociedad. La población, como elemento del Estado, se forma por individuos que, a su vez, se van a unir entre sí y a formar familias.

En el Código Civil para el Distrito Federal no aparece un concepto de familia. Sin embargo, en el artículo 138 Quintus se prevé que "las relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones surgen entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato". De esta forma, la familia no sólo la integran la unión de un hombre y una mujer, por matrimonio o por concubinato, sino que también son núcleos familiares los formados sólo por el padre o la madre, con uno o varios hijos, los abuelos y sus nietos, y, en general, todos los que tengan algún vínculo de los señalados en el precepto mencionado. Por lo tanto, no podemos hablar de una familia cuando no existen esos lazos, como es el caso de las uniones de hecho formadas por miembros de un mismo sexo.

Aun cuando una persona se encuentre expósita o no tenga vínculos familiares, siempre existirá la posibilidad de que integre o se integre a una familia. Esos vínculos, que se dan en la familia, son los que van a estar regidos por el derecho familiar. Todos los individuos deben tener un nombre, un domicilio y un estado civil (como atributos de la personalidad en la persona física); en algún momento alcanzarán la mayoría de edad o deberán ser declarados incapaces; podrán o no contraer matrimonio, tendrán hijos, vivirán en concubinato; todo esto hace que se le aplique a toda persona física, de manera inevitable, el derecho familiar.

El nacimiento, el reconocimiento de hijos, la adopción, la tutela, la curatela, la emancipación, el matrimonio, el divorcio, el concubinato, la patria potestad, la filiación, la mayoría de edad, la declaración de ausencia, la presunción de muerte, el Registro Civil, el patrimonio de familia y la defunción son instituciones del derecho familiar.

Las relaciones familiares se dan entre las personas vinculadas por matrimonio, concubinato o parentesco, sea éste consanguíneo o por afinidad. Así, se van integrando las distintas instituciones que constituyen el objeto del derecho familiar o también llamado derecho de familia. En sus orígenes fue parte del derecho civil, pero actualmente puede afirmarse su carácter independiente, como rama autónoma de la ciencia jurídica. Su especialización y su importancia para el ser humano y para la sociedad, han originado que el derecho familiar sea conceptualizado de manera separada del derecho civil. Regido por principios generales distintos al derecho civil, no es lógica su sistematización dentro de éste. Mientras que en el civil impera el principio de la autonomía de la voluntad, en el derecho familiar sus disposiciones son de orden público y de interés social.

La importancia del derecho familiar es clara. Todos nosotros somos personas, protegidas y regulada nuestra existencia por el derecho. Los actos más íntimos y personales del ser humano, son el objeto de su regulación: el nacimiento, el matrimonio, la filiación, la patria potestad, la mayoría de edad y, por último, la defunción, son los hechos y actos jurídicos, entre otros, más ligados a la persona. De todos ellos se ocupa el derecho familiar. Su regulación va más allá del interés privado, es de orden público y de interés social; sus criterios de interpretación y aplicación son distintos al civil; y las controversias del orden familiar son conflictos entre personas privadas, pero que interesan esencialmente al Estado.

Las funciones del derecho de familia son: en primer lugar, y tomando en cuenta que sin la familia se menoscaba la sociedad y con ésta al Estado, fortalecer y estrechar los vínculos familiares; mientras más fuerte sea la familia, más lo será la sociedad y el Estado. En segundo lugar, el derecho familiar debe garantizar la seguridad, permanencia, estabilidad y formalidad de las relaciones familiares. Y en tercer lugar, deberá dirigir, coordinar, disciplinar y corregir el complejo universo de la familia.

El derecho familiar se enfrenta, al iniciar el siglo XXI, a nuevas perspectivas, que implicarán su adecuación y cambio. Las nuevas necesidades de la sociedad contemporánea y de la familia no deben ser ajenas al derecho, en general, y al familiar, 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 respuesta y una regulación jurídicas. El fortalecimiento de la institución matrimonial; la sistematización del derecho de familia en un ordenamiento separado del Código Civil; la filiación y las nuevas tecnologías en materia genética; y la defensa y apoyo al niño maltratado; son algunos de los aspectos que repercuten en nuestro derecho familiar.

## II. MATRIMONIO

*"El marido y la esposa deben continuar unidos solamente mientras se amen. Toda ley que les obligue a cohabitar por un solo momento después de haber desaparecido su afecto constituye la más intolerable tiranía".*

P. B. Shelley<sup>3</sup>

El ritmo de vida de las sociedades modernas, la crisis de los valores tradicionales, el cambio de mentalidad sobre lo que constituye el orden social, el excesivo apego al materialismo con olvido de la parte espiritual del ser humano, y la evidente falta de responsabilidad y de compromiso ético hacia los demás, son algunos aspectos, entre tantos, que han motivado, a finales del siglo XX y principios del siglo XXI, una crítica, a veces una revaloración, pero siempre una discusión sobre lo que es y debe ser el matrimonio y la familia. Incluso, algunos consideran que la familia se extinguirá.<sup>4</sup>

Conceptualizado como contrato, como sacramento,<sup>5</sup> como compromiso social o como institución jurídica, al matrimonio se le puede ver desde múltiples puntos de vista.<sup>6</sup> Pero para efectos jurídicos, el "matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto,

<sup>3</sup> PUMAREGA, Manuel, *Frases célebres...*, op. cit., p. 19.

<sup>4</sup> Véase COOPER, David, *La muerte de la familia*, Barcelona, Ariel, 1985.

<sup>5</sup> Véase BRUNDAGE, James A., *La ley, el sexo y la sociedad cristiana en la Europa medieval*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003.

<sup>6</sup> Véase MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *El matrimonio. Sacramento. Contrato. Institución*, México, Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada" (artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal).

Es así, que esta institución, básica para la existencia misma de la sociedad, está en crisis desde hace años. Las parejas, o bien no llegan al matrimonio, o bien asumen otra clase de compromisos, como la unión libre, que sólo cumpliendo requisitos específicos adquiere consecuencias jurídicas, como es el caso del concubinato. O también ocurre que las parejas contraen matrimonio, pero concluirá en divorcio. Las consecuencias de estas situaciones son variadas: familias disfuncionales, hijos inmaduros y desorientados, hombres y mujeres afectados psicológicamente, y como efecto indirecto, una sociedad desarraigada, donde sus miembros cada vez más sienten que es innecesario y hasta prescindible, el vínculo familiar.

El derecho no puede permanecer impasible ante esto. Su función, en situaciones así, es prevenir la desintegración social, que será resultado del debilitamiento del matrimonio y de la familia. El derecho, como expresión del Estado, tiende a la permanencia. Su evolución se entiende con base en las situaciones nuevas, que antes no existían, y que deben regularse jurídicamente, pero siempre atendiendo a que el Estado no puede promover su propia destrucción. Es por eso, que no debe permanecer indiferente ante el fenómeno social de la crisis del matrimonio. Su menoscabo afecta a la familia, y como consecuencia, al ser ésta la base de la sociedad, afectaría, en última instancia, al Estado.

Gobiernos de países europeos, que se han visto afectados por la crisis de la familia, han tomado diversas medidas, para combatir sus resultados más palpables: la disminución de su población, el descenso de nacimientos, el cierre de escuelas por falta de alumnos y el crecimiento del sector de los ancianos (que requieren servicios y apoyos que deben financiarse de los impuestos del sector adulto). A manera de ejemplo, pueden citarse los casos de Rusia y España. En este primer país, donde la población disminuye cada año, el gobierno lo considera como "el problema más grave" que enfrentan y en mayo de 2006 anunció un plan para estimular económicamente la natalidad, apoyar a la familia y respaldar a las mujeres trabajadoras que deciden tener hijos.<sup>7</sup> Por lo que se refiere al caso español, en 1976, un año después de la muerte del general Francisco Franco

Bahamonde,<sup>8</sup> su natalidad era la segunda más alta de Europa; en la actualidad, España ocupa el penúltimo lugar europeo en fecundidad, sólo por delante de Italia. En 2005 España logró aumentar sus nacimientos, debido a la maternidad de las extranjeras, pero aun así su tasa de natalidad sigue siendo de las más bajas del mundo.<sup>9</sup>

Es cierto que nuestro país no ha llegado a una crisis demográfica, todo lo contrario en materia de población, pero este caso no es ni el único ni el principal resultado de la crisis del matrimonio. La falta de apego al cumplimiento de las obligaciones alimentarias, el adulterio, la violencia intrafamiliar, son cosas que se viven cotidianamente en la sociedad mexicana. Caso muy distinto a los de Europa, es el que ha ocurrido, desde siempre, en la República Popular China,<sup>10</sup> donde la sobrepoblación es un conflicto permanente, y donde se estableció como política de Estado combatirla, a través de medidas como haber aumentado la edad mínima para contraer matrimonio (que para los hombres pasó, en 1981, de 20 a 22 años y en la mujer aumentó de 18 a 20 años), y se estimula el casamiento y la procreación tardíos.<sup>11</sup>

Es por eso que resultan dudosas, reformas que, lejos de fortalecer al matrimonio, puedan debilitarlo y, en un futuro más o menos largo, inducir a terminar esta natural institución. La supresión del adulterio como delito (que se dio hace algunos años en el Distrito Federal); los matrimonios a prueba o a plazo determinado; los matrimonios donde

<sup>7</sup> "Encaran crisis demográfica", en periódico *Reforma*, de 11 de mayo de 2006, sección internacional, p. 1.

<sup>8</sup> Francisco Franco Bahamonde murió el 20 de noviembre de 1975. Además de general, fue Jefe de Estado y Jefe de Gobierno, Generalísimo de los Ejércitos (según el nombramiento hecho por la Junta de Defensa Nacional, por Decreto firmado en Burgos el 29 de septiembre de 1936) y "Caudillo de España por la Gracia de Dios" (frase adjudicada a Esteban Bilbao, Ministro de Justicia en 1939). Véase PAYNE, Stanley G., *El franquismo. Primera parte. 1939-1950. La dura posguerra*, Madrid, Alianza, s.a.

<sup>9</sup> MÉNDEZ, Luis, "Mantiene una reducida tasa de natalidad. Ayudan migrantes a repoblar España. Alcanzan nacimientos el nivel más alto desde 1993 indica Informe", en periódico *Reforma*, del 24 de junio de 2006, sección internacional, p. 7.

<sup>10</sup> En la antigua China, el límite de hijos era de tres, y el cuarto hijo era arrojado a los animales salvajes. MARCOVICH K., Jaime (comp.), *Tengo derecho a la vida. Prevención e identificación del Síndrome del Niño Maltratado en México*, México, Editores Mexicanos Unidos, 1981, p. 17.

<sup>11</sup> *Ley de Matrimonio de la República Popular China*, Beijing, Ediciones en Lenguas Extranjeras, 1983. La Ley fue aprobada el 10 de septiembre de 1980 en la III sesión de la Asamblea Popular Nacional, y entró en vigor el 1o. de enero de 1981.

se pacte o se acuerde por cualquier medio, la no procreación de hijos; la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo;<sup>12</sup> el fomento a las uniones libres y el concubinato; son algunos de los retos que deberá enfrentar y resolver el estudioso del derecho familiar.

### III. AUTONOMÍA DEL DERECHO FAMILIAR

"...un sistema democrático y eminentemente liberal, como el que nos rige, tiene por base esencial la observancia estricta de la ley. Ni el capricho de un hombre solo, ni el interés de ciertas clases de la sociedad forman su esencia..."

Benito Juárez<sup>13</sup>

El derecho familiar, al emanar del derecho civil, está previsto y regulado en los códigos civiles. Es así que, en la mayoría de los estados de la República y en materia federal, el Código Civil contiene un Libro que regula "personas y familia". Nuestra legislación, heredera directa del derecho español y éste, a su vez, del Código Napoleón, ha conservado la estructura del Código de los franceses, donde la parte relativa a familia es integrante de la regulación civil. Específicamente, en derecho familiar se recibieron, de igual manera, influencias del derecho romano, a través de la codificación, y del derecho canónico.

Sin embargo, el derecho familiar tiene un carácter especial, distinto al resto del derecho civil, por lo que, desde hace tiempo, puede hablarse de que es una rama, dentro de la ciencia jurídica, separada del derecho civil. Los principios generales a los que se sujeta, la naturaleza de los bienes jurídicos que protege y de las instituciones que regula, y su propia esencia jurídica, donde impera el interés público y no la autonomía de la voluntad, han llevado al estudio y crítica independiente del derecho familiar.<sup>14</sup>

Las consecuencias de considerar al derecho familiar como una rama autónoma de la ciencia jurídica, son legislativas, jurisdiccionales,

<sup>12</sup> Véase el artículo periodístico de Patricia KELLY, "Las familias homosexuales son una realidad en el México del siglo XXI", en *El Universal*, del 11 de junio de 2006, sección G, p. 8.

<sup>13</sup> Citado por RODRÍGUEZ PRATS, Juan José, *La política del derecho en la crisis del sistema mexicano*. 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992, p. 18.

<sup>14</sup> GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, por ejemplo, niega el carácter autónomo del derecho familiar. Véase su obra *Derecho civil para la familia*, México, Porrúa, pp. 78 a 89.

científicas, didácticas y profesionales. Legislativas implica la existencia de un conjunto ordenado y sistemático de normas jurídicas, a través de una ley o un código, que regulen exclusivamente esta materia.<sup>15</sup> Jurisdiccionales consiste en la existencia de tribunales especializados en materia familiar, como ocurre en el Distrito Federal con los jueces de lo familiar (artículo 52 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal), y en el Estado de México con los jueces de primera instancia de la materia familiar (artículo 72 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México); en estos casos se ha separado el conocimiento de los asuntos familiares, de la competencia de los juzgados civiles. Científicas se concretizan en la investigación y estudio sistemático del derecho familiar, separado del derecho civil o de cualquier otra rama. Didácticas es la enseñanza, por separado de otras ramas de la ciencia jurídica, en las universidades y escuelas de derecho. Profesionales es la existencia de profesionistas del derecho dedicados exclusivamente, o en gran medida, a la atención de asuntos familiares.

Se reafirma su existencia como rama del derecho, en la creación de legislaciones específicas, fuera del ámbito del derecho civil y, como consecuencia, fuera de los códigos civiles. Tal es el caso, por ejemplo, del Código Familiar para el Estado de Hidalgo (publicado en el *Periódico Oficial* el 8 de diciembre de 1986) y el Código Familiar del Estado de Zacatecas (publicado en el *Periódico Oficial* el 10 de mayo de 1986). En este último ordenamiento aparece, en los Considerandos, el siguiente concepto: “el derecho de familia es el conjunto de normas que tiene por objeto estructurar la organización, funcionamiento y disolución de esa sociedad primera”. Aquí cabe destacar que para la legislación de Zacatecas, la familia tiene personalidad jurídica, según se prevé en el artículo 3 del Código, de la siguiente forma: “La familia es una institución político-social, permanente, constituida por un conjunto de personas, unidas por el vínculo del parentesco, del matrimonio o del concubinato, a la que se le reconoce personalidad jurídica”.

<sup>15</sup> Véase GÜITRON FUENTEVILLA, Julián, Proyecto de Código Familiar tipo para los Estados Unidos Mexicanos, México, Porrúa, 2004; y GÜITRON FUENTEVILLA, Julián, Proyecto de Código de Procedimientos Familiares tipo para los Estados Unidos Mexicanos, México, Porrúa, 2004.

La regulación de la familia ha estado prevista en los códigos civiles,<sup>16</sup> donde existen otras instituciones que no comparten la naturaleza de las instituciones propias de la familia. Los principios que se aplican a bienes, a obligaciones y a contratos, no son acordes con lo que se aplica en derecho de familia. Cuando se expide una nueva ley se busca regular lo no regulado o, en su caso, regular mejor lo ya regulado. La expedición de códigos familiares puede implicar una mejor sistematización, en un ordenamiento autónomo, de esta rama del derecho, evitando errores de interpretación y de aplicación para el caso concreto, toda vez que se rige, toda la materia familiar, por los mismos principios, sin que exista posibilidad de error por aplicar los propios de los contratos o de los bienes, por ejemplo. La expedición de un Código Familiar, de igual forma, significa el señalamiento claro de la naturaleza autónoma del derecho familiar, y permite agrupar en un solo ordenamiento que tenga, de manera exclusiva, como objeto esta materia, todas las disposiciones que debe regular y prever el derecho de familia.

Un antecedente en nuestro derecho, muy significativo por la separación que hizo de la legislación familiar de la civil, es la Ley de Relaciones Familiares,<sup>17</sup> expedida por Venustiano Carranza (Primer Jefe del Ejército Constitucionalista y Encargado del Poder Ejecutivo de la Unión) el 12 de abril de 1917 y publicada, de manera fracciona-

<sup>16</sup> El Código Civil de 1870 puede verse en “Código Civil para el Distrito Federal y la Baja California”, en DUBLÁN, Manuel y LOZANO, José María, *Legislación Mexicana ó Colección completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la Independencia de la República. Edición Oficial. Tomo XI*, México, Imprenta del Comercio, de Dublán y Chávez, a cargo de M. Lara (hijo), 1879, pp. 201-449.

El Código Civil de 1884 puede consultarse en “Código Civil del Distrito Federal y territorio de la Baja California”, en DUBLÁN, Manuel y LOZANO, José María, *Legislación Mexicana ó Colección completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la Independencia de la República. Edición Oficial. Tomo XV*, México, Imprenta y Litografía de Eduardo Dublán y Comp., 1886, pp. 317-570.

Como edición oficial del Código Civil de 1928 existe la siguiente: *Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común, y para toda la República en materia federal*, México, Secretaría de Gobernación, Talleres Gráficos de la Nación, 1928.

<sup>17</sup> PALLARES, Eduardo, *Código Civil vigente en el Distrito y Territorios Federales. Edición anotada y concordada con la legislatura vigente y la nueva Ley sobre Relaciones Familiares*, México, Herrero Hermanos, 1923.

da, entre el 14 de abril y el 11 de mayo de 1917.<sup>18</sup> Esta Ley separó la normatividad aplicable a la familia de la propia del derecho civil. Las principales características de este ordenamiento pueden resumirse en:

- a) Derogó los capítulos respectivos del Código Civil de 1884, como son matrimonio, paternidad y filiación, patria potestad, régimen patrimonial del matrimonio y ausencia, entre otros.
- b) Confirmó la introducción del divorcio vincular en nuestra legislación, de manera que el matrimonio pudiera disolverse por completo, y no fuera una simple separación de los cónyuges, como ocurría conforme a lo previsto en la legislación civil de 1884, hasta el Decreto de Carranza de 1914.
- c) Se igualó, dentro del matrimonio, al hombre y a la mujer, y se suprimió la potestad marital; se alcanzó una mayor igualdad entre los cónyuges, disminuyendo la potestad marital, aunque reconociendo diferentes funciones de cada uno. La incapacidad jurídica de la esposa prevista en los códigos anteriores, el deber de obediencia al marido, así como la función del marido como representante legítimo de su mujer y administrador de todos los bienes del matrimonio, queda superado. Se da una relación entre iguales. Sin embargo, se mantiene una disposición protectora de la mujer, al prohibírsele contratar con su marido, respecto de bienes raíces o derechos reales, o ser fiador de él; y existe determinada primacía del marido, toda vez que le corresponde fijar el domicilio conyugal, aunque con limitaciones, y dar licencia o permiso a la mujer para que pueda emplearse en servicio de otra persona, ejercer una profesión o establecer un comercio.
- d) Desapareció la distinción entre hijos naturales y los hijos espurios, o sea, los adulterinos y los incestuosos.
- e) Se creó la adopción.
- f) Se sustituyó el régimen de gananciales, por el régimen de separación de bienes, modificando el régimen patrimonial de los cón-

<sup>18</sup> Este dato y las menciones de la Exposición de Motivos de la Ley de Relaciones Familiares, están tomados de ADAME GODDARD, Jorge, *El matrimonio civil en México*, UNAM.

- yuges y de los bienes comunes. El Código de 1884 seguía un régimen preferencial de los bienes en el matrimonio, al establecer el de la sociedad legal de gananciales, conforme al cual todos los bienes que adquieran los esposos durante el matrimonio formaban un fondo común que se repartiría entre ellos. En la Exposición de Motivos de la Ley se dice que la indisolubilidad del vínculo matrimonial generaba una comunidad permanente de intereses, la cual hacía necesaria la sociedad legal de gananciales, pero una vez admitido el divorcio vincular, es necesario que el Estado intervenga para evitar los abusos de quienes quisieran aprovecharse de los bienes de la mujer, de cuyas ganancias disfrutarían por mitad según el régimen de sociedad legal, para luego abandonarla a su mujer.
- g) Se concibió que la patria potestad tiene como función la protección y cuidado de los hijos y no el poder del padre sobre ellos.
- h) Se ratificó la naturaleza jurídica del matrimonio como un contrato civil, conforme a lo señalado en el Decreto de Venustiano Carranza del 29 de enero de 1915,<sup>19</sup> nuevo concepto de matrimonio de carácter contractualista y disoluble. El artículo 13 de la Ley estableció que el matrimonio es el “contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida”. El matrimonio se contraía, según lo expresado en la Exposición de Motivos de la Ley, siempre como unión definitiva, pero era necesario determinar los casos excepcionales en que podía liberarse a los cónyuges de la obligación de permanecer unidos toda la vida.

Antes de 1914, el divorcio significaba sólo separación de los cónyuges. El texto original del artículo 226 del Código Civil de 1884 señalaba que “el divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio; suspende sólo algunas de las obligaciones civiles” (que el propio Cód-

<sup>19</sup> *Infra* nota 21. En el artículo 22 de la Ley de 14 de diciembre de 1874, se previó que el matrimonio es un “contrato civil”, aunque el Código Civil de 1884 lo conceptúa como una “sociedad legítima”.

go preveía). Es con el Decreto de Venustiano Carranza del 29 de diciembre de 1914,<sup>20</sup> que reforma la fracción IX del artículo 23 de la Ley de 14 de diciembre de 1874, reglamentaria de las Adiciones y Reformas de la Constitución Federal decretadas el 25 de diciembre de 1873, donde aparece el divorcio en su concepto de separación definitiva y como acto que deja a los antiguos cónyuges en libertad para contraer un nuevo matrimonio. El Decreto de 1914 estableció el divorcio vincular del matrimonio, por mutuo y libre consentimiento cuando el matrimonio tenga más de 3 años de celebrado, o en cualquier tiempo por causas que hagan imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio, o por faltas graves de alguno de los cónyuges que hagan irreparable la desavenencia conyugal. Disuelto el matrimonio, los cónyuges podían contraer una nueva unión legítima.

Mediante otro Decreto de Carranza, de fecha 29 de enero de 1915,<sup>21</sup> se reformaron diversos artículos del Código Civil de 1884, en materia de matrimonio y de divorcio. Se reforma el artículo 155 del referido Código para establecer que “el matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen en sociedad legítima para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida”. El texto original de este precepto decía que “el matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse á llevar el peso de la vida”.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> Publicado en el núm. 4 de *El Constitucionalista*, el 2 de enero de 1915, en el puerto de Veracruz.

PALLARES, Eduardo, *Leyes complementarias del Código Civil*, México, Herrero Hermanos, 1920, pp. 412-416.

Codificación de los Decretos del C. Venustiano Carranza, Primer Jefe del Ejército Constitucionalista encargado del Poder Ejecutivo de la Unión, México, Gobierno Provisional de la República Mexicana, Imprenta de la Secretaría de Gobernación, 1915, pp. 147-150.

<sup>21</sup> Publicado en el núm. 8 de *El Constitucionalista*, el 12 de febrero de 1915, en el puerto de Veracruz. Codificación de los Decretos del C. Venustiano Carranza..., *op. cit.*, pp. 168-181.

<sup>22</sup> Una crítica sobre los Decretos de Venustiano Carranza en materia de divorcio y sobre la Ley de Relaciones Familiares, puede verse en SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *Los grandes cambios en el derecho de familia de México*, 2a. ed., México, Porrúa, 1991; SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *El divorcio opcional*, 2a. ed., México, Porrúa, 1999; y MACEDO,

Por Circular de fecha 24 de noviembre de 1915,<sup>23</sup> igualmente expedida por Venustiano Carranza, se estableció que en el divorcio por consentimiento de los cónyuges, el juez debería cerciorarse de la espontaneidad de la voluntad del cónyuge vacilante.

En la Exposición de Motivos de la Ley de Relaciones Familiares se afirma que el objeto de ésta es organizar la familia “sobre bases más racionales y justas” que las que hasta entonces había tenido. Se hace una crítica “de las viejas ideas romanas conservadas en el derecho canónico”, afirmando que el Paterfamilias romano tenía un poder absoluto sobre sus hijos y sobre la mujer y que “el cristianismo no influyó directamente sobre la organización de la familia pues el derecho canónico aceptó las relaciones familiares establecidas por el derecho romano”.

Se sigue diciendo en la Exposición de Motivos que el cristianismo reforzó el poder absoluto del marido sobre la mujer “pues al comparar al marido con Cristo y a la mujer con la Iglesia, dio tanto poder a aquél, que los mismos teólogos llegarían a sostener que, al celebrarse el matrimonio, el sacerdote oficiaba como testigo y no como ministro, pues el verdadero ministro era el contrayente”.

La Exposición de Motivos también critica la legislación liberal por no haber llegado a las consecuencias que debía al haber establecido la idea del matrimonio como contrato y, en cambio, haber aceptado “la idea canónica de la indisolubilidad del vínculo conyugal”. Afirma que siendo los “objetos esenciales” del matrimonio la procreación y la ayuda mutua, “no es de ninguna manera indispensable una indisolubilidad que, en muchos casos, puede ser contraria a los fines de las nupcias”, y que además el matrimonio indisoluble era opuesto al artículo 5 constitucional que desconocía cualquier pacto que tuviera por objeto la pérdida o menoscabo de la libertad, y la mujer al casarse con el marido perdía su libertad pues no podía contratar sin la autorización del marido.

Pablo, “Derecho civil”, en *Evolución del derecho mexicano (1912-1942)*. Tomo II, México, Jus, 1943, pp. 61-110. Publicaciones de la Escuela Libre de Derecho, Serie B, vol. VI.

<sup>23</sup> Publicada en el núm. 24 de *El Constitucionalista*, el 3 de diciembre de 1915, en la ciudad de México. PALLARES, Eduardo, *Leyes complementarias del Código Civil*, México, Herrero Hermanos, 1920, pp. 424-426.

Se sigue diciendo en la Exposición de Motivos que las reformas políticas y sociales llevadas a cabo por la Revolución “no pueden implantarse debidamente sin las consiguientes reformas a todas las demás instituciones sociales, y muy especialmente a las familias”; una vez aceptado el divorcio vincular, es necesario “adaptar al nuevo estado de cosas los derechos y obligaciones entre los consortes, así como las relaciones concernientes a la paternidad y filiación, reconocimiento de hijos, patria potestad, emancipación y tutela”; y “las ideas modernas sobre igualdad, ampliamente difundidas y aceptadas en casi todas las instituciones sociales, no han llegado a influir convenientemente en las instituciones familiares”.

En derecho extranjero encontramos, sólo a manera de ejemplo, el del Código de familia, de la República de Cuba,<sup>24</sup> expedido mediante Ley número 1289, de 14 de febrero de 1975, y publicado en la *Gaceta Oficial* el 15 del mismo mes y año. Su expedición deroga las previsiones existentes, en la materia de familia, en el Código Civil. Como en los propios transitorios del Código de Familia se prevé, quedan sin efecto las regulaciones del Código Civil respecto a matrimonio, paternidad y filiación, alimentos entre parientes, patria potestad, tutela, consejo de familia, derechos hereditarios de los hijos ilegítimos, parentesco, herencia de los hijos naturales reconocidos, donaciones por razón de matrimonio, dote, bienes parafernales, sociedad de gananciales, separación de los bienes de los cónyuges y de su administración por la mujer durante el matrimonio, y prescripción de la acción para reclamar el pago de pensiones alimenticias. De igual forma, se derogan otras disposiciones que, aun cuando son distintas al Código Civil, abordan aspectos sobre la familia. Esto se hizo, con el propósito evidente de agrupar en un solo ordenamiento toda la regulación en materia familiar. Entre las leyes, decretos presidenciales y decretos-ley que se derogaron están las referidas a: mayoría de edad y emancipación de hijos, bienes parafernales, Reglamento del Registro Nacional de Capitulaciones Matrimoniales, régimen legal del matrimonio, régimen legal del divorcio, disolución del vínculo matrimonial en divorcios promovidos al amparo del Có-

<sup>24</sup> Código de Familia. Ley num. 1289 de 14 de febrero de 1975. *Gaceta Oficial* de 15 de febrero de 1975. s.l., Ministerio de Justicia, 1975.

digo Civil, representación de los menores por el Ministerio Fiscal al solo efecto de completar la capacidad civil, equiparación civil de la mujer, y actos del Registro del Estado Civil.

#### IV. FILIACIÓN

“Dichoso aquel que se siente dichoso con sus hijos”.

Thomas Fuller<sup>25</sup>

La filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia (artículo 338 del Código Civil para el Distrito Federal). Las reglas en esta materia son claras, y están previstas, en el Distrito Federal, en los artículos 324 a 353 Quater del ordenamiento mencionado. Sin embargo, el desarrollo de la ciencia dará origen a nuevas situaciones jurídicas, que deberán atenderse de manera eficaz, a efecto de evitar conflictos, lagunas de la ley y errores de interpretación. Es cierto que en este momento, ante una situación jurídica que se le presente, el juzgador deberá resolver, como se señala en el último párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: “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”. Pero precisamente aquí es donde se justifica la labor del jurista, en señalar las nuevas situaciones en el mundo real que ameritan una regulación jurídica, que no sea meramente especulativa, y en proponer las soluciones que convendría adoptar ante los conflictos que, en su momento, se presenten.

Los principales avances científicos y tecnológicos en materia de procreación, fertilidad y fecundación,<sup>26</sup> en la actualidad y, en algunos casos como la ectogénesis y la clonación, a mediano plazo, y que

<sup>25</sup> PUMAREGA, Manuel, *op. cit.*, p. 25.

<sup>26</sup> En este apartado hemos seguido los conceptos de HURTADO OLIVER, Xavier, *El derecho a la vida ¿y a la muerte? Procreación humana, fecundación in vitro, clonación, eutanasia y suicidio asistido. Problemas éticos, legales y religiosos*, 2a. ed., México, Porrúa, 2000.

repercuten o repercutirán en materia de filiación, por lo que ameritan una regulación específica en derecho familiar, son:<sup>27</sup>

### 1. Inseminación artificial

La fertilización del óvulo por el espermatozoide se realiza dentro del cuerpo de la mujer<sup>28</sup> (la inyección del espermatozoide en el interior del ovulo es denominada “inyección intracitoplasmática del espermatozoide”),<sup>29</sup> y puede consistir en homóloga o en heteróloga. Es homóloga cuando se utiliza semen de la pareja de la mujer inseminada, en el caso de que “el varón esté imposibilitado para depositar” de forma natural “sus células germinales en el tracto reproductivo de su mujer”.<sup>30</sup> Aquí puede darse la inseminación *post mortem*, cuando la mujer utiliza el semen conservado del esposo después de muerto éste; esto implica el congelamiento de células germinales masculinas para su uso posterior y el embarazo con semen, del marido, depositado en un congelador.

La inseminación heteróloga implica que se utilizan “gametos de un extraño a la pareja, cuando los producidos por el hombre no son aptos para la fecundación, o bien siéndolo sean transmisores de enfermedades genéticas”.<sup>31</sup> De esta forma, la mujer se embaraza con semen de otro hombre distinto del esposo, pero con el consentimiento de éste. Cuando los gametos masculinos y femeninos se llevan a la Trompa de Falopio para facilitar la fecundación, se conoce como “transporte intratubario de gametos”.<sup>32</sup>

### 2. Fecundación *in vitro*

Es “la fertilización de un óvulo por el espermatozoide, en un recipiente de laboratorio y la posterior implantación del embrión resul-

<sup>27</sup> Debo a mi joven colega Claudia Paola Morales Linares la información sobre diversos aspectos técnicos de la genética. Véase MORALES LINARES, Claudia Paola, *Análisis jurídico de la manipulación genética. Artículo 154 fracción I del Código Penal para el Distrito Federal*, México, tesis para obtener el título de licenciada en derecho, UNAM, Facultad de Derecho, 2005.

<sup>28</sup> HURTADO OLIVER, Xavier, *op. cit.*, p. 32.

<sup>29</sup> MORALES LINARES, Claudia Paola, *op. cit.*, p. 31.

<sup>30</sup> HURTADO OLIVER, Xavier, *op. cit.*, p. 17.

<sup>31</sup> *Idem.*

<sup>32</sup> MORALES LINARES, Claudia Paola, *op. cit.*, p. 31.

tante en el útero de la mujer para su gestación”.<sup>33</sup> Puede implicar transferencia de embrión,<sup>34</sup> mediante: “donación de óvulos de una mujer fértil a una estéril, para ser fecundados con semen de su pareja; donación de embriones entre parejas; embarazo de una mujer por cuenta de otra”<sup>35</sup> (conocido como maternidad subrogada o madres nodrizas). Los embriones resultantes de una fecundación *in vitro*, pueden congelarse o conservarse sin ser implantados en el útero de la mujer.<sup>36</sup>

El 25 de julio de 1978 nació, en Inglaterra, la primera niña de probeta, hija de Lesley Brown y de su marido, pesando 2 kilos y 600 gramos. El Dr. Patrice Steptoe, ginecólogo, y el Dr. Robert Edwards tardaron 12 años en desarrollar la técnica que permitió este nacimiento. La también conocida concepción *in vitro* o concepción fuera del cuerpo humano, se efectuó, en esa primera ocasión, insertando quirúrgicamente en el cuerpo de la madre, cuatro días después de la fertilización, las células fertilizadas, las cuales reaccionaron de la misma manera que un óvulo fecundado allí.<sup>37</sup>

De la fecundación *in vitro* se derivan la reproducción partenogénica, consistente en la reproducción de las especies sin el concurso de los sexos; y la partogénesis artificial, que es el desarrollo del óvulo no fecundado por medios físico-químicos.

### 3. Clonación<sup>38</sup>

Es la reproducción de un individuo utilizando una célula de su cuerpo; reproducción asexual, sin intervención de gametos o células germinales, prescindiendo además de la unión sexual de la pareja

<sup>33</sup> HURTADO OLIVER, Xavier, *op. cit.*, p. 32.

<sup>34</sup> GARCÍA FERNÁNDEZ, Dora, “La adopción de embriones humanos”, en *El Mundo del Abogado*, México, Editorial Revista El Abogado, año 9, núm. 87, julio de 2006, pp. 16-19.

<sup>35</sup> HURTADO OLIVER, Xavier, *op. cit.*, p. 32.

<sup>36</sup> MORALES ACHE, Pedro Isabel, “El estatus jurídico del embrión en México”, en *Nexos*, México, año 28, vol. XXVIII, núm. 343, julio de 2006, pp. 41-44.

<sup>37</sup> CARRANCA Y RIVAS, Raúl, *El drama penal*, México, Porrúa, 1982, pp. 296-297.

<sup>38</sup> HURTADO OLIVER, Xavier, *op. cit.*, p. 74. Cfr. LISKER, Rubén y TAPIA, Ricardo, “Clonación y células troncales”, en *Nexos*, año 28, vol. XXVIII, núm. 343, julio de 2006, pp. 29-33.

como función procreadora; "concepción ágama", donde "los cromosomas para integrar al clon no son aportados por ambos progenitores", bastando "la aportación de uno de ellos y un óvulo desnuclearizado"; "procedimiento para duplicar un organismo utilizando el núcleo de una célula del cuerpo por reproducir, no célula sexual, ni óvulo ni espermatozoide, y un óvulo femenino desnuclearizado, es decir, desprovisto de su núcleo donde residen los cromosomas, para integrar un embrión que al desarrollarse será un individuo idéntico genéticamente al del que provino el núcleo utilizado".<sup>39</sup> Conocido como Somatic cell nuclear transfer (SNT, por sus siglas en inglés). Los métodos de clonación son:<sup>40</sup>

- a) Autorreproducción. Se extrae el núcleo del individuo que se clonará y se implanta en un ovulo fecundado que no tenga núcleo. Con esto se duplica la información y se forma un embrión, de donde nacerá otro individuo con el mismo código genético.
- b) Fusión embrional. Se crean en laboratorio gemelos univitelinos por medio de un embrión y se selecciona para producir seres iguales.
- c) Clonación partenogénica. Se activa el núcleo de un ovulo, para que se reproduzca sin el espermatozoide.

#### 4. Ectogénesis

Es la concepción y gestación, hasta su nacimiento, de seres humanos en el laboratorio, sin utilizar el cuerpo femenino; gestación de un ser humano en aparatos mecánicos.<sup>41</sup>

#### 5. Genoterapia

En proceso de experimentación, consiste en la "manipulación del embrión con la finalidad de cambiar la herencia genética recibida".<sup>42</sup>

<sup>39</sup> HURTADO OLIVER, Xavier, *op. cit.*, p. 74.

<sup>40</sup> MORALES LINARES, Claudia Paola, *op. cit.*, p. 46.

<sup>41</sup> HURTADO OLIVER, Xavier, *op. cit.*, p. 33.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 74.

#### 6. Partenogénesis<sup>43</sup>

Proceso reproductivo que se realiza mediante la estimulación del desarrollo de un ovulo por medios térmicos, físicos, químicos, mecánicos o tratamientos enzimáticos sin que sea fecundado por un espermatozoide.

#### V. NIÑO MALTRATADO

"Había dos niños para quienes el olor del desinfectante en los azulejos era el olor del odio. Para Gerry Thompson era también el olor del hambre y la soledad. El desinfectante sazonaba la comida, entraba en el sueño, en el hambre, el frío, el miedo, en todos los componentes del odio. Sólo el odio iluminaba el mundo, sólo él era la verdad. Un hombre se abraza fuertemente a la verdad, especialmente cuando no conoce más que una, especialmente cuando tiene seis años. Y, a los seis años, Gerry era verdaderamente un hombre. Por lo menos apreciaba, como un hombre maduro, ese placer gris que nace de la simple ausencia del dolor. Tenía una paciencia implacable, como sólo se la encuentra entre los hombres de acción, derrotados en apariencia, hasta que llega el momento de decidir. No se entiende comúnmente que para un niño de seis años, como para cualquier otra persona, la senda de la memoria recorre toda una vida de pormenores e incidentes. Las dificultades, las desilusiones, las enfermedades que había tenido Gerry, hubieran bastado para convertir en hombre a cualquiera. A los seis años ya lo parecía. En ese entonces comenzó a resignarse, a ser obediente y a esperar. El rostro menudo y cubierto de cicatrices se transformó simplemente en otro rostro, y ya no volvió a quejarse. Vivió así dos años hasta que por último se decidió".<sup>44</sup>

En esta larga cita se aprecia, con una claridad lapidaria, la desesperación que vive un niño maltratado. Pequeños guerreros que a la temprana edad de 5 o 6 años, han vivido sus propias guerras, sin salir de sus casas y sin alejarse de sus familias. Los enemigos no están afuera, los enemigos están en el seno del hogar. El drama del niño maltratado es una de las mayores tragedias que, todos los días, en miles y

<sup>43</sup> MORALES LINARES, Claudia Paola, *op. cit.*, p. 34.

<sup>44</sup> STURGEON, Theodore, *Más que humano*, México, Minotauro, 1992, p. 38.

miles de hogares, se vive. Es difícil, para él que no lo ha experimentado en carne propia, comprender, por completo, la desesperación, la rabia, el odio, la desilusión y el dolor que se sufre con el maltrato en el hogar.

Los seres que, en un orden lógico y acorde con la naturaleza, deberían ser los mayores protectores y cuidadores del niño, se convierten en sus verdugos y transforman su existencia y su niñez, en el infierno en la Tierra. Uno o ambos padres, hermanos, tíos, abuelos, otros adultos ligados a la familia son los que, con su maltrato, dañan y afectan al niño de manera irreversible. Un aspecto muy explorado y que para algunos no deja de causar asombro, es el que se vive todos los días, y a veces a lo largo de años, en las casas de muchas familias: la familia maltrata, golpea, desprecia, tortura, humilla y, en ocasiones, asesina al niño.

Cuando el niño maltratado no encuentra rescate y apoyo en su círculo familiar y social. Cuando sus gritos de dolor no alcanzan a ser escuchados por nadie y cuando sus lágrimas se secan en vano, esperando justicia, sólo puede esperar auxilio del derecho. Es aquí, en situaciones familiares como ésta, donde más se aprecia la función y la razón de ser del derecho.

En 1874, en la ciudad de Nueva York, la niña Mary Ellen, de 4 años de edad, sufría frecuentes golpes y maltratos a manos de sus padres. Los vecinos presentaron su caso ante los tribunales, pero ninguna acción legal fue llevada a cabo, puesto que el abuso a los niños no era considerado delictuoso en esa época. Entonces, el caso se presentó nuevamente a los tribunales, pero ahora respaldado por la Sociedad Protectora de Animales, suponiendo que la niña pertenecía a esta escala zoológica. En esta ocasión los argumentos fueron válidos y se castigaron a los responsables.<sup>45</sup>

En 1961, el Dr. C. H. Kempe, quien fuera director del Instituto Nacional del Niño Golpeado, con sede en Denver, Colorado, propuso en un Simposio de la Academia Americana de Pediatría, el término de "Síndrome del Niño Golpeado" (Battered Child Síndrome),

<sup>45</sup> MARCOVICH K., Jaime (comp.), *Tengo derecho a la vida. Prevención e identificación del Síndrome del Niño Maltratado en México*, México, Editores Mexicanos Unidos, 1981, p. 18.

para connotar la agresión física hacia el menor, por parte de los padres o de los adultos encargados de su cuidado.<sup>46</sup> En 1962, el mismo Dr. C. H. Kempe publicó un artículo donde concibe el concepto de Síndrome de Niño Maltratado,<sup>47</sup> definiéndolo como "el uso de la fuerza física en forma intencional, no accidental, dirigido a herir, lesionar o destruir a un niño, ejercido por parte de un padre o de otra persona responsable del cuidado del menor".<sup>48</sup>

R. G. Birrel y J. H. Birrel en 1968 publican, en la revista médica *The medical Journal of Australia*, el artículo denominado "The maltreatment Síndrome of Child a Hospital Survey", donde definen al Síndrome del Niño Maltratado como el maltrato físico y privación de alimento, de cuidados y de afecto, con circunstancias que implican que esos maltratamientos y privaciones no resultan accidentales.<sup>49</sup>

A pesar de las opiniones de Kempe y los Birrel, debe distinguirse entre Síndrome del niño maltratado y el niño maltratado como tal. El Síndrome es el conjunto de síntomas que tiene un menor expuesto a la violencia, mientras que el niño maltratado es el menor expuesto a dicha violencia.

Es así, que los menores maltratados "son los menores de edad que enfrentan, sufren, ocasional o habitualmente, actos de violencia física, emocional, o ambas, ejecutadas por omisión o acción, pero siempre en forma intencional, no accidental, por padres, tutores o personas responsables de éstos".<sup>50</sup> De igual manera, el niño maltratado es la "persona humana que se encuentra en el periodo de la vida comprendido entre el nacimiento y el principio de la pubertad, objeto de acciones u omisiones intencionales que producen lesiones físicas o mentales, muerte o cualquier otro daño personal, provenientes de sujetos que, por cualquier motivo, tengan relación con ella".<sup>51</sup> "Sínd-

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>47</sup> *Anales Nestle*, fascículo 114, México, p. 22; citado por OSORIO Y NIETO, César Augusto, *op. cit.*, p. 12.

<sup>48</sup> MARCOVICH, Jaime, *El maltrato a los hijos*, México, Edicol, 1978, p. 18; citado por OSORIO Y NIETO, César Augusto, *op. cit.*, p. 12.

<sup>49</sup> *Idem*.

<sup>50</sup> MANTEROLA MARTÍNEZ, Alejandro, "Problemática jurídica del menor maltratado", en *Revista del Menor y la Familia*, año 2, núm. 2, primer semestre de 1992, Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), p. 59.

<sup>51</sup> OSORIO Y NIETO, César Augusto, *El niño maltratado*, México, Trillas, 1981, p. 12.

drome es reunión de un grupo de síntomas que simultáneamente se repiten en cierto número de enfermedades".<sup>52</sup>

El derecho familiar es omiso, en gran medida, en prevenir las conductas y omisiones que llevan al maltrato hacia nuestros niños. Es cierto que en los códigos penales se tipifica expresamente la violencia familiar o, en el peor de los casos, sólo las lesiones y el homicidio, de manera general.<sup>53</sup> Sin embargo, no debe esperarse a que exista un delito para que el derecho actúe. Ningún favor se le hará al niño, cuando las personas que lo maltrataron son sujetos de la justicia penal, puesto que él hubiera preferido que esos delitos cometidos en su contra nunca se hubieran dado. La prohibición implícita en el tipo no es suficiente para desanimar al delincuente, puesto que es bien sabido, en las ciencias penales y criminológicas, que el sujeto activo siempre espera escapar a su castigo.

Por otro lado, existen diversas disposiciones jurídicas, como la "Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes", la "Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal", y la "Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar", la cual tiene por objeto, esta última, establecer las bases y procedimientos de asistencia para la prevención de la violencia familiar en el Distrito Federal. Pero estas disposiciones no son suficientes y escapan, por su propia naturaleza administrativa, al ámbito primario y esencial donde se regulan las relaciones familiares, que es el derecho de familia.

Hay, en el Código Civil para el Distrito Federal, una mínima referencia a la violencia familiar (artículos 323 bis, 323 ter, 323 quater, 323 quintus y 323 sextus), y en el Código Civil Federal (artículos 323 bis y 323 ter), que son insuficientes. Es necesario legislar la manera de prevenir la violencia al niño, en el Código Civil, señalando no sólo aspectos preventivos desde el punto de vista del derecho familiar, sino todas las obligaciones a cargo de los padres, tutores, o quienes ejerzan la patria potestad y, en general, de cualquier adulto

<sup>52</sup> GARNIER, M. *et al.*, *Diccionario de los términos técnicos usuales en medicina*, Madrid, Bailly Billiere, 1933, p. 816; citado por OSORIO Y NIETO, César Augusto, *op. cit.*, p. 12.

<sup>53</sup> OSORIO Y NIETO, César Augusto, *La familia en el derecho penal*. México, Porrúa, 2006.

que en el seno familiar tenga contacto con el niño, para que éste se encuentre debidamente protegido y en condiciones de desarrollarse con plenitud.

Conforme a lo previsto en el artículo 323 Quater del Código Civil para el Distrito Federal, la "violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como la omisión grave que se ejerce contra un miembro de la familia por otro integrante de la misma, que atente contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente del lugar en que se lleve a cabo y que pueda producir o no lesiones". De igual forma, según lo previsto en el artículo 323 quintus del referido ordenamiento, también se considera violencia familiar la conducta descrita en el citado artículo 323 quater llevada a cabo contra la persona con que se encuentra unida fuera de matrimonio, de los parientes de ésta, o de cualquier otra persona que esté sujeta a su custodia, guarda, protección, educación, instrucción o cuidado, siempre y cuando el agresor y el ofendido convivan o hayan convivido en la misma causa.

En el artículo 323 ter del Código Civil Federal se prevé que por "violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como las omisiones graves, que de manera reiterada ejerza un miembro de la familia en contra de otro integrante de la misma, que atente contra su integridad física, psíquica o ambas independientemente de que pueda producir o no lesiones; siempre y cuando el agresor y el agredido habiten en el mismo domicilio y exista una relación de parentesco, matrimonio o concubinato".

La violencia familiar, entendida como delito, está prevista en el artículo 200 del Código Penal para el Distrito Federal,<sup>54</sup> donde se señalan las penas que se aplicarán al cónyuge, concubina o concubinario, pariente consanguíneo en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, al pariente colateral consanguíneo o afin hasta el cuarto grado, al adoptante o adoptado, que maltrate física o psicoemocionalmente a un miembro de la familia. Maltrato físico es todo acto de agresión intencional en el que se utilice alguna

<sup>54</sup> La denominación anterior de este ordenamiento era "Nuevo Código Penal para el Distrito Federal", pero por reforma publicada en la *Gaceta Oficial* del Distrito Federal, el 9 de junio de 2006, pasó a ser "Código Penal para el Distrito Federal".

parte del cuerpo, algún objeto, arma o sustancia para sujetar, inmovilizar o causar daño a la integridad física del otro. Maltrato psicoemocional son los actos u omisiones repetitivos cuyas formas de expresión pueden ser: prohibiciones, coacciones, condicionamientos, intimidaciones, actitudes devaluatorias que provoquen en quien las recibe, deterioro, disminución o afectación a alguna o todas las áreas que integran la estructura psíquica. Miembro de la familia es la persona que se encuentra unida por una relación de matrimonio, concubinato, o por un lazo de parentesco consanguíneo, en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, o parentesco colateral o afín hasta el cuarto grado, así como por parentesco civil. Según lo señalado en el artículo 201 del mencionado Código Penal para el Distrito Federal, se equipara a la violencia familiar el realizar cualquiera de los actos u omisiones señalados en el artículo 200 del citado Código, en contra de la persona que esté sujeta a su custodia, protección o cuidado, o tenga el cargo de tutor o curador sobre la persona, o de aquellas personas que no reúnen los requisitos para considerarse como concubinato, siempre y cuando hagan vida en común.

Por lo que se refiere a la materia federal, en el artículo 343 bis del Código Penal Federal se considera a la violencia familiar como el uso de la fuerza física o moral así como la omisión grave, que de manera reiterada se ejerce en contra de un miembro de la familia por otro integrante de la misma contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente de que pueda producir o no lesiones. La violencia familiar la puede cometer el cónyuge, concubina o concubinario; pariente consanguíneo en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado; pariente colateral consanguíneo o afín hasta el cuarto grado, adoptante o adoptado que habite en la misma casa de la víctima. Conforme a lo previsto en el artículo 343 ter del mencionado ordenamiento, se equipara a la violencia familiar el realizar cualquiera de los actos mencionados en el artículo 343 bis en contra de la persona con la que se encuentre unida fuera de matrimonio; de los parientes por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado de esa persona, o de cualquier otra persona que esté sujeta a la custodia, guarda, protección, educación, instrucción o cuidado de dicha persona, siempre y cuando el agresor y el agredido habiten en la misma casa.

Respecto de la legislación estatal, podemos mencionar como ejemplo al Código Civil del Estado de México, el cual regula la protec-

ción contra la violencia familiar, en sus artículos 4.396, 4.397, 4.398, 4.399, 4.400, 4.401 y 4.402. En dichos preceptos se prevé la denuncia por violencia familiar, concepto de grupo familiar para estos efectos, obligación de denunciar la violencia sobre menores o incapaces, el auxilio de peritos para determinar daños físicos y psíquicos, la adopción de medidas cautelares, la celebración de una audiencia de avenencia y la asistencia a las víctimas. Respecto de la materia penal, en el artículo 218 del Código Penal del Estado de México se tipifica el delito de maltrato familiar, señalando las penas que se impondrán al integrante de un núcleo familiar que haga de la violencia física o moral, en contra de otro integrante de ese núcleo que afecte o ponga en peligro su integridad física, psíquica o ambas. Por núcleo familiar se entiende, conforme a lo previsto en el mismo precepto, el lugar donde habitan o concurren familiares o personas con relaciones de familiaridad en intimidad, o el vínculo de mutua consideración y apoyo que existe entre las personas con base en la filiación o convivencia fraterna.

En el artículo 3 de la Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar<sup>55</sup> se establecen los siguientes conceptos:

- a) Generadores de violencia familiar: quienes realizan actos de maltrato físico, verbal, psicoemocional o sexual hacia las personas con la que tengan o hayan tenido algún vínculo familiar.
- b) Receptores de violencia familiar: los grupos o individuos que sufren el maltrato físico, verbal, psicoemocional o sexual en su esfera biopsicossexual.
- c) Violencia familiar:<sup>56</sup> aquel acto de poder u omisión intencional, recurrente, o cíclico, dirigido a dominar, someter, controlar o agredir física, verbal, psicoemocional o sexualmente a cualquier miembro de la familia dentro o fuera del domicilio familiar, que tengan parentesco o lo hayan tenido por afinidad, civil, matri-

<sup>55</sup> Publicada en la *Gaceta Oficial* del Distrito Federal el 8 de julio de 1996, y en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de julio de 1996; reformada según publicación hecha en la *Gaceta Oficial* del Distrito Federal el 2 de julio de 1998.

<sup>56</sup> El texto original de la Ley hacía referencia a "violencia intrafamiliar", pero por la reforma publicada en la *Gaceta Oficial* del Distrito Federal el 2 de julio de 1998, se modificó este concepto y pasó a ser "violencia familiar".

monio, concubinato o mantengan una relación de hecho, y que tiene por efecto causar daño, y que puede ser de cualquiera de las siguientes clases:

- 1) Maltrato físico: todo acto de agresión intencional, en el que se utilice alguna parte del cuerpo, algún objeto, arma o sustancia para sujetar, inmovilizar o causar daño a la integridad física del otro, encaminado hacia su sometimiento y control.
- 2) Maltrato psicoemocional: patrón de conducta consistente en actos u omisiones repetitivos, cuyas formas de expresión pueden ser: prohibiciones, coacciones, condicionamientos, intimidaciones, amenazas, actitudes devaluatorias, de abandono y que provoquen en quien las recibe, deterioro, disminución o afectación a su estructura de personalidad.
- 3) Maltrato sexual: patrón de conducta consistente en actos u omisiones reiteradas y cuyas formas de expresión pueden ser: inducir a la realización de prácticas sexuales no deseadas o que generen dolor, practicar la celotipia para el control, manipulación o dominio de la pareja y que generen un daño.

En el artículo 3 de la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal,<sup>57</sup> se señala que maltrato físico es todo acto de agresión que cause a la integridad física de las niñas y niños; y maltrato psicoemocional son los actos u omisiones cuyas formas de expresión pueden ser silencios, prohibiciones, coacciones, condicionamientos, intimidaciones, amenazas, insultos, actitudes de descuido, devaluatorias o de abandono que provoquen en la niña o niño daño en cualquiera de sus esferas cognoscitiva, conductual, afectiva y social.

En la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes,<sup>58</sup> se prevé en el artículo 3, como uno de los principios rectores de la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, el de tener una vida libre de violencia; y como una de las obligaciones de las madres, padres y de todas las personas que tengan a su

<sup>57</sup> Publicada en la *Gaceta Oficial* del Distrito Federal el 31 de enero de 2000; reformada por publicación hecha en la misma *Gaceta* el 9 de junio de 2006.

<sup>58</sup> Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de mayo de 2000.

cuidado niñas, niños y adolescentes, el protegerlos contra toda forma de maltrato, prejuicio, daño, agresión, abuso, trata y explotación.

La violencia familiar es distinta del niño maltratado. Hemos visto que la violencia familiar, o intrafamiliar como era el concepto anterior,<sup>59</sup> sólo puede ejercerse entre personas ligadas por lazos familiares, pero el niño maltratado puede sufrir la agresión no sólo de familiares, sino de tutores, maestros, amigos de la familia, entrenadores deportivos o por cualquier tercero extraño al núcleo familiar, incluyendo otros menores.

En el niño maltratado puede verse el origen de la delincuencia, el alcoholismo, la drogadicción,<sup>60</sup> la depresión, los niños de la calle, la deserción escolar. El menor que sufre la clase de abusos que hemos comentado necesita encontrar una salida a su miedo, odio y frustración, y muchas veces esa salida lo son las conductas antisociales referidas.

Es cierto que la violencia familiar puede recaer en cualquier miembro de la familia. Un gran porcentaje de los pasivos en esta clase de violencia lo son las esposas y los ancianos. Pero nos ha parecido necesario hacer énfasis en la violencia que se ejerce contra el menor, por parecernos la más grave, toda vez que el menor es una persona en desarrollo, y lo que viva en estas etapas de la vida, marcará el resto de la vida y su actuar en la sociedad, mientras que los cónyuges y ancianos son adultos, que lógicamente han superado la niñez, y su

<sup>59</sup> Véase *supra* nota 56.

<sup>60</sup> En materia de drogadicción, narcotráfico y despenalización puede consultarse: CABBALLERO, Francis, *El derecho de la droga. La teoría del comercio pasivo de la droga*, Bogotá, Gustavo Ibáñez, 1996; CÁCERES, Baldomero, GAGLIANO, Joseph A., BURCHARD, Roderick E. et al., *La coca andina. Visión indígena de una planta satanizada*, México, Juan Bolfo i Climent, Instituto Indigenista Interamericano, 1986; ESCOHOTADO, Antonio, *Aprendiendo de las drogas. Usos y abusos, prejuicios y desafíos*, 2a. ed., Barcelona, Anagrama, 1995; FERNÁNDEZ MENÉNDEZ, Jorge, VOLLMANN, William T., NADELMANN, Ethan et al., *La trama negra. De las redes del narcotráfico a la despenalización de la droga*, México, Rayuela, 1994; SAVATER, Fernando, BURROUGHS, William S., DE GRIEFF, Gustavo et al., *Drogas. La prohibición inútil*, GARCÍA-ROBLES, Jorge y RAMÍREZ, Fernando (comps.), México, Milenio, 1996; SZASZ, Thomas, *Nuestro derecho a las drogas. En defensa de un mercado libre*, 2a. ed., Barcelona, Anagrama, 1994; VALDERRAMA VEGA, C. Enrique, *Droga y maldad ¿cuál es la verdad? Una aproximación real al fenómeno de las drogas y otros productos tóxicos; sus causas, efectos y tratamientos, con un énfasis en la prevención y la despenalización. Comentarios generales a la Ley de Estupefacientes*, Barranquilla, C. Enrique Valderrama Vega, 1994.

carácter y personalidad suelen estar suficientemente definidos; el menor, por su misma naturaleza de inmadurez emocional y de incapacidad jurídica, es más difícil que pueda recurrir a las autoridades competentes y a las instituciones que puedan auxiliarlo, mientras que los adultos víctimas de la violencia familiar cuentan con mayores elementos, para denunciar el maltrato o para quejarse de la violencia; y el menor maltratado es parte, junto con todos los menores, de las familias que integrarán la base de la sociedad y que en el futuro integrarán sus propias familias. El niño maltratado tiende a ser padre maltratador, por lo que es necesario evitar el círculo de violencia y romper el esquema que pasa de padres a hijos. Lo que suceda en las familias afecta a toda la organización social. De esta manera, individuos sanos forman sociedades sanas. Por lo tanto, es deber del Estado defender a todos sus miembros, en especial a los más débiles.

La familia y su relación con el derecho, fuera del ámbito civil, ha sido estudiado de manera exhaustiva. Baste, a manera de ejemplo, la mención de algunos temas y autores, como son los siguientes: la influencia de la familia en la delincuencia;<sup>61</sup> la existencia de familias de delincuentes y vagabundos;<sup>62</sup> el medio familiar como origen de la delincuencia;<sup>63</sup> y la familia como factor de adaptación o desadaptación social.<sup>64</sup>

Para resumir, las características que reúne un menor para considerarlo como niño maltratado<sup>65</sup> son:

<sup>61</sup> SOLÍS QUIROGA, Héctor, *Sociología criminal*, 2a. ed., México, Porrúa, 1977, pp. 183 a 202.

<sup>62</sup> MEZGER, Edmund, *Criminología*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2006, p. 151.

<sup>63</sup> RUIZ-FUNES, Mariano, *Criminalidad de los menores*, México, Imprenta Universitaria, 1953, pp. 77-103.

<sup>64</sup> CARRANCA Y RIVAS, Raúl, *El drama penal*, México, Porrúa, 1982, pp. 369 y 388.

<sup>65</sup> Para un panorama general sobre el niño maltratado véase ANDERSON, Carmen y GROSSGERGE, Marcela, *El niño, ¿presente sin futuro?* México, Posada, 1976; ARFOUILLOUX, Jean-Claude, *La depresión infantil*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986; CYRULNIK, Boris, *El encantamiento del mundo*, Barcelona, Gedisa, 2002; CYRULNIK, Boris, *Los patitos feos. La resiliencia: una infancia infeliz no determina la vida*, Barcelona, Gedisa, 2002; FONTANA, Vicent J., *En defensa del niño maltratado. Casos psicosociales y su prevención. Alternativas de solución. Readaptación de los golpeadores*, México, Pax México, Librería Carlos Césarman, 1988; GUENARD, Tim, *Más fuerte que el odio*, 2a. ed., Barcelona, Gedisa, 2003; KEMPE, Ruth S., y KEMPE, C. Henry, *Niños maltratados*, 3a. ed., Madrid, Morata, 1985; LAMMOGLIA, Ernesto, *La violencia está en casa*.

- a) Uso de la violencia física o psicológica contra el menor.
- b) Esa violencia sea ejercida por parte de padres, otros familiares o cualquier persona que tenga relación con el menor.
- c) La violencia sea intencional.
- d) Los actos violentos incluyen el descuido o abandono de las necesidades materiales o afectivas del menor.
- e) La violencia es continuada, no esporádica.
- f) El maltrato puede o no tener consecuencias físicas o mentales en el menor.

La obligación alimentaria (consistente en comida, habitación, vestido, atención médica y estudios),<sup>66</sup> no es suficiente. El niño, para que crezca sano, física y mentalmente, requiere muchos otros satisfactores. De entre todos ellos, el principal debe ser el respeto a su dignidad y valía como ser humano. Los niños no son propiedad de los padres, y aún hoy en día, existen algunos que piensan que tienen sobre los niños, derecho de vida y muerte, dando como excusa que gracias a ellos, los padres, nació el niño. La vida armoniosa en el hogar, el acceso a la cultura, al deporte, al juego, la integración con otros menores de edad similar, son algunos de los aspectos que fomentan, en un niño, su pleno desarrollo y realización como el futuro de la sociedad que es. Al descuidar a los niños, exponiéndolos al maltrato, estamos descuidando el futuro de nuestra sociedad.

*Agresión doméstica*, México, Grijalbo, 2002; MAHER, Peter (coord.), *El abuso contra los niños. La perspectiva de los educadores*, México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, Grijalbo, 1990; MARCOVICH K., Jaime (comp.), *Tengo derecho a la vida. Prevención e identificación del Síndrome del Niño Maltratado en México*, México, Editores Mexicanos Unidos, 1981; MILLER, Alice, *Por tu propio bien. Raíces de la violencia en la educación del niño*, Barcelona, Tusquets, 1998; OSORIO Y NIETO, César Augusto, *El niño maltratado*, México, Trillas, 1981; PAZ RAMÍREZ, Ramón, *Conducta desviada y adolescencia*, Universidad Autónoma de Baja California; PELCASTRE, José Luis, *La soledad en el niño*, 9a. ed., México, Libra, 1994; PELZER, Dave, *El niño sin nombre. Una historia real de maltrato*, México, Planeta Mexicana, 2000; SCHATZMAN, Morton, *El asesinato del alma. La persecución del niño en la familia autoritaria*, 9a. ed., México, Siglo XXI, 1990; PRIMERO RIVAS, Luis Eduardo (coord.), *El maltrato a los niños y sus repercusiones educativas: un enfoque multidisciplinario*, México, Federación Iberoamericana contra el Maltrato Infantil (FICOMI), Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), Oficina para México y Cuba, Dirección de Protección Social del Departamento del Distrito Federal, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1992.

<sup>66</sup> Artículo 308 del Código Civil para el Distrito Federal.

El legislador cubano, por ejemplo, así lo ha entendido y señala con detalle, en el artículo 85 del Código de Familia, cuáles son los derechos y deberes de los padres en ejercicio de la patria potestad, entre los que cabe mencionar: tener a sus hijos bajo su guarda y cuidado; esforzarse porque tengan una habitación estable y alimentación adecuada; cuidar de su salud y aseo personal; proporcionar los medios recreativos que estén dentro de sus posibilidades; dar protección; velar por su buena conducta; cooperar con las autoridades para superar situaciones o ambientes que influyan desfavorablemente en la formación y desarrollo; atender la educación de los hijos; inculcarles el amor al estudio; cuidar de su asistencia al centro educacional donde estuvieren matriculados; velar por su adecuada superación técnica, científica y cultural; dirigir la formación de sus hijos para la vida social; inculcarles el amor a la patria, el respeto a los símbolos y la debida estimación a sus valores; inspirarles con su actitud y su trato el respeto a las autoridades, a los maestros y a las demás personas. Es cierto que parte de las anteriores obligaciones y derechos están previstos en nuestra legislación, en los códigos civiles y en otros ordenamientos, pero debe insistirse en que su lugar es en el derecho familiar, bien sea en la legislación civil o bien en una específica de naturaleza familiar, y debe estar sistematizada y ordenada, señalando de la manera más exhaustiva posible, el entorno en que debe crecer un niño, la parte más débil y menos protegida de la relación familiar.

#### V. A MANERA DE CONCLUSIÓN

“Las Instituciones valen lo que los hombres que las sirven”.  
Maxwell<sup>67</sup>

El Código Civil para el Distrito y Territorios en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, fue promulgado por Decreto publicado en el *Diario Oficial* el 26 de marzo de 1928,<sup>68</sup> y

<sup>67</sup> GÓMEZ VELÁSQUEZ, Gustavo e IBÁÑEZ CARREÑO, Gustavo (comps.), *Abogados. De esto y de aquello. De la abogacía, la literatura y el derecho*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Carreño, 1996, p. 255.

<sup>68</sup> Como edición oficial del Código Civil de 1928 existe la siguiente: *Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común, y para toda la República en materia federal*, México, Secretaría de Gobernación, Talleres Gráficos de la Nación, 1928.

entró en vigor el 1.º de octubre de 1932, conforme a lo previsto en el Decreto publicado en el *Diario Oficial* el 1.º de septiembre de 1932. Por Decreto publicado en el *Diario Oficial* el 23 de septiembre de 1974, cambia su denominación a Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. Por reforma publicada en la *Gaceta Oficial* del Distrito Federal el 25 de mayo de 2000, se modifica el ámbito espacial de validez para ser sólo aplicable al fuero común, y se convierte en Código Civil para el Distrito Federal, el cual entra en vigor el 1.º de junio de 2000. Respecto del ámbito federal, el 29 de mayo de 2000 se publica en el *Diario Oficial de la Federación* un Decreto mediante el cual el Código sólo será de aplicación federal, pasando a ser Código Civil federal. De esta manera, lo que hasta el 2000 era un solo ordenamiento, aplicable al Distrito Federal en materia común y a toda la República en materia federal, queda dividido en dos códigos civiles, uno local para el D. F. y otro federal para todo el país.

El derecho debe evolucionar, como ha ocurrido con los códigos civiles referidos, y ajustarse a las nuevas necesidades de la sociedad. Ha llegado el momento de que el derecho familiar se separe del derecho civil, pero no sólo para darle autonomía a la normatividad aplicable a la familia, sino para atender los pendientes en este rubro. Promover la debida convivencia social, solucionar conflictos, establecer normas generales de conducta y, sobre todo, procurar la defensa de la familia y, como consecuencia, de la sociedad y del Estado, son los imperativos que deberá tener presente el legislador, al reformar el derecho familiar.

“(El juez Thomas) Brownell sabía bien que no pasaría la mañana sin encolerizarse. La cólera haría presa en él cuando compareciera el primer acusado de maltratar a un niño, y bastaba algún caso de abandono de familia para darle motivo de apretar los puños. Su veredicto entonces era invariablemente el mismo: el máximo previsto por la ley”.<sup>69</sup>

<sup>69</sup> GANN, Ernest, *Del bien y del mal*, México, Reader's Digest, 1964, pp. 234 y 235; esta novela está basada en las experiencias reales que fueron recopiladas por Ernest Gann, en el Departamento de Policía de San Francisco, California.

en un espectro más amplio de "superposición fundamental" al mundo social objetivo.

La lógica natural, la reflexión lógica, es el lenguaje común para el lenguaje de la lógica de la lógica, en palabras de Martin Heidegger. La construcción del lenguaje común es un proceso que se realiza de un modo natural, pero que requiere de un lenguaje que lo haga posible.

### DERECHO, LENGUAJE Y SOCIEDAD: UN DIÁLOGO FURTIVO

Contemplant el mundo mediante los dos únicos sistemas posibles:  
la lógica y la guerra  
Arturo Pérez-Reverte

Rolando CAÑAS MORENO

SUMARIO: I. *Génesis de una alegoría.* II. *Prejuicios sobre el método.* III. *El derecho como razón peculiar.* IV. *Una tautología sociogenética.* V. *Un atisbo intrigante.* VI. *El derecho como acción social.* VII: *Algunas conclusiones (no tan) desilusionadoras.*

#### I. GÉNESIS DE UNA ALEGORÍA

Resulta curioso el uso del adjetivo "lógico" en el mundo del derecho para referirse a una pretendida congruencia "en sí misma" de las disposiciones idiomáticas que constituyen su discurso, más allá del ex-tenuante ejercicio que la lógica simbólica trajo al universo lingüístico de los deberes las prohibiciones y las permisiones.

Ya Berger-Luckmman señalaron que "la lógica no reside en las instituciones y sus funcionalidades externas, sino en la manera en que éstas son tratadas cuando se reflexiona sobre ellas".<sup>1</sup>

La única pertinencia de la lógica, pues, en la función normativa coercible es su estadía de trasunto en el lenguaje que la constituye,

<sup>1</sup> BERGER, Peter L. y LUCKMMAN, Thomas, *La construcción social de la realidad*, Amorrortu, Buenos Aires, 2003, p. 85.

en un espectro más amplio es su “superposición fundamental” al “mundo social objetivado”.<sup>2</sup>

De igual manera, la reflexión dogmática sobre dicha función, comparte el estatus gnoseológico de todo metalenguaje, en palabras de Martín Díaz, “Lo característico del pensamiento dogmático consiste precisamente en que la naturaleza de su núcleo articulador queda fuera de discusión porque está fuera del sistema”,<sup>3</sup> así se nos revela como “una lengua artificial que sirve para describir una lengua natural”.<sup>4</sup>

La inferencia de lo anterior es de alcances no tan novedosos como de apariencia ilimitada: implica que todo análisis jurídico es un análisis del lenguaje y que por tanto los métodos de conocimiento del lenguaje (y no sólo de su praxis significativa) son los únicos capaces de encontrar hilos explicativos a los sistemas de normas.

Aun a la visión realista del derecho no ha podido escapar su reconocimiento como un hecho del lenguaje: “Está por cierto fuera de toda duda que el derecho positivo consiste en proposiciones con significado en un sentido idiomático”.<sup>5</sup>

No escapa esa consideración tampoco a la medida moderna de un jurista contemporáneo: “Es casi una perogrullada decir que las normas jurídicas son una especie de la clase general de normas y que las normas son un caso del uso prescriptivo del lenguaje”.<sup>6</sup>

Aun el extremo pragmático de entender a la norma como “acción” no deja de privilegiar su estatus primigenio en el mundo del lenguaje, así, Soler descubre la palabra como “la llave que ha abierto al hombre el modo anticipatorio en que se proyecta la acción... todo lo real ha estado antes, perfecta o imperfectamente, en el mundo de

<sup>2</sup> *Idem.*

<sup>3</sup> DÍAZ Y DÍAZ, Martín, *Derecho y orden. Cuatro ensayos para el análisis realista de los fenómenos jurídicos*, Fontamara, México 1998, p. 81.

<sup>4</sup> *Voz Metalenguaje*, en Jean Dubois et al., *Diccionario de Lingüística*, Alianza Editorial, Madrid, 1973, pp. 422-423.

<sup>5</sup> ROSS, Alf., *Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica del dualismo en el derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 109. Aunque, por cierto, dicho autor argumenta contra la visualización del derecho sólo como enunciados, desde el extraño punto de vista de que éstos requieren de existencia como elementos lógicos —es decir predicables como verdaderos o falsos— lo cual no es aplicable a las normas jurídicas.

<sup>6</sup> NINO, Carlos Santiago, *Introducción al estudio del derecho*, 2a. ed., Astrea, Buenos Aires, p. 63.

lo posible”, por lo que el derecho es “el sistema de coordenadas hacia el futuro por medio del cual nuestra acción se orienta” es más, se trata de “la única forma de conocimiento anticipatorio del que es susceptible la conducta humana”.<sup>7</sup>

La escena simula ser clara: lógica, razón, derecho y lenguaje parecen coterráneos metafísicos, hermanados por una suerte de juego de necesidades recíprocas.

Trazar algunos bosquejos para vislumbrar lo que hay de necesario en esa tributación conceptual, a través de una metodología que no se conforme con las simplificaciones limítrofes de las disciplinas y que aspire a una visión del más largo plazo posible, será un objetivo que intenta iniciarse con este trabajo.

## II. PREJUCIOS SOBRE EL MÉTODO

Una premisa histórica es básica: los seres humanos no aparecen de pronto en el planeta como adultos dotados de razón, lenguaje y derecho, lo que hoy entendemos por esas expresiones verbales es producto de miles de años de socialización, tanto para diferenciar los contenidos lingüísticos, como para crear las condiciones de su generalización como pautas sonoras significativas, son productos de procesos complejos, no hechos observables ni descubrimientos evidentes.

Por ello, las relaciones que han guardado —y que guardan— en esos procesos deben ser la pauta —la “llave” soleriana— que explique tanto su actual consolidación en la ideología predominante, como su interrelación objetiva.

El carácter sistemático de esta búsqueda debe consistir, en palabras de Elias, en mantenerse a distancia entre el Escila de un “estatismo que trata de expresar todo lo histórico como inmóvil y no motivado y el Caribdis de ese relativismo histórico que solamente ve en la historia un cambio continuo, sin penetrar en la ordenación de ese cambio y en la regularidad de las formaciones históricas”.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> SOLER, Sebastián, *Las palabras de la ley*, Fondo de Cultura Económica, México, pp. 15 y 89.

<sup>8</sup> ELIAS, Norbert, *El proceso de la civilización*, Fondo de Cultura Económica, México, p. 50.

### III. EL DERECHO COMO RAZÓN PECULIAR

En una suerte de doble concatenación cabe observar al lenguaje como un aspecto funcional del fenómeno razón y al derecho como un uso de aquel: el lenguaje es la razón comunicante y el derecho un lenguaje prescriptivo.

La única lógica que subyace al derecho es la proveniente de su constitución misma como lenguaje, la consistencia de los sistemas jurídicos hallan su solitaria base en la congruencia esencial de una lengua.

Esencial, no en cuanto a sustancia metafísica y duradera —a la sazón idealista— sino en tanto identidad como sistema congruente y su carácter funcional de razón comunicante.

El aspecto lenguaje del proceso humano que llamamos razón, al constituirse como uso en un grupo determinado, es decir, al concretarse como lengua, cohesiona a ese grupo —y lo separa del resto de lo humano— tal fenómeno, fundamental para la sobrevivencia, se despliega en consecuencias diversas pero orientadas a ese fin, una de ellas es la constitución de un orden coercible de expectativas, es decir, derecho.

Así, el derecho no usa un lenguaje, es un lenguaje —una modalidad de lengua— excedido de pretensiones, sujeto y objeto de un proceso permanente que lo gestiona y lo presiona, como todo lenguaje, fruto de la tensión entre la nitidez indispensable y la ambigüedad inevitable.

Hace ya varias décadas que Genaro R. Carrió elucubró sobre las razones lingüísticas en el mundo jurídico: "...la mayor parte de las agudas controversias que, sin mayor beneficio, agitan el campo de la teoría jurídica, deben su origen a ciertas peculiaridades del lenguaje y a nuestra general falta de sensibilidad hacia ellas".<sup>9</sup> Hoy no deja de parecer un atisbo arrobado de ingenuidad y de intuiciones, pero, sobre todo, es un enfoque antiesencialista y pragmático que sigue viniendo bien al análisis del derecho.

En efecto, para Carrió la "lógica" de la disputa argumentativa en el derecho sienta sus bases en las dificultades técnicas del lenguaje,

<sup>9</sup> CARRIÓ, Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, 4a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p. 91.

así, los juristas discuten por "equivocos verbales": no asunción de definiciones comunes; desacuerdos sobre hechos encubiertos en definiciones tautológicas; sobre clasificaciones como si se discreparan sobre hechos; la "naturaleza jurídica de una institución": al buscar en vano una clave única a un fenómeno complejo y "por un desacuerdo valorativo encubierto": al usar palabras con cargas emocionales especiales.<sup>10</sup>

La razón, su espectro la lógica y su aspecto el derecho son funciones de organismos vivientes humanos, dotados de su misma materialidad, su dato diferenciador es el encontrarse orientadas a las relaciones con los demás "son formas de la autodirección de un ser humano en relación con otras personas y cosas".<sup>11</sup>

No dejan de ser excepcionales las inferencias del discurso eliasiano: la razón-lenguaje (y su talante derecho) es parte del "modelado sociogenético de las funciones psíquicas".<sup>12</sup>

Es decir, la herramienta simbólica, como el elemento particular de las funciones psíquicas, no se encuentra diferenciada en sus usos, de forma que es posible apreciarla como "razón" al enfocarnos a los aspectos orientativos de sus alcances, como "lenguaje" al subrayar su perspectiva comunicativa, como "lógica" al analizar la consistencia de su variante dialógica y como "derecho" cuando esta variante asume el papel de un discurso coercible.

No sobra añadir que el único sentido de las herramientas simbólicas es la de ser útiles a la forma de vida que tiene los seres humanos, o sea en grupos interrelacionados e interdependientes, no se trata, claro, de un don excepcional, sino de una adaptación evolutiva, son generadas por la vida grupal y, a su vez, la permiten.

### IV. UNA TAUTOLOGÍA SOCIOGENÉTICA

Así como los seres humanos no sólo pueden aprender una lengua sino que deben hacerlo para culminar su "humanidad", el lenguaje no sólo liga a un ser humano con el resto, sino que ha generado his-

<sup>10</sup> Cfr. CARRIÓ, Genaro R., *op. cit.*, pp. 95-105.

<sup>11</sup> ELIAS, Norbert, *La sociedad de los individuos*, Barcelona, Península, p. 52.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 53.

tóricamente la ilusión de la individualidad, y, en ese sentido, la de la separación, se trata de una ficción puesto que sólo se une a lo que está separado, lo que es susceptible de separarse, en cambio, la especie *sapiens* o existe colectivamente o no es.

Producto tardío de esa condición básica es el derecho, protagoniza la mediación simbólica en las expectativas políticas del Estado contemporáneo y deja al descubierto, en su afán controlador y validador, su carácter de lenguaje, que es función de razón con objetivos específicos.

La clase de relaciones que sostienen hoy los seres humanos favorece (y determina) la presencia del fenómeno jurídico, no es dable entender los equilibrios diferenciados de poder en las sociedades contemporáneas sin la dosis de racionalidad-lenguaje que el derecho crea, es y refleja.

Sin embargo, no debemos caer en la tentación, tan extendida en el mundo de los juristas, de equiparar con intenciones valorativas la razón al derecho, o hacer de éste el recto tributario de aquélla.

Lo que la sociogénesis eliasiana enseña es a mirar a la humanidad como la unidad social de desarrollo de conocimiento,<sup>13</sup> es a admitir a la complejidad como un dato insustituible de la realidad, de ahí que la razón-lógica sea vista sólo como un instrumento biológico más en la adaptación, una coyuntura que responde a condiciones nunca estructurales de nuestra condición material.

Con estas reflexiones se decantan las insistencias axiológicas de diversas teorías del derecho y se abona a la reconstrucción de un modelo del mismo en que se manifiesta como "La fuerza integradora de la vida social (que) no se sustenta de manera principal en la voluntad de los miembros del grupo, la cohesión proviene de los elementos normativos que son los que proporcionan la amalgama para las relaciones".<sup>14</sup>

Los elementos normativos constituyen así, en esta lectura de Díaz y Díaz, el eje articulador de la actividad grupal, se convierten en los validadores simbólicos de la interdependencia humana moderna, son el elemento anticipatorio de la acción —Soler *dixit*— pero, a la vez, construyen a la acción social misma.

<sup>13</sup> Cfr. ELIAS, Norbert, *Teoría del símbolo. Un ensayo de antropología cultural*, Barcelona, Península, p. 46.

<sup>14</sup> DÍAZ Y DÍAZ, Martín, *op. cit.*, p. 97.

## V. UN ATISBO INTRIGANTE

De las muchas ideas equivocadas que el mundo occidental heredó del idealismo, una de las que más trascendentes es la invención del individuo.

"La afirmación de que los individuos son *más reales* que la sociedad no es más que una expresión de que las personas que sostienen esa opinión consideran a los individuos *más importantes* y al grupo que forman, *menos importante*. La idea de que en realidad no existe nada parecido a una sociedad, sino muchas personas individuales, dice tanto como que en realidad no existe nada parecido a una casa, sino sólo muchas piedras particulares, sólo montones de piedras".<sup>15</sup>

Por supuesto, sólo hay un corto paso entre afirmar que los individuos son la única existencia "real" y proponer que el conocimiento es una consecuencia del ejercicio individual de la "mente" la "razón" o la "lógica", no es otro el paradigma epistemológico del racionalismo y el trascendentalismo, a través de sus múltiples avatares, hasta el día de hoy.

Ese solo planteamiento trajo en su seno la formulación de su inconsecuencia: no hay posibilidad de constatación de la "realidad" de lo "conocido" todo queda, en tanto acto individual, a la confianza que merezcan los más diversos elementos de sustancia metafísica que la imaginación proponga.

La aparente solución que enuncia el idealismo "no se deriva de la naturaleza de los objetos del razonamiento, sino de la naturaleza de los sujetos".<sup>16</sup>

La crítica eliasiana es aún más radical: no solo se ha partido en las teorías tradicionales del conocimiento de la "figura" de conocedor individual, sino del concepto ambiguo y poco explicativo de "causa", así, el conocimiento es "efecto" de una causa llamada "razón", olvidando que esa misma palabra pertenece a un instrumental teórico generado por algunos grupos de seres humanos para representarse simbólicamente asuntos atingentes a su vida comunitaria, no es una categoría permanente, ni necesaria a los humanos, "No hay ninguna

<sup>15</sup> ELIAS, Norbert, *La sociedad de los individuos*, p. 26.

<sup>16</sup> ELIAS, Norbert, *Teoría del símbolo. Un ensayo de antropología cultural*, p. 42.

necesidad de buscar un refugio en el supuesto de una forma de raciocinio predeterminada naturalmente".<sup>17</sup>

Así, en la vida normativa o, mejor dicho, en el posible conocimiento que estamos en condiciones de obtener de ella, los parámetros causa-efecto sólo parecen útiles en cuanto informan la articulación léxica del lenguaje que la constituye, son inadecuados para entender el funcionamiento de los sistemas y resultan sólo ficciones cuando pretenden esencializar una supuesta forma de su desempeño para calificar de jurídico o no un engranaje normativo histórico, como lo hace el jus-naturalismo, al apartarse de la realidad sólo resulta una representación de lo que el propio Elias llama, en común con las demás fantasías humanas, el miedo o el deseo.

#### VI. EL DERECHO COMO ACCIÓN SOCIAL

El derecho funciona —se torna inteligible— en la justa medida en que forma parte del mundo interpretado de la vida intersubjetiva, requiere participar del conocimiento de la vida cotidiana para ser parte del mundo "a mano" de los seres humanos.

Sin embargo, las peculiaridades de su eficacia, que demandan una acción propositiva en el espacio de las relaciones comunitarias, recrean permanentemente la conocida tensión entre validez y cumplimiento fáctico.

La estructura básica del complejo nudo gordiano que esa tensión ha generado en la teoría jurídica no es ajena a la sociología contemporánea, ya desde Weber se han advertido las dificultades conceptuales entre la "validez empírica" y la "validez formal".<sup>18</sup>

La lectura de la acción social que ha asumido la sociología del conocimiento en su vertiente más fenomenológica propone soluciones a la paradoja normativa factual, en lo esencial advierte que la personas al definir el mundo en el que viven, al interpretar el derecho, hacen suya la realidad, "actúan" en ella, la construyen y de esa manera modifican o complementan las tipificaciones a través de las cuales se relacionan con la misma, es decir, el mero acto de

<sup>17</sup> *Idem.*

<sup>18</sup> DÍAZ Y DÍAZ, Martín, *op. cit.*, pp. 75-80.

involucrarse con una estructura de significado implica no solamente la suposición básica de que se cuenta con las herramientas psicosociales para valorar e interactuar con el mensaje, sino, también que ese contacto transforma la realidad subjetiva y, por tanto, los medios de relación con el resto de mundo social.

Desde esta perspectiva la única condición para la actuación en el mundo por parte del intérprete jurídico es, siguiendo a Schutz, una *epoje* consistente en suspender la duda sobre el sinsentido básico de todo enunciado normativo,<sup>19</sup> nada más dramático, ni más realista.

#### VII. ALGUNAS CONCLUSIONES (NO TAN) DESILUSIONADORAS

Ante lo anterior, ¿qué le queda al mundo del lenguaje-derecho? Schutz diría asumirse como medio de control social que institucionaliza pautas de construcciones típicas,<sup>20</sup> mirarse como un producto humano que al pretender construir al otro se construye a sí mismo, reconocerse como un sistema de significatividades lingüísticas que demanda relevancia sólo para un grupo de dominación. Pobre materia para una disciplina tan vetusta.

Pero hay otras respuestas, la explotación del polo gnoseológico de la teoría del derecho que amplía el ancho de mira de la dogmática ha sido resaltado desde la perspectiva de un realismo poco convencional por Martín Díaz, en el que urge a un conocimiento "no formal" del derecho, el cual represente una visión crítica de los distintos ámbitos normativos.<sup>21</sup>

Elias nos enseña que el problema del lenguaje es otro más, inserto en la interdependencia humana y sus necesidades de sobrevivencia, sus particularidades —tan relevantes en la competencia evolutiva— conllevan paradojas que la facticidad va esclareciendo, nada debe asombrar entonces, que en el contexto de un instrumento societario que se percibe como de práctica individual pero que supone un origen comunitario y que tiene como objetivo las relaciones con los

<sup>19</sup> SCHUTZ, Alfred, *El problema de la realidad social*, Amorrortu, 2a. ed., 2003, pp. 33-86.

<sup>20</sup> *Idem.*

<sup>21</sup> DÍAZ Y DÍAZ, Martín, *op. cit.*, p. 120.

demás, que une y separa a los grupos de personas, que parece producto de la internalidad psíquica pero que sólo se conoce mediante la acción social, es decir, el lenguaje, tenga un uso particular que cristaliza y ramifica estas contradicciones, o sea, el derecho. El reto epistémico consiste en asumir ese amplio conjunto de procesos y subprocesos para encontrarle rumbos o, al menos, regularidades, a partir del distanciamiento.

No caben ya asunciones ingenuas del fenómeno jurídico, su relevancia como objeto de análisis y —más importante aún— su significado como elemento de la realidad en la vida cotidiana de las personas, sólo puede devenir de un abordaje desprejuiciado de sus temas a través de los instrumentos sustantivos de la lingüística y del trabajo sociológico.

Agotada la dogmática como intermediación técnica, toca a la teoría del derecho, en sus más amplios alcances, subsumirse a una metodología realista en cuanto a lenguaje y en cuanto a acción social, o, enunciado de manera más contundente: "El derecho, como totalidad, resulta explicable únicamente en la dimensión genérica de los procesos sociales de construcción de orden, es decir, como subsistema en el gran entramado de la sociedad".<sup>22</sup>

<sup>22</sup> DÍAZ Y DÍAZ, Martín, *op. cit.*, p. 76.

## LA EJECUCIÓN DE PENAS TAL COMO SE VISLUMBRA EN EL SIGLO XXI. REALIDAD O HUMANISMO. VERDAD O FICCIÓN

José Manuel CASAOPRIEGO V.

Fue en el siglo XX, en los albores de los años setenta cuando apareció como fruto del legislador una ley que pretendió regular las penas privativas de libertad y, de algún modo, las penas restrictivas de la libertad.

Habría sido coincidencia o, tal vez, alguno quiso cumplir con la exigencia profética que don Antonio Martínez de Castro había hecho cien años antes al publicar el Primer Código Penal Mexicano y en el que, aquel hombre del presidente Juárez describió en la exposición de motivos de ese *corpus iuris* la imposibilidad de presumir un sistema penal adecuado y moderno si, al lado de las leyes adjetivas y sustantivas del orden penal, no existe una moderna y adecuada ley de ejecución de sentencias.<sup>1</sup>

¿Acto premonitorio de Martínez de Castro? ¿Lucha denodada de penitenciaristas, criminólogos y penalistas por rescatar de la ignominia al hombre prisionero? Sin lugar a duda los eventos acaecidos durante las dos grandes guerras del siglo XX y alguno verificado en el inicio del mismo siglo, la Guerra de los Boers (conflicto entre 1899 y 1902 que enfrentó a las Repúblicas Boers de África Austral, hoy Sudáfrica, con Inglaterra, que venció y se anexionó Orange y el

<sup>1</sup> GARCÍA RAMÍREZ, PIÑA Y PALACIOS, CÁRDENAS, MALO CAMACHO, *Martínez de Castro, ministro del presidente Juárez*, Procuraduría General de Justicia del Distrito y Territorios Federales, México, 1972, Año de Juárez.

Transvaal) golpearon la conciencia del mundo de los hombres de bien, haciéndolos luchar contra estos acontecimientos.

El mejor método que encontraron los ingleses para reprimir y contener los prisioneros de guerra fueron, por supuesto, los campos de concentración. Quede claro entonces que es nuestro deber reconocer los sentimientos de sus majestades los reyes de Inglaterra al otorgar trato humano y digno a los prisioneros de guerra entonces y 100 años después, ahora en los campos de concentración y prisiones adaptadas o creadas especialmente después de la guerra con Irák y perfectamente documentadas con fotografías y videos dejando constancia expresa del sentimiento de esta nación y de su legítima heredera, los Estados Unidos, de lo que debe ser el trato al prisionero.

Los hechos de esta índole más conocidos, más criticados, más repudiados fueron los campos de concentración nazis, que fueron creados para albergar a ciertas etnias como la judía y la gitana buscando su extinción. Genocidio puro. Válgase la digresión sobre el tema en comentario: ¿qué hubiera sucedido si los ganadores de la guerra hubieran sido los Países del Eje y no los Países Aliados? Seguramente lo mismo pero expresado en el idioma alemán o el japonés y no en el inglés como ahora acontece. También los norteamericanos, y en su propio territorio, crearon y operaron campos de concentración destinados para ciudadanos americanos con orígenes en el Japón. Por más que intentaron ocultarlo trascendió y el mundo entero lo supo, pero sin consecuencia, Todos fuimos miembros de los países aliados y por lo mismo, a nadie le importó.

Terribles experiencias que despertaron la conciencia de los hombres de bien, quienes, desde la misma trinchera aliada, pugnarón por los cambios de forma en el tratamiento de los prisioneros. Prisioneros por guerra o por haber delinquido, el trato debería mejorar.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos asociada a la ciencia penitenciaria y, en lo particular a la penología empezó a actuar sobre la autoridad encargada de los infractores del derecho común sin acentuar, al menos no entonces, el aspecto correctivo de la pena de prisión o el rehabilitatorio que se intentó en México con la Ley de 1971.

Tal vez también profetas, o cuando menos visionarios de una gran realidad, los integrantes de la Comisión Internacional y Penitenciaria elaboraron, en 1933, un documento llamado "Reglas Mínimas para

el Tratamiento de los Reclusos" claramente imbuido por el espíritu humanitario de la Declaración de Derechos Humanos para ser aplicado en el ámbito correccional. Aprobadas estas reglas por la Sociedad de las Naciones en 1934, se inició en todo el mundo una lucha contra los métodos ineficaces y crueles y las condiciones inhumanas en los sistemas de reclusión. Esto debía de alcanzar, por igual, a los presos políticos.

Una vez acabada la Segunda Gran Guerra, el texto volvió a ser revisado y en el marco del Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y el Trato del Delincuente en el año de 1955 fue aprobado y de ahí surgió una recomendación con carácter universal para que tales Reglas Mínimas fueran recogidas y aplicadas por todos los Estados miembros.

México no era excepción. Los reclusorios eran verdaderos antros. Lugares de hacinamiento de hombres, mujeres y niños. Promiscuidad y revoltura. Enfermedad y contagio constante. Corrupción y mal trato perpetuos. No es fácil describirlo, pero afirmo que todo esto yo lo conocí.

Las Reglas establecen requisitos mínimos, pero básicos, para la protección de los derechos humanos y, ¡hermosa coincidencia!, en 1971, el México federal y el estatal las adoptaron. Sustentada en una profunda adición al artículo 18 de la Constitución general de la República nace la "Ley que Establece las Normas Mínimas sobre la Readaptación Social de Sentenciados". Nombre y contenidos semejantes: Reglas y Normas. Trato digno al prisionero y derecho a ser mejor para una sana vuelta al Grupo y ¡feliz reincorporación social!

Cuanto no la alabaron. La federación y los estados, en pleno, la adoptaron. Era la moda hacer la exégesis y crear la doctrina que la justificara y facilitara su aplicación. Junto a ella, vino la reforma arquitectónica. No era entendible la una sin la otra y hoy, transcurridos 35 años de aquel inicio, al menos yo, pienso que estuvimos equivocados. Y más equivocados estuvimos cuando en 1974, con un orgullo que nos hizo volar, el gobernador de Sonora anunció la abolición de la pena de muerte en el último estado que la contemplaba en su ley y la aplicaba en sus tribunales.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> *Memorias del 5o. Congreso Nacional Penitenciario*, Hermosillo, Sonora, Biblioteca Mexicana de Prevención y Readaptación Social, 1975, Carlos Armando Biebrich, pp. 65 y ss.

No estuvieron equivocados al preconizar por establecer un trato digno y humano para el interno en la cárcel. ¡No! ¡Por supuesto que no! El error fue pensar que todos los hombres son iguales y que todos pueden ser redimidos por parejo, y por creer que la delincuencia de ayer es igual a la de hoy e idéntica a la de mañana.

Desdeñando la enseñanza de Jeremías Bentham, hicimos a un lado el mejor y más seguro método de contención de hombres en las prisiones. Olvidamos. Cambiamos el sistema del Panóptico por el de los espacios abiertos, sin barreras, sin contenciones. Patios en los que hasta 7,000 reclusos pueden estar juntos y al mismo tiempo.

Espacios facilitadores del motín y la rebelión. De la violencia convertida en lesión física y muerte del reo y su custodio. De daños a la propiedad del Estado y del propio recluso. De dolor y sufrimiento para el reo y su familia; para el custodio y su familia. De dolor y sufrimiento y, sobre todo, de temor de la sociedad asustada por lo que en la prisión acontece y de la que es vecina.

Fuimos felices al pensar en Institutos Carcelarios de Seguridad Media o Mínima y bloqueamos mentalmente la sola posibilidad de pensar en Centros de Máxima Seguridad. Mucho nos alegramos cuando, después del motín en la prisión celular de la ciudad de Ática, Nueva York, las autoridades correccionales de aquel estado de la Unión Americana anunciaron el cierre y posterior desaparición del último centro que funcionaba con el modelo Pensilvánico.

Ya no existía Sing-Sing; ya no existía Alcatraz; ya no existía Ática. Pero las circunstancias obligaron a crear Florence, a crear Pelicano Bay e incluso, el área de máxima seguridad de la prisión de Rickers. Alabama reimplantó las "Chain Gang" y uno por uno, casi todos los estados de la Unión Americana reactivaron la imposición de la pena capital al criminal peligroso y empezaron a dictar ¡pena de muerte!

Los días 2 y 3 de diciembre de 2005 la noticia periodística fue: "Mata hoy a preso en Carolina del Norte. Alistan ejecución mil en Estados Unidos. Kenneth Boyd, de 57 años, condenado en 1994 por el asesinato de su esposa y su suegro será ejecutado hoy, convirtiéndose en el milésimo ajusticiado en Estados Unidos desde 1976".<sup>3</sup> "Defiende Bush efectividad de la medida. Ejecutan en EU a prisio-

<sup>3</sup> *Reforma*, viernes 2 de diciembre de 2005, p. 7, Internacional.

nero mil. ...Boyd, de 57 años, fue ejecutado con una inyección letal en la prisión central de Raleigh, en Carolina del Norte, a donde el hecho atrajo a una considerable multitud que se dividió sobre la sentencia".<sup>4</sup> Posteriormente, el 17 de diciembre de 2005 la televisión española dio cuenta que en Estados Unidos están pendientes de ser ejecutados 3,415 condenados a pena de muerte. Informó que en 2003 quedó abolida la pena de muerte para enfermos mentales y en 2005 se abolió dicha pena para los menores de edad.<sup>5</sup>

La Ley que Establece las Normas Mínimas sobre la Readaptación Social de Sentenciados de 1971, 18 artículos con 4 transitorios y todos perfectamente engarzados, se refirieron a un hombre criminal pero perfectible y resociabilizable. El meollo de este objeto lo plantea el artículo 7o.: "El régimen penitenciario tendrá carácter progresivo y técnico y constará, por lo menos, de periodos de estudio y diagnóstico y de tratamiento, dividido este último en fases de tratamiento en clasificación y de tratamiento preliberacional. El tratamiento se fundará en los resultados de los estudios de personalidad que se practiquen al reo, los que deberán ser actualizados periódicamente..."<sup>6</sup>

El artículo 8o., en la fracción V confirió al reo:

"Permisos de salida de fin de semana o diaria con reclusión nocturna, o bien de salida en días hábiles con reclusión de fin de semana".<sup>7</sup>

Artículo 9o. Se creará en cada reclusorio un Consejo Técnico Interdisciplinario, con funciones consultivas necesarias para la aplicación individual del sistema progresivo, la ejecución de medidas preliberacionales, la concesión de la remisión parcial de la pena y de la libertad preparatoria y la aplicación de la retención.<sup>8</sup>

Artículo 16. Por cada dos días de trabajo se hará remisión de prisión, siempre que el recluso observe buena conducta, participe regularmente en las actividades educativas que se organicen en el establecimiento y revele por

<sup>4</sup> *Reforma*, sábado 3 de diciembre de 2005, p. 1, Internacional.

<sup>5</sup> TVE. Noticiero Informe Semanal. Transmitido por el canal 47 de Cablevisión de la Ciudad de México el sábado 17 de diciembre de 2005 a las 8:00 de la noche.

<sup>6</sup> Secretaría de Gobernación, Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social, México, 1975.

<sup>7</sup> *Idem*.

<sup>8</sup> *Idem*.

otros datos efectiva readaptación social. Esta última será, en todo caso, el factor determinante para la concesión o negativa de la remisión parcial de la pena, que no podrá fundarse exclusivamente en los días de trabajo, en la participación en actividades educativas y en el buen comportamiento del sentenciado.

La remisión funcionará independientemente de la libertad preparatoria, cuyos plazos de regirán, exclusivamente, por las normas específicas pertinentes", léase: Código Penal.<sup>9</sup>

Al transcurrir los años nuestra delincuencia evolucionó y dejando de ser tímida y provinciana, se volvió dura, difícil y aguerrida. Muy poderosa y peligrosa. Con su dinero compra policías y soldados, generales y procuradores, agentes del Ministerio Público y gobernadores. Pero no se vale dejar de reconocer que otros funcionarios sí se han preocupado con lo que pasa y con lo que pasará mañana si esto no se detiene.

En 1977, año en que ni siquiera nos imaginábamos la ya inminente "colombianización" mexicana fue detenido un sujeto en posesión de 10 kilos de cocaína, el mayor decomiso de esa droga hasta ese instante. Este evento fue acompañado de una anécdota: junto con el reo, fueron consignados únicamente 9 kilos y, por supuesto, el detenido insistía ante el juez que la cantidad de droga que le fue asegurada era de 10 y no de 9 kilos. El juzgador le hizo saber que era lo mismo, para efectos legales, 9 que 10; a lo que el procesado replicó: —No señor, si pierdo un kilo tengo que reponerlo a mi patrón o me mata, en cambio, si hay constancia en el expediente de los 10 kilos no tendré ese problema. Si hubiéramos sido observadores y deductivos, era factible profetizar el comportamiento de la policía en el futuro.

En 1994, un avión Boeing 707 solicitó pista para aterrizar y cargar gasolina, permiso que le fue negado por cuanto aeropuerto le fue solicitado. Ya sin combustible, el avión descendió de emergencia en un camino secundario a la orilla del mar en el estado de Sinaloa. El aparato fue asegurado inmediatamente por policías judiciales federales que se hicieron cargo e impidieron que nadie más se acercara,

<sup>9</sup> *Idem.*

era de noche. A la mañana siguiente el lugar fue abierto al Ministerio Público y a la prensa. Cuando el funcionario inició la diligencia de fe de hechos descubrió que el avión estaba habilitado en su totalidad para carga y contenía alrededor de 35 toneladas de ¿cal?

Este crecimiento de la delincuencia organizada, su apoderamiento de un estatus social y económico muy alto e importante, la detención de algunos de ellos y la aparición de fotografías en donde se retrataron acompañados de gobernadores, procuradores y generales fue un insulto y encendió una alarma. Asustados los gobernantes dijeron: hay que crear leyes más duras, penas más graves y prisiones de alta seguridad.

No sé si el homicidio del agente Camarena y la presión americana obligó al gobierno mexicano a construir la primera de tres prisiones de alta seguridad que ayudaran, de un lado, a contener a reos peligrosos y, de otro, a evitar la posible fuga de los mismos. Para ello empezó la búsqueda de un buen modelo arquitectónico junto con la búsqueda de personal que tuviera como características; ser honesto, conocer la metodología criminológica y tener la vocación de penitenciario. Además se inició, primero la reforma a algunas leyes existentes y, después, la elaboración de nuevas leyes especializadas.

Después de minuciosa búsqueda de un proyecto arquitectónico que permitiera asegurarnos de la bondad de la alta seguridad e inexpugnabilidad de la edificación, la Secretaría de Gobernación seleccionó a la prisión de Molinos en Francia como modelo para construir los nuevos penales, a pesar de los antecedentes franceses por la operación de este centro carcelario.

La prisión de Molinos fue construida para albergar a los criminales más peligrosos de Francia y acabar para siempre con el centro de deportación en ultramar ubicado en la Isla del Diablo ¿Nos acordamos de Papillón? Centro de muy alta seguridad, para 1977, año del gran motín, ya había sido clausurado una vez y en 1991 reinició su funcionamiento bajo otro esquema.

No importó el sistema penitenciario empleado; la historia penitenciaria francesa no registra un motín de mayores dimensiones y con resultados tan fatales e impredecibles, tanto que obligó al gobierno francés a llevar al cabo la clausura del centro, a su remodelación aplicando sistemas de seguridad más severos, a la selección y capacitación más estricta del personal penitenciario y a rezar porque todo

les saliera bien. En ese motín murieron reclusos, custodios, personal administrativo y el penal fue incendiado y terminó inservible hasta su remodelación e inicio de su segunda etapa.

Entonces y en paralelo a la reconstrucción de la Central de Molinos, del reclutamiento, selección y capacitación del personal y la elaboración de su nuevo reglamento, en México se inició la construcción, el reclutamiento, selección y capacitación del personal del Centro Federal de Readaptación Social Número uno, así como la elaboración del Reglamento para los Centros Federales. Todo fue simultáneo, paralelo; eran hermanas gemelas las instituciones, Una reabrió y la otra inició funciones al mismo tiempo. Pero ¿podemos creer que ambos centros son iguales? Por supuesto que no. Muchas diferencias los separan y las comentaremos conforme avancemos aunque no se haga la referencia al modelo original.

Así, en 1992 se inició el poblamiento del Centro Federal de Readaptación Social núm. Uno. ¿Por qué les llamaron centros de readaptación social? En aquel entonces no supe por qué. A pesar de que lo pregunté a los precursores, ninguno me dio una explicación convincente o entendible, y aún ahora sigo sin saberlo. Terrible inercia ¿o no?

La sorpresa legislativa surgió el 1o. de enero de 1993: el Código Penal Federal, el Código Federal de Procedimientos Penales y la Ley que Establece las Normas Mínimas para la Readaptación Social de Sentenciados en su versión federal declararon irreadaptables a un conjunto de delincuentes sentenciados por delitos específicos, especialmente relacionados con delitos contra la salud, además de otros delitos graves con lo que, por disposición expresa de la ley, les fue negado el tratamiento en preliberación así como la libertad anticipada por remisión parcial de la pena o por libertad preparatoria.

“Artículo 8o. El tratamiento preliberacional podrá comprender:  
Al aplicar las medidas de tratamiento establecidas en las fracciones IV y V, la autoridad condicionará su otorgamiento, al cumplimiento de lo previsto en la fracción III y en los incisos a) a d) del artículo 84 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Federal.  
Se concederán dichas medidas cuando el sentenciado se encuentre en cualquiera de los casos a que se refiere el artículo 85 del mencionado Código

Penal. La autoridad podrá revocar dichas medidas, conforme a lo establecido en el artículo 86 del citado Código Penal.<sup>10</sup>

Capítulo V. Remisión parcial de la pena.

Artículo 16. Por cada dos días de trabajo.

La Remisión funcionará independientemente de la libertad preparatoria. Para este efecto, el cómputo de plazos se hará en el orden que beneficie al reo. El Ejecutivo regulará el sistema de cómputos para la aplicación de este precepto, que en ningún caso quedará sujeto a normas reglamentarias de los establecimientos de reclusión o a disposiciones de las autoridades encargadas de la custodia y de la readaptación social.

La autoridad al conceder la remisión parcial de la pena, establecerá las condiciones que deba cumplir el sentenciado, conforme a lo establecido en la fracción III y los incisos a) a d) del artículo 84 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal. La remisión parcial de la pena no se concederá a los sentenciados que se encuentren en cualquiera de los casos a que se refiere el artículo 85 del citado Código Penal.

La autoridad podrá revocar la remisión parcial de la pena, conforme a lo dispuesto por el artículo 86 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal”.<sup>11</sup>

Además de que la duración de la pena de prisión se incrementó para los delincuentes contra la salud y los secuestradores, entre otras; se sumó la inactividad burocrática para conceder los beneficios a aquellos sentenciados notables y famosos, y que aún cuando les correspondían, o les fueron negados expresamente o a su petición recayó un silencio. Todo como resultado de una cacería de brujas o de posibles ejecutores de pena corruptos y en complicidad con la delincuencia.

“Capítulo II. Prisión.

Artículo 25. La prisión consiste en la privación de la libertad corporal. Su duración será de tres días a sesenta años, y sólo podrá imponerse una pena adicional al límite máximo cuando se cometa un nuevo delito en reclusión. Se extinguirá en las colonias penitenciarias, establecimientos o lugares que

<sup>10</sup> Ley de Normas Mínimas, reformada el 1o. de enero de 1993, [www.diputados.gob.mx](http://www.diputados.gob.mx), Leyes Federales de México.

<sup>11</sup> Ley de Normas Mínimas reformada el 1o. de enero de 1993, [www.diputados.gob.mx](http://www.diputados.gob.mx), Leyes Federales de México.

al efecto señalen las leyes o la autoridad ejecutora de las penas, ajustándose a la resolución judicial respectiva.

La privación de libertad preventiva se computará para el cumplimiento de la pena impuesta así como de las que pudieran imponerse en otras causas, aunque hayan tenido por objeto hechos anteriores al ingreso a prisión. En este caso, las penas se computarán en forma simultánea.

Artículo 85. No se concederá la libertad preparatoria a:

I. Los sentenciados por alguno de los delitos previstos en este Código que a continuación se señalan:

- a) Uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo, previsto en el artículo 172 bis, párrafo tercero.
- b) Contra la salud, previsto en el artículo 194, salvo que se trate de individuos en los que concurren evidente atraso cultural, aislamiento social y extrema necesidad económica; y para la modalidad de transportación, si cumplen con los requisitos establecidos en los artículos 84 y 90, fracción I, inciso c), para lo cual deberán ser primodelincuentes, a pesar de no hallarse en los tres supuestos señalados en la excepción general de este inciso.
- c) Corrupción de menores o incapaces, previsto en el artículo 201.
- d) Violación, previsto en los artículos 265, 266 y 266 bis.
- e) Homicidio, previsto en los artículos 315, 315 bis y 320.
- f) Secuestro, previsto en el artículo 366, salvo los dos párrafos últimos, y tráfico de menores, previsto en el artículo 366.
- g) Comercialización de objetos robados, previsto en el artículo 368.
- h) Robo de vehículo, previsto en el artículo 376 bis.
- i) Robo, previsto en los artículos 371, último párrafo; 372; 381 fracciones VII, VIII, IX, X, XI y XV; y 381 bis.
- j) Operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 bis.

II. Los que incurran en segunda reincidencia de delito doloso, o sean considerados.

Tratándose de los delitos comprendidos en el Título Décimo de este Código, la libertad preparatoria sólo se concederá cuando se satisfaga la reparación del daño a que se refiere la fracción III del artículo 30 o se otorgue caución que la garantice<sup>12</sup>.

Así pues, pronto apareció la Ley Contra la Delincuencia Organizada y trajo, en un capítulo especial, un método específico para la

<sup>12</sup> Código Penal Federal reformado el 1o. de enero de 1993, [www.diputados.gob.mx](http://www.diputados.gob.mx), Leyes Federales de México.

ejecución de sentencias al delincuente organizado: no hay tratamiento preliberatorio ni beneficio de libertad anticipada. El problema que crea esta ley al ejecutor de penas es que las sentencias aplicables pueden ser hasta por ochenta años de cárcel.

“Cuarto título. Capítulo único de la prisión preventiva y ejecución de las penas y medidas de seguridad

Artículo 42. La autoridad deberá mantener reclusos a los reos en procesamiento separados de otros miembros de la delincuencia organizada, en establecimientos distintos de aquéllos en que estos últimos estén reclusos, ya sea en prisión preventiva o en ejecución de sentencia.

Artículo 43. Los sentenciados por los delitos a que se refiere la presente Ley no tendrán derecho a los beneficios de la libertad preparatoria o de la condena condicional, salvo que se trate de quienes colaboren con la autoridad en la investigación y persecución de otros miembros de la delincuencia organizada.

Artículo 44. La misma regla se aplicará con relación al tratamiento que establecen las normas sobre ejecución de penas y medidas de seguridad<sup>13</sup>.

El gobierno estadounidense, que fue el iniciador de esta ley en toda América y que fue el único que no la aprobó en su propio territorio, en México, en un fraude a la ley, logró implantar en nuestro país la pena a cadena perpetua. Entre otras curiosidades, este prototipo de ley pretende facultar en cada país que la promulgó, la extraterritorialidad, es decir, la pretensión que, por ejemplo, la policía guatemalteca entre al territorio mexicano o al argentino a perseguir y detener delincuentes. Es hermoso ¿o no? Para fortuna nuestra, el legislador mexicano no cayó, pero hay que comparar las leyes centroamericanas en esta materia y quedarán sorprendidos. Cosa curiosa, Estados Unidos, que no promulgó esa ley, entra al territorio mexicano con personal armado y detiene a quien se le pega la gana y se lo lleva sin ningún trámite a su propio territorio.

Es verdad que esta clase de penas es equiparable a la cadena perpetua, así lo sentenció la Suprema Corte de Justicia de la Nación cuando en sesión realizada en el mes de octubre de 2005 declaró,

<sup>13</sup> Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, [www.diputados.gob.mx](http://www.diputados.gob.mx), Leyes Federales de México.

para todos efectos y particularmente para efectos de extradición, que una sentencia por ochenta años y que debe ser ejecutada de principio a fin es equiparable a la cadena perpetua como se dicta en los Estados Unidos o en Francia, por ejemplo.

El 30 de noviembre de este mismo año, el periódico *Reforma* publicó en la primera plana: "Cambian tesis sobre cadena perpetua; aprueban extradición. La Suprema Corte de Justicia aprobó ayer un criterio... y abrió la puerta al establecimiento de la cadena perpetua en el país. La prisión vitalicia no constituye una pena inusitada, por lo que no es necesario que el Estado solicitante se comprometa a no aplicarla o imponer una menor prevista en su legislación, dice una de las nuevas tesis de la Corte".<sup>14</sup>

Una diferencia básica entre el sistema carcelario francés (Central de Molinos) y el sistema carcelario federal mexicano (Cefereso) se da cuando en el sistema francés la estancia del reo en la Central es por algún tiempo "mientras se le bajan los humos" y en el sistema federal mexicano una vez ingresado el reo, permanecerá en el centro, o en otro igual, para siempre. Otra diferencia sustancial es que en la central francesa sólo ingresan reos con sentencia y en México, el Cefereso es doblemente mixto: es cárcel preventiva y penitenciaria y alberga a mujeres y hombres. Puede que sea una ventaja que existan reos procesados albergados ahí, porque ellos, generalmente, obtienen sentencias absolutorias y egresan de inmediato. Aunque también se presta, desde luego, a que funcionarios con mente torcida ejerzan venganza en contra de alguno recluyéndolo en esa prisión.

En este aspecto la Central Molinos tiene un parecido muy puntual con la prisión de Birminghamshire, Inglaterra, conocida por el mote de "The Pan" o su traducción al español: La Sartén. ¿La razón muy especial y particular de este mote? En la sartén se estrellan los huevos. Pero en el Cefereso ni se bajan los humos ni se estrellan los huevos, a ese lugar se va a morir de viejo: enfermo y desquiciado.

Por su propia naturaleza en el Centro Federal es muy difícil establecer para nadie un tratamiento para lograr la readaptación social del sentenciado y, como ya mencioné, mayor grado de dificultad representa aplicar al procesado este tratamiento, aunque sea "en lo con-

ducente". Pensar en un estudio integral de personalidad para diseñar un tratamiento individual, progresivo y técnico, puede ser, pero solamente para efecto del tratamiento en clasificación dentro de la prisión. Pensar en el tratamiento paralelo, el tratamiento en preliberación es hacerse el tonto, definitivamente. Ya dijimos que aquí no operan las Normas Mínimas "Para la Readaptación Social del Sentenciado".

La población del Penal Federal de Almoloya, hoy llamado La Palma, se caracterizó por reunir a hombres con cuarenta años de edad cronológica en promedio y, en aquel momento, con esperanza de abandonar la prisión cuarenta años después. Dicho tal cual es, saldrán libres cuando cumplan ochenta años de edad. Este problema se agravó al dictarse sentencias por ochenta años de cárcel y luego peor, al acumular varias penas de esta índole, obligará al sentenciado a morir y volver a nacer muchas veces, para estar en posición de cumplir los dictados judiciales. Esta vida no le alcanza, necesita varias más.

El Consejo Técnico Interdisciplinario Institucional dejó de tener vigencia y se agotó por obsolescencia. No sé si el ahora ejecutor de penas sabe como resolverá el problema de la marcha del tiempo en los reclusos. Tal vez no se preocupa en pensar en eso, puesto que sabe que su paso por el cargo es efímero y que vendrá a sustituirlo el amigo del nuevo secretario, como lo hizo él con su antecesor, o que ante la primera complicación tendrá que presentar la renuncia al cargo. La reata se revienta por lo más delgado.

De todos modos, antes o después, a algún funcionario de la ejecución de sanciones penales le tocará tratar con los primeros ancianos, los primeros artríticos, los primeros locos y todos ellos en edad senil, sin importar su edad cronológica pues seguramente ésta no corresponderá con su edad biológica; abandonados por su familia, sin dinero y sin poder, pero con muchos años más por delante en un hábitat que se caracteriza por una estancia de 2.50 m por 1.60 m por 3.00 m. Por un paisaje consistente en unas muy altas paredes grises, la muralla, que se ven desde una pequeña ventana. Un salón para terapia ocupacional, con vecinos con los mismos síntomas. Sin esperanzas, sin mañana. Sin sueños ni ilusiones y mantenidos vivos. Todos etiquetados como muy peligrosos y sin derecho a salir de ahí.

Alguien podrá decir: tienen derecho a una libertad criminológica, por cuestiones de edad, de salud. Está bien, estoy de acuerdo, pero, ¿estará de acuerdo el Subprocurador federal contra la Delincuencia

<sup>14</sup> *Reforma*, miércoles 30 de diciembre de 2005, primera plana.

Organizada? No lo sabemos, pero tampoco nos arriesgamos. Tampoco se debe olvidar que el juez de amparo siempre se ha negado a actuar en este tema. ¡Qué le vamos a hacer!

En la mitad del siglo XXI, ante la imposibilidad de trasladar al interno a un lugar diferente, el Cefereso deberá ser adaptado para operar de otra manera. En primer lugar, hace mucho tiempo que no ha ingresado nadie nuevo; segunda, está súper poblado; tercera, todos son viejos, enfermos y están dementes. Por lo tanto, requerimos de médicos geriatras, psiquiatras especializados en pacientes seniles, fisioterapeutas, terapeutas ocupacionales. Y, no lo olviden, solamente egresan cuando mueren, nunca antes, jamás.

Deja de ser prisión para convertirse en un hacinamiento de ancianos enfermos, pseudohospital para gente mayor. Pero no es ni lo uno ni lo otro. No es nada, sólo es.

Otra diferencia con el modelo francés es que ahí sí tienen esperanza de salir libres algún día. El condenado a perpetuidad no es tal. Tarde, pero seguro, saldrá nuevamente a ambular por las calles; libre, sin llevar un custodio a sus espaldas, caminará sin prisas pues no lo requiere ningún pase de lista, y se irá a dormir cuando mejor le plazca y podrá dormir. Porque ningún recluso tendrá pesadillas y despertará gritando, y él mismo no tendrá el insomnio que lo acompañó por tanto tiempo. En cambio en México... ¡No sabemos que pasará!, pero lo que sí sabemos es que continuará soñando pesadillas en la noche en que venció al insomnio, que tendrá un custodio a su espalda cuando se dirija de su celda al salón de recreo y que deberá estar, siempre, muy atento a contestar su nombre en el pase de lista.

Todo lo relatado es verdad y el pronóstico sobre el posible acontecer está perfectamente documentado. Los estudios existentes sobre la pérdida de la estabilidad emocional se realizaron en los campos de concentración nazi. La locura y pérdida de la cordura, la inestabilidad emocional, el miedo a morir prisionero está perfectamente descrito en libros científicos escritos por los investigadores de la época. Basta con consultar el DSM IV libro científico y Biblia siquiátrica para saber y entender de lo que estamos hablando.

El DSM IV, en el tema referido, explica: Eje IV: Problemas psicosociales y ambientales. Además de desempeñar un papel en el inicio o exacerbación de un trastorno mental, los problemas psicosociales también pueden aparecer como consecuencia de la psicopatología, o

pueden constituir problemas que deben tomarse en consideración en el planeamiento de la intervención terapéutica general.

Problemas relativos a la interacción con el sistema legal o el crimen: por ejemplo, arrestos, encarcelamiento, juicios, víctima de acto criminal.

Otros problemas psicosociales y ambientales: por ejemplo, exposición a desastres, guerra u otras hostilidades, conflictos con cuidadores no familiares como consejeros, asistentes sociales, o médicos, ausencia de centros de servicios sociales.

Eje IV Problemas psicosociales y ambientales:

- Problemas relativos al grupo primario de apoyo.
- Problemas relativos al ambiente social.
- Problemas relativos a la enseñanza.
- Problemas laborales.
- Problemas de vivienda.
- Problemas económicos.
- Problemas de acceso a los servicios de asistencia sanitaria.
- Problemas relativos a la interacción con el sistema legal o con el crimen Otros problemas psicosociales y ambientales.<sup>15</sup>

Perdido y sin esperanza. Sin una motivación para ser participe en su reforma. Emocionalmente enfermo el reo no entiende, como nosotros tampoco podemos entender, si la pena le fue impuesta para su redención o como una venganza. De su horizonte, la rehabilitación ha desaparecido y brilla, extraordinariamente diáfana, la punición. Las leyes que fueron creadas para lograr su rescate aparentemente son las mismas, pero si las miramos bien, descubrimos que no lo son. Las nuevas sentencias con las nuevas penas lo privan de su libertad y de su esperanza junto con su profunda, íntima y, ya desconocida, dignidad humana.

Ahora, es necesario saber que hablamos siempre desde el punto científico de la penología. No es lugar ni es momento para iniciar "Ab ovo" el tema penológico, pero no es malo recordar que la

<sup>15</sup> DSM IV. Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales, Masson, 1995, Allen Frances y otros.

penología es la ciencia criminológica que nos muestra los diversos medios de represión y prevención del delito. Nos entrega un listado, perfectamente analizado y estudiado de las penas y medidas de seguridad posibles y al mismo tiempo, nos entrega una clasificación de esas penas y medidas de seguridad según su objeto y su fin, su función y la necesidad de que la pena o la medida de seguridad sean individualizadas y la forma de lograrlo.

Pena significa dolor, sufrimiento. Y la imposición de una pena es la justa retribución del mal causado con un mal equivalente. La moral nos autoriza a exigir se cause ese mal a quien ha causado un mal, se trata de satisfacer la profunda exigencia humana, profunda pero incoercible, de que el mal sea castigado con el mal, pero en la misma proporción e intensidad al hecho cometido y a la culpabilidad del reo. Este castigo deberá funcionar como prevención general al mostrar a todos que el mal hace es castigado y como prevención especial, de modo tal que obrando en el delincuente, éste quede convencido que no lo debe hacer más.

En este momento y dentro de la clasificación clásica de la pena me interesa contemplarla desde el punto de vista de la principalidad, perpetuidad y fin eliminatorio. Pero siempre recordando que nuestra referencia son las penas de prisión extraordinariamente largas y sin redención que vienen siendo aplicadas en el derecho penal mexicano.

Una pena principal se da sola y vale por sí misma, no requiere la existencia de otras penas. Una pena perpetua es cuando un reo se ve privado para siempre de un bien jurídico. Una pena eliminatoria busca, por supuesto, la eliminación del delincuente más que la misma retribución. Entre las principales, como ejemplo, tenemos la muerte, las privativas de libertad. Entre las perpetuas, como ejemplo, están la multa, la muerte y la cadena perpetua. Entre las eliminatorias, como ejemplo, tenemos la muerte, el destierro, la deportación y la cadena perpetua.

Las penas que hemos relatado y que están vigentes pertenecen a estas categorías: son principales, perpetuas y eliminatorias y a nadie le interesa tratar de demostrar su ejemplaridad. Ni al legislador ni al juzgador le interesa que alguien aprenda en el castigo de otro. La cadena perpetua o pena a 80 años de prisión están pensadas para eliminar al delincuente y no para readaptarlo. Lo que confirma la intención del legislador al negar a ciertos delitos la libertad anticipa-

da o el tratamiento preliberacional. Por último, nadie cree que cualquiera desee o pueda experimentar en cabeza ajena.

Desde el punto de la penología y la criminología puras no hay diferencia entre los 80 años de prisión y la ejecución de la pena de muerte. Ambas son eliminatorias y a perpetuidad. Las hace diferentes la problemática que circunscribe la de cada una de ellas.

Otro fin de la ejecución penal es neutralizar al delincuente y que se logra desde el momento en que es apartado de la sociedad. Y a este fin es destinado el delincuente incorregible para quien la prevención especial no es posible, evitando con ello que actúe peligrosamente.

Este actuar cumple con una función en la realidad social y hasta se acredita como justa y útil en la normalidad del sistema penal. Von List y Garófalo presentan la idea de segregación y eliminación del incorregible dentro del marco de las teorías antropológicas del positivismo criminal, sociológicas y jurídico-penales. La exclusión del criminal debe ser absoluta de toda clase de relaciones sociales. Garófalo propone la deportación con abandono del deportado, o la reclusión perpetua. Aunque culmina su pensamiento alegando que no puede existir otra forma de exclusión absoluta del criminal que la eliminación. "El único medio absoluto y completo de eliminación es la muerte".<sup>16</sup>

Después de 1974, durante el transcurrir de los años muchos intentaron derogar la pena de muerte del artículo 22 de la Constitución mexicana, y han estado a nada de lograrlo. La moda, muchas veces no entendida, ha logrado obrar en la ignorancia lo que no pasa en la razón. Hasta el clero, creador, facilitador y aplicador de la tortura y el tormento, lucrador del dolor humano, hoy tiene una postura, se ha manifestado por su desaparición. El Código de Justicia Militar entresacó la pena de muerte de las sanciones que tenía previstas y la derogó ¿Hizo bien el general secretario? Sólo el tiempo podrá darle o quitarle la razón. De cualquier forma ¿No es el Instituto Armado una organización creada desde siempre para la represión, la supresión y el exterminio? Con ley o sin ley que lo autorice, de todos modos, si va a suceder, sucederá.

<sup>16</sup> GARÓFALO, R., *La criminología*, Daniel Jarro Editor, Madrid, 1912, pp. 265, 267, 274 y 530.

Pero las circunstancias obligan a observar los hechos con más detalle y la pregunta es ¿cuál es más conveniente: 80 años-prisión perpetua o pena de muerte? La verdad se muestra muy claramente, un prisionero condenado a pasar toda su vida dentro de una prisión, ¿puede y quiere ser readaptado? No, la verdad es que no quiere ni le interesa ser virtuoso. Prefiere el vicio y la degradación que le ayuden a pasar los días de eterna duración. La ficción es el tratar de demostrar al pueblo que, ya que lo tenemos encerrado en un lugar llamado "De Readaptación Social", ese alguien que permanecerá preso por toda su vida, lo exhibiremos diciendo: miren lo logramos, está socialmente readaptado y cuando egrese de la prisión será un hombre socialmente útil y apto para vivir en sociedad y vivirá felizmente reinsertado en ella. Pero no saldrá nunca. Al menos no con vida.

La verdad es que por más que lo intentemos no lograremos éxito alguno con un hombre viejo, cansado, lastimado y abandonado; y la ficción nos hará decir que nuestros métodos de terapia social y familiar han permitido mantenerlo a él vivo y con su familia fuertemente unidos y disfrutando, incluso de la visita íntima.

La verdad es que los centros penitenciarios, al menos unos, se convertirán en centros de hacinamiento para reos enfermos, viejos y locos. La ficción nos hará cerrar los ojos para no ver y taparnos los oídos para no oír.

El humanismo de hoy debe de obligarnos a abrir los ojos y los oídos para percatarnos de la realidad. Es mucho más conveniente aplicar la pena de muerte a mantener prisionero a un infeliz por toda su vida. Esto debe verse desde el ángulo de la caridad, inclusive. La Readaptación Social de los Sentenciados ha dado tan escasos resultados que es preferible confesar que fracasamos. Y la Readaptación Social buscada a tan largos plazos con mayor razón nos conduce al fracaso. Las penas de prisión de términos largos son penas eliminatorias, eliminemos, en verdad, a menores costos tanto sociales como económicos e, incluso, de seguridad.

Que podemos estar equivocados y confundidos al sentenciar a muerte, es verdad. Que es muy alto el riesgo, es ficción. Que es más barato y seguro ejecutar la pena de muerte, es verdad. Que siempre habrá la esperanza de que el sentenciado a perpetuidad se readapte, es ficción. Que existe el riesgo de que el sentenciado a cadena perpetua corrompa al funcionario de la prisión y compre su fuga, es ver-

dad. Que los Centros de Reclusión Comunes o Federales son inexpugnables y seguros y que de ellos nadie podrá evadirse, ¡pregúntele al Chapo!

*Nota final.* El origen de este artículo fue el primer trabajo presentado y leído en el capítulo "Políticas y estrategias en la ejecución penal", durante el XI Congreso Nacional de Criminología que se efectuó los días 16, 17, 18 y 19 de noviembre de 2005 en la ciudad de Querétaro, auspiciado por la Sociedad Mexicana de Criminología y la Universidad Autónoma de Querétaro.

El tema causó irritación a los penitenciaristas ortodoxos que participaron en ella, llegando al extremo de pedir que el tema fuera borrado de la memoria de la mesa de trabajo y que este trabajo se diera por no presentado. Esa misma tarde el Dr. Cardier, visitador penitenciario de la Comisión Nacional de Derechos Humanos proyectó 100 diapositivas mostrando, al estilo de John Howard, el estado actual de las prisiones mexicanas. Durante la última mañana de sesiones este autor proyectó dos películas, *La Prisión de Molinos*, y la otra, *La Prisión de Pelicano Bay*, en San Francisco, California.

Fueron de tal impacto las tres proyecciones mencionadas que la mesa de trabajo de trabajo en sus conclusiones finales recomendó:

"2. Se analizó la posibilidad de que para el siglo XXI se estableciese un estudio integral de la situación que guardan nuestras instituciones penales y los planteamientos de endurecimiento penal a que se ha llegado en nuestros códigos penales, porque de otra suerte sería lógico pensar en la imposición de penas más severas, llegando, incluso, a la de muerte".<sup>17</sup>

<sup>17</sup> *Memorias del XI Congreso Nacional de Criminología*, Sociedad Mexicana de Criminología y Universidad Autónoma de Querétaro. Mesa correspondiente a Políticas y Estrategias de la Ejecución Penal, 2006.

## CRITERIOS HERMENÉUTICOS APLICABLES A LA NORMA LABORAL

Edmundo CASTRO MEDINA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Interpretación del derecho*. 1. *Necesidades de la interpretación del derecho*. 2. *Métodos y razonamientos de interpretación generales del derecho*. 3. *Lineamientos de la interpretación*. III. *El derecho del trabajo: problemas particulares y técnicas de interpretación y aplicación*. 1. *Las fuentes del derecho del trabajo mexicano*. 2. *La interpretación y aplicación de la norma laboral*. 3. *Principios como partida y final de la interpretación*. A. *Principios generales del derecho*. B. *Principios sustantivos o materiales del derecho del trabajo*. C. *Principios procesales del derecho del trabajo*. IV. *Conclusiones*.

### I. INTRODUCCIÓN

Forma parte ineludible de todo proceso de aplicación jurídica la tarea de interpretación. En efecto, si entendemos, con Díez Picazo, la interpretación del derecho como el complejo de actividades que han de ser puestas en práctica para llevar a cabo la búsqueda auténtica del derecho, se colige el carácter indispensable de la interpretación del derecho cada vez que el mismo es puesto en práctica.<sup>1</sup> Se convierte así la hermenéutica jurídica en una actividad consustancial a la práctica del derecho.

Buena parte de los métodos y técnicas de interpretación son aplicables a toda rama del derecho. Pero, asimismo, la especificidad de

<sup>1</sup> Al respecto, véase DÍEZ-PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Ariel, Barcelona, 2a. ed., 1987, pp. 208-238.

cada uno de los órdenes jurídicos requiere del estudio y de la aplicación de métodos y técnicas específicos, que se adecuen a las características propias que ese ámbito jurídico presenta dentro del campo del derecho.

Tal sucede con el derecho laboral, dado que los múltiples rasgos que lo caracterizan como rama del derecho, le procuran asimismo unas peculiares reglas de interpretación. Examinemos tales características para entender mejor lo que se quiere decir.

Comenzando por su origen, cabe decir que el fenómeno del trabajo no proviene de la antigüedad, sino que hunde sus raíces en los países en que aparece con mayor fuerza la Revolución Industrial, del siglo XVIII en adelante. En efecto, con la Revolución francesa (1789) se produce la destrucción del régimen corporativo y nace una organización jurídica eminentemente individualista. En ese momento, los inventos y descubrimientos abren la puerta a la manufactura de artículos o a la prestación de servicios. Con la aparición y extensión de la maquinaria se va a producir un desbordamiento impetuoso de febril actividad que transformará los usos y actividades de vida. En este contexto aparece la primera relación obrero patronal, debiendo ser resueltos los problemas que plantea por un sistema de leyes.<sup>2</sup>

Pero la gestación del derecho del trabajo no tendrá lugar sino hasta el siglo XX, como consecuencia de la lucha de clases entre trabajadores y burguesía, y del avance de las doctrinas socialistas.

La denominación que debía darse a nuestro estatuto, según nos recuerda García Máñez, fue muy disputada por los maestros y juristas de Europa y América. Pero la Asamblea Constituyente de Querétaro "evitó la molestia del debate, porque puso como rubro de la Declaración de derechos sociales: 'trabajo y previsión social'; y en el párrafo introductorio dijo que las leyes que se dictaran para poner en movimiento las bases de la Declaración, se aplicarían al trabajo. La denominación: derecho del trabajo fluye como una consecuencia natural de nuestra terminología constitucional. Y no podemos emplear los términos: legislación o leyes del trabajo, porque las relaciones entre los trabajadores y los patronos no se rigen única-

<sup>2</sup> GUERRERO, Euquerio, *Manual de derecho del trabajo*, Porrúa, México, 23a. ed., 2003, p. 17.

mente por las leyes emanadas del poder legislativo, sino también por los convenios internacionales y por los contratos colectivos (...)"<sup>3</sup>.

Por lo que concierne a su ubicación en el mundo del derecho, cuestión ésta de especial relevancia para hallar la metodología de la interpretación adecuada, seguimos las enseñanzas del maestro Ramos Álvarez, cuando construye el cuadro siguiente: "El derecho público, con sus ramas, el derecho constitucional, el derecho administrativo, el derecho fiscal, el derecho municipal. El derecho privado, con sus ramas, el derecho civil y el derecho mercantil, sólo en la zona que postula la autonomía de la voluntad. Y el derecho mixto o social (¿o de qué otro modo llamarlo?), profesional o concreto (...). Sólo el mixto profesional es el derecho para los hombres en su concreta funcionariedad social. Consecuentemente, será el que más revolucione e introduzca constantes cambios en las ideas jurídicas"<sup>4</sup>.

Los caracteres que presenta el derecho del trabajo son, en esencia, los siguientes:

- a) La función que cumplen sus leyes son diferentes a las que cumplen las leyes de las otras ramas del derecho, pues garantizan un mínimo, sobre el cual las instituciones que le son propias pueden crear progresivas nuevas condiciones de trabajo.
- b) Se colige de lo anterior que es un derecho incompleto e inacabado, por cuanto que todos los días surge en formas nuevas aquella progresión.
- c) Es protector, garante de que las reivindicaciones históricas se mantengan, siendo así distinta su actuación de la que el Estado debe cumplir en situaciones (temporales) de grave necesidad social, como sucede con los desastres naturales o sociales.
- d) Y es considerado *jus cogens* y derecho humano fundamental, en sus tres generaciones: individual, colectivo y de solidaridad.

<sup>3</sup> GARCÍA MÁÑEZ, Eduardo, *Filosofía del derecho*, Porrúa, México, 2a. ed., 1977, p. 3.

<sup>4</sup> RAMOS ÁLVAREZ, Óscar Gabriel, *La seguridad social en el derecho*, t. II, Edipart, México, 1965, pp. 123 y ss.

Podemos concebir, según lo dicho, el derecho del trabajo como aquél: "que se propone realizar la justicia social en el equilibrio de las relaciones entre el trabajo y el capital".<sup>5</sup>

De todo lo anterior se desprende que esta rama del derecho va a requerir, aparte de los métodos y criterios de interpretación y aplicación genéricamente a todas las normas jurídicas, el empleo, igualmente, de las reglas hermenéuticas propias del derecho del trabajo, distintas de las aplicables al resto de las disciplinas jurídicas. Unas y otras constituyen el objeto de estudio del presente trabajo de investigación.

Ello explica la estructura de esta obra, que hemos dividido en dos grandes bloques temáticos: el primero, dedicado a repasar los conceptos generales acerca de la interpretación y aplicación del derecho, los problemas generales que tales temas plantean a los juristas y los principales lineamientos y métodos que se han propuesto para interpretar el derecho; y un segundo bloque que analiza las singularidades que presenta el derecho del trabajo en el proceso hermenéutico, y los principios, sustantivos y procesales, que se ofrecen para la más adecuada y justa interpretación y aplicación de estas normas.

## II. INTERPRETACIÓN DEL DERECHO

### 1. Necesidades de la interpretación del derecho

La interpretación, contrariamente a lo que se ha creído durante siglos,<sup>6</sup> no es precisamente una actividad simple, que se limite a un mero esclarecimiento de la norma para su mejor comprensión.<sup>7</sup> Antes al contrario, la generalidad con que vienen redactadas las normas

<sup>5</sup> DE LA CUEVA, Mario, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, t. I, *Historia, principios fundamentales, derecho individual y trabajos especiales*, Porrúa, México, 11a. ed., 1988, p. 85.

<sup>6</sup> Recuérdese el célebre aserto de MONTESQUIEU, en *El espíritu de las leyes*, que señalaba que el juez no es sino la boca que pronuncia las palabras de la ley, restándole cualquier margen de criterio interpretativo, a su criterio, innecesario.

<sup>7</sup> Como ha dicho LÓPEZ CALERA, el proceso de aplicación de derecho, que implica ineludiblemente su interpretación, es complejo y difícil. Aplicar el derecho, subsumir la realidad en la norma u obtener la norma particular de la norma general a través de una decisión (judicial), no es simplemente un trabajo lógico, al modo del silogismo, en el que la premisa mayor fuera la norma, la premisa menor fueran los hechos y la conclusión la

y la necesidad de elegir la norma adecuada al supuesto fáctico concreto a resolver, son algunas de las razones que explican el carácter ineludible de la tarea interpretativa.<sup>8</sup>

Pero aún tenemos una dificultad añadida: el lenguaje con que vienen expresadas las normas. Siguiendo la teoría de Schübert, se percibe como obligatorio el empleo de las reglas de la lógica en la sistematización del derecho. Las leyes de la lógica, según manifiesta este autor, sirven tanto para llenar las lagunas de la ley, "Pues la relación entre la seguridad jurídica y la equidad de la decisión particular no está determinada por la oposición de intereses sino que también depende fundamentalmente de la capacidad del material lingüístico", como para evitar problemáticas innecesarias, habida cuenta que no sólo "hay problemas en los cuales se trata de la regulación de conflictos de intereses, sino que también pueden surgir problemas a raíz de las peculiaridades del lenguaje, especialmente de los límites de su capacidad de expresión".<sup>9</sup>

En este sentido, por consiguiente, hemos de entender la interpretación como un cierto juego del lenguaje jurídico. Se trataría de interrogar a los textos jurídicos para que entreguen sus variantes de significado. Es un hacer mediador entre la normatividad y la realidad

sanción o la calificación definitiva. LÓPEZ CALERA, Nicolás María, *Filosofía del derecho*, Comares, Granada, 1985, pp. 172-173.

<sup>8</sup> Como indica el maestro RECASÉNS SICHES, "la interpretación comprende un enjambre de operaciones mentales recíprocamente entrelazados de modo solidario e inescindible. No puede haber interpretación abstracta de las normas jurídicas, sino que la interpretación tiene que lograrse siempre en función con el estudio de las realidades concretas a las cuales van a ser aplicadas las normas. Y tiene que lograrse además en conexión con las valoraciones que inspiran el orden jurídico positivo con el que se esté trabajando. La interpretación, por otra parte, no empieza con el examen de la norma, sino con la averiguación de cuál sea la norma aplicable al caso planteado, dentro del orden jurídico vigente". Y concluye diciendo: "No puede existir ningún orden jurídico sin función interpretativa". Pues "las normas generales hablan en términos relativamente generales y abstractos. En cambio, la vida humana, las realidades sociales, en las cuales se debe cumplir, y, en su caso, aplicar las leyes, son siempre particulares y concretas. Por consiguiente, para cumplir o aplicar una ley o un reglamento es ineludiblemente necesario convertir la regla general en una norma individualizada, transformar los términos abstractos en preceptos concretos. Y esto es precisamente lo que se llama interpretación". RECASÉNS SICHES, Luis, *Filosofía del derecho*, Porrúa, México, 1961, pp. 9-10.

<sup>9</sup> SCHEIBER, Rupert, *Lógica del derecho*, México, 1999, pp. 9-10. También señalando la importancia del lenguaje jurídico, pero desde otro enfoque, véase OLIVERON, Karl, *Lenguaje jurídico y realidad*, México, 2002, p. 47.

social de su tiempo, tratando de encontrar circunstancias relevantes para usarlas como indicios del sentido buscado en el caso concreto, como una opción de razón suficiente que sostenga la solución, en medio de un lenguaje cuajado de signos.

Pero avancemos un poco más, adentrándonos en la complejidad de las normas jurídicas. Éstas son proposiciones que asocian un supuesto de hecho con una consecuencia, denominándose entonces normas jurídicas completas. Sin embargo, puede suceder que unas dependan de otras (las normas primarias) para cobrar todo su significado, para recibir de ellas su fuerza jurídica de obligar; estamos entonces ante normas incompletas. Fenómeno éste que afecta, dificultándolo, al proceso de interpretación y aplicación jurídicas.

Son varios los ejemplos que al respecto podemos encontrar en el ámbito del derecho del trabajo. Sirva mencionar los artículos 20 (en relación con el 21) o 35 (en relación con el 38) de la Ley Federal del Trabajo.

En todo caso, se constata que las normas jurídicas, lejos de estar solas o aisladas, están relacionadas entre sí. Es variable la forma de conexión interna que entre ellas mantengan, pero, en cualquier forma, la inordinación y la coordinación entre ellas deben ser armónicas.

Pues bien, el ingente trabajo de la interpretación consiste en poner de relieve los contenidos y la conexión interna que muestra el orden jurídico precisamente como un sistema.

## 2. Métodos y razonamientos de interpretación generales del derecho

En este apartado examinaremos, muy someramente, los principales métodos de interpretación. Éstos deben colaborar para extraer un mejor y más claro enfoque de lo que puede parecer la norma correcta del caso. Pues aislados, esos métodos no dan todos sus frutos.

a) *Gramatical o filológico*. Es natural que la primera operación que se nos ocurre al interpretar el derecho<sup>10</sup> sea acudir a la significación del lenguaje común de la gente que lo expresa, así como a la

<sup>10</sup> No pocas legislaciones señalan igualmente esta prioridad en la aplicación de este método interpretativo; muestra de ello es el artículo 14 de la Constitución mexicana, cuyo tenor transcribimos más adelante.

búsqueda del sentido de las palabras en el lenguaje técnico jurídico, que debe acompañarse de la búsqueda del sentido lógico jurídico de las normas.

b) *Sistemático*. El método sistemático pretende dirigir los razonamientos a las conexiones normativas que tenga la disposición a aplicar; especialmente, que esté ubicado dentro de un sistema de normas que a su vez haya de relacionarse con otros subsistemas y con normatividad superior.

c) *Histórico*. El método histórico suministra dos visiones del sistema normativo. La primera de ellas es la de interpretar los enunciados normativos como se les venía aceptando en el lenguaje en el momento de su emisión, aunque haya transcurrido algún tiempo; de esta suerte se mantiene la tradición del vocablo y se da seguridad en su tratamiento y aplicación.

Y la otra estriba en cambiar la significación si ésta se vio modificada por el tiempo, de forma que se adapta a los problemas que se plantean por cambio de época.

Por lo que se refiere a la Ley Federal del Trabajo, un recurrido completo por su texto nos revela que la significación de las palabras que componen los enunciados normativos no cambió sensiblemente por el mero transcurso del tiempo, en sus elementos de principios, individual, colectivo, procesal y administrativo. Si acaso, algunas denominaciones se alteraron por disposición de la norma respectiva, constitucional o legal.

d) *Teleológico*. Este método consiste en la búsqueda reflexiva del fin o finalidad a cuya consecución se dirige la norma, y los medios establecidos por ella para lograrlo. Ahora bien, aunque descubriéramos la finalidad técnica de la norma, lo que importa en el fondo es establecer los fines que persigue la sociedad o la comunidad con esa norma. Por esta razón, este método de interpretación es el más utilizado en las diversas ramas del derecho, y, entre ellas, el derecho del trabajo.

e) *Sociológico*. Es posible que los cambios sociales susciten una realidad actual que no fue la que tuvo en vista la norma en su origen. Así las cosas, el método sociológico permite y aconseja una aplicación contemporánea a una materia que entrevió el autor o que no pudo imaginar siquiera que traería consigo una serie de cambios sociopsíquicos, culturales, técnicos, científicos, políticos o de otra índole.

En virtud de la anterior explicación, puede demostrarse que la norma a aplicar ya es obsoleta, por lo que requiere una nueva dimensión interpretativa; o que, sin ser obsoleta, por lo extenso de su formulación pueda y deba tener una aplicación sobrevenida de las nuevas realidades, quizás inmersas pero desconocidas, insospechadas.

f) *Psicológico*. Si tenemos en cuenta que las normas expresan un acto de voluntad, resulta lógico que se proceda a buscar cuál fue la voluntad de su autor. En este punto conviene aclarar que durante mucho tiempo estuvo en boga interpretar de conformidad con la voluntad del legislador (*voluntas legislatoris*). Sin embargo, éste, por lo general, no es una única persona, sino que la ley es un acto jurídico fruto de una colectividad de voluntades.

Por otra parte, la norma así obtenida posee una realidad objetiva independiente de quien la prepensó o pensó (*voluntas legis*). Resulta así que no hay más que atenerse a lo que dice la norma, a lo que realmente regula. En definitiva, con ese razonamiento lo que se busca es la intención objetiva de la norma, o normas, o del ordenamiento, para establecer su regular interpretación.

g) *Analógico*. García Máynez precisa el esquema a que se ajusta el razonamiento analógico del modo que sigue: "Si un hecho A' cumple los supuestos a, b, c, d, su realización produce la consecuencia jurídica C.

En el hecho imprevisto A'' se dan las notas a, b, c, e, análogas a las del previsto A' y hay la misma razón jurídica para resolverlos del mismo modo.

Luego, se enlaza al hecho A'' la consecuencia jurídica C.

Suele afirmarse que la norma relativa al caso previsto se aplica analógicamente al otro. La afirmación no es correcta, porque lo que se aplica al imprevisto no es el precepto que resuelve el caso análogo, sino una norma nueva, que posee la misma disposición, pero un supuesto jurídico diverso.

El procedimiento de integración por analogía consiste, por tanto, en atribuir a situaciones parcialmente iguales las consecuencias de derecho que la ley enlaza a una de ellas, la prevista por el legislador".<sup>11</sup>

<sup>11</sup> GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Filosofía del derecho*, Porrúa, México, 2a. ed., 1977, pp. 304-305.

h) *Otros*. Cabe mencionar, asimismo:

a) El razonamiento *a contrario sensu* que, en cierta forma, es opuesto al de la analogía. Así, si la norma establece en exclusiva para uno o más sujetos un poder o facultad, cabe deducir *a contrario sensu* que los demás no tienen esa atribución.

b) Otro método o razonamiento es el de *maiore ad minus* que, se dice, forma parte de los razonamientos *a fortiori*, como también sucede con el de a subalternos *minori ad maius*.

El primero de ellos consiste en derivar de proposiciones subalternos y es una subespecie de las inferencias inmediatas, de donde es válido desprender del juicio universal el juicio particular.

De las proposiciones afirmativas se tiene: Todas las S son P. Algunas S son P. De un juicio universal afirmativo, como premisa, se deduce el particular afirmativo. Pero el razonamiento se completa así: la consecuencia es cierta si respecto al particular afirmativo no se ha establecido excepción alguna.

Así pues, el inicio del razonamiento es definir que la premisa mayor es un juicio mayor subalternable. De donde la disposición aplicable a la primera situación debe aplicarse a la segunda.

c) El inverso, el de *a minori ad maius*, consiste en que lo que vale a unas consecuencias jurídicas de menor importancia, debe valer en las más importantes. Para lo cual, se dice, habría que acudir la teleología de la norma. Así, si se faculta, prohíbe o impone a ciertas personas, correlativamente se faculta, prohíbe o permite a las demás.

d) Otro método más es el de *respeto a los precedentes*, lo que confiere alguna certeza y previsibilidad a la práctica del derecho y a las resoluciones administrativas o judiciales, en el sentido de resolver del mismo modo situaciones sustancialmente iguales.

### 3. Lineamientos de la interpretación

Interpretar es buscar hacer hablar a la norma para que entregue todo su contenido. En cierta medida la meta de la interpretación es conocer la verdad de la ley, y ella debe estar construida en la expresión de una voluntad dirigida a la creación de un orden justo, naturalmente en lo posible y conforme a las necesidades humanas de la colectividad.

La ley, una vez en acción, pone en movimiento rasgos de efectividad en las relaciones cambiantes, que adquieren una vida propia,

vida humana objetivada, y que requieren un principio adicional de buena fe en el intérprete y aplicador. Lo jurídicamente determinante hoy, según el sentido normativo de la ley y que se escribe históricamente cada día.

Por ello los métodos predicán que el intérprete no es un libre absoluto, sino que debe jurídicamente orientar su juicio. Y se hace necesario así contar con puntos de vista metódicos, lineamientos de interpretación, que funden la pretensión de rectitud y de justicia.

Un primer lineamiento indica que el intérprete debe buscar que en el tipo legal se reúnan todas las características en el mismo, y "sólo cuando y siempre y cuando" las tengan, debe descargarse la consecuencia C. Para ello debe encontrarse el fin (no la voluntad), el sentido normativo de la ley, para asediar sus alcances y confines.

Otro lineamiento de interpretación es el que tiene que ver con las conexiones de la norma en el complejo normativo del que forma parte: una norma, un pasaje, un envío a otra ley, una concordancia objetiva entre normas singulares, la significación sistemática, interna y externa, los fines de la regulación, alguna restricción, aclaración o modificación por sus normas incompletas, la valoración de sus intereses.

Un tercer lineamiento es el que cabe denominar de la intención histórica objetiva de la norma. Los autores de la norma en el derecho mexicano del trabajo pueden ser el Congreso Constituyente, el Poder Revisor de la Constitución, el Congreso de la Unión como órgano legislativo reglamentario de la Constitución y como legislador federal ordinario; el Poder Ejecutivo como reglamentario, los organismos internacionales y los distintos Estados nacionales cuando crean tratados internacionales, y los factores de la producción, que pueden acordar normas colectivas, así como las partes en un contrato individual. Añádase la costumbre o el uso de empresa y la jurisprudencia y a los hacedores de sentencias o de resoluciones administrativas.

Esa gran variedad de autores de las normas, y de aplicadores de ellas, nos proporcionan un amplio círculo nacional intersectado por lo internacional, que tiene su propio juego de intereses y de valores, en un tiempo determinado, con un trasfondo que es el ambiente nacional también determinado en ese tiempo y que contienen en sus fórmulas las ideas de indicar hacia dónde deben ir las cosas y la forma de perdurar.

Tenemos aun otro lineamiento: el de desentrañar del lenguaje histórico de las normas y de su complejidad de conexiones sistemáticas, el postulado objetivo que pretende realizar con sus fines y sus valores. El postulado, asimismo, debe ser ético y jurídico.

En todo caso, se pone de relieve también aquí que un solo lineamiento no basta de continuo para una aplicación más justa del derecho. Está latente la necesidad de acudir a varios de ellos si la situación lo amerita, hasta alcanzar la convicción, la pertinencia y la razonabilidad de la aplicación que se busca, en la búsqueda de la realización de la justicia.

### III. EL DERECHO DEL TRABAJO: PROBLEMAS PARTICULARES Y TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN

#### 1. Las fuentes del derecho del trabajo mexicano

Con carácter previo al estudio de la interpretación de la norma laboral se realiza un repaso de cuáles son las fuentes del derecho del trabajo en el sistema jurídico mexicano. Pues antes de acometer el análisis de cómo interpretar las normas jurídicas laborales debemos identificar, determinar, cuáles son tales normas.

El elenco de fuentes del derecho del trabajo, jerárquicamente expuestas, sería el siguiente:

a) La Constitución mexicana de 1917. La Constitución es ley fundamental de un ordenamiento jurídico, que se sitúa en la cúspide del esquema normativo piramidal del que hablaba Kelsen; al tiempo que es norma primaria, de la que dependen todas las demás para su elaboración. El resto de las normas (infraconstitucionales) deben, por tanto, ser conformes con lo preceptuado en la Constitución.

En efecto, como consecuencia lógica del principio de supremacía constitucional, las leyes ordinarias y los reglamentos (respectivamente emanados del Poder Legislativo y del Ejecutivo) deben respetar la Constitución desde un punto de vista formal y material.<sup>12</sup>

<sup>12</sup> Formalmente, el respeto a la Constitución consiste en la observancia de la competencia del órgano que emite la ley o el reglamento y en el respeto puntual del procedimiento.

Este principio de supremacía constitucional (*supremacy clause*) ha sido expresamente incluido en la Constitución de Querétaro de 1917, en el artículo 133, transcripción, prácticamente literal, del artículo VI, sección 2a., de la Constitución de Estados Unidos de 1787 (artículo VI, sección 2a.).

b) Las leyes constitucionales y los tratados (piénsese en la importancia que para esta rama del derecho tienen los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo).

c) Las leyes federales ordinarias.

d) El derecho de las entidades federativas (Constitución local, leyes constitucionales locales y derecho de las entidades federativas).<sup>13</sup>

e) Los reglamentos de los poderes ejecutivos federales y locales, los municipales y las normas que deriven de ellos.

Este listado se completa con lo preceptuado en el artículo 17 de la Ley Federal del trabajo: "A falta de disposición expresa en la Constitución, en esa Ley o en sus Reglamentos, o en los tratados a que se refiere el artículo 6o., se tomarán en consideración sus disposiciones que regulen casos semejantes, los principios generales que deriven de dichos ordenamientos, los principios generales del derecho, los principios generales de justicia social que derivan del artículo 123 de la Constitución, la jurisprudencia, la costumbre y la equidad". Por consiguiente, el listado de fuentes del derecho del trabajo se completaría del siguiente modo.

f) La aplicación analógica de la Constitución, de la Ley, de los tratados y de sus reglamentos.

g) Los principios generales que deriven de la Constitución, de la Ley, de los tratados y de sus reglamentos, los principios generales del derecho y los principios generales de justicia social.

h) La jurisprudencia, esto es, el derecho emanado de los jueces.

to legalmente previsto para su emisión. Materialmente, la concordancia con el carácter suprallegal de la Constitución se refiere al contenido de la ley o del reglamento, los cuales no pueden ir en contra de las prescripciones constitucionales. COVIÁN ANDRADE, Miguel, *El control de la constitucionalidad en el derecho comparado*, Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional, México, 2001, p. 20.

<sup>13</sup> DE LA CUEVA, Mario, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, t. I, *Historia, principios fundamentales, derecho individual y trabajos especiales*, Porrúa, México, 11a. ed., 1988, p. 133.

i) El derecho consuetudinario obrero.

j) Y la equidad.

## 2. La interpretación y aplicación de la norma laboral

Siguiendo al profesor Montoya Melgar, la interpretación y la aplicación de la norma laboral se va a regir, en esencia, por las reglas que orientan la aplicación del derecho en general. Conforme a esta idea, la mecánica de la aplicación de una proposición jurídico-laboral a un hecho discurre tanto a través del razonamiento lógico-formal (la subsunción), como a través de juicios hallados mediante la experiencia social (saber empírico social, o máximas de experiencia).<sup>14</sup>

Ahora bien, aunque la aplicación de las normas laborales se efectúa de acuerdo con las técnicas comunes sobre aplicación del derecho, existen asimismo peculiaridades, congruentes con la singularidad del ordenamiento jurídico laboral. Tres razones aduce este maestro como prueba de dicho carácter singular del ordenamiento laboral.<sup>15</sup>

En primer lugar, las específicas finalidades perseguidas por el derecho del trabajo, que se traducen en el establecimiento de principios informadores característicos de este sector del ordenamiento, que inspiran toda la legislación laboral.

En segundo lugar, la jerarquía de las normas laborales, estructuradas de un modo propio. Pues la existencia de fuentes estrictamente jurídico-laborales, como son los convenios colectivos, unida al juego del principio de norma más favorable, impregnan de un sentido *sui generis* a la ordenación jerárquica de las normas del derecho del trabajo.

Y, en tercer término, los órganos administrativos y judiciales encargados de la aplicación del derecho del trabajo son entes especializados en esta rama del ordenamiento.

La función de precisar el sentido de la norma corresponde básicamente a las autoridades jurisdiccionales y a los profesores e investigadores del derecho. Unos y otros intérpretes cualificados de la norma deben utilizar, en su delicada tarea hermenéutica, determinados criterios objetivos. Tales criterios, dejando al margen las reglas lógicas

<sup>14</sup> MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, pp. 211-212.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 212.

y técnicas de las operaciones conceptuales y tópicas que la aplicación del derecho requiere, se encuentran ordenados, como señala Montoya Melgar, en dos grandes grupos:<sup>16</sup>

a) El primer grupo que ha de presidir la labor del intérprete y aplicador del derecho está integrado por la serie de criterios o índices de fondo, es decir, por los principios jurídicos que inspiran el sistema normativo de que se trate, y que necesariamente han de ser estimados por el intérprete para actuar en congruencia con el sentido total del ordenamiento. Algunos de tales principios son comunes a los distintos sectores del derecho (los que llamamos principios generales del derecho); mientras que otros son propios y específicos del derecho del trabajo.

b) Y el segundo grupo de criterios es de naturaleza formal, y alude tanto a las reglas de ordenación de los distintos materiales normativos (principio de jerarquía de las fuentes del derecho), como a los principios sobre aplicación temporal y territorial de las normas, y a las remisiones a otras ramas jurídicas.

A continuación nos vamos a dedicar al estudio del primer grupo de criterios mencionado: tanto a los principios generales del derecho como a los principios (sustantivos y procesales) del derecho del trabajo.

### 3. Principios como partida y final de la interpretación

#### A. Principios generales del derecho

El artículo 14 de la Constitución de Querétaro señala en su último párrafo: "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".

Estos principios generales del derecho poseen naturaleza normativa y son axiológicos, están referidos al deber ser. Lo interesante es su carácter hermenéutico o interpretativo, aparte de la función integradora que generalmente se les reconoce, o de la directiva o limitativa que figura en algunas constituciones como derecho positivo.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 216.

#### B. Principios sustantivos o materiales del derecho del trabajo

Con independencia de los principios generales del derecho, comunes a todo el ordenamiento jurídico, y con independencia, igualmente, de las reglas técnicas sobre interpretación (analógica, extensiva, restrictiva, etc.), existen unos peculiares criterios o principios de acuerdo con los cuales las normas jurídico laborales deben ser aplicadas. Tales principios inspiran todo el ordenamiento laboral, de tal modo que su conocimiento resulta imprescindible tanto para aprehender la singularidad del derecho del trabajo como para aplicar rectamente sus normas.<sup>17</sup> Su esencia última radica en el principio de protección al trabajador; en la idea de la corrección de la desigualdad social por vía jurídica, y en concreto, de la interpretación jurídica de la normativa laboral de forma que favorezca a la parte más desprotegida socialmente: el trabajador.<sup>18</sup>

La temática de los principios específicos del derecho del trabajo, como ha señalado Sagardoy Bengoechea, está íntimamente ligada con la de la aplicación de la normativa laboral. De ahí la enorme trascendencia que entraña para el jurista conocer bien el juego de tales principios, pues de lo contrario se podrá conocer la norma, pero esto no tendrá apenas utilidad si no se sabe aplicar dicha norma de forma adecuada al caso concreto.<sup>19</sup>

Pasamos a enunciar algunos de los más relevantes principios materiales o sustantivos del derecho del trabajo examinando el significado de cada uno de ellos.

a) El principio pro operario. El prof. Montoya explica el contenido del principio *pro operario* del modo siguiente: "es en esencia una regla de hermenéutica jurídico-laboral, según la cual allí donde exis-

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 218.

<sup>18</sup> SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio, *Los principios de aplicación del derecho del trabajo*, Asociación de Cajas de Ahorros para Relaciones Laborales, Colección: Monografías Sociolaborales, Madrid, 2a. ed., 1991, pp. 15-16.

<sup>19</sup> SAGARDOY ilustra esta idea con un ejemplo: "Es como poseer un coche sin conocer su modo de puesta en marcha y su manera de conducir en los vericuetos del camino a recorrer". SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio, *Los principios de aplicación del derecho del trabajo*, Asociación de Cajas de Ahorros para Relaciones Laborales, Colección: Monografías Sociolaborales, Madrid, 2a. ed., 1991, p. 15.

tan varias interpretaciones posibles de un precepto de derecho del trabajo será de aplicación la interpretación que mayor beneficio reporte al trabajador".<sup>20</sup>

Por lo que al ordenamiento jurídico laboral mexicano se refiere, dicho principio encuentra consagración legal expresa en el artículo 18 de la Ley Federal de Trabajo.

b) *El principio de la norma más favorable.* Este principio significa que toda norma laboral, para prevalecer sobre otra de igual, inferior o incluso superior rango, ha de contener prescripciones más favorables que ella. La averiguación de cuál sea, entre varias normas, aquélla que merece la calificación de "más favorable" plantea varios problemas técnicos. Para ayudar al intérprete se le ofrecen tres criterios posibles de comparación: primero, la comparación global entre normas, dándose preferencia a la que resulte en conjunto más favorable; segundo, la selección de las disposiciones más favorables que contiene cada una de las normas comparadas; y tercero, la comparación parcial entre grupos homogéneos de materias de una y otras normas.<sup>21</sup>

c) *El principio de condición más beneficiosa.* Este principio hace referencia al mantenimiento de los derechos adquiridos por el trabajador, pese a la ulterior aprobación de una norma que, con carácter de generalidad, viniese a establecer condiciones menos favorables que las disfrutadas a título individual. No estamos ante un problema de comparación de normas, como ocurría respecto del principio de norma más favorable, sino ante una cuestión de comparación entre las condiciones laborales de las que el trabajador venía beneficiándose, y las que se derivarían de la aplicación de una normativa sobrevenida que no contemplara aquellos beneficios.<sup>22</sup>

d) *El principio de indisponibilidad o irrenunciabilidad de los derechos.* Tal principio supone una excepción y un límite al principio de la autonomía de la voluntad, consistente, no en prohibir al trabajador renunciar a determinados derechos que la Ley le concede, sino en declarar nulos tales actos de renuncia, por estimar materias de

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 219.

<sup>21</sup> *Ibidem*, pp. 220-221.

<sup>22</sup> *Ibidem*, pp. 223-224.

orden público los beneficios y garantías que con carácter de mínimos la Ley otorga a los trabajadores.<sup>23</sup>

Se encuentra reconocido en nuestra Carta Máxima, en los artículos 5o.<sup>24</sup> y 123, A).<sup>25</sup> Y se repite en la Ley Federal del Trabajo, en su artículo 5o., apartado XIII.

e) *El principio de norma mínima o de normativa de mínimos.* Este principio puede entenderse, como explica el enunciado, en una doble acepción.

En primer término, según lo expresa Alonso Olea, "cada norma laboral opera, según su rango formal, como condicionante mínimo del contenido de las que le siguen en rango, eso es, al estatuir cada norma sobre las condiciones de trabajo debe tener en cuenta que las establecidas en las de rango superior son inderogables en perjuicio del trabajador".<sup>26</sup> Ello quiere decir que el legislador mexicano habrá de respetar los derechos y libertades que al trabajador les reconoció nuestro constituyente de 1917; y que, por su parte, el Poder Ejecutivo deberá respetar los contenidos constitucionales y legales, que le vinculan a la hora de dictar sus reglamentos.

Y la segunda acepción radica en que es muy frecuente en la norma laboral la fijación de mínimos o de suelos de derecho necesario que han de respetarse y, si acaso, mejorarse por la contratación laboral.<sup>27</sup>

Tales son, entre otros ejemplos que podrían aducirse, la previsión de una jornada máxima de trabajo (artículo 123, A, I, II y III; B, I,

<sup>23</sup> SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio, *Los principios de aplicación del derecho del trabajo*, Asociación de Cajas de Ahorros para Relaciones Laborales, Colección: Monografías Sociolaborales, Madrid, 2a. ed., 1991, p. 26.

<sup>24</sup> "El contrato de trabajo sólo obligará a prestar el servicio convenido por el tiempo que fije la ley, sin poder exceder de un año en perjuicio del trabajador, y no podrá extenderse, en ningún caso, a la renuncia, pérdida o menoscabo de cualquiera de los derechos políticos o civiles".

<sup>25</sup> "XXVII. Serán condiciones nulas y no obligarán a los contrayentes, aunque se expresen en el contrato: (...) g) Las que constituyan renuncia hecha por el obrero de las indemnizaciones a que tenga derecho por accidente de trabajo y enfermedades profesionales, perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contrato o por despedirse de la obra. h) Todas las demás estipulaciones que impliquen renuncia de algún derecho consagrado a favor del obrero en las leyes de protección y auxilio a los trabajadores".

<sup>26</sup> SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio, *Los principios de aplicación del derecho del trabajo*, Asociación de Cajas de Ahorros para Relaciones Laborales, Madrid, 2a. ed., 1991, p. 38.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 39.

Constitución de 1917); el derecho a descanso mínimo semanal (artículo 123, A, IV; B, II, Constitución de 1917); el salario mínimo (artículo 123, A, VI; B, IV, Constitución de 1917) o las bases mínimas de la seguridad social (artículo 123, B, XI, Constitución de 1917).

f) *El principio de no discriminación.* En la Constitución de México de 1917 se señala el principio de igualdad ante la ley del hombre y la mujer, lo que conlleva la prohibición de discriminación por razón de sexo (artículo 4o.). Asimismo, se dispone el disfrute por los extranjeros de los derechos reconocidos a los ciudadanos mexicanos en el Capítulo del Título I de la Constitución (artículo 33); lo que implica, a nuestro entender, la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad en el disfrute de los derechos constitucionales.

Este principio de igualdad y la proscripción consiguiente de discriminación se encuentran expresamente reconocidos en el ámbito laboral. Buena muestra de ello, en la propia ley constitucional, es el artículo 123, A), en su apartado VII, donde se reconoce el principio de "a igual trabajo, igual salario", prohibiéndose explícitamente toda discriminación en esta materia por razones de edad o de sexo. Y también la Ley Federal del Trabajo ha venido a reconocer este principio en estos términos: "No podrán establecerse distinciones entre los trabajadores por motivo de raza, sexo, edad, credo religioso, doctrina política o condición social" (artículo 3, 2).<sup>28</sup>

g) *El principio de justicia social.* La justicia está en la base de todo el ordenamiento jurídico, por lo que es un principio general del derecho, aplicable a todas sus ramas (civil, penal, etcétera). Ahora bien, cuando hablamos de *justicia social* estamos refiriéndonos a una clase determinada, específica, de justicia, queriendo diferenciarla claramente del género de justicia. Nació como idea de aplicar la justicia a los problemas de trabajo con sentido de protección al

<sup>28</sup> Apréciase el ámbito normativo más extenso que posee esta disposición en relación a la contenida en el artículo 123, A), VII de la Constitución. Pues mientras la norma contenida en este precepto constitucional se refiere solamente al salario cobrado por trabajo prestado, la disposición legal transcrita puede entenderse referida a toda condición laboral; asimismo, mientras ésta recoge un abanico más amplio de causas de discriminación que quedan proscritas, el artículo constitucional en examen únicamente se refiere a las circunstancias de sexo y nacionalidad como posibles motivos de discriminación que quedan proscritos.

trabajador.<sup>29</sup> Y a México tocó el honor de promulgar la primera Constitución (la actualmente vigente, aprobada en 1917) en que se hallan reconocidos los derechos sociales.

Nuestra Ley Federal del Trabajo ha reconocido este principio en su segundo artículo, cuando dispone: "Las normas de trabajo tienden a conseguir el equilibrio y la justicia social en las relaciones entre trabajadores y patrones".

h) *Otros principios de derecho del trabajo.* Son considerados también principios del derecho del trabajo: el objetivo de la consecución del pleno empleo; el de desarrollo social y económico;<sup>30</sup> el principio de solidaridad social, nacional e internacional;<sup>31</sup> y el principio general de protección estatal al trabajo, con independencia de la acción de la sociedad y de la situación del mercado.<sup>32</sup>

### C. Principios procesales del derecho del trabajo

El fundamento del derecho procesal del trabajo en México lo hallamos preferentemente en las fracciones XX, XXI y XXII del apartado A del artículo 123 de la norma constitucional. Veamos los principios procesales que se desprenden de aquí.

a) *El principio de Jurisdicción Especial.* La Constitución mexicana crea expresamente la Jurisdicción Especial del Trabajo y la separa de las demás jurisdicciones especiales, como la civil, la penal, la administrativa o la constitucional.

<sup>29</sup> SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio, *Los principios de aplicación del derecho del trabajo*, Asociación de Cajas de Ahorros para Relaciones Laborales, Colección: Monografías Sociolaborales, Madrid, 2a. ed., 1991, pp. 66-67.

<sup>30</sup> Que encuentra plasmación en el artículo 25 de nuestra Constitución, que comienza estipulando: "Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral, que fortalezca la soberanía de la nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución".

<sup>31</sup> El artículo 3o. de nuestra Constitución menciona este principio a propósito de la educación, cuando dice: "La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia".

<sup>32</sup> SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio, *Los principios de aplicación del derecho del trabajo*, Asociación de Cajas de Ahorros para Relaciones Laborales, Madrid, 2a. ed., 1991, pp. 68-69.

b) *El principio de Jurisdicción Especial Constitucional.* A diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en materia civil o penal, en las que el legislador ordinario, federal o local, estructura el órgano y su procedimiento, en materia de trabajo la propia Constitución expresamente señala su materia y campo de acción, no dejando al legislador secundario su institución.

c) *El principio de Jurisdicción Especial que expresa la soberanía del Estado.* Es de mayor jerarquía que otras jurisdicciones, por lo que puede excluir mecanismos de defensa como la excepción por materia, o de injurisdicción, para que sea la misma jurisdicción laboral la que resuelva si corresponde a jurisdicción distinta.

d) *El principio de la universalidad de los conflictos.* Las Juntas de Conciliación y Arbitraje pueden conocer de toda clase de conflictos o divergencias.

e) *El principio de Única Instancia.* El texto constitucional no permite más que una instancia. Pueden o no utilizarse, sucesivamente, los métodos de la conciliación o del arbitraje. Sólo hay una autoridad y dos métodos.

f) *El principio de la Unidad de la Instancia.* No hay división o subdivisión posible de la instancia por el ejercicio único de la jurisdicción.

g) *El principio de la Conciliación Constitucional Pública.* La Conciliación es una función atribuida a la Junta de Conciliación y Arbitraje y no al Ejecutivo.

h) *El principio de la Delegación Constitucional al Congreso de la Unión para establecer el Sistema de Conciliación.* Otra vez se trata de una cuestión no conferida al Ejecutivo, sino al Congreso de la Unión.

i) *El principio del Arbitraje Constitucional Público.* Es atribución de la Junta de Conciliación y Arbitraje.

j) *El principio de la Delegación Constitucional al Congreso de la Unión para establecer el sistema de arbitraje.* Teniendo en cuenta la clasificación internacional del arbitraje, en convencional por un lado, y reglamentado por el Estado, por otro, y éste subclasificado a su vez en voluntario y obligatorio, la legislación mexicana ha permitido los tres sistemas, según la clase de conflicto de que se trate.

k) *El principio de publicidad de los juicios.* Se trata de una consecuencia de lo anterior. Pero no hay norma que prohíba la regulación excepcional de audiencias privadas.

l) *El principio de concurrencia de los magistrados en la decisión.* Partiendo de considerar que las fases de un proceso son la denuncia, la instrucción, el pronunciamiento y la ejecución, la Constitución exige la concurrencia de los magistrados en el pronunciamiento (discusión y formalización del laudo), pero no en la fase de instrucción ni en la de ejecución.

m) *El principio de igualdad de los magistrados.* Formalmente este principio se cumple, pero ensombrece su plenitud el hecho de que los representantes del trabajo y del capital se encuentren muy por debajo del nivel de emolumentos del representante del gobierno, y no están reconocidos plenamente como servidores del Estado.

n) *El principio de Delegación Constitucional al Congreso de la Unión para establecer el procedimiento de huelga,* para calificarle, pero no para decir el fondo, salvo cuando el factor trabajo se somete al arbitraje.

o) *El principio de tripartismo, el principio de responsabilidad proveniente del conflicto,* etcétera. Al respecto, hemos de tener presente lo establecido por la Ley Federal del trabajo en sus artículos 685 al 688 acerca de los principios procesales que son consecuencia de las normas constitucionales o adaptación técnica de aquellos: principios de publicidad, gratuidad, inmediatez, predominancia oral, economía, concentración, celeridad, sencillez, instancia de parte y puntos petitorios y de incompletitud y subsanamiento.

#### IV. CONCLUSIONES

Los principales resultados a que nos ha conducido esta investigación son:

Primero. Es imprescindible interpretar para crear y aplicar el derecho.

Segundo. Hay normas jurídicas incompletas, que complementan, delimitan, especifican, restringen, excluyen, envían y reenvían a otras normas, para dar el cuadro completo de existencia y operación del derecho. En todo caso, toda norma jurídica precisa de una labor de interpretación por el aplicador del derecho, alejada de la fácil subsunción del caso concreto en el supuesto normativo previsto por la norma.

Tercero. Al afrontar una interpretación, ésta se encuentra inmersa en el orden jurídico general y por ello en los principios generales del

derecho, que pueden ser especiales para un sector y, en el caso de la interpretación jurídica laboral, también en los principios sustanciales y procesales del derecho del trabajo, desprendidos de la Constitución y de la Ley, que dan sustento, valoración y estructura a la normatividad laboral.

Cuarto. De los métodos explorados, se desprende claramente otro sentido o el de que el intérprete no es un libre absoluto, sino que debe orientar jurídicamente su juicio, de que debe contar con lineamientos metódicos y objetivos de interpretación, que funden la pretensión de la rectitud y de la justicia de su juicio.

Quinto. Para ello ha de encontrar el fin, el sentido normativo de la ley acudiendo a una constelación de razonamientos: establecer cierta significación literal, por la expresión del lenguaje usual y del jurídico; establecer las conexiones de sentido del complejo normativo del que forma parte; dar alcance a las normas incompletas que lo configuran, el interés protegible, los elementos de la intención histórica objetiva de la norma y el postulado objetivo que pretende realizar con sus fines y sus valores; que haya un respeto a los principios, a la jerarquía y complementariedad de las normas en el ordenamiento jurídico.

Sexto. El derecho del trabajo presenta unas peculiaridades que lo diferencian del resto de las ramas del derecho. Tales rasgos peculiares se explican por su génesis histórica, naturaleza, objeto y finalidades que le son propias.

Séptimo. Los rasgos distintivos que presenta el derecho del trabajo explican que en el proceso de interpretación y aplicación de la norma laboral, a los métodos hermenéuticos genéricamente aplicables a todas las ramas del derecho (gramatical, sistemático, histórico, teleológico, sociológico, psicológico, analógico, etc.), se sumen otra serie de principios, sustantivos y procesales, explícitamente configurados por el sistema jurídico para dotar de contenido y significación la norma laboral.

Octavo. La correlación de métodos, de orientaciones y de modos de interpretar, deben esclarecer los intereses en juego, de ponderar los bienes jurídicamente protegidos, de atender la naturaleza de la cosa, que es, finalmente, el logos de lo razonable.

## ¿EXISTE UN SOLO OMBUDSMAN NACIONAL?

Rafael ESTRADA MICHEL

El presente opúsculo, más allá del aparentemente sensacionalista título que lleva, podría perfectamente titularse: *¿Mutó el artículo 97 constitucional?* si estuviésemos dispuestos a trascender la tiranía metódica a que nos ha conducido el voluntarismo de Estado imperante en la letra y en la mentalidad *legal* que nos incuba. Una disposición trascendente que requiere, ante todo, reconocer los vasos que comunican al derecho expresado en leyes (incluso constitucionales) con las fértiles márgenes de la ciencia política, la historia jurídica, la sociología, la filosofía y aun el mero sentido común, y que no es otra que la disposición de que hacía gala Georg Jellinek cuando, tras pronunciar su célebre conferencia ante la Academia Jurídica de Viena en marzo de 1906, se quejaba de sus compatriotas, los constitucionalistas alemanes, afirmando que “en la actualidad ningún gran pueblo culto muestra tan escaso interés sobre las cuestiones políticas como el nuestro”.<sup>1</sup>

Y es que la teoría de la mutación constitucional trae aparejado el cuestionamiento de un dogma tan sagrado para el formalismo jerarquizante de las fuentes jurídicas como es el que sostiene que la obra del Poder Constituyente —a un tiempo Moisés devalante de la

<sup>1</sup> JELLINEK, Georg, *Reforma y mutación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 3. Más adelante (p. 41) nuestro autor afirma: “una ciencia política en cuanto doctrina de los poderes creadores del derecho existe junto, y por encima, del legislador, y es un medio indispensable para la comprensión de los problemas constitucionales... A menudo se advierte cómo el profesor de Derecho constitucional que no puede o no quiere explicar el Estado, deja la política a juicio del poder soberano”.

Ley y *Tetragrámaton* incuestionable—<sup>2</sup> puede ser modificada por la obra de un poder distinto a sí mismo (esto es, no Constituyente y en ocasiones ni siquiera constitucional), como son las meras prácticas, las revoluciones, la necesidad de Estado y el inexorable paso del tiempo. Se trata de reconocer que la historia, esa losa inhumana que sin embargo de serlo se permite abarcar todo lo humano, pesa y determina. Que cuenta, en suma.<sup>3</sup>

¿Qué pueden tener que ver estas consideraciones, propias de elucubraciones de gabinete, con la cuestión anunciada en el título y que sin más debería llevarnos al cuestionamiento en torno a si contamos en México con más de un defensor de los derechos fundamentales? Vayamos por partes: recientemente se ha producido una ola de opinión que, sustentada en el segundo párrafo del artículo 97 constitucional, busca que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se interese en averiguar un importante número de violaciones a los derechos que nuestra ley fundamental llama “garantías individuales”. Así ha ocurrido, con éxito, en el caso del gobernador de Puebla—involucrado en una polifacética causa que incluye desde protección a probables pederastas hasta violaciones a las libertades de trabajo y expresión, pasando por intervenciones telefónicas y apre-

<sup>2</sup> El profesor VAN CAENEGEM ha apuntado que, para algunos, ciertos textos jurídicos (entre los que menciona a la Constitución estadounidense de 1787) poseen la categoría de “libros sagrados”, constituyéndose en los equivalentes legales del Corán o la Biblia. VAN CAENEGEM, Raoul C., *I sistema giuridici europei*, Il Mulino, Bologna, 2003, pp. 65-74.

<sup>3</sup> Sobre las difíciles relaciones que existen entre Historia y Constitución (o mejor, entre historia y poder constituyente), se han pronunciado perspicazmente ZAGREBELSKY, Gustavo, *Historia y constitución*, Mínima Trotta, Madrid, 2005, y CARBONELL, Miguel, CRUZ BARNEY, Óscar y PÉREZ PORTILLA, Karla, en el prólogo a su compilación *Constituciones históricas de México*, Porrúa, UNAM, México, 2004. Aquél, el profesor italiano, ha sabido ver que para los revolucionarios de todas las épocas, “lo esencial de la obra constituyente era la sustracción de las relaciones sociales y políticas a las mutables relaciones determinadas por factores históricos espontáneos de transformación. La aspiración a fijar la materia constitucional, para impedir su sumisión a la obra corrosiva del tiempo, era la idea de todos... Siendo así, la historia constitucional está condenada. O porque se pretende incluso eliminar el cambio, o bien porque todo cambio es cambio de la voluntad constituyente”. ZAGREBELSKY, *Historia...*, pp. 33, 34 y 37. Me he referido al espinoso tema de la fijación jurídica en ESTRADA MICHEL, Rafael, “Constitución y Código. Acercamiento a una relación ambivalente”, en ADAME GODDARD, Jorge (coord.), *Derecho civil y romano, culturas y sistemas jurídicos comparados*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2006, pp. 619-632.

hensiones ilegales— y así parecen pretender algunas organizaciones—entre ellas la empresa Altos Hornos de México— que ocurra en el caso de las violaciones presuntamente cometidas por los gobiernos federal y michoacano en el caso del desalojo de la siderúrgica de Sicartsa en el puerto de Lázaro Cárdenas. No faltarán, a buen seguro, voces que clamen porque la Corte “atraiga” la cuestión de las flagrantes violaciones que una sociedad no siempre bien informada atestiguó en San Salvador Atenco, Estado de México, con ocasión del desalojo de los individuos que poseyeron, durante un par de días, el monopolio en el ejercicio de la violencia en el municipio de Texcoco.

El problema es que ésta que algunos llaman equivocadamente “facultad de atracción” no es propiamente tal. Se trata de una función de *ombudsmanía*, esto es, de vigilancia y recomendación en materia de derechos humanos. En efecto, el artículo 97 constitucional, en su segundo párrafo, establece: “la Suprema Corte de Justicia de la Nación podrá nombrar alguno o algunos de sus miembros o algún juez de distrito o magistrado de circuito, o designar uno o varios comisionados especiales, cuando así lo juzgue conveniente o lo pidiere el Ejecutivo Federal o alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión, o el gobernador de algún estado, *únicamente* para que *averigüe* algún hecho o hechos que constituyan una grave violación de alguna garantía individual...” (las cursivas me pertenecen).

El precepto cuenta con raigambre queretana: ha llegado hasta nosotros desde 1917 pasando por el difícil trance del siglo del exacerbado presidencialismo priista, y ha sobrevivido a varias reformas, incluyendo a la que suprimió, en el mismo párrafo, la facultad de la Suprema Corte para nombrar magistrados de circuito y jueces de distrito supernumerarios “que auxilien las labores de los tribunales o juzgados donde hubiere recargo de negocios, a fin de obtener que la administración de justicia sea pronta y expedita”<sup>4</sup> y la que separó a la facultad de *ombudsmanía* de la de averiguar “la violación del voto público o algún otro delito castigado por la ley federal”<sup>5</sup> que hoy en día puede practicar el más alto tribunal federal “sólo en los casos en que a su juicio pudiera ponerse en duda la legalidad de todo el proce-

<sup>4</sup> Cfr. CARBONELL et al. (comps.), *Constituciones históricas...*, pp. 532-533.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 533.

so de elección de alguno de los Poderes de la Unión” para el efecto de hacer llegar los resultados de la investigación “oportunamente a los órganos competentes”. Una *ombudsmania* electoral, pues, sobre la cual en alguna otra ocasión (más propicia y menos ríspida que la actual, marcada por sospechas y triunfalismos equivocados) podríamos preguntarnos también si ha operado o no la mutación constitucional.

Como ya se habrá adivinado, el propósito de estas líneas es inquirir si es que la Constitución de la República ha *mutado* en lo que a la facultad contenida en el segundo párrafo del artículo 97 se refiere. La *mutación constitucional*, noción fértil en significantes y significados donde los haya, es una de las grandes desconocidas del constitucionalismo mexicano. Como ya hemos sugerido, el miedo a enfrentar el hecho de que en ocasiones la realidad —cambiante, compleja y variopinta— supera con creces la letra del texto fundamental ha provocado que, por ejemplo, subsistan quienes aplican (o exigen aplicar) el artículo 33 constitucional en materia de expulsión sumarísima de extranjeros: un precepto a todas luces incompatible con el régimen democrático al que ha tenido acceso la República.

Debemos a Jellinek la sistematización —cuando no la elaboración— de la teoría de la mutación constitucional. La frase del iuspublicista alemán: “las constituciones rígidas... no pueden evitar la formación de nuevos *principios* jurídicos constitucionales de carácter material”<sup>6</sup> ha permitido razonar a varias generaciones de constitucionalistas que la relación entre hecho y derecho es mucho más profunda que lo que pretende hacernos creer el inflexible esquema del “Poder Constituyente” y su aparentemente exclusiva facultad de reformar la Constitución. Así, para E. W. Böckenforde, “la vinculación del derecho a datos prejurídicos, el problema del *missing link* entre normatividad y facticidad, se da en el caso de la Constitución de forma ineludible. Tiene en ella, y justamente en ella, su posición sistemática”.<sup>7</sup> Lleva razón: de la solución que demos a la cuestión en materia constitucional depende en buena medida la congruencia del sistema normativo considerado en su integridad, así como la supera-

ción del estricto dualismo neokantiano que postula una estéril separación entre el reino del *ser* y el del *deber ser*.<sup>8</sup>

Para Jellinek, las disposiciones constitucionales pueden transformarse sin que exista una expresa declaración en un sentido tal por parte de quien posea el Poder Constituyente. Los preceptos *mutan* bien en razón de la práctica (parlamentaria, administrativa o jurisdiccional), bien en virtud del reconocimiento de la *necesidad política*, o bien porque así lo determinen la costumbre constitucional (las *conventions* inglesas no son mal ejemplo) o el mero desuso.<sup>9</sup> Así, mientras la reforma constitucional se produce merced a acciones voluntarias e intencionadas (se trata de lo que los clásicos llamarían un *acto jurídico*), la mutación de la Constitución “deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente” gracias a “hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o conciencia, de tal mutación”.<sup>10</sup> Las consecuencias jurídicas se producen independientemente de la voluntad de los sujetos agentes: tal es, puntualmente, la definición tradicional del “hecho jurídico”.

Y aquí entramos a terrenos agrestes pues, contra todos los postulados del kelsenianismo constitucional, la teoría de la mutación trae aparejado el reconocimiento de que existen hechos (u omisiones) que provocan el surgimiento de algo que llamamos “derecho”, y un “derecho” no de cualquier calado: se trata de hechos que afectan al derecho normativizado en la más alta de sus jerarquías, la que importa a la norma fundamental. El reconocimiento del que hablamos puede reencender los ánimos de una añeja discusión a mi entender superada (me estoy refiriendo a la ya multiseccular disputa entre el formalismo positivista y las variopintas tendencias que han sido denominadas *iusnaturalistas*) y significarse como vía de retorno a la no menos añeja discusión en torno a los conceptos de Constitución “formal” y “material”, pero no puede caber duda a estas alturas del desarrollo del Estado constitucional y democrático de derecho de que no es necesario incurrir en falacia naturalista para aceptar que la norma fundamental de todo ordenamiento debe mantener en todo tiem-

<sup>6</sup> JELLINEK, Georg, *Teoría general del Estado*, Oxford University Press, México, 1999, p. 322.

<sup>7</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, 2000, pp. 160-161.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 182.

<sup>9</sup> OROZCO HENRÍQUEZ, José de Jesús, *Derecho constitucional consuetudinario*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1993, pp. 73, 104.

<sup>10</sup> JELLINEK, *Reforma y mutación...*, p. 7.

po una estrecha relación con la realidad política del país al que estructura si es que pretende continuar siendo no sólo fundamental, sino aun mera norma. Ahora bien, es importante puntualizar que la noción de mutación constitucional que aquí habrá de analizarse no incluye a cualquier forma de relación entre la realidad formal de la norma constitucional y la realidad material del país al que pretende constituir, sino que, como ha pretendido Böckenförde en su admirable esfuerzo de sistematización publicado en castellano con el nombre de "Notas sobre el concepto de 'cambio constitucional'", hablaremos "de cambio constitucional cuando se modifica el *contenido* de las normas constitucionales sin que se produzca una transformación del texto constitucional. Cambio constitucional significa entonces una reforma 'tácita' de la Constitución que se produce de forma paralela o en lugar de la reforma de la Constitución que está regulada formalmente en la Carta Magna y se encuentra vinculada a un procedimiento y a mayorías específicas: se produce en tal caso una reforma de la Constitución jurídica que afecta a su contenido normativo material, sin que se produzca una reforma formal".<sup>11</sup>

Interesa ahora referirnos a las formas que pudo haber revestido la supuesta mutación a la Constitución de Querétaro que pretendemos analizar. Es importante precisar que no estamos afirmando que una reforma constitucional posterior (concretamente las reformas del 28 de enero de 1992 y del 13 de septiembre de 1999 al artículo 102 de la Constitución) haya privado de efectos al segundo párrafo del artículo 97 en virtud de que regula la misma materia (la relativa a las averiguaciones y recomendaciones en tratándose de violaciones a los derechos fundamentales) confiriendo atribuciones a un órgano público que no es la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Afirmar

<sup>11</sup> BÖCKENFÖRDE, *Estudios...*, pp. 182-183. Las cursivas son mías. Otros conceptos de cambio o mutación constitucional, que no tienen que ver con un estudio dogmático-normativo propiamente dicho, se refieren a las transformaciones en "la situación constitucional en la que se encuentra una comunidad política", a los cambios en "la realidad ... que resulta de la aplicación o la realización de la correspondiente norma constitucional", y a las modificaciones "del significado de una norma constitucional" llevadas a cabo frecuentemente a través de la interpretación constitucional, situación que al profesor de la Universidad de Friburgo y antiguo magistrado del Bundesverfassungsgericht le interesa especialmente distinguir del concepto propio normativo de "cambio constitucional" al que nos hemos referido.

que cuando se trata de normas de jerarquía fundamental opera el principio de que la ley posterior deroga a la anterior resulta cuando menos discutible (la doctrina de la interpretación constitucional dista de ser pacífica al respecto). No: nos estamos moviendo en tierras propias de la *mutación* (y, por ende, de los hechos o de las omisiones) y no estamos sugiriendo que el órgano revisor de la Constitución haya pretendido en momento alguno privar de facultades en esta materia a la cabeza del Poder Judicial de la Federación. El artículo 102 constitucional, en su apartado B, dispone actualmente lo siguiente:

El Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano, los que *conocerán de quejas* en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos.

Los organismos a que se refiere el párrafo anterior formularán *recomendaciones públicas no vinculatorias* y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas.

Estos organismos no serán competentes tratándose de asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales.

El organismo que establezca el Congreso de la Unión se denominará Comisión Nacional de los Derechos Humanos; contará con autonomía de gestión y presupuestaria, personalidad jurídica y patrimonio propios...<sup>12</sup>

Si contrastamos las referencias al conocimiento de "quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público" y a la formulación de "recomendaciones públicas no vinculatorias" (artículo 102 B) con la averiguación de "algún hecho o hechos que constituyan una grave violación de alguna garantía individual" (artículo 97, segundo párrafo) podría parecer que la Constitución está duplicando inútilmente funciones y violentando el principio de que "las competencias de los órganos supremos del Estado se regulan siempre en forma de poderes exclusivos".<sup>13</sup> Una impresión falsa puesto que, más allá de que el

<sup>12</sup> Los destacados me pertenecen.

<sup>13</sup> JELLINEK, *Reforma y mutación...*, p. 37.

artículo 102 excluye de la posibilidad de conocimiento e intervención por parte de las comisiones nacional y estatales de derechos humanos a las probables violaciones relacionadas con las materias jurisdiccionales, laborales y electorales, en las cuales la intervención del alto tribunal estaría plenamente justificada, el artículo 97 incluye la posibilidad de que ciertos órganos del Estado (el Ejecutivo de la Unión, alguna de las Cámaras del Congreso o el gobernador de algún estado) soliciten que la Corte inicie averiguaciones, legitimación que a los ciudadanos comunes les está vedada, a diferencia de lo que ocurre con las comisiones ante las que cualquier persona puede presentar quejas y denuncias en las que, inclusive, prima en toda su amplitud el principio de suplencia de la queja deficiente.<sup>14</sup> Debe tomarse en cuenta, además, que la Suprema Corte puede actuar de oficio en las averiguaciones de violaciones graves a las garantías individuales, mientras que las comisiones de derechos humanos han de aguardar, para intervenir, a que se presente el impulso ciudadano expresado en *quejas*.

Así las cosas, los ámbitos de intervención en la materia parecen correctamente deslindados entre la Suprema Corte de Justicia y las comisiones de los derechos humanos, en particular, en el ámbito federal, la Comisión Nacional. Si, pero posición semejante parece olvidar que el *Ombudsman* nacional podría perfectamente encargarse de la averiguación de hechos que constituyan violaciones graves a los derechos fundamentales sin que para ello tuviera que perturbarse la labor jurisdiccional de la Corte, por lo menos tratándose de hechos que no tengan que ver con lo laboral, lo electoral o lo judicial. Si esto es así, ¿por qué se insiste en solicitar una y otra vez la intervención de la cabeza del Poder Judicial en averiguaciones que se refieren a hechos como los que hemos señalado al principio de este trabajo?

La respuesta tiene que ver, por fin, con el terreno de los hechos (y el reconocimiento social no es, en forma alguna, el de menor significación entre ellos). La confianza en las comisiones de derechos humanos descansa en la *auctoritas* que revisten sus intervenciones (por

<sup>14</sup> "Los *ombudsmen* pueden 'saltar' por encima de faltas de forma o comenzar una investigación si hay 'verdaderas razones' para ello". FAIREN GUILLÉN, Víctor, *El defensor del pueblo —Ombudsman—*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982, p. 395.

*auctoritas* entendemos, con D'Ors, el saber socialmente reconocido).<sup>15</sup> Una confianza consolidada podría motivar, en mi opinión, una mutación constitucional que al día de hoy (y a juzgar por la gran cantidad de voces que exigen una y otra vez que la Suprema Corte participe en todo lo que bajo el sol del país ocurre) no se ha presentado. En el enturbiado ambiente nacional prevalece, bien que dañada, la idea de que los ministros de la Corte poseen una autoridad suficiente para resolver los más variopintos problemas de la nación. Y no parece existir mayor conciencia en torno a la *auctoritas* que deberían gozar las recomendaciones de las comisiones de derechos humanos en materias que vayan más allá de las actuaciones de los agentes del Ministerio Público o de las policías investigadoras.

Vayamos por partes y cuestionemos mi aseveración en el sentido de que el precepto constitucional no ha mutado aún. Podríamos preguntarnos, por ejemplo, si ha operado la mutación en razón de la práctica judicial. La respuesta es no. La Suprema Corte de Justicia, único órgano que puede interpretar con fuerza vinculante el sentido que debe dársele a una atribución a ella concedida, no ha expresado que los asuntos atinentes a derechos humanos que se hagan de su conocimiento en términos del artículo 97, segundo párrafo deban ser turnados *ipso facto* al *Ombudsman* para que sea éste quien se encargue de las averiguaciones y recomendaciones que sean del caso. Por el contrario, ha aceptado recientemente hacerse cargo de alguna averiguación relacionada con la materia. También lo hizo con motivo del célebre caso *Aguasblancas*, desarrollado cuando ya existían y funcionaban tanto la Comisión Nacional de los Derechos Humanos como la Comisión correspondiente del estado de Guerrero. Para el más alto tribunal del país su facultad de *ombudsmania* continúa intacta. Por lo demás, ya hemos dicho que la interpretación jurisdiccional no debe confundirse con el cambio constitucional propiamente dicho.<sup>16</sup> Böckenförde ha denunciado, con razón, que frecuentemente

<sup>15</sup> D'ORS, Álvaro, "Derecho y ley en la experiencia europea desde una perspectiva romana", *Parerga histórica*, Eunsa, Pamplona, 1997, pp. 122-123.

<sup>16</sup> En contra, entre otros, GRIMM, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2006, pp. 37 y 38. Mueve a la reflexión genérica en torno a la transición mexicana la siguiente afirmación: "mientras que las constituciones simbólicas o carentes de eficacia son relativamente insensibles al cambio social, dado que éste no frustra

se olvida que las observaciones de Rudolph Smend<sup>17</sup> y Hsü Dau-Lin,<sup>18</sup> tan importantes para la configuración de la moderna teoría de la mutación constitucional, se realizaron en un entorno que, como el weimariano, carecía de un mecanismo de jurisdicción constitucional en sentido estricto.<sup>19</sup> Hoy que la Corte mexicana posee facultades de control jurisdiccional de la constitucionalidad (me refiero ante todo a sus atribuciones en materia de acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales, y sólo en menor medida al tan careado cuanto castrado juicio de amparo) su labor interpretativa podría variar el *sentido* del artículo 97 sin que tal transformación implicase forzosamente una mutación constitucional. En todo caso, la elucubración pierde razón de ser si se considera que el alto tribunal no sólo no se ha pronunciado al respecto, sino que ha reivindicado su facultad de actuar en tanto se trate de averiguaciones sobre violaciones graves a los derechos fundamentales.

Por lo que hace a la práctica legislativa, tampoco puede decirse que el hipotético cambio constitucional haya operado en razón de la actividad desarrollada por el Congreso de la Unión. En primer lugar, porque las reformas al artículo 102 no fueron tarea del órgano parlamentario en funciones de poder constituido, sino del poder revisor de la Constitución, órgano que no agota sus atribuciones en el juego bicamaral de la Unión (artículos 71, 72 y 135 constitucionales). Pero, además, el Congreso mexicano no sólo no ha limitado la facultad investigadora de la Corte, sino que ha solicitado recientemente la intervención del alto tribunal en las averiguaciones relacionadas con

expectativa normativa alguna, el cambio social expone a las constituciones efectivas y normativas a fuertes tensiones”.

<sup>17</sup> Cfr. por todos, en castellano, SMEND, Rudolf, *Constitución y derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985. Interesa a nuestros efectos, sobre todo, la feroz crítica del formalismo kelseniano a partir de la noción de “integración”.

<sup>18</sup> HSU, Dau-Lin, *Mutación de la Constitución*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1998.

<sup>19</sup> El propio JELLINEK afirmaba que, en un régimen huérfano de jurisdicción constitucional, las resoluciones legislativas interpretan la Constitución y, por lo tanto, la transforman: “si el gobierno acepta la opinión de las Cámaras, ya que en la mayoría de los Estados los jueces carecen del derecho a examinar la constitucionalidad material de las leyes, entonces no hay medio alguno para proteger a la Constitución contra una mutación ilegal debida a una interpretación ilegítima”. Pero ello, insistimos, en un medio carente de justicia constitucional. JELLINEK, *Reforma y mutación...*, p. 20. Los destacados me pertenecen.

el caso del gobernador poblano Mario Marín, del que ya hemos hablado. La práctica administrativa tampoco ha generado mutación: ni la cabeza de la administración pública federal ha cuestionado jamás la pertinencia de la intervención judicial, ni el *Ombudsman* nacional, jefe de un organismo público autónomo de carácter administrativo, ha reivindicado para sí la exclusividad en las averiguaciones concernientes a las violaciones graves de los derechos fundamentales.

Por seguir con el esquema clásico de Jellinek, tocaría preguntarse si la mutación ha operado en razón de un eventual *desuso* constitucional. Huelga decir que no ha habido tal: la facultad del segundo párrafo del artículo 97 constitucional goza de cabal salud en nuestro sistema jurídico, como prueban las continuas apelaciones que se hacen a la misma por parte tanto de órganos del Estado legitimados para ello (los legisladores) como de entidades pertenecientes a la sociedad civil (algunas corporaciones privadas, incluso de carácter empresarial). Algo ha generado, desde la reforma del año 1995, una patente *auctoritas* en torno a la figura de la Corte, que ni siquiera ciertas resoluciones cuestionables ha logrado minar. Da la impresión de que, ante el despeñadero institucional que padecemos, la sociedad se niega a dejar de creer y se aferra a un reconocimiento que, a la verdad de las cosas, no parece precario. En tal virtud, el desuso que provoque la mutación del artículo 97 no se intuye cercano, si bien es cierto que en sociedades que gozan de Estados constitucionales y democráticos jóvenes y débiles, la autoridad puede perderse en unos cuantos minutos y, con ella, la legitimidad para ejercer determinadas atribuciones conferidas por la ley fundamental.

Otro tanto puede decirse de la *práctica constitucional*, concepto virtualmente inexistente entre nosotros merced a la siempre mal entendida y peor manida noción de la “cultura de la legalidad” que parece pretender que cualquier ley, incluso la más absurda y la menos garantista, por el simple hecho de ser una manifestación formal de la voluntad regulatoria del poderoso merece un respeto y un acatamiento acrílicos. En medios reticentes al ejercicio del sentido común, resulta poco menos que imposible establecer convenciones de derecho político que, por ejemplo, se abstengan de considerar *vigente* un artículo a todas luces *inválido* como es el artículo 38-II de la Constitución mexicana, que establece la tristemente célebre suspensión de los derechos políticos para todo aquel que se vea sujeto a un

proceso del que pueda resultar una privación de la libertad corporal, subvirtiendo y aniquilando con ello la elemental garantía de la presunción de inocencia.<sup>20</sup> Si no ha mutado por una *convención* sensata un precepto inicuo como la fracción segunda del 38, mucho menos lo hará uno que, como el 97, mantiene cierta razón de ser y cierta apreciación de utilidad.

La mutación tampoco ha operado en atención a razones de necesidad pública. Muy por el contrario, se ha considerado que es necesario que la Corte continúe ejerciendo atribuciones que en un esquema normal deberían corresponder en exclusiva a órganos autorizadísimos, auténticos procuradores del pueblo, como son las comisiones *ombudsmánicas*. El cambio constitucional se producirá por razón de Estado, por necesidad política, por sentido común, una vez que las determinaciones de las comisiones de derechos humanos (y muy particularmente las de la Comisión Nacional) llenen los huecos de legitimidad, cosa que sólo podrán hacer cuando cumplan estricta y profesionalmente con su importantísima función constitucional. Si en el desahogo de las quejas presentadas por particulares los *Ombudsman* se olvidan de subterfugios legales (algunos en verdad ridículos) y se concentran en su labor de facilitadores del acceso material a la justicia en términos de igualdad, su *auctoritas* crecerá exponencialmente y el valor de sus recomendaciones terminará por ser irresistible. Algunos mecanismos de ingeniería constitucional podrían contribuir a consolidar un estado semejante de cosas. Pienso, por ejemplo, en establecer candados para las ambiciones de los comisionados, esto es, restricciones a su acceso a puestos de relevancia administrativa o jurisdiccional inmediatamente después de la conclusión de su servicio como protectores de los derechos humanos. De esta forma se permitiría que los comisionados estuviesen

<sup>20</sup> Para las nociones de "validez" y "vigencia" dentro del Estado constitucional y democrático de derecho, me remito a los trabajos del profesor Luigi FERRAJOLI, en particular a *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, varias ediciones. Varias son las críticas fundadas que ha suscitado la teoría desde su aparición (se pueden consultar en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Madrid, 2005, sin que el esquema pierda, a mi entender, ni su validez científica ni sus capacidades liberadoras.

íntegramente dedicados a su labor (una labor, repito, de radical importancia) sin tener que preocuparse por los compromisos políticos o por el futuro desarrollo de sus *cursus honorum*. Un régimen muy severo de responsabilidades políticas y administrativas que recaiga sobre todos los funcionarios de las comisiones que no desempeñen su encargo con la solvencia moral y técnica que exige la naturaleza de su mandato, contribuiría también a la multiplicación del prestigio social y, con ello, a la reivindicación de facultades que, sensatamente, tendrían que ser exclusivas del *Ombudsman*.<sup>21</sup>

Así las cosas, habría que preguntarse cuáles son las causas de la desconfianza que en torno a la actuación de las comisiones de derechos humanos subsiste. Se trata de un asunto que atañe a la historia del derecho en tanto que historia de las ideas y las representaciones colectivas. El hecho es que desde hace prácticamente tres lustros tenemos *Ombudsman* nacional. ¿Por qué su *auctoritas* no ha resultado lo suficientemente fáctica como para provocar que el artículo 97 constitucional haya mutado?

Cualquiera sabe que los cambios y las transiciones no se dan del ocaso al amanecer sin solución de continuidad. La construcción del Estado constitucional y democrático de derecho comporta, como ha sabido ver M. Núñez, la creación de un *Orden político ideal* a través de la conservación de un *Orden jurídico dado*,<sup>22</sup> esto es, la final conciliación de los principios que ordenaron lo que M. Fioravanti ha llamado la "Constitución de los antiguos" con los valores propios de la "Constitución medieval" para desembocar en una *Constitución de los modernos* que, alejada de formalismos inútiles, llegue a un estadio auténticamente garantista a través de la crítica científica, del

<sup>21</sup> No ayuda a ello el hecho de que, por su naturaleza de organismos públicos autónomos, las comisiones posean órganos internos de control independientes de las contralorías administrativas y legislativas del caso. Tampoco ayuda la reticencia, que va venciéndose poco a poco, a considerar a los comisionados como autoridades responsables para efectos del amparo.

<sup>22</sup> Michael NÚÑEZ ha postulado una singular (y, en mi concepto, muy sugerente) interpretación del magnífico trabajo de Maurizio FIORAVANTI, *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid, 2001. La postura de NÚÑEZ podrá localizarse en el libro de próxima aparición *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, ITESM, México, 2006, coordinado por Pedro TORRES ESTRADA. Utilizo la versión mecanoscrita del trabajo por gentileza de M. NÚÑEZ.

análisis realista y, sobre todo, de la prudencia, es decir, del ejercicio disciplinado del sentido común.<sup>23</sup>

El deber de imparcialidad entre las partes contendientes en un proceso obliga a todos los órganos jurisdiccionales que conocen de él, así se trate del más alto tribunal de la nación. No cabe duda de que las comisiones de derechos humanos tienen que guardar también una cierta neutralidad en el desahogo de las quejas que se formulen ante ellas, pero también parece cierto que la propia naturaleza de sus funciones las hace organismos *ad hoc* para la defensa y promoción de los derechos fundamentales que son, ante todo, reivindicaciones de la dignidad del individuo frente al ejercicio indebido del poder público: son protectoras de la ciudadanía. En lo tocante a las atribuciones de averiguación, las comisiones pueden desempeñar un papel de buena fe mucho más cercano al de las agencias del Ministerio Público que al de los jueces. Por lo demás, la participación de un órgano judicial en las averiguaciones e investigaciones lleva, tarde que temprano y aunque esté prevista en el texto constitucional, a la asunción de un sistema inquisitivo que termina por ser contrario a la garantía de los derechos fundamentales.

Comisiones que se asuman como entidades incómodas para el poder público en cualquiera de sus manifestaciones (incluyendo la sólo aparentemente privada de las corporaciones económicas)<sup>24</sup> y que renuncien a más satisfacciones que las estrictamente relacionadas con la defensa de lo que en otra ocasión he llamado la *soberanía de los derechos humanos*<sup>25</sup> provocarán, a buen seguro, una irresistible toma de conciencia tanto en los órganos públicos como en los ámbitos ciudadanos en torno a la *necesidad política* que existe de privilegiar su accionar y respetar irrestrictamente sus *recomendaciones*, pletóricas

<sup>23</sup> Sobre el concepto de *prudencia* (y acerca de su derivado, la *iuris-prudentia*) véase DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, "La tradición democrática y la dimensión sapiencial del derecho en la independencia de Aguascalientes", Poder Judicial del Estado de Aguascalientes, Aguascalientes, 2005, pp. 27-29 y, sobre todo, DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime, "Las virtudes del jurista", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 21, ELD, México, 1997, pp. 9-36.

<sup>24</sup> ESTRADA TANCK, E. Dorothy, *Régimen jurídico internacional de las empresas transnacionales en la esfera de los derechos humanos*, Porrúa, México, 2005.

<sup>25</sup> ESTRADA MICHEL, Rafael, "Derrotar al mito: la soberanía de los derechos humanos", *Juridica*, núm. 35, UIA, México, 2005, pp. 319-328.

de autoridad. Entre tanto llega ese momento —un momento de mutación, de cambio, de transformación constitucional— tendremos que esperar que la Suprema Corte siga siendo llamada a resolver todos y cada uno de los grandes problemas de la nación.

El estudio del derecho procesal constitucional comparado ha sido objeto de creciente atención en los últimos años, especialmente en el ámbito iberoamericano. Este campo de investigación busca comprender las similitudes y diferencias entre los sistemas de amparo y recursos de amparo en diferentes países, así como su evolución histórica y su papel en la protección de los derechos fundamentales.

En el presente artículo se exploran algunas de las tendencias más recientes en este campo de estudio, con especial énfasis en el desarrollo del amparo constitucional en América Latina y España. Se analiza cómo estos sistemas han evolucionado desde sus raíces históricas hasta convertirse en mecanismos modernos de protección de los derechos fundamentales.

El estudio del derecho procesal constitucional comparado ha sido objeto de creciente atención en los últimos años, especialmente en el ámbito iberoamericano. Este campo de investigación busca comprender las similitudes y diferencias entre los sistemas de amparo y recursos de amparo en diferentes países, así como su evolución histórica y su papel en la protección de los derechos fundamentales.

En el presente artículo se exploran algunas de las tendencias más recientes en este campo de estudio, con especial énfasis en el desarrollo del amparo constitucional en América Latina y España. Se analiza cómo estos sistemas han evolucionado desde sus raíces históricas hasta convertirse en mecanismos modernos de protección de los derechos fundamentales.

1 Si bien desde la antigüedad, en Grecia y en Roma, existieron estudios aislados comparativos, es fundamentalmente en el siglo XIX cuando inicia la preocupación por el estudio de la comparación jurídica, especialmente con la fundación en 1869 de la *Société de Legislation Comparée* en París y sus publicaciones periódicas (*Bulletin*) editadas durante dicho siglo y hasta el año de 1948.

2 Del 31 de julio al 4 de agosto. En 1924 se crea la Asociación Internacional de Derecho Comparado, que a partir de 1934 ha organizado los siguientes congresos internacionales en: La Haya (I-1934 y II-1937); Londres (III-1950); París (IV-1954); Bruselas (V-1958); Hamburgo (VI-1962); Uppsala, Suecia (VII-1966); Pescara, Italia (VIII-1970); Teherán, Irán (IX-1974); Budapest (X-1978); Caracas (XI-1982); Sydney-Melbourne,

El estudio del derecho procesal constitucional comparado ha sido objeto de creciente atención en los últimos años, especialmente en el ámbito iberoamericano. Este campo de investigación busca comprender las similitudes y diferencias entre los sistemas de amparo y recursos de amparo en diferentes países, así como su evolución histórica y su papel en la protección de los derechos fundamentales.

## BREVES NOTAS SOBRE EL AMPARO IBEROAMERICANO (DESDE EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL COMPARADO)

Eduardo FERRER MAC-GREGOR

A la memoria del doctor Cipriano Gómez Lara (1932-2005), representante del procesalismo científico iberoamericano y maestro de generaciones de abogados mexicanos

SUMARIO: I. *Derecho procesal constitucional comparado*. II. *Del habeas corpus al amparo*. III. *La expansión mundial del amparo*. IV. *Evolución del amparo iberoamericano*. V. *Tendencias contemporáneas*.

### I. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL COMPARADO

Desde el siglo XIX existía la preocupación por el estudio del derecho comparado.<sup>1</sup> Puede afirmarse que es a partir del I Congreso Internacional de Derecho Comparado, celebrado en París en 1900,<sup>2</sup> cuando se inicia de manera sistemática el estudio científico de la

1 Si bien desde la antigüedad, en Grecia y en Roma, existieron estudios aislados comparativos, es fundamentalmente en el siglo XIX cuando inicia la preocupación por el estudio de la comparación jurídica, especialmente con la fundación en 1869 de la *Société de Legislation Comparée* en París y sus publicaciones periódicas (*Bulletin*) editadas durante dicho siglo y hasta el año de 1948.

2 Del 31 de julio al 4 de agosto. En 1924 se crea la Asociación Internacional de Derecho Comparado, que a partir de 1934 ha organizado los siguientes congresos internacionales en: La Haya (I-1934 y II-1937); Londres (III-1950); París (IV-1954); Bruselas (V-1958); Hamburgo (VI-1962); Uppsala, Suecia (VII-1966); Pescara, Italia (VIII-1970); Teherán, Irán (IX-1974); Budapest (X-1978); Caracas (XI-1982); Sydney-Melbourne,

comparación jurídica. Esta tendencia que se gestó en la primera mitad del siglo XX,<sup>3</sup> se ha venido desarrollando de manera notable en la segunda mitad de dicho siglo y en los umbrales del siglo XXI, a tal grado que en la actualidad la tendencia se dirige a considerar al derecho comparado como una ciencia autónoma y no sólo como un método.<sup>4</sup>

La aplicación del método comparativo para el análisis de los fenómenos jurídicos y en particular de sus instituciones, ha cobrado relevancia desde la segunda posguerra. A partir de entonces y derivado del fortalecimiento del derecho internacional, del derecho comunitario, del derecho internacional de los derechos humanos y de la creación de tribunales internacionales y transnacionales, existe una tendencia creciente en uniformar o armonizar los sistemas jurídicos, especialmente aquellos pertenecientes a diversas familias, como el *civil law* (romano-germánico) y el *common law* (angloamericano), o

Australia (XII-1986); Montreal (XIII-1990); Atenas (XIV-1994); Bristol, Reino Unido (XV-1998); Brisbane, Australia (XVI-2002); y en este año de 2006 se realizará el XVII en los Países Bajos.

<sup>3</sup> GUTTERIDGE, H. C., *Comparative Law. An introduction to the comparative method of legal study and research*, Cambridge, University Press, 1946; BORGESS, Juan W., *Ciencia política y derecho constitucional comparado*, Madrid, La España Moderna, 1922, 2 vols.; VALLE PASCUAL, Luis del, *Derecho político (ciencia política y derecho constitucional comparado)*, 2a. ed., Zaragoza, Athenaeum, 1934; CASTÁN TOBEÑAS, José, *Reflexiones sobre el derecho comparado y el método comparativo*, Madrid, Reus, 1957; SARFATTI, Mario, *Introducción al estudio del derecho comparado*, México, Imprenta Universitaria, 1945 (la versión original del italiano es de 1933); SOLÁ CAÑIZARES, Felipe de, *Iniciación al derecho comparado*, Barcelona, Instituto de Derecho Comparado, 1954; SUJIYAMA, Naojiro, y GUTTERIDGE, H. C., y otros, *Concepto y métodos del derecho comparado*, Compañía General Editora, 1941; JUSTO, Alberto, *Perspectivas de un programa de derecho comparado*, Buenos Aires, El Ateneo, 1940.

<sup>4</sup> Existe una abundante bibliografía contemporánea sobre el derecho comparado y el método comparativo, por lo que sólo a manera de orientación véanse las importantes obras de DAVID, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos: Derecho comparado*, Madrid, Aguilar, 1973; ZWEIGERT, Honrad, y KÖTZ, Hein, *Introducción al derecho comparado*, Oxford University Press, 2002; MERRYMAN, John Henry, *The civil law tradition. An introduction of the legal systems of Western Europe and Latin America*, California, Stanford University Press, 1969; ALTAVA LAVALL, Manuel Guillermo (coord.), *Lecciones de derecho comparado*, Castelló de la Plana, Universitat Jaume I, 2003. En cuanto a las tendencias contemporáneas, véanse las importantes ponencias reunidas, en SERNA DE LA GARZA, José María (coord.), *Metodología del derecho comparado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, 2005.

bien los que aún existen del sistema socialista o de los sistemas jurídico religiosos, como el derecho musulmán.<sup>5</sup> Este fenómeno abona a la idea de generalidad y, por consiguiente, de cientificidad del saber jurídico, contra aquellas tendencias que opinan que el derecho no es ciencia.<sup>6</sup> De ahí que el derecho comparado contribuye a otorgarle al derecho el carácter universal que tiene toda ciencia,<sup>7</sup> al propiciar el entendimiento universal de las instituciones con un lenguaje jurídico internacional común.<sup>8</sup>

La investigación comparativa en las ciencias sociales, y en particular de la ciencia del derecho,<sup>9</sup> como afirman Biscaretti di Ruffia<sup>10</sup> y René David,<sup>11</sup> conduce con frecuencia a una mejor interpretación y valoración de las instituciones jurídicas de los ordenamientos nacionales, de la misma manera en que los astrónomos descubrieron las leyes de la gravitación de la tierra mediante la acuciosa observación de otros planetas. Ha de utilizarse la comparación jurídica como instrumento educativo que facilite el mejor conocimiento del derecho nacional y desarrolle el espíritu crítico del jurista.<sup>12</sup> Y precisamente esta lógica encuentra aplicación en aquellos ordenamientos e instituciones que provienen de la misma cepa genealógica y que poseen analogía sustancial de principios informadores y de estructuras cons-

<sup>5</sup> Algunos autores prefieren utilizar la connotación de "tradiciones jurídicas", que implican aspectos culturales, como MERRYMAN, John Henry, "Fines, objeto y método del derecho comparado", en *Boletín mexicano de derecho comparado*, núms. 25-26, enero-agosto de 1976, pp. 65-92.

<sup>6</sup> KIRCHMANN, Julio von, *La jurisprudencia no es una ciencia*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1951. La versión original es del año 1847.

<sup>7</sup> CONSTANTINESCO, Leontin-Jean, *Tratado de derecho comparado*, Madrid, Tecnos, 1981; DAVID, René, *Tratado de derecho civil comparado*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1953; PIZZORUSSO, Alejandro, *Curso de derecho comparado*, Barcelona Ariel, 1987.

<sup>8</sup> ASCARELLI, Tullio, "Premesse allo studio del diritto comparato", en *Studi di diritto comparato e in tema de interpretazione*, Milán, Giuffrè, 1952, pp. 5 y ss.

<sup>9</sup> LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 1994.

<sup>10</sup> BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado. Las formas del Estado y las formas de gobierno. Las constituciones modernas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 80 y ss.

<sup>11</sup> *Tratado de derecho civil comparado*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1953, *op. cit.*, pp. 93 y ss.

<sup>12</sup> CASTÁN TOBEÑAS, José, *Reflexiones sobre el derecho comparado y el método comparativo*, Madrid, Reus, 1957, p. 10.

titucionales, como es el caso del constitucionalismo iberoamericano, lo cual facilita, en no pocas ocasiones, la identificación de principios y criterios que hasta entonces habían permanecido latentes y casi ocultos a los comentaristas analíticos del derecho positivo interno.<sup>13</sup>

El derecho comparado encuentra vinculación con todas las áreas que para efecto de estudio se divide la ciencia jurídica. De esta forma pueden combinarse los métodos y técnicas propias del derecho comparado y del derecho constitucional, lo que ha propiciado la aparición del denominado derecho constitucional comparado,<sup>14</sup> considerado por algunos como una parcela de carácter enciclopédico del derecho constitucional,<sup>15</sup> y por otros, dentro del estudio del derecho público comparado.<sup>16</sup> Mediante la utilización del método comparativo se confrontan los distintos ordenamientos, así como su práctica constitucional y jurisprudencial, llegando a través de una operación lógica de contraste de similitudes y diferencias, logrando a través del examen conjunto al establecimiento de conclusiones, principios y conceptos básicos generales con características sistemáticas.

El derecho constitucional comparado ha tenido un notable desarrollo a partir de la segunda mitad del siglo pasado, siendo cada vez

<sup>13</sup> BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, op. cit., p. 80.

<sup>14</sup> BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, op. cit.; GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza, 1984; VERGOTTINNI, Giuseppe de, *Derecho constitucional comparado*, México, UNAM-Secretariado europeo per le pubblicazioni scientifiche, México, 2004; FIX-ZAMUDIO, Héctor, y CARMONA VALENCIA, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 2a. ed., México-UNAM, 2001; LÓPEZ GARRIDO, Diego, MASSO GARROTE, Marcos Francisco, y PEGORARO, Lucio (dirs.), *Nuevo derecho constitucional comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000; SÁNCHEZ AGESTA, LUIS, *Curso de derecho constitucional comparado*, 7a. ed., Madrid, Universidad de Madrid, 1980; BIDART CAMPOS, Germán, y CARNOTA, Walter F., *Derecho constitucional comparado*, Buenos Aires, Ediar, 1998; VALLE PASCUAL, Luis del, *Derecho constitucional comparado*, 3a. ed., Zaragoza, Librería General, 1944.

<sup>15</sup> En cuanto al carácter enciclopédico del derecho constitucional, en sus múltiples facetas como derecho constitucional general, comparado y particular, véase la impresionante obra de nueve tomos de LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional. Argentino y comparado*, 2a. ed., Buenos Aires, Plus Ultra, 9 ts., 1977.

<sup>16</sup> PEGORARO, Lucio, y RINELLA, Ángela, *Introducción al derecho público comparado. Metodología de investigación*, México, UNAM, 2006; LOMBARDI, Giorgio, *Introducción al derecho público comparado*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 1987.

mayor los estudios de microcomparación, es decir, la confrontación de institutos o grupos de institutos dentro de los subsistemas comparados y no de los ordenamientos conjuntos (macrocomparación) que puede llevar a resultados excesivamente generales y por consiguiente poco provechosos. La focalización comparativa ofrece la posibilidad de no sólo realizar un análisis descriptivo normativo, sino también de analizar la manera en que operan las normas constitucionales en la realidad, teniendo en cuenta factores políticos y la jurisprudencia de los tribunales, especialmente de los intérpretes finales de la Constitución.

Esta confrontación comparativa adquiere a la vez una nueva dimensión si se refieren a las garantías constitucionales, es decir, a los mecanismos preferentemente procesales que se encuentran previstos en los ordenamientos supremos para su tutela, debido a que el método comparativo tiene que realizarse teniendo en cuenta los aportes de dos ramas autónomas, como son el derecho constitucional y el derecho procesal, ambas pertenecientes a la categoría genérica del derecho público y que adquirieron autonomía científica a partir de la segunda mitad del siglo XIX.

En las últimas décadas existe la tendencia en Latinoamérica en el desarrollo de una nueva disciplina jurídica denominada derecho procesal constitucional<sup>17</sup> (con autonomía científica del derecho constitucional, aunque con vasos comunicantes importantes), que es reconocida y aceptada con mayor fuerza entre constitucionalistas y procesalistas contemporáneos; entendiéndose a esta materia como la rama del derecho que estudia de manera sistemática las garantías, la jurisdicción y la magistratura constitucionales. Si bien en Europa se ha venido estudiando la justicia constitucional con enfoque comparativo,<sup>18</sup> la aceptación de esta nueva disciplina conduciría a la configuración también de un derecho procesal constitucional comparado.

<sup>17</sup> Desde la década de los ochenta aparecen en Iberoamérica obras con la denominación precisa de "derecho procesal constitucional". FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., IV tomos, México, Porrúa, 2003; *Ensayos sobre derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2004.

<sup>18</sup> Entre los múltiples estudios de Mauro CAPPELLETTI, véanse *La giurisdizione costituzionale della libertà (con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco)*, Milán, Giuffrè, 1974; *La justicia constitucional (Estudios de derecho compa-*

Bajo este enfoque y derivado del impresionante desarrollo que en la hora presente está teniendo el derecho procesal constitucional, se contribuiría al estudio interdisciplinario de las instituciones procesales constitucionales, lo que redundaría en una mejor comprensión global de los problemas y soluciones, confluyendo la aplicación del método comparativo con los propios métodos y técnicas del derecho constitucional y del derecho procesal. Esta tendencia que estimamos se ha emprendido por notables constitucionalistas y procesalistas en las últimas décadas, cobra relevancia en los países iberoamericanos, en la medida que el régimen de derechos y libertades fundamentales, así como sus garantías resultan homogéneos, incluso históricamente, además de que tienden a uniformarse debido a las interpretaciones de los tribunales, cortes o salas constitucionales, así como de las cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos.

Estimamos que el estudio comparativo de una institución como el amparo, resulta más completa y con mayores soluciones prácticas, si además de la utilización de los métodos y enfoques propios de la disciplina constitucional (histórico, sociológico, político, etcétera), también se emplea la dinámica del procesalismo científico, lo cual tiene lógica si aceptamos que la naturaleza jurídica del “amparo”, además de considerarse como una institución política instrumental para garantizar la supremacía constitucional, constituye un auténtico “proceso jurisdiccional”, clasificado como un medio de impugnación extraordinario, materia de estudio de la denominada “teoría general de los medios impugnativos”<sup>19</sup> y, por consiguiente, dentro de las nociones general de la “teoría general del proceso”. De ahí la importancia y utilidad que puede brindar el derecho procesal constitucional comparado, al emplearse diversos principios, métodos y técnicas jurídicas.

La necesidad del estudio comparativo de garantías constitucionales específicas, como el juicio de amparo, se ha puesto de relieve por importantes constitucionalistas mexicanos del siglo XIX, como Ig-

rado), México, UNAM, 1987. De manera reciente véase el interesante estudio, bajo los enfoques contemporáneos de los métodos comparativos, de PEGORARO, Lucio, *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Turín, Giappichelli, 1997.

<sup>19</sup> Un interesante estudio desde esta perspectiva y con enfoque comparativo, resulta la obra de VESCOVI, Enrique, *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, De Palma, Buenos Aires, 1988.

nacio L. Vallarta<sup>20</sup> o Emilio Rabasa;<sup>21</sup> y en el siglo XX por Alfonso Noriega,<sup>22</sup> Felipe Tena Ramírez<sup>23</sup> y especialmente por Héctor Fix-Zamudio,<sup>24</sup> quien ha señalado en importantes trabajos la necesidad del estudio comparativo del amparo, incluso como “una exigencia científica”,<sup>25</sup> y anotando la paradoja de que a pesar de que esta institución naciera en México, se ha quedado rezagada en comparación con los ordenamientos de otros países que tomaron como modelo el amparo mexicano, y ello debido principalmente al acentuado nacionalismo que propició un asilamiento de la doctrina y jurisprudencia en nuestro país, llegando al extremo de ser calificada nuestra doctrina como “apologética”.<sup>26</sup>

Como precisión metodológica inicial, debe mencionarse que el estudio comparativo que emprendemos no pretende abarcar la totalidad de los diversos mecanismos que comprenden a la “jurisdicción constitucional de la libertad”,<sup>27</sup> denominada así por Cappelletti desde la década de los cincuenta del siglo pasado,<sup>28</sup> como un sector o componente de la justicia constitucional, y que advertía, a manera de clasificación, el estudio sistemático de los instrumentos previstos en las cartas fundamentales para la tutela de los derechos y libertades fundamentales, y que nosotros preferimos denominar conforme a la

<sup>20</sup> *El juicio de amparo y el writ of habeas corpus*, México, 1878.

<sup>21</sup> *El artículo 14. Estudio constitucional*, México, 1906.

<sup>22</sup> “El origen nacional y los antecedentes hispánicos del juicio de amparo”, en *Jus*, México, núm. 50, septiembre de 1942, pp. 151-174.

<sup>23</sup> “El aspecto mundial del amparo. Su expansión internacional”, en *México ante el pensamiento jurídico-social de Occidente*, México, 1955, pp. 120-152.

<sup>24</sup> *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 2a. ed., México, Porrúa, 1999; *Latinoamérica: constitución, proceso y derechos humanos*, México, Porrúa, 1988.

<sup>25</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor, *El juicio de amparo en Latinoamérica*, El Colegio Nacional, México, 1978, pp. 101-138.

<sup>26</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Derecho comparado y derecho de amparo”, en *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, núm. 9, mayo-agosto de 1970, pp. 327-349; particularmente véase el apartado “El aislamiento de la doctrina nacional” y la nota al pie de página 21, y la cita de la obra de Rafael Bielsa relativa a lo “algo apologético” en que se ha convertido la doctrina mexicana sobre el tema.

<sup>27</sup> CAPPELLETTI, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, México, UNAM, 1961; recientemente, BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *La jurisdicción constitucional de la libertad (teoría general)*, Argentina, México, Corte Interamericana de Derechos Humanos), México, Porrúa, 2005.

<sup>28</sup> La primera edición de la obra de Cappelletti es de 1955.

nueva tendencia científica “derecho procesal constitucional de las libertades”.<sup>29</sup>

De tal manera que estas breves notas se refieren exclusivamente al proceso constitucional genérico de mayor alcance en la protección de los derechos y libertades fundamentales, excluyendo a los instrumentos jurisdiccionales de tutela específica, como pueden ser, entre otros, el *habeas corpus* (conocido también como exhibición personal)<sup>30</sup> o el *habeas data*,<sup>31</sup> cuyas finalidades consisten en la protección particular de ciertos derechos o libertades, como los de integridad personal y de autodeterminación (o libertad) informática, respectivamente, no obstante que un sector de la doctrina de algunos países los clasifiquen como modalidades o subespecies del amparo, como sucede en Argentina.<sup>32</sup>

Tampoco nos referiremos a los mecanismos no jurisdiccionales en la protección de los derechos humanos, es decir, a la figura escandinava del *Ombudsman*, que con las denominaciones de Defensor o Defensoría del Pueblo, *Mediateur*, Comisión de los Derechos Humanos o Promotor de la Justicia, se ha venido incorporando en el plano mundial.<sup>33</sup> De igual forma excluimos del presente estudio las “acciones populares de inconstitucionalidad” (que han tenido desarrollo desde el siglo XIX en Colombia y Venezuela, y luego en Cuba,

<sup>29</sup> FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, México, Fundap, 2002, pp. 52 y ss.

<sup>30</sup> Sobre la manera en que se introduce el *habeas corpus* a los países iberoamericanos, véanse los trabajos de GARCÍA BELAUNDE, Domingo, “El *habeas corpus* en América Latina. Algunos problemas y tendencias recientes”, en *Revista del Instituto de Derechos Humanos*, San José, núm. 20, julio-diciembre de 1994; de este mismo autor, “El *habeas corpus* latinoamericano”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano (2000)*, CIEDLA, Buenos Aires, pp. 413-435; así como el trabajo de FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Influencia del derecho angloamericano en la protección procesal de los derechos humanos en América Latina”, en su obra *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, México, Porrúa, 1998, pp. 133-183.

<sup>31</sup> Un interesante estudio comparativo de esta figura se encuentra en PUCCINELLI, Óscar, *El habeas data en Indoiberoamérica*, Bogotá, Temis, 1999.

<sup>32</sup> Resultan interesantes los estudios sobre amparo, *habeas data* y *habeas corpus* (si bien con enfoque esencialmente desde el derecho argentino), recogidos en los números 4 y 5: “Amparo. *Habeas data*. *Habeas corpus*”, I y II, de la *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni.

<sup>33</sup> GIL RENDÓN, Raymundo, *El ombudsman en el derecho constitucional comparado*, México, McGraw-Hill, 2001.

El Salvador, Nicaragua y Panamá, así como en algunas provincias argentinas); “el recurso extraordinario” que se utiliza en Argentina o Brasil; así como cualquier otro mecanismo de control de la constitucionalidad que pudiera eventualmente proteger derechos fundamentales, pero que a diferencia del amparo no tienen como finalidad o destino esencial la tutela directa de los derechos y libertades.

La materia de análisis, por consiguiente, consiste en el estudio comparativo de la institución jurídica que por la misma tradición histórica e influencia clara del juicio de amparo mexicano, han acogido con idéntica denominación los países iberoamericanos que lo consagran —con excepción del *nomen iuris* adoptados por Brasil (mandamiento de seguridad), Chile (recurso de protección) y Colombia (tutela jurídica)—; configurado como una garantía constitucional específica para la protección de la mayoría de los derechos y libertades fundamentales.

La finalidad perseguida se dirige, a la luz del derecho procesal constitucional comparado, a destacar las similitudes, las diferencias y sobre todo advertir las tendencias y notas características contemporáneas de la institución, que van perfilando con claridad ciertas bases uniformes del “amparo iberoamericano”, que también adquiere una dimensión supranacional cuando se acude subsidiariamente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos o al Tribunal de Estrasburgo (para el caso español), al negarse o resultar insuficiente la protección de los derechos o libertades en el ámbito nacional, sector que denominamos “amparo transnacional” en su doble vertiente para efectos del presente estudio: “amparo interamericano” y “amparo europeo”.

## II. DEL HABEAS CORPUS AL AMPARO

Se suele mencionar como antecedente del juicio de amparo al interdicto pretoriano del *homine libero exhibendo* o a la *intercessio tribunicia* del derecho romano,<sup>34</sup> así como a los procesos forales aragoneses de la Edad Media.<sup>35</sup>

<sup>34</sup> BATIZA, Rodolfo, “Un preterido antecedente remoto del amparo”, en *Revista Mexicana de Derecho Público*, México, núm. 4, abril-junio de 1947, vol. I, pp. 429-437.

<sup>35</sup> FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *La acción constitucional de amparo en México y España. Estudio de derecho comparado*, 3a. ed., México, Porrúa, 2002, pp. 5-18.

Esta aseveración es parcialmente cierta para el juicio de amparo mexicano, ya que uno de sus sectores de protección, como veremos más adelante, se dirige a la tutela de la libertad e integridad personal, que la doctrina ha bautizado como "amparo libertad". Sin embargo, en los restantes países de Iberoamérica esa protección se realiza a través de otra garantía constitucional diferenciada denominada *habeas corpus*, a pesar de que algunos países centroamericanos (Guatemala, Honduras y Nicaragua) en los inicios de la incorporación del amparo también comprendía la protección de la libertad personal.

Con independencia de los antecedentes citados y especialmente del proceso de manifestación de personas y de la legendaria figura del Justicia Mayor del Reino de Aragón en el medioevo,<sup>36</sup> la protección de la libertad personal quedó regulada en Inglaterra en el *Habeas Corpus Act* de 1679, por lo que puede considerarse a este documento como el primer ordenamiento en regular de manera específica y con cierto detalle un proceso constitucional.<sup>37</sup>

En los países iberoamericanos progresivamente se adoptó la figura del *habeas corpus* como mecanismo para proteger la libertad personal. Algunos países le otorgaron la denominación de "exhibición personal", otros de "recurso de amparo de la libertad" (en los códigos penales de las provincias argentinas) o "amparo de la libertad personal" (Venezuela, 1961), pero todos con la misma naturaleza de protección de la libertad personal. Otros ejemplos de confusión terminológica se encuentran en algunos países que regularon en sus códigos de procedimientos civiles el "interdicto de amparo", que en realidad representa mecanismos de posesión de predios urbanos o rústicos (Honduras, Nicaragua, El Salvador, Costa Rica, Guatemala, Bolivia y Venezuela) y que no comparten la naturaleza jurídica del amparo contemporáneo como garantía constitucional.<sup>38</sup>

<sup>36</sup> Sobre los procesos forales aragoneses y la figura del justicia mayor del Reino de Aragón, véanse: FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo*, México, UNAM, 1971; LÓPEZ DE HARO, Carlos, *La Constitución y libertades de Aragón y el justicia mayor*, Madrid, Reus, 1926; BONET NAVARRO, Ángel, *Procesos ante el justicia de Aragón*, Guara, Zaragoza, 1982.

<sup>37</sup> SAGÜÉS, Néstor Pedro, "Los desafíos del derecho procesal constitucional, en BAZÁN, Víctor (coord.), *Desafíos del control de la constitucionalidad*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, pp. 21-41, en p. 22.

<sup>38</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor, "El juicio de amparo en Latinoamérica", *op. cit.*, pp. 101-138.

Actualmente en Chile también se produce confusión de vocablos, en la medida en que el "recurso de amparo" en realidad constituye un *habeas corpus* al dirigirse a la protección de la libertad personal, y al genuino amparo se le denomina "recurso de protección" a partir de su incorporación en la Constitución de 1980.

Debido a que el *habeas corpus* constituía el único mecanismo específico de protección de los derechos fundamentales durante el siglo XIX y primera mitad del siglo XX (antes de la consagración del amparo), la institución fue extendiendo su ámbito de protección a otros derechos y libertades fundamentales. Esto ocurrió en Brasil, con la interpretación extensiva al artículo 72, inciso 22, de la Constitución de 1881, al ampliarse la tutela a otros derechos siempre y cuando se vincularan a la libertad individual. Posteriormente y bajo un debate importante, esta interpretación extensiva fue abandonada al restringirse a su concepción original como mecanismo exclusivo de protección de la libertad personal, y se optó por la creación de otra figura paralela denominada *mandado de segurança* (mandato o mandamiento de seguridad), reconocida en la Constitución de 1934 (artículo 111, párrafo 33), que corresponde a la noción del amparo, como garantía constitucional para proteger los derechos y libertades fundamentales con excepción de la libertad personal (y posteriormente de la libertad informática al ser tutelada por el *habeas data* en la actual Constitución de 1988).

La influencia brasileña en la interpretación extensiva del *habeas corpus* fue seguida por varios países, como Perú, Bolivia y Argentina, hasta que también aceptaron la incorporación definitiva del amparo. Especial mención merece el caso peruano, cuyo *habeas corpus* fue ampliándose a tal extremo de proteger la mayoría de los derechos fundamentales, hasta que también incluyó la figura del amparo en la Constitución de 1979, dejando al *habeas corpus* en su concepción tradicional de protección.

### III. LA EXPANSIÓN MUNDIAL DEL AMPARO

El proceso de amparo, como institución procesal constitucional, es un fenómeno globalizado. Con independencia de la denominación que cada país le ha otorgado, este instrumento comparte la misma naturaleza jurídica, convirtiéndose en el mecanismo de mayor am-

plitud en la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales en los países latinoamericanos, expandiéndose de manera progresiva a Europa, y recientemente a África y Asia, con similares alcances y efectividad.

En Iberoamérica la acción, recurso, juicio, proceso, garantía o derecho de amparo, según el *nomen iuris* que se le ha dado por la normatividad, jurisprudencia o doctrina de cada país, se ha reconocido en 19 países. A nivel constitucional se prevé en Argentina (artículo 43, párrafos 1 y 2), Bolivia (artículo 19), Brasil (artículo 5o., LXXIX y LXX), Colombia (artículo 86), Costa Rica (artículo 48), Chile (artículo 20), Ecuador (artículo 95), El Salvador (artículo 247), España (artículo 53.2 y 161.1, b), Guatemala (artículo 265), Honduras (artículo 183), México (artículos 103 y 107), Nicaragua (artículos 45 y 188), Panamá (artículo 50), Paraguay (artículo 134), Perú (artículo 200.2) y Venezuela (artículo 27).

Uruguay y República Dominicana son los únicos países iberoamericanos que no prevén disposición constitucional específica. En el primer país, sin embargo, se puede desprender de manera implícita del artículo 72, que establece: "La enunciación de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad". Así se ha entendido por su doctrina y jurisprudencia, lo que motivó incluso que se expidiera la Ley 16.011, de 19 de diciembre de 1988, que regula de manera detallada la denominada "acción de amparo".

República Dominicana es el país que de manera más reciente incorporó la institución vía jurisprudencial, ya que no existe norma constitucional o legal que lo regule. La Suprema Corte de Justicia mediante resolución de 24 de febrero de 1999, decidió aceptar este instituto, al incorporar de manera directa el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, es decir, incorporó al derecho positivo interno el precepto internacional que prevé la necesidad de un recurso sumario y efectivo que ampare contra actos que violen derechos fundamentales, derivado de los artículos 3o. y 10 constitucionales que reconocen las fuentes internacionales.

En el continente europeo progresivamente se fue incorporando a nivel constitucional, primero en países de Europa Occidental: Alemania (artículo 93.1, 4a.), Austria (artículo 144), España (artículo 53.2 y 161.1, b) y Suiza (artículo 189.1, a); y, con posterioridad, en

Europa Central, Oriental y en la ex Unión Soviética: Albania (artículo 131, i), Croacia (artículo 128), Eslovaquia (artículo 127.1), Eslovenia (artículo 160), Georgia (89, 1-f), Hungría (artículo 64), Polonia (artículo 79), República Checa (87.1, d), República de Macedonia (artículos 50 y 110), Rusia (artículo 125.4), y Serbia y Montenegro (artículo 46).<sup>39</sup>

En *África y Asia* también se han incorporado instituciones con naturaleza similar al amparo: Cabo Verde (artículos 20 y 219, e), Corea del Sur (artículo 111) y Macao (artículos 4 y 36).<sup>40</sup>

Con independencia de este panorama mundial de la consagración constitucional del amparo, debe considerarse además su expansión hacia los instrumentos internacionales y particularmente a lo que se ha denominado el derecho internacional de los derechos humanos. Lo anterior ha propiciado, por una parte, que en algunos países se regule a nivel constitucional o jurisprudencial la superioridad de estos instrumentos sobre el derecho interno y, por otro lado, la aceptación de la jurisdicción contenciosa de ciertos tribunales transnacionales.

La necesidad de que los países adopten mecanismos de protección de los derechos humanos, se advierte desde 1948 y debido a la influencia del amparo mexicano, en las Declaraciones Americana (artículo XVIII) y Universal de los Derechos del Hombre (artículo 8), que establecen la necesidad de que los países reconozcan en sus ordenamientos un procedimiento sencillo y breve que ampare a los particulares contra la violación de los derechos fundamentales. Posteriormente en 1966, el Pacto Internacional de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos (artículo 2, fracción tercera) de manera genérica se refiere a que los Estados se comprometen a garantizar los derechos y libertades reconocidos en el Pacto, pudiendo interponer cualquier persona un "recurso efectivo".

De manera amplia, pero con repercusiones importantes en el sistema interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Hu-

<sup>39</sup> En los países europeos se suele utilizar la expresión "queja" o "petición" constitucional.

<sup>40</sup> Sobre el amparo en Macao, véanse los trabajos contenidos en la *Revista Jurídica de Macau. Núm. Especial: O Direito de Amparo em macau em direito comparado*, Associação dos Advogados de Macau, 1999.

manos, suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, prevé en su artículo 25.1 el derecho de toda persona "a un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales".

Con similares alcances también se reconoció en la Convención Europea para la Protección de los Derechos y las Libertades Fundamentales de 1950, al establecer en su artículo 13 el derecho de toda persona "a que se le conceda un recurso efectivo ante una autoridad nacional"; y de manera más reciente, también el artículo 45 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, suscrita el 7 de diciembre de 2000, en Niza, Francia, prevé el derecho a un recurso efectivo y a un tribunal imparcial a favor de toda persona cuyos derechos y libertades hayan sido violados.

#### IV. EVOLUCIÓN DEL AMPARO IBEROAMERICANO

Para comprender la evolución histórica del amparo en Iberoamérica, es necesario apreciar la manera en que el juicio de amparo mexicano se ha desarrollado, ya que influyó en todos los países del subcontinente y en España.

Con independencia de los antecedentes coloniales en México<sup>41</sup> y el Perú,<sup>42</sup> el proceso de amparo nace en el siglo XIX. Al igual que en el resto de los países latinoamericanos, las constituciones mexicanas recibieron una influencia directa de la Constitución Federal de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787 y particularmente de su sistema del control judicial de las leyes desarrollado en la práctica forense a partir de 1803. Precisamente bajo este influjo nació la institución protectora mexicana bajo las ideas de Manuel Crescencio García Rejón y Alcalá, a quien se le atribuye el proyecto de Constitu-

<sup>41</sup> LIRA GONZÁLEZ, Andrés, *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano: antecedentes novohispanos del juicio de amparo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1979.

<sup>42</sup> GARCÍA BELAUNDE, Domingo, "El amparo colonial peruano", en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa, 2003, t. III, pp. 2507-2516.

ción del Estado de Yucatán de 1840, aprobado el 31 de marzo de 1841. Es en este ordenamiento (artículos 8o., 9o. y 62) en el que por primera vez se incorpora en un texto supremo la institución del amparo, como garantía constitucional contemporánea.

A nivel federal se introduce en el artículo 25 del Acta de Reformas de 18 de mayo de 1847, precepto que sirvió de base para las primeras demandas de amparo a pesar de no existir ley que lo reglamentara. Posteriormente quedó incorporada en la Constitución Federal de 5 de febrero de 1857 (artículos 101 y 102). A partir de entonces, el juicio de amparo mexicano experimentó una expansión en cuanto a sus alcances protectores, debido a la amplia interpretación del artículo 14 constitucional que motivó importantes debates a lo largo del siglo XIX y que produjo como consecuencia la procedencia del juicio de amparo en contra de resoluciones jurisdiccionales en todas las materias por incorrecta aplicación de las leyes secundarias. Esta interpretación fue introducida por los artículos 103 y 107 de la actual Constitución federal de 5 de febrero de 1917 y recogida asimismo en la Ley de Amparo vigente de 1936.

A diferencia de los demás países iberoamericanos que regulan la institución, el juicio de amparo mexicano comprende en realidad cinco sectores claramente diferenciados, como desde hace décadas lo ha puesto de relieve Fix-Zamudio: a) amparo de la libertad, realizando las funciones del *habeas corpus*, regulado como figura autónoma en los demás países iberoamericanos; b) amparo contra resoluciones jurisdiccionales, que equivale al recurso de casación; c) amparo contra leyes, como mecanismo para impugnar la inconstitucionalidad de normas legislativas; d) amparo como un proceso contencioso administrativo, aunque este sector se ha visto considerablemente disminuido al crearse desde la década de los setentas los tribunales de lo contencioso administrativo; y e) amparo social, para la protección de los derechos agrarios de campesinos o núcleos de población ejidal o comunal, a partir de la reforma a la Ley de Amparo en 1963.

El juicio de amparo mexicano influyó de manera directa o indirecta en todos los países iberoamericanos. La incorporación de la institución se puede advertir en tres etapas cronológicas: siglo XIX y primera mitad del XX; década de los cincuenta y sesenta; y década de los setenta, ochenta y noventa del siglo pasado.

La primera etapa comprende a los países centroamericanos (El Salvador, Honduras, Nicaragua, Guatemala, Panamá y Costa Rica), así como Brasil y España.

Los países centroamericanos fueron los primeros en recepcionarlo: El Salvador (1886); Honduras y Nicaragua (1894); Guatemala (1921); Panamá (1941) y Costa Rica (1949). También se incluyó en la Constitución Política de los Estados Unidos de Centroamérica de 1898 (Honduras, Nicaragua y El Salvador), y en la Constitución de la República Centroamericana de 1921 (Guatemala, El Salvador y Honduras).<sup>43</sup>

La penetración del amparo mexicano en algunos de estos países se patentiza aún más si se tiene en cuenta que en sus inicios la protección de la libertad personal quedó comprendida en el propio amparo (Guatemala, Honduras y Nicaragua), aunque con reformas posteriores lo regularon de manera diferenciada. Asimismo, en el caso de Honduras y Nicaragua, además comprendió la impugnación de leyes, desaplicando en el caso particular, como sucede en el "amparo contra leyes" mexicano.

Por lo que hace a Guatemala, debe destacarse que fue el primer país que introduce un tribunal constitucional autónomo en Latinoamérica (desde la perspectiva formal y material),<sup>44</sup> al establecerse la denominada Corte de Constitucionalidad en 1965. Esta tendencia se desarrolla con posterioridad por varios países del continente al crear jurisdicciones especializadas (tribunales, cortes o salas constitucionales), propiciando, por una parte, un claro acercamiento entre los sistemas difuso y concentrado de control constitucional, y por otra, el establecimiento de sistemas mixtos o paralelos.

España introduce el "recurso de amparo de garantías individuales" en la Constitución de la II República Española de 1931, cuya competencia se le atribuyó al Tribunal de Garantías Constitucionales, desaparecido en 1937. Debe destacarse la importante labor de

<sup>43</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor, "El juicio de amparo en Latinoamérica", *op. cit.*, pp. 291 y ss.

<sup>44</sup> Con anterioridad se instauraron en Cuba (1940) y Ecuador (1945), sendas jurisdicciones constitucionales pero con poca efectividad, denominadas en ambos casos Tribunal de Garantías Constitucionales, denominación que se sigue del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República Española de 1931. En el caso cubano, en realidad configuraba una Sala del Tribunal Supremo de Justicia, mientras que en Ecuador sus resoluciones se limitaban a la suspensión provisional de la norma impugnada, ya que la decisión final le correspondía al Congreso.

difusión e influencia del jurista mexicano Rodolfo Reyes Ochoa, en la consagración de la institución española. El recurso de amparo español fue restablecido en la actual Constitución de 1978, conociéndolo de manera exclusiva el Tribunal Constitucional.<sup>45</sup>

Por su parte Brasil, que en un principio amplió la esfera de protección del *habeas corpus*, incorporó la institución con el nombre portugués de *mandado de segurança*, en la Constitución de 16 de julio de 1934. A partir de entonces ha tenido un desarrollo doctrinal y jurisprudencial muy importante. El mandamiento de seguridad brasileño fue también regulado en las constituciones de 1967 y en la actual de 1988; en esta última incluso incorporando la modalidad del "mandamiento de seguridad colectivo" para la protección de los intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos.

Una segunda etapa se advierte con la creación jurisprudencial del amparo en Argentina en 1957-1958, ya que influyó en la consagración de la institución en Venezuela (1961), Bolivia, Ecuador y Paraguay (1967).

La regulación normativa de la acción de amparo en Argentina inició en varias provincias desde 1921,<sup>46</sup> antes de que a nivel nacional se reconociera por la Corte Suprema en los paradigmáticos casos "Siri, Ángel S." (1957) y "Samuel Kot" (1958), a pesar de no regularse a nivel constitucional o legal. En el primer caso la Corte Suprema admitió la acción para proteger el derecho de libertad de imprenta y de trabajo, derivado de la clausura de un periódico, por lo que reconoció la garantía constitucional a favor de los individuos contra actos de autoridad y a pesar de no consagrarse constitucionalmente. En el segundo caso, la Corte Suprema extendió el ámbito de protección para comprender actos de particulares, y a partir de entonces ha tenido, al igual que en México y Brasil, un desarrollo doctrinal y jurisprudencial impresionante. La interpretación del más alto tribu-

<sup>45</sup> Para un panorama de la justicia constitucional española, véase CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco, GÓMEZ MONTORO, Ángel, MEDINA GUERRERO, Manuel, y REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, 2a. ed., Madrid, McGraw-Hill, 2000.

<sup>46</sup> Provincias de Santa Fe (1921), Entre Ríos (1933), Santiago de Estero (1939) y Mendoza (1949). Actualmente se consagra en las 23 Provincias. Además se prevé en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a nivel nacional, lo que implica 25 órdenes jurídicos en la aplicación práctica del amparo.

nal argentino consideró el concepto de derecho o garantía implícito, es decir, no enumerado, a que se refiere el artículo 33 de la Constitución nacional: "Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno", concepción que siguieron varias constituciones latinoamericanas (Bolivia, Brasil, República Dominicana, Guatemala, Honduras, Paraguay, Uruguay y Venezuela).

A partir de la reforma constitucional de 1994, se regula en los dos primeros párrafos del artículo 43, además de preverse el *habeas corpus* y el *habeas data* (en los párrafos tercero y cuarto del mismo artículo) y que algún sector de la doctrina ha estimado como subespecies del amparo. Actualmente existe una diversidad legislativa importante en la regulación de la institución, al preverse en cada una de las 23 Provincias, así como en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a nivel nacional, con una variedad de tipos de amparo sin parangón en Iberoamérica, que comprende desde el tradicional amparo contra actos y omisiones de la autoridad, hasta los amparos "contra actos u omisiones de particulares", "por mora" (en materia administrativa y tributaria), "sindical", "electoral" y recientemente "ambiental", a manera de una especie de acción popular. Estos subtipos de amparo convierten a la institución argentina compleja y en la que participan todos los jueces al aceptarse el control difuso con veinticinco órdenes jurídicos de aplicación.

La influencia argentina se advierte en la introducción del amparo en el año de 1967 en Bolivia y Paraguay, que siguieron la doctrina de la procedencia del amparo en contra de actos y omisiones de particulares y que posteriormente se ha extendido a muchos países iberoamericanos, como en su oportunidad veremos al estudiar la legitimación pasiva.

El caso de Ecuador resulta particular, en la medida de que a pesar de consagrarse constitucionalmente en 1967, no tuvo aplicación debido a que no se expidieron leyes reglamentarias y en virtud de los golpes de Estado. Similar situación sucedió en Venezuela en el que se introduce la institución en el año de 1961, sin efectos prácticos debido a la ausencia de ley reglamentaria.

La tercera oleada comprende cinco países y se da en la década de los setenta, ochenta y noventa del siglo pasado: Perú (1979), Chile (1980), Uruguay (1988), Colombia (1991) y República Dominicana (1999).

En el Perú el *habeas corpus* realizó las funciones del amparo, ya que paulatinamente fue expandiendo su ámbito natural de protección no sólo para la tutela de la libertad personal sino también para los demás derechos fundamentales, derivado en un primer momento por la Ley 2223 de 1916 y luego en el artículo 69 de la Constitución de 1933, ya que a través de la acción de *habeas corpus* se tutelaban "todos los derechos individuales y sociales". Posteriormente, esta ampliación se estableció con el procedimiento previsto en el Decreto Ley 17083 de 1968, así como en el diverso Decreto Ley 20554 de 1974 que reguló una especie de "amparo agrario". Finalmente, la figura del amparo (con autonomía del *habeas corpus*) se previó en la Constitución de 1979 (artículo 295), y en la actual Constitución de 1993 (artículo 200, inciso 2). Su reglamentación legal se encuentra en uno de los Códigos más modernos en materia de control constitucional, como lo es el Código procesal constitucional, vigente desde el 1.º de diciembre de 2004.<sup>47</sup>

Como se ha mencionado, el "recurso de amparo" chileno corresponde en realidad a la figura del *habeas corpus*, y el "recurso de protección" comparte la naturaleza jurídica del amparo. La Constitución de 1980 introduce esta última figura y crea un Tribunal Constitucional, que comparte el control de la constitucionalidad con la Corte Suprema de Justicia, aunque con la reforma constitucional de septiembre de 2005 se suprimieron parte de esas atribuciones constitucionales a la Corte Suprema y pasan al Tribunal Constitucional que aumenta su número de integrantes de siete a diez.

Uruguay no tiene regulación constitucional expresa de la institución. Sin embargo, desde la Constitución de 1918 (artículo 173) y que siguieron reproduciendo las constituciones siguientes hasta la actual de 1996 (artículo 72), prevé "La enunciación de derechos, de-

<sup>47</sup> En cuanto al nuevo Código, véanse los estudios contenidos en la obra colectiva coordinada por PALOMINO MANCHEGO, José, *El derecho procesal constitucional peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*, 2 t., Lima, Grijley, 2005.

beres y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana, o se derivan de la forma republicana de gobierno". De ahí que en el año 1988 se expidiera la Ley que regula la institución, entendiendo que el artículo 72 constitucional implícitamente lo acepta.

Con motivo de la nueva Constitución colombiana se introduce la figura de la "acción de tutela" (artículo 86), que comparte la naturaleza y finalidad del amparo. Esta acción procede contra actos y omisiones de autoridad o de particulares, promovándose ante cualquier juez. La revisión de las decisiones de tutela pueden reclamarse ante la Corte de Constitucionalidad (que pertenece a la rama judicial) y que ha realizado una labor muy importante en la interpretación extensiva de los derechos fundamentales, especialmente en los derechos sociales y económicos, generando pronunciamientos significativos en materia de salud, seguridad social, etc. Debido a que el sistema de control de la constitucionalidad es mixto y paralelo, se han producido en los últimos años confrontaciones entre la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, que se han denominado "choque de trenes".

El último país que ha incorporado la institución es República Dominicana. Al igual que Argentina, fue la Corte Suprema de Justicia a través de la sentencia de 24 de febrero de 1999, la creadora de la institución al aplicar de manera directa el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Si bien todavía no se expide una ley que regule al amparo, fue la propia sentencia que estableció un procedimiento abreviado para la tramitación del recurso, que por la relevancia que tiene en materia de aplicación del derecho de los derechos humanos reproducimos:

"Declarar que el recurso de amparo previsto en el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de San José de Costa Rica, del 22 de noviembre de 1969, es una institución de derecho positivo dominicano, por haber sido adoptada y aprobada por el Congreso Nacional, mediante Resolución No. 739 del 25 de diciembre de 1977, de conformidad con el artículo 3 de la Constitución de la República; Determinar: a) que tiene competencia para conocer de la acción de amparo el juez de primera instancia con jurisdicción en el lugar en que se haya producido el acto u omisión atacado; b) que el procedimiento que deberá observarse en materia de amparo será el instituido para el referimiento, reglamentado por los

artículos 101 y siguientes de la Ley 834 de 1978; c) el impetrante deberá interponer la acción de amparo contra el acto arbitrario u omisión, dentro de los quince (15) días en que se haya producido el acto u omisión de que se trate; d) la audiencia para el conocimiento de la acción, deberá ser fijada para que tenga lugar dentro del tercer día de recibida la instancia correspondiente. Sin embargo, cuando la acción fuere ostensiblemente improcedente a juicio del magistrado apoderado, así lo hará constar en auto y ordenará el archivo del expediente. Este auto no será susceptible de ningún recurso; e) el juez deberá dictar su sentencia dentro de los cinco días que sigan al momento en que el asunto quede en estado; el recurso de apelación, que conocerá la corte de apelación correspondiente, deberá interponerse dentro de los tres días hábiles de notificada la sentencia, el cual se sustanciará en la misma forma y plazos que se indican para la primera instancia, incluido el plazo de que se dispone para dictar sentencia; f) los procedimientos del recurso de amparo se harán libres de costas".

## V. TENDENCIAS CONTEMPORÁNEAS

De conformidad con lo expuesto y con base en el análisis normativo y jurisprudencial de la institución en estudio, se pueden desprender ciertas características y tendencias contemporáneas que van perfilando al amparo iberoamericano.

1. *Nomen Iuris*. Dieciséis países utilizan la misma connotación de "amparo" para referirse al "recurso", "acción", "garantía" o "proceso" de protección jurisdiccional directa de la mayoría de los derechos y libertades fundamentales. Sólo tres países le otorgan otra denominación, aunque con finalidad semejante: Brasil, "*mandado de segurança*" (mandamiento o mandato de seguridad), Chile, "recurso de protección", y Colombia, "acción de tutela". En todo caso las expresiones "seguridad", "protección" o "tutela" adquieren significaciones semejantes con la diversa de "amparo".

2. *Naturaleza jurídica*. Si bien es un tema polémico y se discute por la doctrina de cada país si se trata de un recurso, medio impugnativo, acción, institución política, de control, interdicto o cuasiproceso, entre otros, lo cierto es que es difícil encuadrar en una sola categoría la naturaleza de la institución en estudio, ya que en la práctica adquiere perfiles propios, incluso tratándose del mismo país. Existe la tendencia en la mejor doctrina iberoamericana, sin embargo, de englobar el fenómeno a la luz de la teoría general del proceso

y de ahí considerar la naturaleza del amparo con un auténtico proceso jurisdiccional autónomo.

3. *Consagración constitucional y legal.* Diecisiete países han incorporado la institución de manera expresa, existiendo en todos ellos leyes reglamentarias que la desarrollan. Uruguay prevé la garantía de manera implícita, expidiendo la ley correspondiente que la regula. República Dominicana es el único país que hasta el momento no lo tiene regulado constitucional o legalmente, siendo previsible que lo realice en breve, debido a que la propia Corte Suprema de Justicia estableció el procedimiento.

Existe la tendencia de regular la institución de manera sistemática con los demás instrumentos de control de la constitucionalidad, es decir, mediante un mismo cuerpo normativo: Código Procesal Constitucional (Perú y las provincias argentinas de Tucumán y Entre Ríos); Ley de Justicia, Jurisdicción, Control, Procesos o Procedimientos Constitucional (es) (Costa Rica, El Salvador, Honduras y los estados mexicanos de Chiapas, Coahuila, Tlaxcala y Veracruz); Ley de Garantías Constitucionales (Chile y Venezuela); Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad (Guatemala); o Leyes Orgánicas de Tribunales Constitucionales (Bolivia y España).

4. *Derechos y libertades tutelados.* Se advierten tres supuestos. El primero, que comprende la concepción tradicional, el amparo protege todos los derechos y libertades fundamentales con excepción de la libertad personal, que se tutela a través de la garantía específica del *habeas corpus* o también denominada exhibición personal.

El segundo grupo, que constituye la tendencia contemporánea, está representado por los países que además de excluir de la protección del amparo a la libertad personal mediante el *habeas corpus*, también dejan fuera del ámbito protector la libertad o autodeterminación informática para la protección de los datos personales, ya que en los últimos años tiende a preverse la garantía constitucional específica del *habeas data* (Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Honduras, Ecuador, El Salvador, España, Nicaragua, Paraguay, Perú, Portugal y Venezuela).

El tercer supuesto lo configura México, que podría calificarse como omnicompreensivo, en la medida que a través del juicio de amparo se protege la totalidad de los derechos y libertades fundamentales y, en

general, de todo el ordenamiento constitucional y secundario (a través de lo que se ha denominado control de la legalidad), al no contar con ninguna otra garantía jurisdiccional directa y específica, al quedar subsumidas en la misma institución.

5. *Magistratura de amparo.* La tendencia en los últimos cincuenta años es la creación de órganos jurisdiccionales especializados para resolver los conflictos derivados de la aplicación e interpretación definitiva de los textos supremos y, por consiguiente, de las libertades y derechos fundamentales.

Lo anterior se advierte hacia cuatro variables: Tribunales o Cortes Constitucionales autónomos (Chile, Ecuador, España, Guatemala, Perú); Tribunales o Cortes Constitucionales pertenecientes al Poder Judicial (Bolivia y Colombia); Salas Constitucionales (El Salvador, Costa Rica, Nicaragua, Honduras, Paraguay y Venezuela); y Cortes Supremas que han adquirido recientemente mayor concentración en lo constitucional (Argentina, Brasil, México, Panamá, República Dominicana y Uruguay).

Las anteriores magistraturas constitucionales, por lo general, conocen del amparo en grado de revisión, sea segunda o incluso tercera instancia y de manera definitiva. Constituyen órganos límite de los sistemas jurídicos para la aplicación e interpretación de los derechos y libertades constitucionales.

Existen pocos casos en que la vía es directa: El Salvador (Sala de lo Constitucional), Costa Rica (Sala Constitucional) y España (Tribunal Constitucional).

En Honduras (Sala de lo Constitucional), Brasil (Supremo Tribunal Federal), Argentina (Corte Suprema de Justicia de la Nación) y México (Suprema Corte de Justicia) pueden en algunos casos excepcionales conocer de manera originaria y exclusiva. En Costa Rica actualmente se analiza la posibilidad de crear Tribunales de Garantías Constitucionales como órganos de amparo y de *habeas corpus* de primer grado, debido a la saturación de amparos en la Sala Constitucional.

Por regla general son jueces de primer grado los jueces ordinarios. En los países federales lo son los jueces federales (Argentina, Brasil y México). En Argentina, dependiendo de la jurisdicción pueden ser los ordinarios o los federales, siendo la segunda instancia el respectivo tribunal de alzada (Cámara federal o nacional) y, en determinados

supuestos, en tercera instancia conoce la Corte Suprema de Justicia de la Nación, mediante el recurso extraordinario federal.

6. *Legitimación activa*. Cualquier persona física o jurídica que estime vulnerados sus derechos o libertades fundamentales.

Existe la tendencia de ampliar la legitimación activa hacia figuras de representación colectiva: *Ombudsman*, Ministerio Público o asociaciones legalmente constituidas para la tutela de los intereses difusos, colectivos o individuales homogéneos. En algunos países se ha regulado el "amparo colectivo" con cierta efectividad, por ejemplo en Argentina, Brasil y Colombia, para la protección de los intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos.

7. *Legitimación pasiva*. En este rubro, la tendencia se dirige claramente hacia la procedencia del amparo contra actos de particulares, especialmente a los grupos sociales o económicos de presión en situación de privilegio o dominio. Esta corriente que inició con el caso paradigmático de "Samuel Kot" en Argentina (1958), se ha recogido en las actuales constituciones de Argentina, Colombia, Bolivia, Chile, Ecuador, Paraguay y Perú. La protección horizontal de los derechos fundamentales es una variable en franca expansión en Iberoamérica y que está alcanzando la aceptación vía jurisprudencial por varios tribunales o cortes constitucionales.

8. *Plazos*. La mayoría de los países establecen plazos reducidos para el ejercicio de la acción, que van de 15 a 30 días, contados a partir de que el acto se ejecuta, se debió o trata de ejecutar, o se tiene conocimiento del mismo, según la normatividad de cada país.

Honduras, Paraguay, Perú y Costa Rica (derechos patrimoniales) contemplan 60 días, mientras que Bolivia y Venezuela seis meses. En cualquier tiempo Colombia (salvo las dirigidas contra sentencias o providencias, las cuales caducan en 2 meses), Ecuador, Costa Rica y México (cuando se trata de los actos previstos en el artículo 22 constitucional).

9. *Conductas impugnables*. Todo acto u omisión. En muy pocos países procede contra normas de carácter general, como en algunos países de Centroamérica, debido a la influencia del sector del amparo mexicano conocido como "amparo contra leyes".

10. *Medidas cautelares*. En todos los países proceden estas medidas, suspendiendo de manera provisional o definitiva el acto o los efectos de la ley que vulnera las libertades o derechos fundamenta-

les. Proceden en casos de gravedad o de imposible o difícil reparación o restitución del derecho infringido, de oficio o a petición de parte, según la normatividad existente. En algunos países se le conoce como "amparo provisional", y existe la tendencia de aceptar la doctrina de la "aparición del buen derecho".

11. *Amparo transnacional (interamericano y europeo)*. Los dieciocho países latinoamericanos que contemplan la institución, también han reconocido la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que implica una posible vía subsidiaria y reforzada en la protección de los derechos y libertades fundamentales, pero teniendo como base la Convención Americana y sus protocolos adicionales. Existe el filtro previo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos donde se inicia el procedimiento. Los individuos sólo estarán legitimados cuando el caso sea elevado a la Corte por parte de la Comisión conforme al nuevo Reglamento.

En el supuesto de España se posibilita esta instancia transnacional ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo, de manera directa, al haber desaparecido la Comisión, lo que ha propiciado un cúmulo de miles de causas pendientes de resolver.

De las breves notas anteriores se desprenden algunas tendencias claras de la normatividad y jurisprudencia de los diecinueve países que contemplan la institución analizada, lo que perfila las bases y derecho uniforme, con características propias, de lo que podemos denominar el "amparo iberoamericano", configurado como el proceso constitucional autónomo de mayor alcance en la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales.

## COMENTARIOS SOBRE LA PROHIBICIÓN EN MATERIA INMOBILIARIA DE LA LEY FEDERAL DE CORREDURÍA PÚBLICA

Jaime Salvador GARCÍA GONZÁLEZ

"[...] El mexicano es un hombre que se esfuerza por ser formal y que muy fácilmente se convierte en formulista. [...] Quizá nuestro tradicionalismo —que es una de las constantes de nuestro ser y lo que da coherencia y antigüedad a nuestro pueblo— parte del amor que profesamos a la Forma [...]"

Octavio Paz, *El Laberinto de la Soledad*.

"*Eppur si muove*" (Y sin embargo se mueve). Frase que anecdóticamente se cuenta murmuró el astrónomo italiano Galileo Galilei después de ser obligado a retractarse y admitir el geocentrismo ante la Inquisición.

SUMARIO: I. Introducción. II. Marco constitucional y legal. III. La forma de los actos jurídicos. IV. Propuestas de Reformas. V. Corolario.

### I. INTRODUCCIÓN

El pasado 23 de mayo de 2006 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el Decreto por el que se reforman y adicionan diversos

artículos de la Ley Federal de Correduría Pública (LFCP), disposición que entró en vigor el día siguiente al de su publicación. Dichas reformas tienen como antecedente una iniciativa presentada el 14 de diciembre de 2004 por la diputada federal Nora Elena Yu Hernández, integrante del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional (PRI), misma que fue turnada a las Comisiones Unidas de Justicia y de Derechos Humanos y de Economía para su estudio y dictamen, donde se le efectuaron algunas modificaciones, siendo la minuta correspondiente aprobada por el Pleno de la Cámara Baja. Posteriormente, el proyecto de Decreto en cuestión se remitió al Senado de la República, donde fue objeto de análisis por las Comisiones Unidas de Comercio y Fomento Industrial y de Estudios Legislativos, habiendo sido aprobada la minuta respectiva sin ningún cambio adicional y votada por el Pleno del Senado. Es menester destacar que casi de manera simultánea se presentó el 15 de febrero de 2005 en la Cámara Alta una iniciativa por el senador Fauzi Hamdan Amad, miembro del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional (PAN), igualmente con el propósito de reformar y adicionar la LFCP. Este último proyecto de Decreto también se remitió a las Comisiones Unidas de Comercio y Fomento Industrial y de Estudios Legislativos, sin que hubiera sido objeto de dictamen alguno. De hecho, el referido proyecto presentado por el senador Hamdan no fue mencionado por las citadas Comisiones Unidas de la Cámara Alta al emitir la minuta del dictamen relativo al Proyecto de Decreto que reformaba y adicionaba la LFCP remitido por la Cámara de Diputados. Las dos propuestas aludidas líneas arriba —aunque divergentes en su contenido y planteamientos— invocaban por igual a la “seguridad jurídica” y la necesidad de precisar las atribuciones de los Corredores Públicos.

El presente trabajo tiene por objeto exponer algunos comentarios referentes a la prohibición que subsiste en la LFCP relativa a la intervención de los Corredores Públicos respecto a inmuebles.

## II. MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL

Conforme al marco jurídico establecido en la Constitución, no hay ninguna razón técnico-jurídica para justificar la prohibición contemplada en la LFCP que limita la intervención de los Corredores Públi-

cos en asuntos relativos a inmuebles. Es más, la prohibición contemplada en la fracción V del artículo 6 de la LFCP no es congruente con otras disposiciones contempladas en la propia ley, así como con diversos cuerpos normativos vigentes. Por una parte, la fracción V del citado artículo 6 establece que el Corredor Público puede intervenir como “...fedatario público para hacer constar los contratos, convenios y actos jurídicos de naturaleza mercantil, excepto tratándose de inmuebles...”. Sin embargo, más adelante la misma fracción en cuestión establece que ante un Corredor Público cabe la posibilidad de otorgar “...la emisión de obligaciones y otros títulos de valor...”. Por lo tanto, cabe preguntarse si un Corredor Público puede hacer constar una emisión de obligaciones con garantía hipotecaria. De acuerdo con el artículo 11 del Código Civil Federal “las leyes que establecen excepción a las reglas generales, no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas”. En consecuencia, la prohibición contemplada en la primera parte de la fracción V del artículo 6 de la LFCP no sería aplicable tratándose de una emisión de obligaciones con garantía hipotecaria otorgada ante Corredor Público. Lo mismo puede afirmarse respecto a lo señalado en la fracción VI del artículo 6 de la LFCP —disposición que faculta al Corredor Público para actuar como fedatario en la constitución y en los demás actos previstos por la Ley General de Sociedades Mercantiles— tratándose de la constitución de una sociedad mercantil cuyo capital sea conformado ya sea total o parcialmente mediante la aportación de un inmueble. Pretender soslayar lo anterior mediante cualquier argumento no es otra cosa que construir un sofisma que niega el principio general de derecho que establece que “lo accesorio sigue la suerte de lo principal”.

La intervención de un Corredor Público tratándose de operaciones inmobiliarias traslativas de dominio está prevista y reconocida en varios otros cuerpos normativos, como el Código Fiscal de la Federación (artículo 27), la Ley del Impuesto Sobre la Renta (artículos 154 y 157), la Ley del Impuesto al Valor Agregado (artículo 33) y varias leyes fiscales locales, ordenamientos que obligan a los Corredores Públicos —al igual que a los notarios y otros fedatarios— a calcular y enterar las respectivas contribuciones causadas por la enajenación y adquisición de inmuebles. Por otro lado, existen preceptos como los artículos 22, fracción III, y 91 de la Ley de Desarrollo

Urbano del Distrito Federal, los cuales al hablar de “[...] actos jurídicos relacionados con la transmisión de propiedad o con el uso y aprovechamiento de inmuebles [...]” imponen ciertas obligaciones a los “fedatarios públicos” en general que intervengan en dichos supuestos, sin señalar que sólo los notarios deban cumplir con dicha normatividad. En virtud de lo anterior, no se entiende la prohibición en materia inmobiliaria de la fracción V de la LFCP.

Desde el punto de vista constitucional, la intervención de un Corredor Público tratándose de operaciones inmobiliarias —lo cual es plenamente reconocido por el sistema jurídico mexicano como se ha demostrado con anterioridad—, de ninguna manera transgrede lo establecido por el artículo 121 de nuestra Ley Suprema, cuyo contenido está inspirado en principios de derecho internacional privado.<sup>1</sup> Dicho numeral faculta en su primer párrafo al Congreso de la Unión para que éste por medio de leyes generales prescriba la manera de probar los actos, registros y procedimientos a los que se refiere el propio artículo 121 constitucional, sujetándose a las bases establecidas en dicho precepto. Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha señalado que son violatorias de nuestra Ley Suprema las disposiciones de los códigos civiles locales que pretendan reglamentar el mencionado artículo 121 constitucional —lo cual corresponde, como ya se ha dicho, al Congreso de la Unión— aun cuando se trate de actos que recaigan sobre inmuebles. Al respecto puede consultarse la Tesis emitida por la Primera Sala con el rubro “ACTOS Y CONTRATOS CELEBRADOS FUERA DEL ESTADO DE MICHOACÁN. EL ARTÍCULO 20. DEL CÓDIGO CIVIL PARA ESE ESTADO QUE PREVÉ LA

<sup>1</sup> Sobre el particular, TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, Porrúa, México, 34a. ed., p. 166, establece lo siguiente: “Respecto al artículo 121, es importante para el derecho constitucional por cuanto contiene disposiciones que completan y perfeccionan el sistema federal mexicano. El alcance de dichas disposiciones en sí mismas, independientemente de su significado dentro del sistema federal, es materia que corresponde al *derecho internacional privado*, porque la Constitución no ha hecho sino aplicar, con mayor o menor acierto, nociones de aquel derecho *a las relaciones de los Estados entre sí*” (énfasis añadido). Claramente se puede ver que el insigne constitucionalista se refiere a que el numeral 121 de nuestra Carta Magna nunca fue creado con el objeto de regular cuestiones de ámbito espacial de validez de leyes entre la federación y las entidades que la componen, sino únicamente conflictos de competencia territorial entre las partes integrantes de la federación (estados y el Distrito Federal).

FORMA PARA QUE SURTAN EFECTOS EN ESA ENTIDAD, VIOLA EL ARTÍCULO 121 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIII, mayo de 2001, p. 276, Tesis 1a. XXIV/2001, Materia Civil y Constitucional (Novena Época).<sup>2</sup>

La fracción II del artículo 121 de nuestra Carta Magna establece que “los bienes muebles e inmuebles se registrarán por la ley del lugar de su ubicación”. Dicho principio, congruente con el aforismo *lex rei sitae*, tiene su razón de ser como norma conflictual de índole procesal, no como norma de derecho sustantivo (como es bien sabido, la naturaleza jurídica de las normas conflictuales no es de índole sustantiva sino de carácter procesal o adjetivo, atento a que éstas únicamente remiten a la disposición jurídica correspondiente que debe regir un caso que presente conflictos de leyes en el espacio, sin establecer el contenido de la norma aplicable al fondo). La citada fracción II del artículo 121 de la Constitución es aplicable solamente a conflictos

<sup>2</sup> ACTOS Y CONTRATOS CELEBRADOS FUERA DEL ESTADO DE MICHOACÁN. EL ARTÍCULO 20. DEL CÓDIGO CIVIL PARA ESE ESTADO QUE PREVÉ LA FORMA PARA QUE SURTAN EFECTOS EN ESA ENTIDAD, VIOLA EL ARTÍCULO 121 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. El Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al interpretar lo dispuesto en el artículo 121 de la Ley Fundamental, advirtió que se reserva al Congreso de la Unión la facultad de expedir las leyes generales que prescriben la manera de probar los actos públicos, registros y procedimientos y el efecto de ellos, para unificar el valor o fe y crédito que merecen, lo que se traduce en que los estados miembros de la federación carecen de la facultad de legislar sobre esta materia. En congruencia con lo anterior, debe decirse que el artículo 20. del Código Civil para el Estado de Michoacán, al establecer que los actos y contratos verificados fuera de ese estado, para producir efectos en el territorio de éste, se registrarán por las disposiciones del propio código, viola el precepto constitucional mencionado. Ello es así, porque si bien la norma textualmente contiene un aspecto limitativo a su propio territorio, lo cierto es que el mismo precepto se refiere a una conducta ajena, es decir, a los requisitos que deben cumplir los actos realizados en otra entidad federativa para surtir efectos en Michoacán, por lo que sus consecuencias legales no se limitan a su territorio, esto es, aun cuando el citado artículo no niega la fe y crédito que se debe dar a los documentos públicos provenientes de otra entidad federativa, sí los condiciona a que cumplan con los requisitos establecidos en el propio código, por lo que con tal prevención, el órgano legislativo del mencionado estado ejerció una facultad reservada al Congreso de la Unión, al legislar en relación con la forma de probar los actos y contratos celebrados de otra entidad federativa.

Amparo en revisión 6669/80. Inmobiliaria Sicartsa, S.A. 4 de octubre de 2000. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretaria: Guadalupe Robles Denetro.

de leyes entre ordenamientos de dos o más de nuestras entidades federativas, sin que pueda aplicarse a supuestos conflictos entre leyes federales y leyes locales, ya que la ley federal es de aplicación general en todo el territorio nacional. Las leyes federales que regulan bienes muebles e inmuebles lo hacen dentro de la esfera de facultades reservadas al Congreso de la Unión. Si se aplicara de forma absoluta el aparente principio del artículo 121, fracción II, de nuestra Carta Magna, resultaría el absurdo que las leyes federales no pudieran regular en ningún caso y bajo ninguna circunstancia a los bienes muebles e inmuebles que caen dentro del ámbito de materias de jurisdicción federal. Es precisamente en ese sentido —bajo la naturaleza de norma conflictual de índole procesal— la manera en que deben interpretarse preceptos como el artículo 13, fracción III, del Código Civil Federal.<sup>3</sup> Igualmente, podemos aseverar, ahondando sobre lo anterior, que interpretar sin restricción alguna el artículo 121 constitucional nos llevaría a conclusiones inadmisibles, como sostener que las leyes locales, al regular los actos jurídicos que recaigan sobre los bienes —muebles e inmuebles, ya que el 121 constitucional menciona a ambos— que se ubiquen dentro de su territorio, en caso que dichos actos requieran la forma de instrumento público, válidamente pudiesen establecer que sólo se otorguen ante los fedatarios públicos de dicha entidad, lo cual resulta, además de un disparate jurídico, una evidente violación al pacto federal y a la Constitución.<sup>4</sup> La propia doctrina mexicana (Elisur Arteaga Nava y Pascual Alberto Orozco Garibay, por ejemplo) reconoce que el principio establecido en el artículo constitucional ya citado no es tan absoluto como pareciera ser, ya que nuestra Carta Magna tiene múltiples excepciones que lo limitan y muestran su verdadero alcance. Tener la creencia que es facultad exclusiva de los estados legislar absolutamente todo lo rela-

<sup>3</sup> La fracción III del artículo 13 del Código Civil Federal señala que “la constitución, régimen y extinción de los derechos reales sobre inmuebles, así como los contratos de arrendamiento y de uso temporal sobre tales bienes, y los bienes muebles, se regirán por el derecho del lugar de su ubicación, aunque sus titulares sean extranjeros”.

<sup>4</sup> Véase al respecto CHIRINO CASTILLO, Joel e INFANZÓN RIVAS, Aquiles, “La inconstitucionalidad de diversos artículos del Reglamento del Libro Quinto del Código Administrativo del Estado de México”, *Revista Mexicana de Derecho*, Colegio de Notarios del Distrito Federal, Porrúa, México, 2003, pp. 115-323.

tivo a los bienes inmuebles que se ubiquen dentro de su respectivo territorio es un error. Existen múltiples disposiciones en nuestra Ley Suprema que establecen como competencia privativa de la Federación diversas cuestiones en materia inmobiliaria. Para empezar, conforme al artículo 132 constitucional, “los fuertes, los cuarteles, almacenes de depósito y demás inmuebles destinados por el Gobierno de la Unión al servicio público o al uso común [...]” al momento de entrar en vigor la Constitución el 1o. de mayo de 1917, así como aquéllos que en lo sucesivo adquiriera la federación dentro del territorio de algún estado y destine a los fines mencionados, obteniendo el consentimiento de la legislatura respectiva, “[...] estarán sujetos a la jurisdicción de los Poderes Federales en los términos que establezca la ley que expedirá el Congreso de la Unión [...]”, la cual es la Ley General de Bienes Nacionales, quedando excluidos de la regulación de las leyes locales del lugar de su ubicación. Igualmente, cabe mencionar al artículo 27 constitucional, fundamento y origen de toda la legislación agraria,<sup>5</sup> en materia de minas, hidrocarburos y otras cuestiones conexas. Del mismo modo, el propio artículo 27 constitucional establece límites con relación a ciertos sujetos para adquirir inmuebles. Por otro lado, el artículo 73 constitucional faculta al Congreso de la Unión para legislar en materia de asentamientos humanos, monumentos arqueológicos e históricos y comercio. Cabe también resaltar, por supuesto, las atribuciones de la federación para legislar en derecho civil, lo cual tradicionalmente era defendido por la doctrina a través de las facultades implícitas,<sup>6</sup> aunque desde la

<sup>5</sup> Recordemos que los inmuebles sujetos al régimen de propiedad ejidal o comunal están sustraídos del campo de aplicación del derecho civil local de la entidad federativa donde se encuentren.

<sup>6</sup> Atento a que el artículo 104 de la Constitución prevé que los Tribunales de la Federación conocerán “de todas las controversias civiles [...] que se susciten con motivo del cumplimiento y aplicación de *leyes federales* [...]” (fracción I); “de aquéllas [controversias] en que la Federación fuese parte” (fracción III); y “de los casos concernientes a miembros del Cuerpo Diplomático y Consular” (fracción VI), no obstante que dentro de la enumeración que realiza el numeral 73 de nuestra Ley Suprema sobre aquello en lo que el Congreso de la Unión es competente para legislar no se menciona a la materia civil, a fin de hacer efectivas las facultades antes citadas del Poder Judicial de la Federación, se justifica la expedición de una legislación civil federal, tanto en lo sustantivo como en lo adjetivo (TENA RAMÍREZ, Felipe, *op. cit.*, pp. 118-119).

reforma política del Distrito Federal, en los artículos transitorios de los Decretos de Reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicados en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de octubre de 1993 y 22 de agosto de 1996, se previó expresamente la facultad de la federación de legislar en materia civil federal, al establecer que el Congreso de la Unión emitiría en materia civil “los ordenamientos de carácter federal correspondientes”.<sup>7</sup>

El campo de aplicación del derecho civil federal es sumamente amplio. Para empezar, cuando la federación actúa no en su plano de autoridad sino en un contexto de derecho privado, ésta se rige por el derecho común federal y no por los códigos civiles de las 32 entidades federativas. Al estar el Congreso de la Unión facultado para legislar, conforme al artículo 73 constitucional, sobre todo lo concerniente a las Fuerzas Armadas (Ejército, Marina y Fuerza Aérea), los asuntos relacionados con el derecho marítimo y el Cuerpo Consular

<sup>7</sup> El artículo décimo primero transitorio del Decreto de Reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de octubre de 1993, reza lo siguiente: “El Congreso de la Unión conservará la facultad de legislar, en el ámbito local, en las materias de orden común, civil y penal para el Distrito Federal, en tanto se expidan los ordenamientos de carácter federal correspondientes, a cuya entrada en vigor corresponderá a la Asamblea de Representantes legislar sobre el particular, en los términos del presente Decreto”. A su vez, el artículo décimo primero transitorio del Decreto de Reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 22 de agosto de 1996, señala: “La norma que establece la facultad de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para legislar en materias civil y penal para el Distrito Federal entrará en vigor el 1o. de enero de 1999”. Como se puede ver, originalmente, la facultad para legislar en materia civil y penal del órgano legislativo del Distrito Federal (antes la Asamblea de Representantes) estaba condicionada a que el Congreso de la Unión emitiera los ordenamientos de carácter federal correspondientes en las materias en comentario. Sin embargo, posteriormente se estableció que dicho órgano legislativo (hoy Asamblea Legislativa) podía legislar tanto en materia civil como penal a partir del 1o. de enero de 1999, sin menoscabo alguno del reconocimiento expreso de la facultad del Congreso de la Unión para emitir los ordenamientos federales en las ramas civil y penal. Como es bien sabido, en virtud de dos Decretos publicados en el *Diario Oficial de la Federación* del 29 de mayo de 2000 y en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* del 30 de mayo de 2000 se modificó la denominación del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, con el objeto que dicho ordenamiento se denominara en lo sucesivo —en cuanto a su aplicación como ley civil federal— Código Civil Federal y —por lo que atañe a su aplicación como ley civil local— Código Civil para el Distrito Federal: El Congreso de la Unión es quien legisla respecto al primero y la Asamblea Legislativa del Distrito Federal legisla en lo que corresponde al segundo.

Mexicano, sólo pueden quedar regulados por el Código Civil Federal las disposiciones relativas a los testamentos militar, marítimo y aquéllos realizados en el extranjero con la intervención de los Jefes de Oficinas Consulares integrantes del Servicio Exterior Mexicano, siendo, en nuestra opinión, inconstitucionales las disposiciones sobre dichos actos efectuadas por los códigos civiles locales. Sobresale también la aplicación del Código Civil Federal como la normatividad supletoria en materia sustantiva a la legislación mercantil,<sup>8</sup> conforme al artículo 2o. del Código de Comercio. Igualmente, existen diversos otros ordenamientos emitidos por el Congreso de la Unión que establecen como supletorio al derecho civil o común aplicable en materia federal. Al efecto, podemos citar el artículo 2o. de la Ley Agraria, disposición que señala que “en lo no previsto en esta ley, se aplicará supletoriamente la legislación civil federal y, en su caso, mercantil, según la materia de que se trate” (las cursivas son nuestras). Vale la pena también hacer mención al Código Fiscal de la Federación, el cual en su artículo 5o. dispone: “[...] a falta de norma fiscal expresa, se aplicarán supletoriamente las disposiciones del derecho federal común cuando su aplicación no sea contraria a la naturaleza propia del derecho fiscal” (énfasis añadido). Tampoco podemos omitir hacer mención que, conforme a los artículos 44, fracciones III y IV, de la Ley del Servicio Exterior Mexicano y 82 al 86 de su Reglamento, cuando los Jefes de Oficinas Consulares ejercen funciones notariales y actúan como jueces del Registro Civil, la legislación del orden común que aplican es el Código Civil Federal. Desde nuestra perspectiva, es tal la importancia que juega la legislación civil federal en nuestro sistema jurídico que no resulta aventurado aseverar que el federalismo mexicano no sería operable sin su existencia.

Por lo tanto, aquellos inmuebles y acontecimientos jurídicos relacionados con éstos que se ubiquen dentro de alguno de los supuestos establecidos en las materias ya citadas serán regidos por la legislación federal y no por los ordenamientos locales. Elisur Arteaga Nava,

<sup>8</sup> Por lo que atañe a temas de derecho adjetivo, el numeral 1054 del Código de Comercio establece que el Código Federal de Procedimientos Civiles es el ordenamiento que se aplicará supletoriamente a los juicios mercantiles, salvo que exista un procedimiento especial o una supletoriedad distinta.

*Derecho constitucional*, Oxford University Press, México, 1998, pp. 552-553, y Pascual Alberto Orozco Garibay, "El Estado mexicano. Su estructura constitucional", *Revista Mexicana de Derecho*, Colegio de Notarios del Distrito Federal, Porrúa, México, 2004, pp. 11-13, admiten lo anteriormente sostenido. Este último autor reconoce que la regla prevista en el artículo 121, fracción II, constitucional: "[...] está condicionada a que no exista una disposición que la contradiga" (*op. cit.*, p. 11).

En cuanto a si las operaciones inmobiliarias deben ser calificadas de civiles de acuerdo con los ordenamientos locales o de mercantiles conforme al artículo 75, fracción II, del Código de Comercio, la doctrina mexicana admite que "[...] la determinación de la mercantilidad de un acto es un cuestionamiento que debe ser resuelto desde la perspectiva del derecho mercantil, en cuanto que se trata de un régimen especial" (Fausto Rico Álvarez y Patricio Garza Bandala, *Teoría general de las obligaciones*, Porrúa, México, 2005, p. 178).

No obstante que la fracción II del numeral 75 del Código de Comercio establece la mercantilidad de "[...] las compras y ventas de bienes inmuebles, cuando se hagan con dicho propósito de especulación comercial [...]" (las cursivas son nuestras), hay quienes objetan que con base en el precepto transcrito se pretenda justificar la intervención de Corredores Públicos en dichas operaciones inmobiliarias. Al respecto, cabe citar a don Javier Pérez Almaraz, quien sostiene lo siguiente: "[...] Sería enorme la confusión que se generaría, si siguiendo el simplista principio de que por hacerse con ánimo de lucro o especulación comercial, una compraventa sobre un inmueble, pudiera otorgarse ante corredor; pensemos en lo que sucedería, por ejemplo, si una compañía inmobiliaria adquiriera un terreno para construir en él un edificio en condominio y vender los departamentos, con un evidente ánimo de lucro, en ejercicio de su objeto social. Sin embargo, una vez adquirido, la sociedad podría decidir, a través de su órgano de administración, no destinarlo al fin que originalmente se proponía, sino utilizarlo para instalar allí sus oficinas, conservándolo por tiempo indefinido [...]"<sup>9</sup> Nosotros respetuosamente discrepa-

<sup>9</sup> PÉREZ ALMARAZ, Javier, "La Ley Federal de Correduría Pública. Objetivos no cumplidos", *Revista Mexicana de Derecho*, Colegio de Notarios del Distrito Federal, Porrúa, México, 2004, p. 229.

mos de lo anterior. El derecho mercantil, desde hace siglos, recurre, entre otros elementos, a cuestiones subjetivas como el ánimo de especulación para calificar un acontecimiento jurídico como acto de comercio (hay que recordar que también se emplean otros criterios como la naturaleza de los sujetos, el objeto sobre el cual recae un acto o la mera voluntad del legislador para considerar un acto como mercantil), sin que lo anterior en ningún momento haya sido contemplado como un criterio "simplista". El empleo de cuestiones subjetivas por parte del derecho comercial no ha derivado en situaciones de inseguridad jurídica. Además, no es privativo del derecho mercantil considerar elementos subjetivos —como la intención o el ánimo— para regular la conducta de las personas. Otras ramas como el derecho civil o penal también toman en cuenta el propósito o motivo determinante de la voluntad y la intención de los sujetos que participan en un determinado acontecimiento para atribuir o dejar de aplicar determinadas consecuencias jurídicas. Asimismo, por lo que atañe al comentario transcrito acerca de si posteriormente una empresa que adquirió un inmueble con ánimo de comercializarlo decide mejor destinarlo para sus oficinas, hay que recordar que la calificación de los elementos de existencia, requisitos de validez y naturaleza de todo acto jurídico (no nada más los que sean considerados como mercantiles) se realiza al momento de su celebración, con independencia de cualquier circunstancia externa al acto jurídico que pueda llegar a presentarse después. De llevar al extremo lo afirmado por el autor en comentario implicaría que nunca habría una auténtica certidumbre acerca de la naturaleza de cualquier acto jurídico —no sólo aquellos que sean de índole comercial— por tomar en cuenta elementos subjetivos. Pensemos sólo en una compraventa inmobiliaria celebrada entre dos personas físicas que no realizan actividades empresariales, asentándose incluso de manera expresa en el instrumento respectivo que la intención de quien adquiere es destinar el inmueble para su casa habitación, pero al día siguiente de celebrado el contrato cambia de parecer y le surge la idea de mejor demoler las construcciones existentes y realizar los trámites respectivos para edificar una plaza comercial y enajenar con ánimo de lucro los locales que construya. No por ello la compraventa descrita transmutó de naturaleza y dejó de ser civil para convertirse en mercantil.

### III. LA FORMA DE LOS ACTOS JURÍDICOS

Se ha llegado a argumentar que “todo aquello relacionado con la forma de los actos jurídicos corresponde a los ordenamientos civiles locales” y por lo tanto los Corredores Públicos (fedatarios federales) no pueden intervenir en operaciones traslativas de dominio y constitutivas de derechos reales sobre inmuebles, ya que los códigos civiles locales establecen, por regla general, que estos actos jurídicos deben constar en “escritura pública”. Lo anterior no es sino un sofisma que cae por su propio peso. Para empezar, el argumento en cuestión olvida la existencia de un derecho civil federal (su constitucionalidad ya se demostró líneas arriba), cuya normatividad es supletoria a las leyes mercantiles, conforme al artículo 2o. del Código de Comercio, lo cual implica que los códigos civiles locales no son aplicables en defecto o complemento de una disposición mercantil. Además, si bien es cierto que el artículo 13, fracción IV, del Código Civil Federal establece que “la forma de los actos jurídicos se regirá por el lugar en que se celebren”, congruente con el aforismo *locus regis actum*, lo anterior debe igualmente considerarse como una norma conflictual de índole procesal aplicable únicamente en materia civil y no a otras ramas del derecho que tengan una regulación específica. De lo contrario, no se explican, por ejemplo, las disposiciones conflictuales de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito contempladas en sus artículos 252 al 258, los cuales regulan los conflictos de leyes en el espacio respecto a los títulos valor. Del mismo modo, el ordenamiento mercantil antes citado establece los requisitos de forma de los títulos de crédito, con la nota distintiva que tratándose de títulos cambiarios la forma es un elemento de existencia y no nada más un requisito de validez como ocurre con los actos jurídicos civiles.

En la regulación correspondiente al contrato de intermediación bursátil (el cual incluye tanto un *poder* como un *mandato* que no se rigen por las disposiciones de forma de los códigos civiles locales), tenemos otro caso donde la propia legislación mercantil fija la forma de dicho acto jurídico. El artículo 199 de la Ley del Mercado de Valores en vigor marca: “[...] Por medio del *contrato de intermediación bursátil*, el cliente conferirá un *mandato* para que, por su cuenta, la casa de bolsa realice las operaciones autorizadas por esta Ley, a nom-

bre de la misma casa de bolsa, salvo que, por la propia naturaleza de la operación, deba convenirse a nombre y representación del cliente, *sin que en ambos casos sea necesario que el poder correspondiente se otorgue en escritura pública [...]*” (énfasis añadido).

Por otro lado, en materia administrativa federal, para señalar un ejemplo más, tenemos que los requisitos de forma de un acto administrativo se rigen por lo establecido en diversas fracciones del artículo 3o. de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, sin importar el lugar donde se emite el acto. En consecuencia, podemos afirmar categóricamente que es un error decir que la forma de todo acto jurídico debe regirse por lo señalado en el Código Civil local del lugar donde se celebre o efectúe. La forma, en términos generales, es un requisito de validez de todo acto jurídico y hay que consultar su regulación específica en la legislación de la materia correspondiente, ya sea civil, mercantil, administrativa o fiscal, por mencionar algunas ramas del derecho.

Con frecuencia se invoca la jurisprudencia de la Primera Sala de la SCJN establecida por contradicción de tesis con el rubro “CONTRATOS DE CRÉDITO SIMPLE DE HABILITACIÓN O AVÍO CON GARANTÍA HIPOTECARIA. DEBEN CONSTAR EN ESCRITURA PÚBLICA PARA DEMANDARSE SU CUMPLIMIENTO EN LA VÍA SUMARIA CIVIL POR INSTITUCIONES DE CRÉDITO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO)”, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, octubre de 1999, Tesis 1a./J. 36/99, p. 39, Materia Civil (Novena Época),<sup>10</sup> para defender el argumento de que, por regla general, “las

<sup>10</sup> CONTRATOS DE CRÉDITO SIMPLE DE HABILITACIÓN O AVÍO CON GARANTÍA HIPOTECARIA. DEBEN CONSTAR EN ESCRITURA PÚBLICA PARA DEMANDARSE SU CUMPLIMIENTO EN LA VÍA SUMARIA CIVIL POR INSTITUCIONES DE CRÉDITO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO). Las disposiciones generales contenidas en los artículos 2517, 2519, del Código Civil y 669 y 671 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco vigente, referente a que cuando la garantía hipotecaria recaiga sobre inmuebles debe constar en escritura pública, rige tratándose de contratos de crédito de habilitación o avío con garantía hipotecaria, como requisito para la procedencia de la vía, cuando las instituciones de crédito promuevan demanda en ejercicio de la acción real hipotecaria, toda vez, que la acción intentada debe ser acorde con lo que establece el Código Civil de la entidad federativa, que es similar con el Código para el Distrito Federal y, dentro del mismo orden de regulación, de los preceptos que norman el procedimiento, que son los contemplados por el Código de Procedimientos Civiles para el propio estado. No es obstáculo a ello, lo que disponen la Ley de Instituciones de Crédito y la Ley General de Títulos y Operaciones

operaciones inmobiliarias deben constar en escritura pública otorgada ante notario". Antes de proceder al análisis sobre dicha resolución, no podemos pasar por alto que sin desconocer el importante valor que tienen como fuente de derecho la jurisprudencia y precedentes emitidos por nuestro más alto tribunal, éste no siempre ha sido consistente con sus propias resoluciones, llegando a modificar incluso tesis de jurisprudencia firme sin que necesariamente haya acontecido algún cambio en la legislación. Como muestra de lo anterior cabe citar los criterios sostenidos por la SCJN en temas como la violación entre cónyuges,<sup>11</sup> tan sólo por mencionar un ejemplo. Con lo anterior no queremos sino afirmar que la propia Corte ha llegado a rectificar en ocasiones tesis jurisprudenciales que parecían perennes, lo cual esperamos algún día acontezca con la jurisprudencia en comentario. Ahora, en lo que atañe a la referida jurisprudencia, ésta sería inobjetable si todas las hipotecas garantizaran únicamente cré-

de Crédito, cuyos artículos 72 (de la primera legislación) y 326, fracciones III y IV (de la segunda), autorizan a las susodichas instituciones para ejercer sus acciones en la vía ejecutiva, en la vía ordinaria mercantil, o en la que en su caso corresponda (como la sumaria hipotecaria), pues ello no significa que la constitución de una garantía hipotecaria pueda otorgarse en contrato privado, ya que si bien este último es un contrato civil, requiere para la procedencia de una vía privilegiada, de su formalización en escritura pública toda vez que dichos preceptos de las citadas leyes se refieren a la forma en que pueden celebrarse los contratos mencionados y para ejercer la vía a seguir; pero de ninguna manera, esto implica que no se deban cumplir con las disposiciones adjetivas de acuerdo con la vía intentada y en este caso, como se trata de la vía sumaria civil, respecto a un contrato civil, la acción que se ejerza debe ser conforme al Código Civil y de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco.

Contradicción de tesis 26/98. Entre las sustentadas por el Segundo y Tercer Tribunales Colegiados en Materia Civil del Tercer Circuito. 26 de mayo de 1999. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Carlos Mena Adame.

Tesis de jurisprudencia 36/99. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de dieciocho de agosto de mil novecientos noventa y nueve por unanimidad de cuatro votos de los señores ministros: presidente Humberto Román Palacios, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza. Ausente: ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

<sup>11</sup> Es de todos sabido que la SCJN ha admitido en resoluciones recientes que sí es posible la configuración del delito de violación entre cónyuges, dejando con ello atrás el muy lamentable criterio establecido antes por la propia Corte que negaba lo anterior y que sólo consideraba al coito forzado con violencia por un cónyuge respecto a su pareja como "el ejercicio indebido de un derecho" (*sic*).

ditos civiles y nunca obligaciones de otra naturaleza. Sin embargo, encontramos sumamente criticable extrapolar lo anterior y aplicarlo a hipotecas que garantizan obligaciones derivadas de un contrato mercantil (como un contrato de habilitación o avío) a favor de un comerciante (como una institución de crédito). No compartimos el razonamiento de la Corte, entre otras, por las siguientes razones: en primer lugar, la jurisprudencia en comentario rompe con el principio de uniformidad que debe imperar en las relaciones comerciales en toda la República, debiéndose hacer extensiva dicha uniformidad a la legislación supletoria al derecho mercantil. En segundo término, el razonamiento de la Corte niega la posibilidad que un acto jurídico accesorio de garantía comparta la naturaleza de un acto jurídico principal mercantil sin el cual no tiene aquél subsistencia propia.

Habiendo tenido la SCJN frente a sí un caso complejo —si fuera un asunto sencillo y evidente difícilmente se hubiese suscitado una contradicción de tesis entre criterios sustentados por distintos Tribunales Colegiados de Circuito— con aristas de múltiples ramas del derecho (mercantil, civil, procesal y constitucional), la solución pronunciada por nuestro más alto tribunal se queda en la superficie. ¿Acaso no un acto jurídico accesorio —como es un contrato de garantía— no debe compartir la misma naturaleza que un acto jurídico principal, en este caso una operación de crédito mercantil? ¿Por qué pasar por alto lo señalado en el artículo 2o. del Código de Comercio, disposición que establece la supletoriedad del derecho civil federal y no de los ordenamientos civiles locales a la legislación mercantil? ¿Acaso se olvida la SCJN que también mediante jurisprudencia ha llegado a señalar que tratándose de leyes federales deben de aplicarse supletoriamente disposiciones del mismo orden, es decir de índole federal, y no las de naturaleza local correspondientes a las entidades federativas?<sup>12</sup> ¿Qué decir de ordenamientos —tanto federales como

<sup>12</sup> Aunque se trata de una jurisprudencia histórica dictada bajo la anterior Ley Federal del Trabajo de 18 de agosto de 1931, ordenamiento que establecía en su artículo 16 que el derecho común era supletorio a ésta, lo cual no acontece con la Ley Federal del Trabajo vigente, la cual excluye en su artículo 17 al derecho civil como supletorio de la misma, no por ello deja de tener valor como fuente histórica de nuestro sistema jurídico el principio establecido en la jurisprudencia referida a continuación, en la cual se establece que de acuerdo a nuestro marco constitucional la normatividad supletoria a una ley de naturaleza

locales— que expresamente le dan el mismo valor y efectos de escritura pública a actos jurídicos que no son otorgados ante notario?<sup>13</sup> La SCJN debió adentrarse más a fondo en la complejidad jurídica que tiene un sistema federal como el nuestro —donde, como ya se ha visto, coexisten los diversos ordenamientos civiles locales junto con una legislación civil federal, a diferencia de otros sistemas federales como el alemán o el argentino, en los cuales la federación es la única que legisla en materia civil— en vez de caer en un lugar común. Desde nuestra perspectiva, la jurisprudencia en estudio más que resolver en definitiva un tema de por sí controvertido, suscita más in-

federal debe ser también una ley federal. La resolución en comentario corresponde a la Quinta Época y tiene el siguiente texto: LEYES SUPLETORIAS EN MATERIA DE TRABAJO [TESIS HISTÓRICA]. Las legislaciones civiles locales no son supletorias del código del trabajo, sino la federal, por pertenecer dicho ordenamiento a esta rama.

Quinta Época

Amparo en revisión 4065/34. Tenreiro Joaquín M. 10 de octubre de 1935. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Vicente Santos Guajardo. Relator: Alfredo Iñárritu.

Amparo directo 4106/36. Rodríguez José Ruperto. 27 de febrero de 1937. Unanimidad de cuatro votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Amparo directo 7765/40. Saldívar Francisco. 17 de febrero de 1941. Unanimidad de cuatro votos. Relator: Roque Estrada.

Amparo directo 59/41. Smoot Edgar K. 25 de marzo de 1941. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Hermilo López Sánchez. Relator: Antonio Islas Bravo.

Amparo directo 4754/40. Rincón Francisco del. 26 de marzo de 1941. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Hermilo López Sánchez. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Apéndice 1917-1995, t. V, Tercera Parte, p. 715, Cuarta Sala, tesis 1025.

Nota: Esta tesis interpretaba el artículo 16 de la Ley Federal del Trabajo de 1931, cuyo sistema de supletoriedad fue modificado por el artículo 17 de la Ley Federal del Trabajo de 1970 y su correlativo de la ley en vigor.

<sup>13</sup> Al efecto, debemos citar tan sólo algunos ejemplos: I) Los artículos 54 y 98 de la Ley General de Bienes Nacionales que establecen casos concretos de actos jurídicos traslativos de dominio sobre inmuebles que no requieren de escritura, concediéndole al acto o contrato respectivo el carácter de "*instrumento público*"; II) el numeral 54 de la Ley del Régimen Patrimonial y del Servicio Público del Distrito Federal igualmente dispone que cierto tipo de donaciones, así como algunas adquisiciones y enajenaciones a título oneroso, sobre inmuebles no necesitan de intervención notarial, señalando que el documento respectivo "tendrá el carácter de *escritura pública*"; y III) el artículo 191 del Código Fiscal de la Federación en vigor establece que tratándose de inmuebles, "el acta de adjudicación debidamente firmada por la autoridad ejecutora tendrá el carácter de *escritura pública* y será el documento público que se considerará como *testimonio de escritura* para los efectos de inscripción en dicho Registro [se refiere al Registro Público de la Propiedad y de Comercio]" (las cursivas son nuestras).

certidumbre, sobre todo si la analizamos a la luz de las disposiciones constitucionales y legislativas a las cuales ya hemos hecho mención, además de también la propia jurisprudencia de la Corte.

#### IV. PROPUESTAS DE REFORMAS

Sin pretender elaborar en este artículo un anteproyecto en particular, sí podemos apuntar que la prohibición contenida en la fracción V del artículo 6 de la LFCP rompe con la armonía y congruencia que debe imperar en todo sistema jurídico. En consecuencia, pensamos debe eliminarse dicha insostenible e injustificable limitación, reconociendo que los Corredores Públicos sí pueden intervenir en operaciones traslativas de dominio y constitutivas de derechos reales sobre inmuebles en aquellos actos jurídicos que sean calificados de mercantiles, ya que, como se ha expuesto, no es exacto afirmar que "la ley, la doctrina y la jurisprudencia, consideran como actos civiles a los actos jurídicos sobre inmuebles [...]".<sup>14</sup> Del mismo modo, deben modificarse diversos artículos del Código Civil Federal —el cual es supletorio a la legislación mercantil, según lo señala Código de Comercio en su numeral 2o.— en cuanto a la forma de diversos actos jurídicos regulados por los Libros Segundo (de los bienes) y Cuarto (de las obligaciones) pertenecientes a dicho ordenamiento civil (las materias de personas, familia y sucesiones no requieren ajustarse, ya que es unánime que éstas versan sobre acontecimientos absolutamente civiles que nunca pueden ser mercantiles), cambiando los vocablos "escritura" o "escritura pública" por el de "instrumento público" y el de "notario" o "notario público" por el de "fedatario público", aclarando que por dicho concepto debe entenderse quedan comprendidos tanto los notarios como los Corredores Públicos, especificando que las actuaciones de estos últimos quedarán limitadas a las que provengan o deriven de la actividad mercantil cuando los actos en los cuales intervengan sean calificados por la legislación aplicable como actos de comercio.

<sup>14</sup> PÉREZ ALMARAZ, Javier, *op. cit.*, p. 228.

## V. COROLARIO

Por todo lo expuesto, no es defendible de manera alguna la prohibición que limita a los Corredores Públicos intervenir en materia inmobiliaria. Admitimos que lo analizado en el presente trabajo implica muchas cuestiones técnico-jurídicas sobre las cuales se requiere un mayor estudio. Creemos sinceramente que ante la complejidad de desentrañar los alcances de las facultades de la federación y de las entidades conforme a nuestro marco constitucional nadie puede arrogarse la petulancia de sostener que tiene la verdad absoluta. Confiamos que en lo futuro se lleven a cabo mayores y mejores trabajos que ahonden al respecto. Empero, esperamos que dichas investigaciones no se queden en lugares comunes bastante superficiales, sino que lleguen hasta las más hondas profundidades. Si bien es cierto que mucho de lo aquí expuesto versa sobre la forma de los actos jurídicos, hay mucho fondo en esta problemática.

## EL DERECHO Y LA CIENCIA

Rodolfo Vidal GÓMEZ ALCALÁ

“Pero por lo que respecta a la verdad certera, ningún hombre la ha conocido, ni la conocerá; ni acerca de los dioses, ni tampoco de todas las cosas de las que hablo. E incluso si por azar alguien pronunciase la verdad perfecta, él mismo no lo sabría: pues todo no es más que una tela tejida de conjeturas”.

(Jenofanes, siglo V a. C.)

“Tú, que por tu sabiduría formaste al hombre para que dominara las criaturas salidas de tus manos, para que gobernara al mundo con santidad y justicia y pronunciara sentencias con alma recta, dame la sabiduría que comparte tu trono y no me rechaces del número de tus hijos. Porque yo soy tu servidor y el hijo de tu sierva, hombre débil y de vida pasajera, y no alcanzo a comprender la justicia y las leyes”.

(Sabiduría, 9, 2 a 5, siglo I a. C.)

“Decían los antiguos que nada se conoce, nada se percibe, nada se puede saber porque nuestros sentidos son angostos, nuestra mente necia y nuestra vida demasiado corta”.

(Cicerón, Acad., I, 12)

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La crítica de la ciencia del derecho y de los juristas en la literatura*. III. *La crítica jurídica a la ciencia del derecho: Julius Hermann von Kirchmann*. IV. *La crítica a la ciencia del derecho en nuestros días*. V. *El perfil de la ciencia jurídica*.

## I. INTRODUCCIÓN

Uno de los temas y con ello, de las interrogantes más difíciles que la filosofía del derecho debe dilucidar, es el de la científicidad del derecho, lo que se traduce en la posibilidad de que esa rama del quehacer humano, pueda ser susceptible de un saber objetivo, permanente y verdadero. Esto, tomando en consideración, que en el mundo occidental y desde los filósofos griegos, que se dedicaron a temas específicamente jurídicos, se concibió y presentó frente a la sociedad, a esta rama del saber, como una verdadera ciencia, creencia que se transmitió al mundo romano y a la etapa medieval.

No fue sino con el Renacimiento y el surgimiento de la Edad Moderna, con el desarrollo de las ciencias empíricas, basadas primero en el método inductivo y posteriormente, en el experimental, y definitivamente con el desarrollo del modelo de ciencia que forjó el positivismo, donde tal relación fue puesta en entredicho e incluso negada. A partir de entonces, se afirmó contundentemente, que el derecho no podía ser, por su propia naturaleza, un objeto del conocimiento que permitiera su tratamiento científico. Por supuesto, esta crítica se nutrió de todas aquellas ideas negativas que a lo largo de la civilización se fueron realizando a la labor de los abogados, como expondremos en este ensayo.

De hecho, el tema constituye un punto incómodo para todos aquellos que pretenden dedicarse a indagar sobre esta clase de problemas. En los libros de teoría o filosofía del derecho, se encuentran varias posturas acerca de él. Tenemos en primer lugar, aquellas que parten del supuesto de que en realidad, existe un consenso sobre la posibilidad de un conocimiento objetivo acerca del derecho y por lo mismo, no proceden a su análisis o explicación, ya que se trata de una concepción compartida universalmente. Tampoco señalan los requisitos, ni los elementos que conforman a esta ciencia y dan por sentado que la labor que se realiza, tiene la misma naturaleza de los trabajos de investigación en otras ramas del saber.

En el otro extremo, están aquellos autores que simplemente niegan al derecho el carácter de saber riguroso y lo relegan, o bien, a la técnica, a una práctica social, o en el mejor de los casos, a una especie más del árbol del "arte". Esto último, evocando a Celso, quien indicaba que la jurisprudencia es el arte que producen los que se dedican a los asuntos de lo que es bueno y equitativo.

Por último, también contamos con aquellas posturas, en donde reconocen la existencia real del problema dentro de la teoría del derecho, y bien, tratan de dar una respuesta definitiva al mismo; o exponen que la misma, por el momento, no puede ser atendida de una manera satisfactoria para propios y extraños; o simplemente niegan la utilidad práctica de la pregunta.

Paradójico es el caso del maestro español Manuel Atienza, en su obra *Introducción al derecho*, quien a pesar de dedicar muchas páginas a este interrogante, aproximadamente cien, de su libro de más de trescientas treinta, lo que representa casi el treinta por ciento de la obra, acaba concluyendo que en realidad esta pregunta es un "seudoproblema" (término de moda por las corrientes analíticas y pospositivistas) de matiz meramente "estimativo", como un valor social: "Lo que se tratará de mostrar es que la cuestión de 'la científicidad de la jurisprudencia' es, sencillamente, una cuestión mal planteada desde un punto de vista meramente teórico y que tiene una explicación puramente ideológica. La auténtica raíz del problema es la falta de prestigio social de los juristas y de la labor teórica que desarrollan, carencia que se pretende superar usufructuando el rótulo de 'científico'".<sup>1</sup>

Por supuesto, para él, la respuesta es que por su propia naturaleza, el derecho no puede ser una auténtica ciencia, pero ello, no debe desanimar a sus cultivadores, debido a que, el hecho de que los conocimientos sean o no científicos, sólo representa un valor social, sin un valor positivo agregado, a la actividad que se desarrolla por parte de los juristas.

La vivencia de este problema entre los abogados, se encuentra primero, en los centros universitarios, donde no existen materias que enseñen ni afronten al alumno a aprender ni a practicar ciencia, mu-

<sup>1</sup> ATIENZA, Manuel, *Introducción al derecho*, Fontamara, México, 1998, p. 252.

cho menos, para informarles del grado de avance, problemas comunes, o situación en que se encuentran las otras ramas del conocimiento, menos aún, que lo ejerciten para esa necesaria comunicación entre los saberes jurídicos y los de otras ciencias.

Los teóricos jurídicos trabajan por lo general, con concepciones científicas que ya no comparten sus colegas de las restantes ciencias, y por supuesto, sus respuestas, no encuadran dentro del resultado general obtenido por otras ramas, ni a la visión general del mundo que se debe producir en esa actividad humana. Problema mayor lo representa, la necesaria comunicación entre la ciencia jurídica y las demás ramas del saber, ya que ésta no se da y no sólo está alejada de las demás ciencias de la naturaleza o exactas, sino incluso de aquellas con las que debería guardar una sana relación, como lo son las ciencias sociales.

Como lo indica el profesor Bobbio, ese distanciamiento del científico del derecho, se extiende desafortunadamente al propio mundo de los abogados, donde no hay relación, ni conexión entre la ciencia jurídica y la práctica. El teórico, no toma en cuenta las necesidades concretas de los litigantes, ni la realidad social en donde se mueve, sino que se encierra en su mundo de categorías, conceptos y definiciones.

En la práctica profesional, el abogado postulante no tarda en comprender, que sus actividades están notoriamente alejadas de las enseñanzas que le puede dar un teórico del derecho, y comprende, tarde o temprano, ese divorcio fatal entre teoría y práctica que en otras ramas del saber no existe. Reconoce y agradece ese notorio alejamiento que se da con esa clase de abogados.

Así, el teórico no toma en cuenta la práctica para la ciencia que produce, y por su parte, el práctico, no se interesa por la creación o los descubrimientos que realiza el primero, ambos se felicitan enormemente de la escasa relación que existe entre ellos. El resultado de ello, no puede ser más desalentador, puesto que hay una teoría jurídica de escasa repercusión en la práctica social y a su vez, los problemas concretos no son tomados en serio por la ciencia jurídica. En este sentido, esta ciencia se acostumbra cada vez más, a caminar sola en su peculiar y tradicional concepción de lo que debe ser un conocimiento metódico en el derecho.

La permanencia de la interrogante y su al parecer, frustrante solución, o falta de ella, ha llegado asimismo, a decir del profesor Bobbio, a crear en los abogados y juristas un "sentimiento de inferioridad" respecto de la labor que desarrollan en las sociedades en donde actúan, la cual no puede compararse con las actividades que realizan otros profesionistas, que tienen el respaldo del valor y el prestigio que da la ciencia.

La persistencia real de la duda, sus insatisfactorias respuestas, la inquietud de clasificar el tipo de actividades especulativas que realizan los abogados, y el sentimiento de minusvalía que los acompaña, hace necesario que constantemente se intente dar una solución final, que alivie las inquietudes que subyacen en la pregunta y los tiempos actuales no son la excepción. Por supuesto, queda permanente la interrogante sobre la posibilidad, verdad y utilidad de la pregunta inicial, ¿es posible que el derecho constituya un saber de tipo científico?

En las siguientes notas se tratará de desarrollar de una manera muy esquemática e invocando a algunos autores, cómo fue surgiendo la crítica literaria, filosófica y científica, sobre la posibilidad de un conocimiento racional y objetivo del derecho, hasta plasmar las ideas actuales que niegan dicha posibilidad. Por supuesto, trataré de mostrar, que esa crítica tuvo un origen histórico con razones definidas, objeción que ha permanecido constante en la historia, a pesar de haberse transformado la cultura jurídica y que la negativa actual de considerar a esta rama como un saber fiable, deriva de una concepción "positivista" o "postpositivista" de la ciencia, que no corresponde a la idea actual de la actividad científica. Luego me ocuparé de centrar los argumentos que se han expuesto para considerar la irracionalidad en esa rama de estudio, así como los elementos que se tienen que tomar en cuenta, para plantear la posibilidad de un estudio riguroso acerca de ella.

Como se podrá suponer, en estas líneas subyace una idea optimista acerca de la posibilidad real de un conocimiento cierto y confiable del mundo y de su aplicación a nuestra sociedad, incluso en aquellas ramas tan discutibles como la historia, o las llamadas ciencias sociales como el derecho, idea que comparten algunos de los más grandes exponentes de la teoría de la ciencia, como Russell, Popper o Habermas, mas no así por los abogados, quienes deberían ser sus

principales defensores. Si acudiéramos a las otras clases de ciencias que existen, veríamos lo que nos encontramos precisamente con la jurisprudencia, un constante esfuerzo por crear y transformar tanto el modelo de conocimiento que hemos logrado, como las herramientas idóneas para ello, así como una constante revisión de las conclusiones a las que llegamos.

## II. LA CRÍTICA DE LA CIENCIA DEL DERECHO Y DE LOS JURISTAS EN LA LITERATURA Y FILOSOFÍA

Los primeros conocimientos que se produjeron en los temas que hoy consideramos propiamente jurídicos, como en las restantes ramas del conocimiento humano, se dieron en la antigua Grecia, aunque existan autores que consideren que el derecho como "ciencia", no surgió sino hasta la cultura romana. Por supuesto, tal afirmación presupone un cierto sentido del término "ciencia jurídica" que ahora no discutiremos.

Ideas sobre la justicia, la equidad, la aplicación del derecho, la relación entre moral, poder político y derecho, naturaleza de las leyes, gobierno de las leyes o de los hombres, que hoy consideramos típicamente jurídicos, se encontraban ya dentro del objeto de análisis de los filósofos griegos y para ello, baste analizar entre otros, los diálogos sobre *La República*, o *Las Leyes* de Platón, o los libros sobre *La República* de Aristóteles, o las obras de los llamados "sofistas", tan llenos de temas políticos y sociales, para concluir que el derecho como objeto de estudio, ya había aparecido desde esta etapa en el mundo occidental, aunque por supuesto, este saber era puramente teórico, sin preocuparse de la práctica de quienes aplicaban las normas (salvo en el modelo que propuso Platón) de lo que sólo sucedió en Roma.

Por supuesto, estos temas eminentemente abstractos, se siguieron considerando en Roma, desde la República hasta el Imperio, donde además este saber, se fue complementando con una técnica formal de aplicación de las normas y de producción de razonamientos eminentemente jurídicos, que llegaron a identificarse específicamente como la ciencia del derecho.

La idea predominante en estas culturas y su legado a la posteridad, es que precisamente los problemas que hoy consideramos jurídicos,

eran susceptibles de un saber universal, abstracto y objetivo, que producían conocimientos "verdaderos" para todas las sociedades, en todo momento. Esto aunado a la posibilidad de una aplicación práctica de los conocimientos obtenidos, que se traducían en una técnica específica que permitía la solución de las controversias que se planteaban.

Característica distintiva de este saber, es que no solamente era teórico y abstracto, sino además y lo más importante, es que el mismo, permitía su aplicación a los problemas sociales, por lo que la unión entre teoría y praxis se presentó ya desde el origen del derecho, como un requisito ineludible en este modelo de conocimiento, lo que se apartaba drásticamente de la concepción científica expuesta por Aristóteles y su distinción de la "*Tekne*" (¿será por eso, que aún discutimos si la verdadera naturaleza del derecho es la de una "ciencia" o una "técnica"?).

No obstante la importancia y el prestigio que el derecho representaba para una sociedad como la romana, uno de sus más importantes filósofos y jurisconsultos, como lo fue Cicerón, reprochaba a sus amigos, el que dedicaran tanto tiempo al estudio de la jurisprudencia, actividad vana, respecto de otras más útiles y deberes más honrosos para el hombre y el medio social en que se encuentra. Sin embargo, esta posición era más bien excepcional en la antigüedad y durante la Edad Media, donde floreció la ciencia jurídica como una rama de enorme prestigio académico y social, posición que se mantuvo hasta el Renacimiento.

En esta nueva etapa, como en toda actividad humana relevante, como la de los gobernantes, médicos, banqueros, los abogados tuvieron su buena y mala literatura, por lo que se refiere a las actividades que realizaban y a su impacto en el grupo humano en el que se encontraban. No hablaremos de esa buena prensa que se dio, por no interesarnos en nuestros objetivos, sino la segunda, que precisamente empezó a florecer y desarrollarse a partir de esta etapa. Un ejemplo nos lo proporciona Ludovico Ariosto (1474-1533):

"De citaciones plenas y de edictos,  
de exhortos y poderes tenía llenas  
manos y senos, amén de un gran legajo  
de sumarios, de glosas y consultas,

con que los pocos bienes de los pobres ya nunca en la ciudad están seguros. Tenía detrás, delante y a ambos lados notarios, curadores y abogados".<sup>2</sup>

Miguel de Cervantes (1547-1616) si bien reconocía la necesidad de los abogados y notarios en las repúblicas y los reinos, no se explicaba los problemas que en la práctica producían con el ejercicio de sus saberes:

"Los escribanos han de ser libres, y no esclavos, ni hijos de esclavos; legítimos, no bastardos ni de ninguna mala raza nacidos. Juran de secreto fidelidad y que no harán escritura usuraria; que ni amistad ni enemistad, provecho o daño les moverá a no hacer su oficio con buena y cristiana conciencia. Pues si este oficio tantas buenas partes requiere, ¿por qué se ha de pensar que de más de veinte mil escribanos que hay en España se lleve el diablo la cosecha, como si fueran cepas de su majuelo? No lo quiero creer, ni es bien que ninguno lo crea; porque, finalmente, digo que es la gente más necesaria que había en las repúblicas bien ordenadas, y que si llevaban demasiados derechos, también hacían demasiados tuerzos, y que destos dos extremos podía resultar un medio que les hiciese mirar por el virote".<sup>3</sup>

Esta crítica natural y explicable ante la práctica jurídica y sus efectos negativos entre los hombres, pronto "encontró" la respuesta definitiva, que no era otra, de que el supuesto saber que decían tener los abogados, en realidad no existía, en atención a que su objeto de estudio, los razonamientos calificados como "jurídicos", no se reflejaban en algo existente, cierto o verdadero, sino por el contrario, era algo artificial, subjetivo y falso, lo que constituía una mera acumulación en el tiempo de comentarios u opiniones subjetivas y su producto más acabado, las leyes, las que al derivar de las primeras, y no tener una base real, no se pueden explicar por sí mismas, sino que se necesita la labor de estos personajes, como ya lo apuntaba Erasmo (1469-1536) en su *Elogio a la Locura*, una crítica a todo lo que sonara o se relacionara con el término "escolástico":

<sup>2</sup> ARIOSTO, Ludovico, *Orlando Furioso*, c. XIV, est. 84.

<sup>3</sup> CERVANTES SAAVEDRA, Miguel de, "El Licenciado Vidriera", en *Novelas Ejemplares*, vol. 2, Cátedra, Letras Hispánicas, Madrid, 1985, p. 70.

"Los jurisconsultos reclaman entre los doctos el primer lugar, y cierto es que ningún otro se muestra tan contento de sí mismo cuando, a modo de nuevos Sísifos, hacen rodar asiduamente la piedra urdiendo en su cabeza infinidad de leyes, sin importarles que vengan o no a pelo, acumulando comentario sobre comentario, opinión sobre opinión, y haciendo creer que sus estudios son los más difíciles de todos. Se figuran, en efecto, que todo lo que cuesta trabajo es excelente y meritorio".<sup>4</sup>

Gérard de Lister amigo del humanista, comentando este pensamiento, fue aún más demoledor contra los abogados:

"Del mismo modo que este réprobo de los poetas pasa todo su tiempo haciendo rodar, hasta la cima de una montaña, una gran piedra, que cae inmediatamente, así los jurisconsultos se toman mucho trabajo para nada".<sup>5</sup>

Sin embargo, hay que reconocer que la crítica de Erasmo, a la posibilidad de un conocimiento fiable en materia de derecho, no era un problema propio de esta rama de estudio, sino del hombre, dada su naturaleza, que pretendía lograr un resultado imposible, como el conocer las causas de todas las cosas. La humanidad no estaba preparada para obtener un saber fiable del mundo:

"Por consiguiente, entre los mortales, los que están más alejados de la felicidad son los que cultivan el saber, mostrándose por esto mismo doblemente locos, porque a pesar de haber nacido hombres, se olvidan, sin embargo, de su condición y quieren elevarse al estado de los dioses inmortales, y, a ejemplo de los gigantes, declaran la guerra a la naturaleza provistos de las armas de la ciencia, por lo cual el mundo considera menos infortunados a los que más se aproximan a la locura y a las cualidades de los brutos, que a los que estragan las suyas tratando de sacarlas de sus quicios".<sup>6</sup>

Esta imposibilidad de tener acceso a la verdad de las cosas, y sobre todo, en los asuntos humanos, produjo una desconfianza hacia la labor de los abogados y sus supuestos beneficios para la comunidad, ya que su saber era artificial y falso, lo que propiciaba el que no se

<sup>4</sup> ROTTERDAM, Erasmo de, *Elogio de la Locura*, Madrid, 1984, Sarpe, pp 142 y 143.

<sup>5</sup> Nota núm. 339 que aparece en la edición de *Elogio de la Locura*.

<sup>6</sup> *Ibidem*, pp. 98 y 99.

podiera aplicar la justicia en la comunidad en la que se encuentran, motivo por el cual, al ser en realidad superfluos, lo recomendable en toda sociedad bien ordenada era su supresión, como lo propuso en *Utopía*, otro representante de la cultura humanista, Tomás Moro (1477-1535):

“Así han suprimido a todos los abogados que defienden astutamente las causas y discuten sagazmente sobre las leyes. La experiencia les ha demostrado que es más conveniente que cada cual sea defensor de su propia causa y exponga al juez lo que le habría declarado a su abogado defensor. De este modo se evitan muchas dificultades y es más fácil averiguar la verdad. Mientras habla el denunciante sin las argucias que enseñan los defensores, el juez examina los argumentos y ayuda a los hombres humildes contra las calumnias de los acusadores”.<sup>7</sup>

Presumiblemente, tomando las ideas de la *Utopía*, muy de moda en la época de los colonizadores, se intentó poner en práctica en el “Nuevo Mundo”, particularmente en México, donde se llegó a prohibir que ingresaran en la Nueva España, abogados, al ser su labor más perjudicial que benéfica, como nos lo cuenta el maestro De Icaza Dufour:

“El más prestigiado autor de derecho indiano, don Juan de Solórzano y Pereyra, señala en su *Política Indiana* que: ...aunque luego que se descubrieron las Indias se tuvo por conveniente, que ni se dexasen pasar Abogados, ni procuradores á ellas, ni se formasen Tribunales juridicos, que pudiesen ocasionar pleytos, y los gastos y molestias que de ellos se siguen á sus primeros Conquistadores y Pobladores...”<sup>8</sup>

<sup>7</sup> MORO, Tomás, *Utopía, Capítulo VII, De los Esclavos*, Sarpe, Madrid, 1984, p. 139.

<sup>8</sup> ICAZA DUFOUR, Francisco de, *La abogacía en el Reino de Nueva España 1521-1821*, Porrúa, México, 1998, p. 78. Incluso esta mala opinión ya se encontraba en la madre patria, antes del descubrimiento de América: “Las críticas y denuncias de los constantes abusos de parte de los letrados, se realizaron por todos los medios e inclusive fueron llevados ante las cortes y el rey, pero al parecer se convirtieron en un mal crónico. Para el siglo XVII, cuando la monarquía española se hundió en una profunda crisis social que la llevó necesariamente a la decadencia, los folletistas y los arbitristas de la época en sus soluciones descabelladas, no dudaron en acusar a los hombres de leyes como causa última del desastre político y social bajo el que se encontraba postrado el reino, y todavía en las décadas del siglo XVIII, el discutido personaje Melchor de Mecanaz, los llamó “peste de la monarquía y debilitación del Erario”, p. 42.

Lo anterior, lo confirma Montaigne en su ensayo dedicado a “*La experiencia*”:

“El rey Fernando de España, al enviar colonos a las Indias, ordenó sabiamente que no se expidiesen jurisperitos, para impedir que floreciesen pleitos en el Nuevo Mundo, juzgando con razón la ciencia de la justicia cosa generadora, por su esencia, de altercado y división. Sin duda ese monarca opinaba, con Platón, que jurisconsultos y médicos son malos elementos en un país”.<sup>9</sup>

Sin embargo, esta excelente medida pronto tuvo que ser abandonada, al incrementarse los problemas entre los habitantes del virreinato, sin que existieran personas especializadas en dirimir conflictos interpersonales:

“Sin embargo, cuando se incrementaron los descubrimientos y conquistas y un mayor número de españoles pasó a asentarse en estas provincias y vieron éstos aumentadas sus haciendas e intereses, se comenzaron á encender entre ellos muchos pleytos y contiendas, como es de ordinario y por el consiguiente pareció forzoso permitirles, no sólo Abogados y Procuradores que los guiasen y ayudasen en ellos, como lo dice dicha instrucción, sino también crear, erigir y poner en las Ciudades más principales de cada Provincia Audiencias y Chancillerías Reales, a donde las partes pudiesen recurrir en apelación de las sentencias y agravios que los huviesen hecho los Alcaldes Ordinarios ó Corregidores”.<sup>10</sup>

Para Montaigne (1533-1592) el estudio de la jurisprudencia resulta imposible, dado que su objeto también lo es, al no estar fundado en ningún elemento objetivo, ni natural, que pueda ser apreciado de la misma manera por todos, sino que recae en elementos subjetivos y variables de persona a persona y de región a región:

“Sólo por falta de ingenio y capacidad no se aplica lo mismo a todos, ya que los jueces y abogados de nuestro tiempo encuentran en cualquier causa manera de acomodarla como les parece. En ciencia tan indefinida, depen-

<sup>9</sup> MONTAIGNE, “De la Experiencia”, en *Ensayos completos*, tomados de la 1a. ed., 1580-1588, 3a. ed., Porrúa, 2003, p. 905.

<sup>10</sup> ICAZA DUFOUR, Francisco de, *op. cit.*, p. 78.

diente de la autoridad de tantas opiniones y de juicios tan arbitrarios no puede evitarse que nazca una extrema confusión de juicios. Lo que unos juzgan de un modo otros lo juzgan al contrario, y hasta los mismos juzgadores se contradicen de ocasión a ocasión. De aquí dimana el ordinario ejemplo, que tanto macula la ceremonia de autoridad ilustre de nuestra justicia, que de una causa vaya de manos de unos jueces a otros... Las leyes toman autoridad del uso y aplicación. Es peligroso remontarse a su nacimiento, porque se engrandece y ennoblece a medida que van estando en vigor, como los ríos a medida que avanzan. Si la siguiéramos hasta su origen hallaríamos una fuentecilla insignificante que se enorgullece y fortifica al envejecer..."<sup>11</sup>

De esta manera, los abogados, apoyados en un medio de conocimiento tan endeble, pueden abrazar y defender cualquier causa, por arbitraria que sea, lo que evidentemente sólo demuestra la inexistencia de la llamada "ciencia jurídica":

"Si informamos de una causa a un abogado y nos responde titubeante y dudando, entenderemos que le es indiferente defender a una parte o a la otra. Si, habiéndole pagado bien, empieza a interesarse y a caldearse su voluntad, su razón y su ciencia se exalta análogamente y he aquí que una verdad indubitable se presenta a su entendimiento, el cual descubre una nueva luz y se persuade de ella de buena fe".<sup>12</sup>

En otro ensayo, duda que la labor de la interpretación de las leyes pueda tener algo benéfico ni certero, ya que sólo ayuda a incrementar la incertidumbre e ignorancia de los hombres, lo que es producto de la llamada ciencia jurídica:

"Igual sucede en jurisprudencia. Subdividiendo las sutilezas, se enseña a los hombres a aumentar las dudas a extender y diversificar las dificultades y a alejarlas y dispersarlas. Sembrando y ahondando las discusiones se las hace fructificar y se hace crecer en el mundo las mies de la incertidumbre y la rencilla, al modo que la tierra se torna más fértil cuanto más y más profundamente se la remueve: *Dificultatem facit doctrina* ("La doctrina crea la dificultad" [Quintiliano, Inst. Or. X, 3]). Dudamos acerca de Ulpiano y aún

<sup>11</sup> MONTAIGNE, en su ensayo dedicado a la "Apología de Raimundo Sabunde", *op. cit.*, pp. 499 y 500.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 484.

vacilamos sobre Bartolo y Baldo. Sería menester borrar las huellas de esta innúmera diversidad de opiniones en vez de engalanarnos con ella y transmitir las, reforzadas, a la posteridad".<sup>13</sup>

Por supuesto, la desconfianza de este autor frente al derecho, no es mayor que la del hombre frente a la posibilidad de un conocimiento verdadero y confiable en el cual apoyar su vida, ya que ésta sólo puede descansar en la fe de la existencia de Dios y de sus atributos, lo que no puede ser obtenido por la razón, sino sólo mediante la fe.

Blas Pascal (1623-1669) siguiendo con el escepticismo de Montaigne, ratificaba la imposibilidad de conocer científicamente el derecho y su objeto de estudio, la justicia:

"¿Sobre qué fundará el hombre la economía del mundo, que quiere gobernar? ¿Será sobre el capricho de cada particular? ¡Qué confusión! ¿Será sobre la justicia? La ignora".<sup>14</sup>

En efecto, la ciencia del derecho resulta descabellada, porque recae sobre un objeto variable, las costumbres, que se adoptan y forman en cada lugar, las cuales crean las leyes de los reinos, por lo que con ellas, no se pueda dar su generalización ni su conocimiento universal. En ese tenor, su contenido, la justicia, tampoco puede ser universal, sino concreta, variable y temporal, lo que nos lleva a que en realidad, ésta en sí, nunca se podrá conocer fiablemente, al no estar reflejada en ninguna ley común a todos los hombres, que se pueda constatar por la experiencia:

"Ciertamente, si la conociese, no habría establecido esta máxima, la más general entre todas las que existen entre los hombres: Que cada cual siga las costumbres de su país. El resplandor de la verdadera equidad habría subyugado a todos los pueblos, y los legisladores no hubieran tomado por norma, en lugar de esta justicia constante, las fantasías y los caprichos de persas y alemanes. La veríamos planteada por todos los Estados del mundo y en

<sup>13</sup> MONTAIGNE, "De la Experiencia", *op. cit.*, p. 906.

<sup>14</sup> PASCAL, Blas, *Pensamientos*, ubicados en el rubro XXIV, "De la Justicia", en la edición preparada por Porrúa, *Pensamientos y otros escritos*, la 1a. ed. de los *Pensamientos*, está tomada de la 1a. ed., francesa de 1669, 3a. ed., México, 2005, p. 311.

todos los tiempos en lugar de ver, como ahora, que casi nada de lo que se dice justo o injusto deja de cambiar cuando se cambia de clima. Tres grados de elevación hacia el polo, echan por tierra toda la jurisprudencia. Un meridiano decide de la verdad; en unos cuantos años de posesión las leyes fundamentales cambian; el derecho tiene sus épocas. La entrada de Saturno en el León nos señala el origen de tal o cual crimen. ¡Graciosa justicia, que un río puede limitar! Verdad parte de acá de los Pirineos, error más allá.

Ellos confiesan que la justicia no reside en estas costumbres, sino que reside en las leyes naturales conocidas en todo país. Ciertamente lo sostendrían con testarudez, si la temeridad del azar, que ha sembrado las leyes humanas, hubiese encontrado a lo menos una que fuera universal; pero lo chistoso es que el capricho de los hombres se ha diversificado tan a maravilla, que no hay manera de encontrar una ley así.<sup>15</sup>

En el Renacimiento, los más brillante pensadores llegaron a la conclusión de que los abogados no manejaban en realidad ninguna ciencia, ya que el objeto de sus disquisiciones, era en verdad, el mero capricho humano, o respuestas a situaciones climáticas o geográficas y por lo mismo, humo y falsedad, donde más que poner en práctica un saber “fidedigno”, sólo había verborrea, cúmulos de comentarios, juegos de palabras, abusos del idioma, que más que clarificar y resolver problemas, los complican, como nos enseña Voltaire (1694-1778) en su escrito filosófico dedicado al abuso de las palabras:

“Un jurisconsulto, en el ejercicio de su profesión, anuncia que no observar las fiestas y los domingos es cometer el crimen de lesa majestad divina en la persona del segundo jefe. Desde luego la frase majestad divina nos da la idea del más enorme de los crímenes y del más espantoso de los castigos. ¿Pero a propósito de qué la pronunció el jurisconsulto? Por no haber asistido a las visperas, lo que puede sucederle al hombre más honrado del mundo.

En todas las controversias que se entablan sobre la libertad, uno de los argumentadores entiende casi siempre una cosa y su adversario otra. Luego se presenta un tercero en discordia, que no entiende al primero ni al segundo, pero que tampoco lo entienden a él. En las disputas sobre la libertad, uno tiene el pensamiento de la potencia de imaginar, otro el de la potencia

de querer y el tercero el deseo de ejecutar; corren los tres, cada uno dentro de su círculo, y no se encuentran nunca”.<sup>16</sup>

Desde entonces se adquirió la convicción entre los intelectuales, de que era inexistente la llamada ciencia jurídica, porque no se daba un elemento real ni objetivo sobre el cual realizar las investigaciones.<sup>17</sup> Los hombres debían tomar en cuenta esa situación, asumir que los abogados en su práctica no utilizaban ningún conocimiento certero, ni fiable y las leyes, estaban fuera de cualquier posibilidad de un conocimiento universal.

Fuera de la tradición latina, y como prueba de que el problema de la científicidad del derecho es universal, y no sólo de la cultura indicada (como lo plantea Atienza) el implacable Jonathan Swift (1667-1745) también ridiculiza a los abogados y su ciencia, en su obra: *Los Viajes de Gulliver*, porque no manejan ni utilizan ciencia alguna, los problemas que atienden sólo son particulares y momentáneos. Así Gulliver en *Lilliput*, como sucedió con los sofistas en la antigua Grecia, se percató de la diversidad de leyes y del contenido variable de la justicia que pueden existir en las distintas comunidades, lo que sólo puede reflejar, lo cambiante del objeto del derecho:

“Hay en este imperio algunas leyes y costumbres muy particulares. Y si no fuera tan directamente opuestas a las de mi querido país me sentiría tentado en decir algo a su favor... Aunque el premio y el castigo son los dos pivotes sobre los que gira cualquier régimen, no he podido ver que esta máxima se ponga en práctica en nación alguna excepto en Lilliput. Cualquiera que demuestre haber cumplido estrictamente las leyes del país durante setenta y tres lunas adquiere derecho a ciertos privilegios, según su cualidad y condi-

<sup>16</sup> VOLTAIRE, “Cartas filosóficas y otros escritos”, en el escrito filosófico: *Abuso de las palabras*, Sarpe, Madrid, 1983, p. 90.

<sup>17</sup> Crítica que aún encontramos en la literatura, por ejemplo en Anatole FRANCE: “Conviene devolver a la justicia humana su verdadero principio, que es el interés material de los ciudadanos, y liberarla de toda la elevada filosofía con la que se envuelve con pomposa y vana hipocresía... —Las Leyes— dijo mi buen amo— son igualmente útiles. Pero no son justas ni podrán serlo, pues el juez les asegura a los ciudadanos el goce de lo que les pertenece, sin discernir entre los verdaderos bienes y los falsos; esta distinción no está en las reglas del juego, sino sólo en el libro de la justicia divina, que nadie puede leer”, en “Las opiniones de Jérôme COIGNARD”, últimos capítulos contenidos en *“Chocantes opiniones sobre la justicia”*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, pp. 25 y 32.

<sup>15</sup> *Ibidem*, pp. 311 y 312.

ción de vida; asimismo se hace merecedor a una suma proporcional de dinero, proveniente de un fondo especial dispuesto para este fin. Además se adquiere el título de Snilpal o Legal, que se añade al nombre, pero que no heredarán sus descendientes. Cuando les dije que imponíamos leyes únicamente mediante castigos, sin ninguna mención a premios, aquella gente lo consideró un defecto enorme del sistema. Por este motivo la imagen de la justicia viene representada en los tribunales con seis ojos: dos delante, igual número detrás, y uno por lado, lo que representa circunspección. Lleva además una bolsa de oro abierta en la mano derecha, y una espada envainada en la izquierda, para demostrar que está más dispuesta a premiar que a castigar".<sup>18</sup>

Gulliver también conoció el país de "*Brobdingnag*", donde se percató que la estructura de las leyes y normas están controladas y restringidas por el estado, en aras de darle la debida y suficiente protección a sus súbditos. En ese tenor, la forma de las leyes, no tienen tampoco nada de necesario, ni de general, sino más bien, responden a la concepción del poder político y de las medidas públicas que se implantan en los ciudadanos:

"Ninguna ley de aquel país debe exceder en palabras al número de letras de su alfabeto, que sólo consta de veintidós. Pero, en realidad, muy pocas alcanzan ese número. Están redactadas en términos muy sencillos y claros, ya que aquella gente no es lo bastante despierta como para encontrar más de una interpretación a una palabra. Y escribir comentarios sobre alguna de las leyes es un crimen capital. Por lo que respecta a la jurisprudencia de causas civiles o criminales, existen tan pocos precedentes en ese país que apenas pueden alardear de ser peritos en ninguno de los dos campos".<sup>19</sup>

Por último, en el país de los "*Houyhnhnms*", el viajero es radical y contundente, al afirmar la imposibilidad que en el mundo occidental, pueda ser el derecho una ciencia, lo que se ve reflejado en los enormes inconvenientes que se encuentran ante los resultados de la innoble profesión de abogado:

"Aseguré a Su Honor que no andaba muy versado en la ciencia del derecho. Mi experiencia, además se limitaba a haber contratado en vano a algunos

<sup>18</sup> SWIFT Jonathan, *Los Viajes de Gulliver*, RBA Editores, Barcelona, 1994, pp. 47 y 48.

<sup>19</sup> *Ibidem*, pp. 120 y 121.

abogados ante ciertas injusticias de las que había sido víctima. Le daría a pesar de todo, todas las explicaciones posibles.

Existe entre nosotros una asociación de hombres, instruidos desde su juventud en el arte de demostrar, a fuerza de verborrea, que lo blanco es negro, y lo negro blanco según las consignas del que paga. El resto de la gente es esclava de esta asociación.

Por ejemplo, si mi vecino codicia mi vaca, paga un abogado para que pruebe que debo entregársela. Debo, pues, alquilar a otro abogado que defienda mis derechos, ya que va en contra de toda la perceptiva legal el permitir que uno se autodefienda. En este caso, yo, que soy el verdadero propietario, gozo de una doble desventaja: en primer lugar, como mi abogado se ha entrenado casi desde su cuna a defender causas injustas, se encuentra muy desplazado al defender una justa; es ésta una ocupación antinatural de su talento, que siempre ejecutará con gran torpeza cuando no de mala gana. La segunda desventaja consiste en que mi abogado debe proceder cautelosamente, pues corre el riesgo de ser reprendido por los jueces y aborrecido por sus colegas por obstaculizar la práctica de la ley. En consecuencia sólo tengo dos métodos para conservar mi vaca. El primero consiste en sobornar al abogado de mi adversario pagándole el doble que él; entonces traicionará a su cliente insinuando que la justicia está de su parte. El segundo método se basa en que mi abogado presente mi causa del modo más injusto posible concediendo que la vaca pertenece a mi oponente. Si la maniobra está bien ejecutada, el resultado será favorable...

Es un tópico entre estos abogados que lo que se ha hecho antes puede volverse a hacer con legitimidad. Así anotan con especial cuidado todas las decisiones precedentes que van contra la justicia natural y el sentido común universal. Estas decisiones, o precedentes, se esgrimen ante las autoridades para justificar las opiniones más inicuas, que los jueces, en sus veredictos nunca dejan de tener en cuenta...

Aquí, mi dueño me interrumpió para manifestar que resultaba lastimoso no se incitase a los abogados, estos seres ciertamente dotados de tan prodigiosas habilidades según mi conclusa descripción, a ser instructores de los demás en el saber y prudencia. Por toda respuesta a Su Honor, le aseguré que en todo lo que no hacía referencia a su oficio, formaban, por lo general, el conjunto más ignorante y estúpido de nuestra generación, el más despreciable en la conversación normal, el enemigo declarado de todo conocimiento y saber, siempre dispuesto a pervertir el sentido común humano, tanto en las diversas normas del saber como en su propia especialidad".<sup>20</sup>

<sup>20</sup> *Ibidem*, pp. 221-224. Otro ejemplo inglés de crítica hacia los abogados y los aplicadores de las normas, que confirma la crítica universal hacia ellos, lo tenemos en

Por su parte, J. W. Goethe (1749-1832) en su obra cumbre, ridiculizaba tanto a los abogados como a su supuesta ciencia, al no dedicarse ni tomar en cuenta las verdaderas leyes naturales que deberían ser el objeto de la segunda, sino a otras que no tienen nada de racionales, ya que son pasajeras y arbitrarias:

“ESTUDIANTE. A la Jurisprudencia no puedo acomodarme.

MEFISTÓFELES. No encuentro eso tan mal de parte vuestra. Bien sé lo que pasa con esta ciencia. Leyes y derechos se transmiten de un modo hereditario como una enfermedad perenne; van arrastrándose de generación en generación y avanzan lentamente de un lugar a otro. La razón se convierte en sinrazón, el beneficio en ofensa. ¡Desgraciado de ti que eres nieto! Del derecho que con nosotros nació, de él ¡ay! Nunca se dice una palabra”.<sup>21</sup>

Como se puede desprender de los anteriores autores, a partir del Renacimiento comenzó a generarse entre literatos y filósofos, una opinión adversa sobre la posibilidad de un conocimiento certero acerca de los problemas que se consideran como jurídicos y con ello, la escasa factibilidad de una ciencia sobre ellos, crítica que se mantuvo constante hasta el siglo XIX y de ahí, como veremos en el siguiente apartado, se trasladó además a la teoría del derecho. Esa imposibilidad, recordemos, se sustenta en la inexistencia de un verdadero y real objeto de estudio, al versar en meras opiniones y consideraciones de lo que piensan a lo largo de la historia, los abogados, pero sin que ello, llegue a constituir una realidad.

Evidentemente tal carencia de un saber real, la imposibilidad que se había mostrado hasta ese momento para estudiar el “auténtico” derecho y por el contrario, perderse en un conjunto de opiniones absurdas y subjetivas, no podía sino reflejarse en los malos e insatisfactorios resultados de la labor de los abogados, así como sus escasos y por el contrario, perjudiciales resultados que repercutían en la sociedad.

Shakespeare, en su obra dedicada a la justicia: “Medida por Medida”: “¿A quién me quejaré? ¿Quién me creería, si refiriera esto? ¡Oh peligrosas bocas, que no tienen más que una sola lengua, la misma para condenar o para absolver! Que fuerzan la ley a que se incline ante sus caprichos; que predicán lo justo o lo injusto con el cebo de su apetito, forzando a que siga lo justo o lo injusto en el sentido que lo saca el anzuelo de los sentidos”. *Obras completas*, t. II, 16a. ed., Aguilar, Madrid, 1974, p. 456.

<sup>21</sup> GOETHE, J. W., *Fausto*, Porrúa, México, 10a. ed., 1980, p. 31.

### III. LA CRÍTICA JURÍDICA A LA CIENCIA DEL DERECHO:

JULIUS HERMANN VON KIRCHMANN

Como nos lo apunta el eminente maestro y recientemente fallecido, don Antonio Truyol y Serra, corresponde al alemán Julius Hermann von Kirchmann (1802-1884) el mérito de sintetizar en el campo jurídico y de una sola vez, las críticas hasta ese entonces formuladas por la literatura y la filosofía, sobre la imposibilidad de que el derecho se pudiera constituir como una auténtica disciplina científica. Esto lo hizo en una conferencia que pronunció en 1847, en una sociedad jurídica de Berlín y que posteriormente se convirtió en un pequeño libro, que actualmente es el clásico por antonomasia en la materia: *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als wissenschaft* (*La jurisprudencia no es ciencia*).<sup>22</sup>

El caso de este jurista resulta singular, toda vez que su fama deviene precisamente de la publicación de dicha conferencia exclusivamente, la cual dio en su juventud, y si bien llegó a dar a la prensa otras obras sobre temas jurídicos, como lo es entre otras, la causa de las obligaciones jurídicas, hoy ya se encuentran en el olvido. La razón por la que este libro sigue vigente hasta nuestros días, obedece a que logra sintetizar y explicar de una manera clara y bien escrita, las principales críticas que se habían formulado hasta ese entonces sobre la posibilidad de un conocimiento científico en el derecho, aunado a que desde una perspectiva positivista, señaló los obstáculos, al parecer insuperables, que impedían toda posibilidad de un conocimiento científico en esta rama del saber. De hecho, la obra que nos ocupa sigue siendo consulta obligada para todo aquel que quiera adentrarse en este problema, ya sea para confirmar sus premisas, o superar los resultados que ofrece, por lo tanto, es imprescindible que analicemos sus ideas más importantes.

El blanco principal de su crítica, no se centra como en el caso de Goethe o Swift, en la imposibilidad del derecho como ciencia, por el

<sup>22</sup> Para el presente artículo, usaremos la traducción al español que realizó mi maestro, Antonio Truyol y Serra, recogida en la obra del mismo nombre, que publicó el Instituto de Estudios Políticos de Madrid, de la Editorial Civitas, Madrid, 1949. Por otro lado, recomendamos ampliamente el estudio introductorio de esta obra, que sirvió de guía a las presentes notas.

carácter o la actividad de los juristas, sino por el contrario, porque el objeto mismo de su estudio, esto es, el derecho, como en otras ramas de las ciencias sociales, como lo apuntaría también Max Weber en ese mismo siglo, era subjetivo y contingente, lo que producía su "irracionalidad" y por lo tanto, resultaba imposible su conocimiento imparcial y desinteresado, al no recaer su estudio en un auténtico "objeto" sino en las personas que lo producían, crítica que en el siglo XX retomarían los llamados "realistas escandinavos".

En primer término, señala una situación sintomática que presenta este saber, que precisa de un diagnóstico, ya que al contrario de lo que sucede en las restantes ciencias, el mismo ha permanecido estacionario desde los tiempos de Francis Bacon y desde entonces, no se ha podido desarrollar: "La jurisprudencia, en cambio desde la época de Bacon, ha permanecido por lo menos estacionaria. Sus reglas, sus conceptos, no han encontrado desde entonces expresiones más agudas. No hay en ella menos controversias, sino más. Incluso ahí donde la investigación más paciente creía haber llegado por fin a un resultado seguro e incommovible, apenas transcurre una década sin que vuelva a iniciarse la discusión desde un principio".<sup>23</sup>

Es particular esta primera observación, en atención a que coincide con la que han formulado los principales filósofos que se han ocupado de temas científicos, o de metodología de la ciencia, cuando se enfocan a las ciencias sociales, como la ética, o el derecho, pues manifiestan y recalcan ese aparente y permanente atraso en que se encuentran, por lo que cada autor que se interne en ellas, tiene que volver a comenzar desde el principio, para intentar dar respuestas correctas a sus interrogantes, como lo señalaron entre otros, Francis Bacon, en su obra *Novum Organum* (1620), David Hume, en su *Tratado de la naturaleza humana* (1740), o Immanuel Kant en la *Crítica de la razón pura* (1781), etcétera. Si de algo sirve la herramienta de la ciencia, es precisamente para disminuir la penumbra de lo desconocido para el hombre, y el hecho de que exista una o varias que no

<sup>23</sup> KIRCHMANN, Julius Hermann von, *La jurisprudencia no es ciencia*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, pp. 36 y 37. Como nos lo indica el traductor, el término "jurisprudencia" que emplea, es sinónimo de "ciencia del derecho" o "ciencia jurídica".

puedan caminar en ese sentido, sólo nota su falta de utilidad, de sentido y con ello, de realidad.

De hecho, también esta situación de estancamiento y de nulo avance en la obtención de resultados objetivos en los problemas jurídicos, fue también apuntada en el siglo XX, entre otros, por Hans Kelsen, en su prólogo a la *Teoría pura del derecho* (en sus dos ediciones de 1934 y 1960) y Alf Ross en *Sobre el derecho y la justicia* (1958), etcétera. La conclusión a la que llegan no es otra, sino que la falta de resultados claros y objetivos, sólo denota que ni los planteamientos, ni el método, ni la forma de obtener resultados que se han utilizado hasta ese momento, han sido en realidad "científicos", y por ello, hay que comenzar de nuevo, hacia una nueva teoría sobre la posibilidad de un conocimiento jurídico. Esas obras, son en esencia, el intento que hicieron por encontrar en dicho siglo ese anhelado nuevo camino.

Kirchmann considera que esta imposibilidad de progreso científico en el derecho, deviene en el cambio constante que encontramos en él, lo que no sucede con otras ramas del saber, donde su "objeto" permanece estático con el paso del tiempo. El sol, siempre es el sol, o la electricidad siempre produce los mismos efectos, pero no es así en los sistemas jurídicos, donde las figuras e instituciones están en constante dinamismo. Esta característica produce que las teorías sobre el fenómeno jurídico "lleguen siempre tarde" con respecto al objetivo que se proponen estudiar, de tal manera que a pesar de dedicarse a ello los juristas, nunca pueden alcanzar la actualidad y lograr una armonía entre fenómeno jurídico y su explicación teórica. Como decía Zenon de Elea, la ciencia jurídica como Aquiles, lógicamente está imposibilitada para alcanzar a la tortuga, como imagen del derecho real vigente en una comunidad.

Esta característica, recuerda el autor, ha traído en la literatura las constantes burlas de los poetas como Goethe. El derecho sólo puede ser comprendido cuando el mismo ha dejado de afectar al hombre y con ello, ha dejado de ser necesario su estudio: "El Estado griego sólo fue comprendido cuando ya había periclitado. La ciencia de las instituciones rígidas del derecho romano no fue completa sino cuando el *jus gentium* ya las hubo desplazado. El espíritu y la excelencia de la constitución del imperio germánico no fueron reconocidos hasta que Napoleón hubo borrado sus últimas huellas. Este es el primer

defecto fundamental que sufre la ciencia jurídica, y de él nacen consecuencias múltiples que obstaculizan su camino".<sup>24</sup>

No solamente se da un retraso fatal en la comprensión de los fenómenos jurídicos, sino que además, eso contribuye a que la ciencia jurídica sea por su propia naturaleza "reaccionaria", es decir, contraria u opuesta a todo cambio o progreso. Los conceptos y teorías que utiliza, no permiten la transformación del entorno en donde se aplican, lo que denota un sinsentido en esta ciencia, ya que precisamente la idea implícita en ella, es más que nada, transformar la realidad con el conocimiento adquirido, oposición que también ha sido resaltada en los siglos XIX y XX, por los detractores de la ciencia del derecho, principalmente por la sociología del derecho, la teoría marxista, o los exponentes del realismo jurídico.

En este sentido, el derecho siempre está y estará condenado a dar explicaciones tardías a fenómenos que ya no afectan a la vida del hombre, porque requiere el paso del tiempo para la debida comprensión de los problemas que enfrenta: "Por eso, en el derecho tiene que haber transcurrido el tiempo, con su poder moderador, antes de que la ciencia pueda salir a escena y descubrir libremente la verdad".<sup>25</sup>

Por otro lado, lo peculiar de quienes se enfocan a estudiar los problemas del derecho, consiste en que más que observar directamente el objeto de lo que quieren explicar, se dedican a "buscar" en los juristas "romanos", o "antiguos", una explicación a ellos. Todo lo intentan reducir o asimilar a lo que ya se ha dado en otros tiempos. La investigación científica moderna, así como cualquier ciencia, por el contrario, siempre ha propuesto iniciar la investigación, observando directamente el problema que se quiere resolver, lo que provoca una idea de "inmediatez" en ese conocimiento. Hay siempre una relación directa entre el sujeto conocedor y objeto que es conocido.

Por el contrario, los abogados cuando tienen el ánimo de comprender un fenómeno que ha aparecido en la sociedad, antes de analizarlo directamente, acuden a la historia, para buscar teorías anteriores que expliquen sucesos similares y de esta forma, adquieren ideas preconcebidas que impiden una comprensión adecuada del fenómeno y con ello, su libre desenvolvimiento.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 47.

En realidad, el problema social del derecho y su imposibilidad científica, apunta Kirchmann, como lo habían visualizado Montaigne y Pascal, radica precisamente en el "objeto" de estudio, es decir, el sistema jurídico y su estructura, lo que evita la posibilidad de cualquier conocimiento objetivo. El derecho por un lado, está en constante movimiento y transformación, lo que impide "petrificarlo" o aislarlo, para su adecuada comprensión. Por otro lado, en él influyen la pasión y el sentimiento de los hombres, lo que evidentemente nos arroja a una subjetividad en su contenido y con ello, su relatividad y contingencia, notas impropias de un saber auténtico.

El sentimiento, como lo considera el autor berlinés, impide cualquier posibilidad en la imparcialidad en el saber, debido a que no constituye un criterio creíble de verdad, situación que más adelante, en ese mismo siglo, será considerada por Max Weber, como el síntoma de la "irracionalidad" de las ciencias sociales, como causa principal en la ausencia de un conocimiento confiable.

Hoy en día, pensamos que si bien es cierto, esa pasión y dinamismo que se dan en los sistemas jurídicos, no permiten un acercamiento "imparcial" hacia él, constituyen, paradójicamente, sus más importantes características. La labor de una reconstrucción en el concepto de la "ciencia jurídica", debe consistir, por un lado, en conservar y promover los valores permanentes en la cultura (en realidad compartidos por las naciones) y por el otro "considerarlos" y "transformarlos" como "objetivos", de tal manera que permitan un conocimiento general. Tal vez esta tarea es lo que han tratado de hacer, a finales del siglo XX, autores como John Rawls o Jürgen Habermas, quienes buscan dar una "transubjetividad" en los valores sociales y del hombre, que por un lado, justifiquen nuestros sentimientos sociales y por otro, puedan dar explicaciones del por qué todos los hombres las comparten y le dan sustento a los sistemas de derecho, mediante la nota de la "legitimidad".

Más adelante, el autor en comento, trae a colación, la relación que hay entre el derecho natural y el derecho positivo, que complica el problema del conocimiento jurídico, retomando la crítica de Goethe ya expuesta, toda vez que, opina, por esencia, la ley positiva implica una voluntad subjetiva y temporal de sus autores, la que es impuesta a los hombres a pesar de su contenido, que la aleja de lo que podrían ser los postulados de un auténtico derecho natural. Esto, se traduce

en la falibilidad de la ley positiva y con ello, de la jurisprudencia, ya que las normas contenidas en ella, existen, no por las razones que en ellas se contienen, sino por el ánimo de los que detentan el Poder: "Todas las ciencias tienen leyes, y las leyes son su finalidad suprema. Todas las ciencias, en todos los tiempos, tienen, además de las leyes verdaderas, otras falsas. Pero la falsedad de éstas no ejerce influencia alguna sobre su objeto. La tierra siguió girando alrededor del sol, aunque Ptolomeo convirtiera en ley lo contrario; el alma permaneció simple, a pesar de que Wolf y Kant la fragmentase en innumerables potencias... Otra cosa ocurre con las leyes positivas del derecho. Respaladas por la fuerza y por sanciones, se imponen, verdaderas o falsas, al objeto. El derecho natural tienen que renunciar a su verdad e inclinarse ante sus prescripciones... El saber, aun el falso y deficiente se sobrepone al ser".<sup>26</sup>

Resulta evidente que esta crítica ya no es vigente desde Kelsen y sobre todo, con la lógica deóntica, donde hay una separación entre la realidad, como mundo sensible y el universo del lenguaje, donde se encuentran las normas, cuando dejó sentado, de una manera más o menos general y compartida por la comunidad científica, que el objeto del derecho son y deben ser las normas positivas y éstas implican meramente prescripciones, las cuales por su propia naturaleza, no pueden ser verdaderas o falsas, sino simplemente eso, prescripciones, las cuales o existen, o no, sin que se puedan predicar una vinculación necesaria sobre la realidad sensible.

Esto además produjo la distinción clásica dentro del positivismo entre el "Derecho" que es y el "Derecho" que debe ser. El primero, constituye una parte de la teoría jurídica, la cual tiene como una de sus misiones, la formulación de enunciados fácticos acerca de esas prescripciones (es decir, la producción de enunciados, sobre el objeto de las normas, que son prescripciones). De ahí surgiría en el siglo XX, los postulados para una lógica científica del derecho de carácter tradicional y una lógica sobre esos enunciados del deber ser (deónticos).

Otra crítica importante que nos menciona el autor en comento, es la deficiencia misma del derecho, que no puede ni ha podido regular

<sup>26</sup> *Ibidem*, pp. 49 y 50.

adecuadamente a la realidad: "La ley positiva es rígida; el derecho, progresivo. Por eso la verdad misma de aquella se convierte con el tiempo en falsedad. Su sustitución por una ley nueva no es nunca realizable sin violencia; le falta la flexibilidad continua, y por tanto suave, del derecho natural. La ley positiva es abstracta; su necesaria sencillez destruye la riqueza de las formas individuales. De ahí las figuras híbridas de la equidad y el arbitrio judicial".<sup>27</sup>

Para Kirchmann, la ley positiva es una combinación del resultado de la ley natural, con inclusiones de la voluntad del legislador, lo que deviene en el mero arbitrio de la ley positiva: "la ley positiva la convierte en sierva del azar, del error, de la pasión, de la sinrazón, su objeto es lo casual y lo contingente".<sup>28</sup>

En ese tenor, resulta imposible la ciencia del derecho, al versar ésta en un objeto variable, que sólo depende del pensamiento de un momento, de la voluntad subjetiva de quien detenta el poder y de la pasión, lo que evidentemente la incapacita de encontrar la verdad en las normas. De esta manera, se desprende que en la historia, esta rama del conocimiento ha venido a ser, un mero conjunto de comentarios de los autores que se dedican a él, análisis que sólo tienen como propósito, el describir esa voluntad relativa incorporada en las normas, que al ser transitorias, están expuestas a ser modificadas por el propio legislador, lo que vuelve inútil todo lo desarrollado por la ciencia hasta ese momento. En este punto Kirchmann es incendiario, como lo fue Pascal:

"¿Cuál es el contenido de tanto comentario y tanta exégesis? ¿Cuál el de tantas monografías, cuestiones y meditaciones, de tantas disertaciones y colecciones de casos prácticos? Sólo una pequeña parte tiene por objeto el derecho natural. Las nueve décimas partes, y más, se ocupan de las lagunas, los equívocos, las contradicciones de las leyes positivas; de lo que en ellas hay de falso, de anticuado, de arbitrario. Su objeto es la ignorancia, la desidia, la pasión del legislador. Ni siquiera el genio se niega a ser instrumento de la sinrazón, ofreciendo para justificarla toda su ironía, toda su erudición. Por obra de la ley positiva, los juristas se han convertido en gusanos que sólo viven de la madera podrida; desviándose de la sana, establecen su nido

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 51.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 52.

en la enferma. En cuanto la ciencia hace de lo contingente su objeto, ella misma se hace contingencia; tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura".<sup>29</sup>

Así, Kirchmann ha dado el más duro golpe hasta ahora, sobre la posibilidad científica del derecho. Expone que al recaer su estudio en un elemento subjetivo como lo es la voluntad del legislador, reflejada en las normas positivas, se ha apartado de lo que en realidad debería ser la preocupación de su análisis, las "verdaderas" leyes humanas y permanentes que se dan en la sociedad, o por lo menos, las razones inherentes en ellas, de tal forma que el conocimiento objetivo y permanente de él resulta imposible. Como veremos más adelante, ésta sigue siendo la principal objeción sobre un conocimiento racional y verdadero sobre el derecho, ya que recae en las leyes nacionales, que por su propia naturaleza, son particulares y por ello, inhábiles para un saber en forma.

Otro problema que presenta la jurisprudencia, como ya se ha visto, recae en la rigidez de las normas. No sólo se encuentran alejadas de la realidad que pretenden abstraer, sino también, la estructura que tienen, lo que impide que se amolden adecuadamente al objeto que intentar regular: "El esquematismo, la forma rígida de la ley positiva, penetra en la ciencia jurídica. Ésta tiene que despreciar la riqueza de la individualidad aun cuando la haya percibido. La ley positiva se parece a un sastre obstinado que sólo usará tres medidas para todos sus clientes. La ciencia es el ama bondadosa que ve donde el traje no ajusta y donde afea, pero el respeto por su señor no le permite más que hacer subrepticamente algún otro retoque".<sup>30</sup>

Los defectos de la ley, su rigidez, arbitrariedad y esquematismo, han traído el alejamiento del derecho del que debiera ser su verdadero objeto y con ello, su divorcio con el pueblo. La ley y el derecho deben estar al servicio de la sociedad, para facilitar la vida de sus integrantes, por lo que están obligados a tomar en cuenta sus necesidades más importantes: "He aquí, pues el triunfo de la ciencia jurídica: un derecho que el pueblo ya no conoce, que ya no vive en su

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 64.

alma, y que se equipara a las fuerzas ciegas de la naturaleza... El país está harto de los juristas científicos. Existe la sospecha, el oscuro presentimiento de la contradicción entre el derecho y la ciencia; lo único que falta aún es, en el pueblo la idea clara de esta contradicción".<sup>31</sup>

Esta objeción, más enfocada hacia los problemas que presenta en todo momento el derecho positivo y su aceptación por el pueblo, que sobre la posibilidad de su conocimiento, nos recuerda la permanente queja y reclamos que los hombres y las culturas hacen al derecho, como lo exponía el "último" Radbruch: "Si nos preguntamos, ahora, qué es lo que puede explicar esta frecuente aversión de los poetas y, en general, de los artistas hacia la ciencia jurídica encontraremos como causa, tal vez, la llamada "objetividad" jurídica, es decir, la tendencia del jurista a abstraerse precisamente de los rasgos esencialmente humanos: el derecho, por ejemplo conoce del matrimonio, pero ignora el amor; nos habla de obligaciones y de créditos y deudas, pero no de amistad. No obstante, es justo reconocer que los testimonios de los poetas acerca del derecho son, no pocas veces, de mayor peso y fuerza probatoria que los de los especialistas en filosofía del derecho, por la sencilla razón de que tienen raíces existenciales más profundas, que se hayan no sólo en el pensamiento, sino en toda la personalidad".<sup>32</sup>

De esta exposición, se puede desprender, cómo en realidad, Kirchmann no hizo sino recoger y actualizar las críticas que ya se le habían hecho al derecho en su perfil de ciencia: el conceptualismo que ha caracterizado y aún define a los abogados, cualquier nuevo fenómeno o actividad que aparece, se pretende reducir a los viejos esquemas jurídicos, inclusive a los modelos romanos; de igual forma, la facilidad con que se confunde objeto del conocimiento con teorías o interpretaciones acerca del derecho, de tal manera que al final, ya no se pueden distinguir unas de otras. De igual forma, el objeto de la ciencia, al estar inserto dentro de la comunidad humana, impide su percepción y valoración objetiva y por ello, se presume la subjetividad en los resultados de la actividad que se realice sobre

<sup>31</sup> *Ibidem*, pp. 70 y 73.

<sup>32</sup> RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, Breviario núm. 42, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, pp. 145 y 146.

ella. Por supuesto, también el carácter dinámico de los fenómenos jurídicos impide el que se puedan tener saberes permanentes.

Es posible, que detrás de estas objeciones, todas acumuladas de una sola vez, se encuentre la desilusión que en el siglo XIX, produjo el convencimiento de que en realidad, las teorías jurídicas no habían encontrado el saber verdadero de las leyes vigentes en las sociedades. Los hombres con sus hipótesis, no encontraron la real causa de las normas sociales que se ufanaban tener, así como que las mismas, no explicaban correctamente los fenómenos jurídicos, como nos lo enseña un ajeno a esta rama, Russell:

“Los siglos XVIII y XIX tuvieron una filosofía de la ley natural, basada en Newton. Se suponía que la ley implicaba un legislador, aunque a medida que el tiempo avanzaba, esta suposición iba siendo menos subrayada. En todo caso, el universo estaba ordenado y podían pronosticarse sus fenómenos. Al averiguar las leyes de la naturaleza podíamos esperar manipular la naturaleza, y así la ciencia se hizo el origen del poder. Esta es aun la perspectiva de la mayoría de los hombres prácticamente activos; pero no es ya la de algunos hombres de ciencia. El mundo, según ellos, es un asunto más confuso de lo que sus predecesores de los siglos XVIII y XIX creían saber”.<sup>33</sup>

Por supuesto, gran parte de la crítica de este autor frente al derecho y su conocimiento, parten de una premisa que se creía válida en el siglo XIX, en el sentido de que la ciencia, estaría en algún momento con la capacidad suficiente para demostrar la existencia real y el contenido de ese “derecho natural” frecuentemente invocado por los teóricos, por lo que una vez que se hubiera encontrado, se podría identificar el verdadero objeto de estudio de la jurisprudencia. Entonces desaparecería la teoría jurídica, como se practicaba hasta entonces y con ello, cambiaría la forma de expresión y el contenido de las leyes positivas, situación que nunca se dio, pero que en cambio, hizo permanecer la objeción hasta nuestros días.

A más de siglo y medio de expuesta la conferencia por este autor, siguen presentes sus críticas y sus conclusiones, por lo que hay que acudir a ellas, si se desean superar los obstáculos que se le han opuesto

<sup>33</sup> RUSSELL, Bertrand, *La perspectiva científica*, Ariel, Barcelona, 1969, p. 85.

al derecho, para considerarlo como susceptible de un saber objetivo, como lo apuntan Alberto Calsamiglia: “Kirchmann supo mostrar un sentimiento compartido en la comunidad jurídica y su crítica constituye todavía hoy un punto de referencia importante”,<sup>34</sup> o Luis Recasens Siches: “Será oportuno consagrar atención a este trabajo por la honda revolución teórica que produjo: propiamente aún sigue abierta y viva la discusión en torno a los problemas planteados por Kirchmann”.<sup>35</sup>

Por otro lado, además de recoger la tradición crítica sobre la posibilidad científica del derecho, el autor plantea, desde una perspectiva positivista, del modelo científico, la incapacidad del derecho de un saber confiable: la falta de objetividad y la voluntad humana que lo afecta, impide un conocimiento racional y desapasionado sobre los problemas jurídicos.

La influencia del pensamiento de Kirchmann fue profunda y su reacción, produjo diversas tendencias sobre la posibilidad y la manera de tratar metódicamente al derecho.

En primer lugar, se encuentran aquellos teóricos y estudiosos que están convencidos de la imposibilidad de un estudio científico sobre el derecho, de tal forma, que sólo es posible con él, el establecimiento de una técnica social. A esto se uniría la idea y creencia de que el método identificado como “científico”, no es apto para temas que tengan que ver con el hombre y su comunidad.<sup>36</sup>

En segundo lugar, se formaron teóricos y juristas que se apartaron del estudio dogmático y acríptico del derecho, e intentaron revivir los estudios del derecho natural, pretendiendo encontrar en este último,

<sup>34</sup> CALSAMIGLIA, Alberto, “Ciencia jurídica”, en *El derecho y la justicia*, 2a. ed., Trotta, Madrid, 2000, p. 19.

<sup>35</sup> RECASENS SICHES, Luis, “Estudios de filosofía del derecho”, en la obra del jurista Giorgio DEL VECCHIO, *Filosofía del derecho*, t. I, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México, 1946, p. 42.

<sup>36</sup> Nuestra comunidad científica es digno ejemplo de esta postura, ya que por ejemplo, el eminente maestro Arturo ROSENBLUETH, en su obra *El método científico*, está convencido que la nota de “cientificidad” en el conocimiento, viene dada, exclusivamente, por la posibilidad de ser producto del “método científico”, que no es otro que el inductivo-experimental. Luego entonces, donde ese método no es posible su implementación, lo convierte en la imposibilidad de que el conocimiento obtenido, sea “científico”, pp., 8-18, Centro de Investigación y de Estudios Avanzados, Instituto Politécnico Nacional, Fournier, México, 1971.

esa verdadera "esencia" de lo jurídico, ajena a los avatares históricos que afectan a las leyes positivas, como en el fondo lo pretendía Kirchmann, la corriente iusnaturalista de los siglos XIX y XX serían ejemplos de esto, o la escuela de la "Tópica" inaugurada por Theodor Viehweg.

Otro camino que se tomó, fue el sustituir a la ciencia jurídica practicada hasta ese momento, por otro tipo de ciencia o ciencias, que se ocuparan más de la génesis o el campo en donde se aplica el derecho, formando así, o bien la sociología del derecho, o el reducir éste a problemas económicos, sociológicos o antropológicos. De esta manera, la problemática de la ciencia jurídica, se convirtió en un apéndice de la problemática general sobre la posibilidad del saber humano en las ciencias sociales. Sin embargo, la crítica de los conocimientos obtenidos por estas ramas, no se ve exenta de las críticas, ya que ahora presentan los problemas de la científicidad que aquejan a las ciencias sociales en general.<sup>37</sup>

Además, está el camino del desenvolvimiento del positivismo en el derecho, motivado entre otros, por Max Weber, en donde para terminar con la subjetividad e irracionalidad en el derecho, se centró en analizar por un lado la estructura y forma de las normas, más que sus contenidos que son, ya se ha expuesto, variables.

De acuerdo con Recasén Siches y dentro del plano estrictamente jurídico, se intentó también elaborar un nuevo modelo de ciencia, independiente de la hasta entonces jurisprudencia dogmática, sustrayéndose a la relatividad de las leyes positivas, del arbitrio del legislador y preocupándose por los problemas jurídicos permanentes en toda la historia occidental.<sup>38</sup>

<sup>37</sup> Jürgen HABERMAS, en su excelente ensayo: "Un informe bibliográfico (1967): la lógica de las ciencias sociales", nos relata los problemas que estas ciencias presentaron para su existencia y justificación durante los siglos XIX y XX, y las cuestiones que aún tiene que atender, para ser reconocidas formalmente dentro del campo de las ciencias. En la obra *La lógica de las ciencias sociales*, 3a ed., Tecnos, Madrid, 2001, pp. 83-256.

<sup>38</sup> De hecho, el erudito maestro Luis RECASÉN SICHES nos expone toda la discusión doctrinal que se gestó en los siglos XIX y XX con motivo de la obra de KIRCHMANN, en donde aparecen los autores y las obras que más han destacado en esta discusión, entre las que se encuentra Kelsen con su *Teoría pura del derecho*, RADBRUCH, con su *Filosofía del derecho*, STAMLER, MARX, RAVA, DONATI, GENY, BONNECASE, ROGUIN, CARNELUTI, entre otros. Véase *op. cit.*, pp. 43-45.

Como corolario de lo anterior, hay que tener presente que la obra de los principales filósofos del derecho del siglo XX como Kelsen, Hart, Bobbio, Ross u Olivecrona, sólo se pueden explicar como un intento más de encontrar la objetividad y científicidad al derecho, el primero, mediante la postulación de una ciencia deóntica, basada exclusivamente en el mundo del "deber ser"; los segundos, mediante el análisis práctico y lingüístico de los términos y los fenómenos jurídicos (posturas analíticas o lingüísticas) y los últimos, negando toda existencia a conceptos o fenómenos que no tienen una traducción o reflejo en la realidad y reduciendo el método de conocimiento del derecho, al método "científico".

#### IV. LA CRÍTICA A LA CIENCIA DEL DERECHO EN NUESTROS DÍAS

El legado de la crítica de Kirchmann ha llegado hasta los momentos actuales y a nuestras universidades. El profesor Atienza, apoyándose en sus ideas, niega el valor científico del derecho, por varias circunstancias: la primera de ellas, porque el estudio que hacen los juristas sobre temas jurídicos, siempre se concentran en aspectos locales, derivados de un derecho nacional. Es decir, no se estudia el derecho civil, penal o administrativo en sí mismos, sino el derecho civil, penal o administrativo mexicano, español, estadounidense, etc. En ese tenor, el objeto de la tan pretendida ciencia, es contrario al de cualquier saber riguroso, debido a que es nacional, siendo que es requisito lógico, que todo saber científico debe tender a la universalidad, así como a las causas generales y no a casos ni criterios particulares.<sup>39</sup>

El carácter eminentemente práctico de la jurisprudencia, es otro problema que incide en la idea de su científicidad. Siguiendo una concepción tradicional de la ciencia, digamos Aristotélica, el profesor Atienza considera que todo saber riguroso, se busca por el mero placer de conocer, lo que nos lleva al carácter desinteresado y puramente teórico de ella, sin importar su posibilidad práctica, lo que contrasta con el fin práctico del conocer jurídico. Los problemas del derecho surgen y se atienden sólo para resolver problemas concretos y particulares que se presentan en los distintos estados.

<sup>39</sup> *Ibidem*, pp. 163 y 164.

Derivado de lo anterior, se desprende que en realidad, la ciencia jurídica sólo es una técnica que ayuda a los hombres a encontrar respuestas a problemas particulares que se le presentan. Los abogados deben dejar de buscar el carácter científico a su actividad y reconocer que en realidad, es una técnica social y darle el mismo valor a los conocimientos científicos como a los técnicos, por lo que los abogados ya no deben sentirse disminuidos socialmente ante el útil valor de su actividad: "Una de las principales carencias de su obra es no haber partido de una distinción adecuada entre la ciencia y la técnica, lo que le lleva a pensar, como a muchos otros juristas, que la jurisprudencia, si no es una ciencia, deja de ser también una actividad estimable. A mi modo de ver, la verdad es muy distinta. La jurisprudencia es una técnica, y no puede dejar de serlo, pero aceptar esto no implica relegarla a un plano de menor importancia, sino situar el problema en sus términos exactos. Si partimos, en efecto, de la idea de que la jurisprudencia es una técnica, los argumentos de von Kirchmann se vuelven, sencillamente impertinentes..."<sup>40</sup>

El extinto maestro Carlos Nino, en sus obras pretende analizar lo que en la práctica y no en los libros, realizan los juristas cuando "producen" ciencia y a esa actividad enfoca sus críticas. En primer lugar indica, que lo que constituye el estudio específico de la ciencia jurídica, lo es la dogmática, la cual consiste en una clase o tipo de investigación, en donde se acepta "dogmáticamente" o ciegamente, la fuerza obligatoria del derecho positivo, mismo que no es cuestionado por los que la estudian, debido a que su postura constituye una adhesión a la legislación, sin que haya en contraste con la actitud normal de las ciencias, una constatación de esos postulados con la realidad, herencia que nos viene desde el fenómeno de la codificación.

Sin embargo, por lo menos en la etapa de la ilustración y en el siglo XIX, la adhesión a la legislación por parte de los juristas, se encontraba fundamentada en postulados racionales de corte iusnaturalista: "En cambio, en la ciencia jurídica actual, es una adhesión dogmática apoyada, no en la aceptación valorativa del contenido de las normas vigentes o en sus cualidades de carácter lógico,

<sup>40</sup> ATIENZA, *op. cit.*, p. 252.

sino en el hecho de que tales normas fueron sancionadas por ciertos órganos dotados de eficacia general".<sup>41</sup>

Además de esta aceptación acrítica e injustificada del derecho, su práctica se ve constantemente acompañada de una actitud "ideológica", de tomar en cuenta al derecho positivo como válido, por el solo hecho de ser promulgado por la autoridad y por lo mismo, la ley debe ser obedecida y aplicada por los que intervienen en ella, independientemente de cualquier disenso axiológico que se pueda tener respecto de ella, rompiendo e independizando al derecho de otras ramas que lo afectan, como la política o el sistema moral social.

Por otro lado, esta actitud "ideológica", se traduce en que no sólo la ciencia pretende describir cómo se encuentra conformado el sistema jurídico, sino además, lo "reconstruye artificialmente", o colma sus lagunas: "utilizando un aparato conceptual retóricamente efectivo que cumple la función de hacer aparecer las soluciones originales que ella propone como si derivaran de algún modo, a veces misterioso, del derecho positivo".<sup>42</sup>

Ligado con lo anterior, esa labor que realizan los juristas, más que ser propia de una actividad científica, desinteresada, imparcial y objetiva, se convierte en una "creación subjetiva" de aparentes soluciones a problemas concretos. Los que intervienen en esta rama, pretenden deducir soluciones "correctas" a problemas jurídicos, que en realidad se adecuan a ciertos estándares axiológicos vigentes, para cerrar sus lagunas, o eliminar contradicciones, lo que por supuesto justifica sus pretensiones particulares, retomando una vez más las viejas críticas que expusieron Montaigne y Pascal, donde el abogado, más que ver en la ciencia un medio para descubrir verdades, es un instrumento al servicio de sus intereses pecuniarios.

Muchas veces los abogados, en afán de describir cómo es el derecho, traspasan los límites de esa actividad, para proponer nuevas

<sup>41</sup> NINO, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, 2a. ed., Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 326. De hecho este autor ha sido uno de los que más se ha preocupado por esta problemática, como nos lo dejó sentir, además de la obra citada, en: *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, Universidad de Carabobo, Venezuela, 1979, reeditada en Fontamara, México, 1993 y *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, 1974.

<sup>42</sup> *Ibidem*, pp. 326 y 327.

normas, o principios generales que en realidad intentan reemplazar auténticas normas del sistema jurídico, de las cuales a su vez, derivan otras "normas", que no existen originalmente en dicho sistema, cubriendo, de esta manera posibles lagunas que existen.

En realidad, Nino señala que esta actitud "científica" por parte de los abogados, que pretende "describir" proposiciones normativas, en realidad, se convierte en una función creadora y normativa, estableciendo la existencia de nuevas normas o principios que en realidad no se encuentran en el sistema jurídico:

"La descripción que la dogmática jurídica hace del derecho no constituye, generalmente, una reproducción fiel de su objeto de estudio, puesto que no se suele poner de manifiesto claramente las diferentes alternativas que pueden presentarse en la interpretación de las normas jurídicas (tendiéndose a presentar una de ellas como la única interpretación posible) y se hace aparecer como parte del sistema jurídico que se describe ciertos principios, distinciones conceptuales, teorías, etc., que son, en realidad, el producto de la elaboración de la propia dogmática. Por otro lado, la labor de *reconstrucción* del sistema también es insatisfactoria, ya que, al no presentársela como tal, sino como descripción de lo que está implícito en el sistema positivo, no se articulan los principios valorativos en que se basan las soluciones originales que propone la dogmática. Esto determina, en primer término, que no haya una discusión exhaustiva y abierta acerca de la *justificación* de tales principios, y en segundo lugar, que no haya un intento serio por formular un sistema coherente de los principios que están detrás de las soluciones que la dogmática propone para reconstruir el sistema".<sup>43</sup> (Las cursivas aparecen así en el texto original).

Esa labor descriptiva y ahora normativa que apunta Nino, que se da en la relación ciencia y práctica que aparece en el mundo de los abogados, produce insatisfacción en los teóricos del derecho, al no resolver en forma clara, por un lado, esa labor descriptiva que debe corresponder a la teoría jurídica, con la consideración y utilización de los valores, situaciones políticas y hechos que están presentes al

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 340. Esta idea también se encuentra desarrollada en el mismo autor en *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, 2a. ed., Fontamara, México, pp. 11-20. Esta edición a su vez está tomada de la 1a. ed. de 1979.

momento de aplicar las normas. Así, tanto la teoría y la práctica se ven viciadas mutuamente de esa contaminación de elementos distintos al mismo tiempo, la teoría con elementos fácticos y valorativos concretos y la práctica de supuestas descripciones teóricas aplicadas a otros casos.

Este nuevo elemento que encontramos en las teorías del derecho, que constituyen una mezcla entre descripción y construcción, por un lado y entre exposición y regulación por el otro, también ha sido, incluso antes que Nino, postulada por Ronald Dworkin, quien ha considerado que los juristas cuando acuden a la ciencia del derecho, no lo hacen meramente para saber cómo es éste, sino para encontrar soluciones correctas y aplicables a un caso concreto. Esto es, la ciencia del derecho más que describir o explicar el contenido de los sistemas jurídicos, debe ser ante todo "prescriptiva", esto es, que guíe o indique a los abogados las normas, principios, criterios u opiniones que debe tener en cuenta, para resolver los casos difíciles que se le presenten.<sup>44</sup>

Sin embargo, esa labor descriptiva y constructiva que aparece en esta ciencia, genera a su vez, un nuevo conflicto con la imagen del derecho como actividad científica, debido a que evidentemente se vuelve a abrir una distancia respecto de los requisitos que debe tener. De acuerdo a los principios que se le exigen a los conocimientos rigurosos, se encuentra el de la "neutralidad" en la posición del que formula el conocimiento, situación que al parecer, resulta imposible entre los abogados ¿cómo no pueden estar de acuerdo personalmente con la solución que proponen a los problemas que estudian? Es decir, como sucede en el caso de la historia, el científico toma partido, para bien o para mal, no sólo frente a la imagen que propone del derecho, sino también, respecto a las respuestas que se deben dar en cada caso, lo que hace perder indudablemente esa idea de imparcialidad.

<sup>44</sup> "Una teoría general del derecho debe ser a la vez conceptual y normativa. Su parte normativa ha de abarcar una diversidad de temas, que se indican en el catálogo siguiente: Debe tener una teoría de la legislación, de la adjudicación y de la obediencia al derecho; estas tres teorías consideran las cuestiones normativas del derecho desde el punto de vista del legislador, del juez y del ciudadano común... La teoría normativa vendrá incorporada en una filosofía moral y política más general que a su vez puede depender de teorías filosóficas que hagan referencia a la naturaleza humana o a la objetividad de la moralidad." DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1989, pp. 32 y 33.

En otra parte, Nino ha enfatizado que derivado de los postulados racionalistas y formales del siglo XIX, derivados del modelo positivista de la ciencia, los teóricos del derecho pretendieron elaborar o establecer las pautas de la ciencia jurídica, de una manera eminentemente formal, estableciendo los criterios de carácter deductivo y abstracto propio de esas ciencias formales, como la lógica, o la matemática y sobre todo, ajeno a consideraciones por un lado empíricas y por otro lado valorativas.

En ese tenor, para la teoría predominante en el siglo XIX y XX, la ciencia sólo se ocupó de la estructura del sistema de derecho, vista éste como el armazón conceptual que subyace en todo orden jurídico. El derecho como ciencia, sólo debía desentrañar el esqueleto formal al que se adhieren los preceptos sustantivos. Su misión era presentarlo como un sistema de conceptos, cuyo análisis y combinación se pueden inferir soluciones que se suponen implícitas en el derecho positivo.

Sin embargo, pese a estar superados los presupuestos sobre los que se basó este modelo de ciencia, algunos cultivadores de la dogmática jurídica "siguen concibiendo a su actividad según los lineamientos sentados por esta concepción".<sup>45</sup>

Los abogados cuando se dirigen al aparato conceptual que es la ciencia, lo hacen generalmente para buscar las soluciones que no encuentran en las normas que utilizan, donde generalmente aparecen problemas vinculados no sólo con su estructura, o propiedades formales, sino más que nada, con contenidos normativos, con problemas particulares, sociales, económicos, valorativos o de lenguaje, precisamente donde ahora la ciencia jurídica, no ha podido dar respuestas satisfactoria a sus interrogantes, por la misión y función tan limitada que ha tenido, produciendo una teoría carente de todo contenido y con ella, alejado de la realidad donde se pretende utilizar y por lo mismo, sin utilidad ni interés para los abogados y para los ajenos a esa ciencia.

Para superar una de las críticas que apuntaba Kirchmann, la teoría propuso profundizar ese alejamiento entre el derecho y la sociedad,

<sup>45</sup> Algunos modelos..., op. cit., p. 16.

situación en la que se encuentra hoy en día, lo que la condenó al aislamiento y a la poca atención que le prestaron los abogados.

Por su parte, Bobbio ha enfatizado que las objeciones hacia la falta de rigor metodológico en el derecho, ha orillado a los abogados a forzar el estudio de los temas jurídicos, para intentar ajustarlo a los cánones del saber científico y de esta manera, "convertir" al saber jurídico en una "auténtica ciencia". Sin embargo, paradójicamente estos resultados han producido un distanciamiento total entre la llamada ciencia jurídica y la práctica de los abogados, sin puntos de coincidencia: la teoría del derecho produce resultados que no son tomados en cuenta ni son útiles por los abogados postulantes y éstos utilizan herramientas conceptuales y conocimientos que no son tomados en cuenta por los investigadores de estos temas:

"...parece irreductible, entre la concepción de la ciencia y la práctica del jurista, se va desarrollando por un lado, una *jurisprudencia que no es ciencia y, por otro lado una ciencia que en sí misma no tiene ya nada que ver con la jurisprudencia* (y con la que los juristas generalmente no saben qué hacer). En otras palabras, con esto se quiere decir que en el mismo momento en que se reconoce la existencia del contraste entre ciencia y jurisprudencia, este contraste, en vez de conducir al intento de reducir la jurisprudencia a ciencia, tiene como consecuencia el traslado del ideal científico fuera y más allá de la jurisprudencia, es decir, lleva a la construcción de una ciencia del derecho distinta de la jurisprudencia".<sup>46</sup> (Las cursivas aparecen así en el original).

## V. EL PERFIL DE LA CIENCIA JURÍDICA

Después de este extenso recorrido por las principales críticas que a lo largo de la historia se han expuesto acerca de la posibilidad de un conocimiento objetivo en los temas específicamente jurídicos, me gustaría sintetizar los aspectos que hay que tomar en cuenta, como resultado de ese recorrido, para poder atender debidamente la pregunta sobre si es posible un conocimiento riguroso en el derecho, sin que pretendamos dar por el momento, una respuesta definitiva a los

<sup>46</sup> BOBBIO, op. cit. p. 173.

mismas, sino sólo mencionar los principales puntos que la ciencia jurídica debe resolver para permitir su utilidad para los abogados y de esta forma justificar su existencia y necesidad.

*El papel de la ciencia en el mundo occidental.* Como lo han apuntado Bobbio, Nino y Tamayo Salmorán<sup>47</sup> entre otros, la palabra "ciencia" tiene varios problemas en la actualidad, entre los que destacan, la incertidumbre del vocablo y su imprecisión. No sólo es confuso el conjunto de conocimientos al que le podemos aplicar el término "científico", sino también, la actividad misma a la que se le puede predicar. Si bien en el siglo XIX existía un consenso entre los científicos respecto de qué comprendía su actividad y los resultados que arrojarían, actualmente la epistemología no brinda los mismos resultados. Los científicos hoy en día, no acaban de ponerse de acuerdo respecto de qué tipos de conocimientos pueden ser considerados científicos o no, cuáles son los métodos que pueden recibir el calificativo de científicos y si en realidad, la adopción de este tipo de métodos garantiza la producción de resultados más o menos certeros.

Esta división entre los científicos se constata más con la existencia de distintas teorías que estudian y justifican la aparición y consolidación de los conocimientos científicos, las teorías de Kuhn, Popper, Feyerabend, entre otros, son prueba de esa división difícil de superar.

Además, se encuentra el problema respecto de qué requisitos son los necesarios para conformar una ciencia, producto de la división apuntada, lo que actualmente nos hace que olvidemos esos arcaicos requisitos respecto del objeto y del método para considerar a una actividad como específicamente "científica". Con esto, muchas de las críticas y de los frustrados intentos de consolidar una única teoría científica demuestran su inutilidad, por el momento. Bajo esta perspectiva novedosa, es posible que encontremos resultados correctos y aproximados a la verdad, a pesar de que no hayamos descubierto aún los auténticos "objeto" y "método" de estudio en nuestra actividad.

En esa óptica, podremos considerar científicos aquellos resultados que obtenidos mediante caminos sistematizados, controlados,

coherentes y racionales, nos puedan explicar mejor que otras respuestas dadas, los fenómenos jurídicos y que ellos, sean consistentes no sólo con las demás teorías que se han formulado en el derecho, sino con el de otros campos de la actividad científica.

El otro tema relacionado con la ciencia, es el carácter valorativo de la misma, que impide se le dé su adecuada posición en la sociedad. Resulta notorio que la palabra "ciencia", además de describir una actividad frecuentemente desarrollada en nuestras sociedades, constituye además un elemento de calificación a actitudes humanas. Se otorga una posición preferente en la toma de decisiones del hombre moderno, que conlleva el calificativo de "científico" y de ahí, la búsqueda permanente en que los aspectos más relevantes de la actividad humana tengan precisamente ese valor. La ciencia aun hoy en día, se ha vuelto el objetivo social por excelencia en el mundo occidental.

Así las cosas, los abogados buscan por un lado, que las actividades que realizan encuentren ese beneplácito y reconocimiento social y por lo tanto, consideran que es importante que su saber sea calificado como científico. Pero ahora, ante la incertidumbre sobre el término "ciencia", no saben qué características debe tener para cumplir tal condición. De hecho, las distintas teorías jurídicas que existen, responden más o menos a una imagen de científicidad que tienen sus autores, como expusimos en las páginas anteriores.

En ese tenor, el intento de los abogados por lograr convertir en científico al estudio del derecho, será una labor que seguiremos viendo mientras nuestras sociedades no cambien. Sin embargo, no debemos confundir esa incesante búsqueda, sólo como el reflejo de encontrar a toda costa un reconocimiento de las sociedades a las actividades que desarrollamos (Atienza) sino también por esa inquietud siempre natural de encontrar las causas de las cosas y buscar las mejores explicaciones posibles a los fenómenos que nos afectan.

Sin embargo, pese a estos dos problemas apuntados, tenemos que introducir uno específico en el derecho. Al formar parte de las culturas y ser un producto de éstas y como tal, estar vinculada a las actividades humanas y relaciones interpersonales, nos vemos involucrados también con la problemática acerca de la posibilidad de un estudio razonado de esta rama, como una ciencia social. Es decir, para bien o para mal, el problema de la posibilidad de un conocimiento certero

<sup>47</sup> En *El derecho y la ciencia del derecho. Introducción a la ciencia jurídica*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1986.

jurídico, queda unido a la posibilidad de que existan auténticas ciencias en los temas humanos.

*El problema de las ciencias sociales y la posibilidad de un conocimiento científico del derecho.* Como también hemos expuesto, gran parte de la respuesta a la interrogante que estamos analizando, incide en la posibilidad o no de que las llamadas "ciencias sociales" puedan ser en realidad auténticas ciencias.

A partir de la etapa positivista de la ciencia y el auge del método experimental, basado en la observación, inducción, experimentación y generalización, se consideró que los análisis para ser científicos, deberían ser susceptibles de ese método, lo que presuponía la percepción física de los objetos a estudio y la posibilidad de aplicar ese método experimental. De igual forma, hemos visto como Kirchmann, reprochaba a los abogados la imposibilidad que tenían para "percibir" su objeto de estudio y su constante movilidad, además de que siempre llegaban tarde a su conocimiento completo. Por su parte, la escuela realista, niega la factibilidad de un estudio científico del derecho, en primer lugar, porque las principales manifestaciones del fenómeno jurídico no son apreciables por nuestros sentidos y además, tampoco son susceptibles de un método experimental.

Así las cosas, gran parte de las posturas que niegan la posibilidad científica del conocimiento jurídico, se basan en la idea de que toda ciencia, para serlo, requiere por un lado, de una percepción objetiva del fenómeno que pretende estudiar y además, la aplicación del método experimental. Evidentemente el derecho no cumple con estas funciones.

La creencia, siguiendo la concepción tradicional de la ciencia, consiste en que ésta debe tener un objeto propio, distinto de otras ramas, externo al ser humano y al conglomerado en el que se encuentra y la adopción de un método propio riguroso de estudio, que no encontramos en el derecho, ni en muchas de las llamadas ciencias sociales.

Karl Popper, en esta clase de ciencias y ante su problemática, propone que la interrogante sobre la posibilidad de un saber certero en ellas, no debe partir de la base de encontrar primero un objeto y luego el método, como se ha hecho tradicionalmente en la historia de la epistemología, como lo enseñó una vez más Aristóteles, sino por el contrario, analizar si existen problemas teóricos prácticos que

engloban una realidad y a partir de ahí, considerar la posibilidad de un estudio sistemático. Si existe un conjunto de problemas reales que afectan e interesan al hombre, no hay duda de que estaremos ante la posibilidad de un conocimiento nuevo y científico y los resultados que se obtengan de esa actividad, serán "científicos":

"Al igual que todas las otras ciencias, también las ciencias sociales se ven acompañadas por el éxito o por el fracaso, son interesantes o triviales, fructíferas o infructíferas, y están en idéntica relación con la importancia o el interés de los problemas que están en juego; y, por supuesto también en idéntica relación respecto de la honradez, la linealidad y sencillez con que se abordan estos problemas. Nada de esto nos limita a problemas teóricos. Serios problemas prácticos, como el de la pobreza, el del analfabetismo, el de la opresión política o de la inseguridad jurídica, han constituido importantes puntos de partida de la investigación científico-social. Pero estos problemas prácticos invitan a meditar, a teorizar, y por tanto a plantearse problemas teóricos. En todos los casos, sin excepción, lo que determina el valor o la falta de valor de un logro científico es el carácter y la calidad del problema, y también la audacia y singularidad de la solución propuesta".<sup>48</sup>

En ese tenor, se podría decir que lo que le daría la característica de científico al conocimiento, sería por un lado, la vigencia y relevancia de las interrogantes que se formulan y por el otro, la racionalidad de las respuestas que se exponen para su solución, así como su coherencia y consistencia con saberes no sólo de la misma clase de estudios, sino de todas las restantes ciencias. Evidentemente los temas jurídicos encuadran dentro de esta situación. Esto es, lo que se busca es que el derecho como actividad especulativa contribuya a brindarle al hombre una visión, lo cual también implica una construcción racional del mundo.

<sup>48</sup> POPPER, Karl, *La lógica de las ciencias sociales*. Se trata de una conferencia que dio el autor en la sociedad alemana de sociología en Tübingen, en 1961. La misma es relevante para nuestro propósito, toda vez que propició una serie de respuestas y comentarios que han hecho desarrollar la interrogante sobre la factibilidad de las ciencias sociales, como es el caso de ADORNO, en *La disputa del positivismo en la sociología alemana*, o el extenso comentario que realizó HABERMAS, respecto a las ciencias sociales y que ya hemos indicado en una nota de pie de página en estas notas. El artículo puede encontrarse en *En busca de un mundo mejor*, Paidós, Barcelona, 1994. La cita indicada se encuentra en la p. 93.

El grado de avance y desarrollo que se pueda tener en esta rama de estudio, dada su propia complejidad, no se puede comparar con el obtenido en otros campos. Sin embargo, esta circunstancia, pese a las burlas de Kirchmann, no le resta el calificativo que buscamos a nuestras investigaciones. No hay duda alguna, que nuestra percepción y concepción acerca de los fenómenos del derecho, ha progresado y proliferado después de la segunda mitad del siglo XIX y en realidad, hemos encontrado soluciones provisionales a los problemas que más nos inquietan, ejemplo de ello, son las teorías contemporáneas acerca de la norma jurídica, de los sistemas normativos, la lógica deóntica, la manera como se aplican las normas en nuestra sociedad, etcétera.

Pero, como sucede en otros campos, no podemos ufanarnos de que ya hayamos encontrado la respuesta correcta y permanente a los problemas jurídicos, debido a que en realidad, el hombre no ha encontrado nunca la respuesta última ni definitiva en los temas que le interesan, incluyendo los sociales, como ya lo advirtió uno de los primeros filósofos de la humanidad, Jenofanes, o más recientemente nos lo confirma Bertrand Russell:

“Ningún hombre de temperamento científico afirma que lo que ahora es creído en ciencia sea *exactamente* verdad; afirma que es una etapa en el camino hacia la verdad exacta. Cuando ocurre un cambio en la ciencia, como, por ejemplo, se pasa de la ley de gravitación de Newton a la de Einstein, lo que se hace no es arrojar lo anterior, sino reemplazarlo por algo ligeramente más exacto. Supongamos que os medís con un aparato grosero y averiguáis que tenéis un metro setenta de altura; no supondréis, si sois prudentes, que vuestra altura sea exactamente de un metro setenta, sino más bien que puede estar comprendida entre un metro sesenta y ocho y un metro setenta y dos; y si una medida muy cuidadosa demuestra que vuestra altura es de un metro sesenta y nueve, no pensaréis que esto ha echado abajo el primer resultado. Según éste, vuestra estatura era de unos 170 centímetros, y esto sigue siendo verdad. El caso de los cambios en la ciencia es precisamente análogo”.<sup>49</sup>

En efecto, el conocimiento, como lo apuntó Popper, sólo avanza mediante la refutación a saberes previamente adquiridos, para per-

<sup>49</sup> RUSSELL, *op. cit.*, pp. 64 y 65.

feccionar constantemente nuestra visión de lo que llamamos realidad, sin que nunca tengamos la convicción de que ese conocimiento nuevo sea finalmente el definitivo, ni el completo: “La tensión entre el conocimiento y la ignorancia lleva a los problemas y a los ensayos de solución. Pero no se supera jamás, dado que nuestro conocimiento no consiste sino en tentativas, en propuestas provisionales de solución. De este modo la idea misma de conocimiento supone, en principio, la posibilidad de que a la postre resulte haber sido un error, y por lo tanto una muestra de ignorancia. De ahí que la única forma de justificación de nuestro conocimiento sea ella misma meramente provisional, pues radica en la crítica, o más exactamente, en que nuestros ensayos de solución parezcan haber resistido hasta la fecha incluso nuestra crítica más profunda”.<sup>50</sup>

Otro aspecto a considerar lo es en la relatividad y subjetividad del objeto de la investigación. No sólo se critica a las ciencias sociales y con ello al derecho, de una inexistencia en su objeto, al no ser susceptible de percepción sensible ni experimentación, sino además, que al estar referido a aspectos humanos, situaciones concretas y valores en conflicto, los mismos no se pueden racionalizar, por su parcialidad e interés que en ellos subyace. De hecho, a partir de la crítica de Hume a las ciencias sociales, se ha descartado la posibilidad objetiva en estos saberes.

El problema que planteaba Weber de la “irracionalidad” en las ciencias del hombre, consistía en la subjetividad de los valores en los que se sustentaba cualquier sistema jurídico. De ahí que el positivismo en general y con ello, el positivismo jurídico, partía del supuesto de que para la formulación de una teoría científica en el derecho, se debía partir de la premisa de exclusión de estos valores y sólo analizar los aspectos perceptibles y objetivos en el sistema normativo, como lo puede ser la forma de las prescripciones jurídicas.

Sin embargo, esta solución propuesta por el positivismo, sólo dejó al derecho con una mínima parte de posibilidad en su estudio, reduciendo éste a una mera teoría de las formas jurídicas, excluyendo sus aspectos más relevantes, que inciden en su contenido, como lo son la teoría de los valores jurídicos, entre ellos, la justicia, o el problema

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 95.

de la legitimación de las normas; o una teoría racional de la legislación, entre otros temas.

Evidentemente el derecho al basarse en valores sociales, políticos y morales, está expuesto a los problemas que implica justificar la objetividad de esos valores, situación que por el momento no se ha demostrado.

Sin embargo, los intentos que en el siglo XX formularon y aún hoy realizan teóricos como Habermas, Otto Apel, o Rawls, han abierto una nueva puerta, con originales argumentos, hacia la objetividad en estas ciencias, que conllevan y proponen su necesaria unificación. La objetividad en los sistemas normativos, no necesariamente implican una realidad externa e independiente en el ser humano, sino que puede ser objeto de una construcción teórica, que no conlleve necesariamente el tema de la subjetividad, sino que tienda por el contrario a su universalización. La elaboración de las nuevas teorías morales, que no pretenden descubrir realidades morales, sino "reconstruirlas" desde un punto de vista teórico, para justificarlas desde la razón, pudiera ser la posibilidad de superar este escollo. De hecho, como se ha expuesto, en las modernas teorías de las ciencias, todo conocimiento objetivo conlleva cierta reconstrucción humana de la naturaleza, como lo había aventurado hace un par de siglos Kant, en su crítica al conocimiento humano.

*¿Una sola ciencia jurídica o varias?* Otra cuestión relevante, dada la imagen tradicional de la ciencia, es la permanente tarea de los investigadores por "encontrar" la auténtica y verdadera ciencia jurídica, la cual sólo admite una perspectiva, método y objeto, por lo tanto, el sentido de la pregunta que tratamos significa en realidad, en descubrir finalmente, cuál es ese tipo de ciencia y en qué consiste.

Tanto en iusnaturalismo como el iuspositivismo han insistido en que la auténtica naturaleza del saber jurídico, es desde una óptica estrictamente normativa, aunque la enfocan desde ángulos distintos. Esto es, el derecho es un fenómeno esencialmente normativo y por lo tanto, la ciencia debe verlo y tratarlo como tal.

Por el contrario, el realismo jurídico, o la sociología del derecho, han pretendido considerar que en realidad la auténtica ciencia sólo puede ser sobre fenómenos observables y no ideales y por lo mismo, el objeto de estudio, únicamente puede considerar aquello que puede ser verificable empíricamente y sujeto de los métodos científicos o de las ciencias sociales.

Evidentemente, detrás de esta interrogante, se encuentra, como lo hemos indicado, una imagen tradicional y "esencialista" acerca de la ciencia jurídica, que implica "encontrar" la "ciencia verdadera" y por lo mismo, el único camino posible de alcanzar conocimientos útiles. Sin embargo, esta opción, como lo ha mostrado la historia de la filosofía del derecho, no nos lleva a ninguna respuesta satisfactoria ni definitiva, por lo que debemos superarla, para ver que en realidad, los fenómenos jurídicos, como los sociales, tienen distintos ángulos o facetas y por lo tanto, pueden existir diversos conocimientos científicos sobre ellos, sin que exista primacía o exclusividad respecto de cualquiera de ellos. Esto nos llevaría a plantear la consideración de que los problemas teóricos jurídicos, pueden ser atendidos desde distintas ópticas, las cuales todas se pueden aprovechar para obtener mayor información acerca de nuestro campo de estudio. En ese tenor, queda claro que es posible que al mismo tiempo coexistan diversas ciencias en el derecho, con enfoques y propósitos distintos, que contribuyan a su mejor conocimiento, sin que ninguna de ellas, pueda proclamar su prioridad en los resultados que obtenga.

*El problema del método jurídico.* Lo anterior nos lleva a un punto estrechamente vinculado con el problema de la naturaleza de la ciencia en el derecho, y consiste en la también constante búsqueda del método racional adecuado para este saber. No sólo la historia de la ciencia jurídica ha sido la incesante lucha por encontrar ese objeto al cual extraer los datos necesarios para su comprensión, sino también, la de la búsqueda del método racional para ello, particularmente, si es el método deductivo, como lo plantearon los griegos, romanos, medievalistas o racionalistas; o si se trata en cambio, del método

inductivo, como se planteó en el Renacimiento o en el siglo XX; o en su defecto, los procedimientos aplicados de manera similar en las restantes ciencias; o si por el contrario, se debe encontrar un método propio y especial para ello, como lo sugirió en su momento, la "Teoría pura del derecho".

Evidentemente, como en el punto anterior, encontramos como obstáculo esa vieja percepción y tradición de la ciencia jurídica, en donde sólo hay un objeto y éste sólo se descubre por medio de un único y exclusivo método de estudio. Si tomamos en cuenta el carácter múltiple del derecho, podemos apuntar que en realidad, todos los métodos racionales que se emplean en la ciencia, pueden ser aplicados con provecho en nuestra rama del conocimiento. De hecho, la epistemología nos enseña que todas las distintas clases del saber humano, emplean en realidad diversos métodos de estudio y por ello, el derecho no puede ser la excepción. Los resultados que se obtengan por los métodos empleados se podrán contraponer unos con otros y podrán superarse por aquellos que resulten más consistentes de acuerdo con las distintas ópticas que tenemos del fenómeno jurídico.

Como lo apunta Popper a diferencia de Rosenblueth, lo que identifica a la ciencia es la relevancia de los cuestionamientos que nos formulamos (quitando por supuesto los pseudo problemas que nos da el lenguaje, como lo descubriera Wittgenstein) y no así el camino que adoptamos para su atención.

Gran parte de los problemas que tenemos, devienen por tratar de identificar a la ciencia jurídica con otras ciencias y con ello, emplear sus mismos métodos, para de esta manera, lograr alcanzar los resultados exitosos que se dieron en esas ciencias. Si suprimimos esta constante necesidad de tratar de reducir la ciencia a otra distinta y con ello, evitamos implantar arbitrariamente un solo método de estudio, podremos avanzar en la obtención de mejores resultados. Es decir, que sea el criterio de científicidad los resultados que obtengamos de esa actividad, y su contraste con los restantes conocimientos ya adquiridos, y no el mero hecho de haber sido producidos por un método al que catalogamos como riguroso.

*Las funciones descriptiva y prescriptiva de la ciencia del derecho.*  
Otra idea inquietante en el tema que desarrollamos, es el tipo de ciencia

que queremos y que pensamos existe en la realidad, ya que como lo hemos apuntado, siempre se ha buscado un tipo de saber similar al que encontramos en otras ramas. Esto es, requerimos que la ciencia como saber, explique la realidad del mundo exterior y con ello, exijamos que toda ciencia sea descriptiva de la realidad del mundo que trata. Este punto ha sido recalcado por la escuela realista escandinava, reduciendo el papel de la ciencia jurídica a este único nivel. También el positivismo de Hans Kelsen, ha propuesto como función primordial de la ciencia jurídica, el que se constituya como descriptiva de las proposiciones jurídicas válidas en una comunidad.

Sin embargo, no es sino hasta finales del siglo XX, y básicamente con el punto de vista del profesor Dworkin, que nos percatamos de que los abogados no sólo buscamos en el derecho, una imagen fidedigna de cómo funciona y es en realidad el sistema normativo, sino además y lo más importante, es que acudimos a él, para encontrar respuestas sustentadas y coherentes de cómo deben resolverse los problemas teóricos y prácticos que se nos presentan. Es decir, además de una labor de conocimiento y de descripción de un objeto de estudio, se requiere de un saber que nos capacite para dar respuestas "correctas", o con esa presunción de corrección a problemas que constantemente se presentan y con ello, la necesidad de que la ciencia jurídica sea además y sobre todo, *normativa*, que nos induzca a complementar y elaborar constantemente el sistema jurídico, pero separando el derecho que hay, con sus lagunas y contradicciones, de las soluciones que el propio sistema nos puede brindar. Por supuesto, también alejado de ese permanente interés privado de los abogados de resolver los asuntos que se le presentan desde la óptica particular de sus clientes:

"La cuestión de la confusión conceptual entre lo descriptivo y prescriptivo en las propias herramientas utilizadas por la dogmática ha servido para otorgar a la ciencia jurídica funciones no sólo cognoscitivas sino también reformuladoras del derecho. Cada uno de estos argumentos puede ser desarrollado para mostrar el fracaso de la separación absoluta entre la ciencia de la legislación y la jurisprudencia que el programa de Austin establecía. El positivista estricto no puede recomendar nada, sólo puede poner de manifiesto la ambigüedad de los materiales jurídicos, La toma de decisiones no es su asunto y ese aparato conceptual no sirve para eso. El positivista se

traiciona cuando quiere ser relevante y dice cómo se debe actuar. En este caso —que es muy frecuente— cae en la falacia naturalista (Nino, 1994).<sup>51</sup>

La ciencia jurídica, no solamente debe capacitarnos para explicarnos cómo es el derecho, sino además sus lagunas, limitaciones, así como la manera como debemos atender los problemas que se nos presenten, y de esta forma, guiarnos sobre la mejor manera como debemos complementarlo y desarrollarlo. Nuestra ciencia es tal, que la intervención del científico del derecho no solamente percibe la realidad, sino que mediante su actividad, la transforma, pero sin que esto implique una actuación arbitraria o subjetiva, sino respetando los estándares, el carácter y la estructura del propio derecho. En este punto, no cabe duda que aún hay mucho que hacer y desarrollar. Pero como lo apunta Calsamiglia, si el científico se adentra a tomar posturas frente a soluciones que se presentan ante temas o puntos radicales en el derecho, que afectan temas políticos morales o sociales ¿no se corre el riesgo de “relativizar” el conocimiento adquirido?

*La toma de posición frente a los valores sociales y el problema de la “neutralidad” científica.* De la mano con lo anterior, está el tema de la posición del investigador frente al objeto de estudio. Tradicionalmente se ha considerado que el científico debe tener frente a él, una posición de neutralidad, para aparecer como imparcial en sus resultados. Aplicado esto en nuestro campo de estudio, el positivismo estableció como una de sus postulados principales, precisamente la idea de que si la ciencia jurídica quería alcanzar el estado de ciencia, tenía que ser neutral con respecto a los valores políticos, sociales o morales que se reflejaran en las normas jurídicas. De ahí que no se podía defender o estudiar los valores que se encontraban en las normas, ya que además de imposible desde un punto de vista científico, se caía en un subjetivismo, impropio de una actividad científica.

Actualmente la teoría jurídica está convencida que la ciencia tiene que cargar con la responsabilidad no sólo de estudiar el derecho como es, sino que en caso de que esté de acuerdo con su existencia, además debe asumir un papel de justificar su contenido, lo que indudable-

<sup>51</sup> CALSAMIGLIA, *op. cit.*, pp. 21 y 22.

mente implica la tarea de la defensa de los valores que encierra un sistema jurídico. Con esto nos adentramos al viejo tema de la distinción entre el derecho que es y el que queremos que sea, siempre presente en la historia.

El derecho no sólo es su estructura, sino sobre todo su contenido, por ello, implica en nuestro momento, la defensa de los ideales liberales y democráticos que sustentan los modelos jurídicos modernos. Entonces, no puede dejar de asumir o respaldar, los valores subyacentes en ellos, ya que de otra forma, no podría estudiar, ni describir correctamente el objeto que está estudiando. Todo derecho implica la concreción de valores que quien lo estudia no puede pasar por alto, si quiere en realidad adentrarse verdaderamente en su objeto de estudio.

Como sucedió hasta el siglo XIX, la teoría jurídica no dejaba de considerar dentro de su contenido, una teoría sobre la justicia y de los valores jurídicos, ya que de otra forma, incapacitaba a los destinatarios de esta ciencia, sobre la manera de actuar respecto de los problemas prácticos que se le presentan día con día: “En síntesis, la ciencia jurídica trata de desarrollar un esquema que responda a la cuestión de qué es el derecho, pero los científicos del derecho en numerosas ocasiones tratan de responder con el mismo esquema conceptual descriptivista a problemas de decisión. En la medida en que se adentra en esta temática se diluye el dogma de la neutralidad, del rigor y de la objetividad”.<sup>52</sup>

Un positivista tradicional, cuando analiza el derecho, no puede sugerir en última instancia una solución correcta a un problema práctico en donde no exista material jurídico para su solución. Sólo puede reconocer la existencia de una laguna en el sistema jurídico y de que cualquier solución que se adopte por el órgano facultado para ello, tendrá como resultado la creación de una nueva norma en el sistema. Sin embargo, como lo ha apuntado Nino y con razón, el positivista cae en una propia contradicción en su actuación, ya que al pretender señalar que no hay respuesta al problema planteado y justificar la solución que se da en la práctica, sólo pone en relieve que realmente sí hay una solución, que ni el derecho, ni el científico,

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 21.

pueden justificar internamente, por lo que el "cazador cae en su propia trampa".

En esencia, todo sistema normativo jurídico implica la exposición, defensa y justificación de un sistema de valores incorporado a él, por lo que los juristas no pueden evitar para bien o para mal, analizar ese contenido, para respaldarlo o para intentar su modificación o supresión.

Aunque parezca imposible, la ciencia jurídica tiene que enfrentarse al problema de los valores en la sociedad y por lo tanto, una teoría de la justicia se vuelve ineludible en el tema de la ciencia jurídica.

*La ciencia y la técnica.* Atienza considera que el derecho no puede ser ciencia, porque ésta sólo contiene predicados universales vigentes en todo el mundo y para todas las personas, como lo son los que se obtienen por medio de la matemática, de la astronomía, de la biología o de la química, etcétera. En cambio, en el derecho no sucede esto, ya que en realidad se estudia, como ramas jurídicas particulares, el derecho civil español, el derecho penal francés, o el derecho administrativo mexicano, etcétera.

En ese tenor, la ciencia jurídica si lo es tal, sólo es predicable a un particular sistema jurídico, que siempre es nacional y con ello, se desprende la contundente afirmación de que el derecho no puede ser científico, por no ser general.

Evidentemente aquí estamos en presencia de una confusión de sentidos, ya que por un lado, es cierto que existen normas jurídicas, que sólo se aplican en un ámbito territorial limitado, pero eso no resta la existencia de diversas preguntas teóricas que son constantes en todo el mundo. Frente a la existencia de una norma nacional que regula el delito de homicidio, por ejemplo, tenemos por el contrario cuestiones que son vigentes en todo el planeta, como lo son la existencia o no del derecho, la estructura de la norma, los problemas de la justicia, los valores jurídicos, la naturaleza de la obligación jurídica, los temas de bioética, políticas relacionadas con el derecho, que inciden en todas las sociedades humanas. Esto es, frente a problemas o situaciones particulares que también encontramos en el derecho y que en nada interesan a un conocimiento teórico y abstracto, también tenemos problemas universales y comunes que comparten todos los sistemas jurídicos.

En realidad, en el derecho encontramos distintos niveles de conocimiento, que una adecuada teoría epistemológica jurídica debe reconocer. No todos los problemas jurídicos son nacionales, ni el derecho necesariamente incide en consideraciones de tipo general, sino que encontramos preguntas científicas de carácter universal, otras que devienen de la familia jurídica a la que pertenecemos y otras que sólo interesan a una nación, región, o un caso particular. En ese tenor, dentro de nuestra materia encontramos temas filosóficos, que al igual que en todas las ciencias, constituyen todas aquellas preguntas válidas que la ciencia no puede dar una solución convincente; temas científicos, que apuntan a cuestiones de tipo universal y permanentes y temas técnicos, que sólo aplican en determinadas circunstancias o en determinadas regiones, o que inciden en meros problemas "operativos" en el derecho. No todo el contenido de nuestra ciencia, es en realidad "científico" pero tampoco debemos caer en el error, de radicalizar el aspecto técnico de nuestro saber.

La auténtica ciencia jurídica, evidentemente tomaría en cuenta esas preguntas de carácter universal o general, las cuales serían de utilidad para el derecho nacional o para los casos particulares.

Aun suponiendo que el derecho civil, el penal, el administrativo, o el constitucional siempre se refieran a sistemas locales, no cabe duda que detrás de las normas o instituciones que la conforman, encontramos teorías, situaciones históricas o consideraciones de carácter normativo que pueden ser analizados desde una óptica racional y no verlo así, es confundir la verdadera imagen de la ciencia. El abogado no debe conformarse con conocer cómo debe ser aplicada una norma en un momento determinado, sino también el origen o la causa de ella y los motivos teóricos de su existencia.

Por otro lado, si dejamos la vieja imagen de que el derecho lo constituyen en realidad mandatos u órdenes dadas por autoridades institucionalizadas regionales y que por el contrario, podemos reconocer en él, a un conjunto de razones prácticas para actuar, como lo considera Joseph Raz, las cuales se pueden evaluar y calificar de una manera abstracta y racional, se podría generar un conocimiento jurídico que tuviera como propósito, el análisis y las refutaciones que se dan a los motivos que subyacen en esas normas.

Esto es, se podría generar una ciencia que analice los motivos sociales para implantar conductas sociales, las cuales se moverían siem-

pre en el campo de la especulación teórica, lo que ayudaría al mejoramiento de los criterios que encontramos subyacentes en las normas jurídicas, tarea olvidada por la dogmática jurídica desde el siglo XIX y la relevancia de la perspectiva positivista del derecho.

Por último, tenemos que reconocer que mucho de lo que hay en el derecho, constituye en realidad una mera técnica y los abogados tenemos que ser conscientes de esa distinción. Lo que es relevante para la ciencia, no es esa concepción aristotélica de que la misma sólo existe por el mero placer de conocer, sin preocuparse de la aplicación práctica y en la técnica, se presenta el interés por la aplicación de un conocimiento previamente adquirido. El moderno ideal de ciencia, ha perdido esa diferencia, ya que en realidad la teoría y la técnica se encuentra unidas sin que haya una separación clara. Todo conocimiento es sobre algo y se dirige hacia ese objetivo, la teoría una vez captada se abre paso hacia la técnica y ésta sólo tiene un adecuado sustento, con un esquema conceptual que le dé sustento.

*Teoría y praxis.* Por último, estaría el problema de la teoría y la práctica. La ciencia jurídica, no puede conformarse con el viejo ideal de la ciencia, que sólo se preocupa por comprender y describir el objeto que estudia. Como hemos visto, la necesidad de una ciencia en los asuntos del hombre, tiene como principal finalidad, el atender las interrogantes prácticas que se le presentan día con día y por lo tanto, el derecho como una rama de ellas, debe servir no sólo para conocerlo, sino también para que nos permita encontrar las soluciones a los problemas sociales que se le presentan, que a su vez nos lleve también a la transformación del propio derecho.

Esto significa, que es ineludible la relación entre la teoría y la práctica. La ciencia jurídica debe estar en función de los problemas concretos que se presentan y su elaboración debe estar enfocada a ese propósito. Por su parte, la práctica debe tomar en cuenta la solución que da la teoría y a su vez, dar elementos para poner en duda las soluciones que suministra. Sólo así se podrán justificar mutuamente. La teoría debe llevarnos a la acción, pero ésta es la que nos debe guiar hacia donde debemos buscar las respuestas a nuestras preguntas. Sólo la actividad puede una vez más justificar nuestros pensamientos. En esa tesitura, sólo la práctica puede dar razón de ser a la ciencia jurídica.

La dicotomía entre pensamiento y acción, como uno de los grandes y constantes problemas humanos, se ve reflejada una vez más, en el *Fausto* de Goethe, la conclusión del pensador alemán es irrefutable, sólo la acción humana puede justificar no sólo a las palabras y a los pensamientos, sino sobre todo, a las teorías, las que sólo son hijas de la primera:

“Fausto. ... Escrito está: “En el principio era la Palabra”... Aquí me detengo ya perplejo, ¿quién me ayuda a proseguir? No puedo en manera alguna dar un valor tan elevado a la Palabra; debo traducir esto de otro modo si estoy bien iluminado por el Espíritu. Escrito está: “En el principio era el Pensamiento”... Medita bien la primera línea; que tu pluma no se precipite. ¿Es el pensamiento lo que todo lo obra y crea?... Debería estar así: “En el principio era la Fuerza”... Pero también esta vez, en tanto que esto consigno por escrito, algo me advierte ya que no me atenga a ello. El Espíritu acude en mi auxilio. De improviso veo la solución, y escribo confiado: “En el principio era la Acción”.”<sup>53</sup>

Sólo la acción, respaldada por las palabras, que a su vez implica una adecuada y sustentable teoría, puede dar coherencia al hombre. En la medida en que la ciencia jurídica pueda respaldar y justificar la actuación de los que están involucrados en el derecho, ya sea como abogados, legisladores, o jueces, estará justificando su propia razón de ser.

*La necesidad de contar con una herramienta intelectual para la atención a los problemas jurídicos, que nos ayude en la práctica y justifique nuestras acciones.* Como se ha expuesto, la interrogante sobre la posibilidad de un conocimiento certero sobre los problemas jurídicos, ha sido permanente por lo menos desde el Renacimiento, cuando se puso en tela de duda esa posibilidad. Desde entonces, ha estado presente en el quehacer teórico de los abogados.

A lo anterior, se ha unido también la necesidad perenne de los hombres de encontrar el significado y el sentido de las cosas. De hecho, desde los primeros filósofos y sobre todo con Aristóteles, se ha constatado la necesidad de esa actividad, misma que se ha con-

<sup>53</sup> GOETHE, *op. cit.*, pp. 21 y 22.

siderado innata en los hombres. Así comienza el libro *Alfa* de los que conforman la mal llamada *Metafísica* aristotélica:

“Todos los hombres tienen naturalmente el deseo de saber. El placer que nos causan las percepciones de nuestros sentidos son una prueba de esta verdad. Nos agradan por sí mismas, independientemente de su utilidad...”<sup>54</sup>

Así, los abogados en su labor, tienen que asumir ese deseo espontáneo de saber y de comprender la realidad jurídica que los rodea y por el otro, suponer que hasta el momento, ni las respuestas a las que han llegado, ni los métodos que utilizan para ello, son confiables para ese resultado. Pero a pesar de todo, como Sísifo, tienen constantemente que seguir realizando esa actividad, sin la esperanza de lograr el éxito en su empresa. Ésta es sin duda una de las paradojas que siempre los acompañará.

Sin embargo, esta situación no es privativa de los juristas. El siglo XX vino a demostrar que esta problemática es general en todas las ramas del conocer. El hombre se esfuerza por encontrar la verdad, sin saber si las conclusiones a las que llegará son correctas o no. A pesar de lo anterior, continúa insistiendo en esa actividad, ya que sólo así satisfará ese deseo inherente y se justificará ante sí mismo.

Si finalmente no podemos considerar que los resultados que hemos logrado hasta ahora son los definitivos, tenemos que apoyarnos en ellos, para buscar nuevas explicaciones que nos resuelvan de mejor manera nuestras interrogantes, los cuales sólo nos dan una idea aproximada y menos falsa de la realidad de las cosas, mismas que son provisionales y sujetos a correcciones futuras.

En ese tenor, es posible que en realidad el valor de la ciencia y con ello, de la pregunta que nos hicimos en estas notas, no radique únicamente en los resultados que obtenemos, que de acuerdo una vez más con Popper, son las valiosísimas enseñanzas que nos dejan los errores, sino sobre todo, en la acción que desarrollamos para ello, lo que nos permite replantearnos constantemente no sólo las respuestas tentativas que nos ofrece, sino sobre todo, el sentido y alcance de nuestras preguntas, así como en el valor que le damos en nuestras vidas y en la sociedad en donde nos encontramos.

<sup>54</sup> ARISTÓTELES, *Metafísica*, 8a. ed., Porrúa, México, 1980, p. 5.

## DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS

Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO

- I. *Introducción*. II. *Precios*. 1. *Precios competitivos*. 2. *Precios monopólicos*. 3. *Precios estratégicos*. A. *Precios límite*. B. *Respuestas de rivales a los precios estratégicos*. 4. *Precios no uniformes*. III. *Discriminación de precios*. 1. *Concepto de discriminación de precios*. 2. *Origen de la discriminación de precios*. 3. *Requisitos de la discriminación de precios*. 4. *Tipos de discriminación de precios*. A. *Discriminación personal*. B. *Discriminación por grupo*. C. *Discriminación por producto*. D. *Ubicación de la "víctima" en la cadena productiva*. E. *Persistente o esporádico*. 5. *Grados de discriminación de precios*. A. *Primer grado*. B. *Segundo grado*. C. *Tercer grado*. IV. *Discriminación de precios y competencia económica*. 1. *Introducción*. 2. *Implicaciones en la eficiencia de la discriminación de precios*. A. *Discriminación de precios perfecta*. B. *Discriminación de precios imperfecta*. C. *Eficiencia asignativa*. 3. *Implicaciones en el bienestar de la discriminación de precios*. A. *Discriminación de precios perfecta*. B. *Discriminación de precios imperfecta*. C. *Común denominador*. 4. *Costo social de la discriminación de precios*. 5. *Costo social de atacar la discriminación de precios*. 6. *Conclusión sobre la aproximación del derecho de la competencia*. V. *Reglamentación mexicana de la discriminación de precios*. 1. *Discriminación de precios como una práctica monopólica relativa*. 2. *Experiencia mexicana con la discriminación de precios*. A. *Los casos*. B. *Comentario sobre los casos*. VI. *Discriminación de precios internacional*. VII. *Comentario final*.

### I. INTRODUCCIÓN

La discriminación de precios es una (sino es que *la*) práctica de mercadotecnia más frecuentemente utilizada.<sup>1</sup> Dicha práctica que ha sus-

<sup>1</sup> VARIAN, Hal R., "Price Discrimination", en *Handbook of Industrial Organization*, vol. 1, Richard SCHMALENSSEE y Robert WILLIG (eds.), North-Holland, Elsevier, Oxford, 1989, 2005, p. 598.

citado polémica entre expertos de competencia económica, tanto economistas como abogados. Los motivos son diversos. En este estudio se comentarán, para lo cual se realizará un comentario sobre el tema genérico donde se ubican: precios (§II), para luego examinar el fenómeno económico de la práctica (§III), pasando por las aristas en materia de competencia económica que genera (§IV), la experiencia regulatoria y casuista mexicana (§V) realizando una digresión sobre una especie de la práctica: el *dumping* (§VI), concluyendo con un comentario final (§VII).

## II. PRECIOS

El establecimiento de precios de un producto es un ejercicio difícil y trascendente que los comerciantes tienen que realizar. Para entender las opciones disponibles a un hombre de negocios, debe vislumbrarse el siguiente horizonte de opciones: en un extremo encontramos la firma perfectamente competitiva. En otro extremo encontramos al monopolista. Entre ambos extremos se manifiestan una diversidad de escenarios que permiten que las decisiones sobre precios busquen no sólo los fines inmediatos evidentes (ganancias) sino fines ulteriores. A lo anterior se le conoce como "precios estratégicos".

### 1. Precios competitivos

Una firma perfectamente competitiva enfrenta una curva de demanda horizontal. Es lo que la jerga económica denomina un "tomador de precios". No tiene control sobre el precio de mercado. La firma competitiva puede únicamente cobrar el precio de mercado e incrementar su abasto hasta el punto que el costo marginal es igual a precio. De no hacerlo ocurrirá alguno de los siguientes resultados: a) perdería todas (o casi todas) sus ventas;<sup>2</sup> b) de establecerse el precio por debajo del precio de mercado, estaría perdiendo ganancias (medibles conceptualmente por la distancia entre el precio y el precio de mercado).

<sup>2</sup> El motivo es claro: ¿por qué habrían consumidores de pagar más por un producto (presumiblemente) homogéneo?

Entendido lo anterior, puede observarse que la única variable sobre la cual una firma competitiva *realmente* tiene margen de discreción es abasto. El precio está anclado.

### 2. Precios monopolícos

A diferencia de la firma competitiva, un monopolista absoluto enfrenta una curva de demanda con pendiente negativa. No es un "tomador de precios". Más bien, es un "creador de precios", quien, con miras a maximizar utilidades, únicamente necesita igualar su costo marginal de corto plazo con ingreso marginal.

Dicho en términos menos técnicos, un agente económico que no enfrenta competencia alguna tiene la libertad de decidir *cuánto* vende y a qué *precio*. Si sube el precio, no pierde ventas. No se desvía a un competidor por la sencilla razón de que no hoy otro. El consumidor tiene que aguantarse y comprar el producto a un precio más alto. Por otro lado, si decide reducir abasto será él mismo quien perciba (o resienta) en su precio la respuesta del mercado. Como no hay más competidores, le quedará muy claro qué hecho es el que está empujando la demanda que enfrenta (y por ende el precio) hacia arriba.<sup>3</sup>

Entendido lo anterior, puede percibirse que una firma dominante, a diferencia de una que enfrenta un mercado competido, tiene margen de discreción en dos variables: tanto precio como abasto; pero son variables que se afectan entre sí. Una subida de precio bajará su demanda, y viceversa.

### 3. Precios estratégicos

Como se explicó con anterioridad, entre los dos polos mencionados encontramos los "precios estratégicos," que son el resultado de incluir en el proceso de toma de decisiones sobre el precio las opciones de los competidores de la firma con respecto a precios y abasto.

Lo anterior es parecido a un ajedrez. Al decidir qué pieza mover, un jugador necesariamente tomará en cuenta las opciones de su ad-

<sup>3</sup> El análisis anterior presume la existencia de cero competidores.

versario, so pena de súbita e inesperadamente encontrarse con un jaque.

El empleo del término "precios estratégicos" no debe crear la inferencia que dicha práctica es inherentemente condenable. Una empresa (oligopolista, dominante, u otra) no puede maximizar sus ganancias sin tomar en consideración las respuestas de sus rivales (incluyendo potenciales), y la maximización de utilidades es un objetivo legítimo. Los precios estratégicos pueden ser ilícitos únicamente cuando otros factores están presentes.

Aunque la mayoría de los precios estratégicos son lícitos, solamente los precios estratégicos pueden ser ilícitos. El problema, entonces, radicará en cómo identificar los tipos de precios que deben ser sancionados sin disuadir el que los agentes económicos establezcan el tipo de precios agresivos que buscan propiciar las leyes de competencia económica.<sup>4</sup>

Esta interrogante general encuentra como caso particular a la discriminación de precios. Antes de examinar a detalle esta práctica, comentaré algunos ejemplos de precios estratégicos y no-uniformes.

#### A. Precios límite

En el mundo de los precios estratégicos encontramos "*limit pricing*"<sup>5</sup> que consiste en la estrategia seguida por la firma dominante de cobrar menos que el precio que en el corto plazo maximiza utilidades con el objetivo de evitar la entrada por rivales. Una firma, al cuidadosamente establecer precios límite, obtendrá un nivel de ganancias inferior que si estableciera precios monopólicos, pero mantendrá su monopolio por un periodo más largo, posiblemente en forma indefinida.<sup>6</sup>

La práctica de establecer precios límite busca limitar las oportunidades de rivales. De ser exitosa, evitará que surja competencia. En

<sup>4</sup> La siguiente explicación asume que todas las firmas, ya sea competidores perfectos, oligopolistas, firmas dominantes y monopolistas absolutos, establecen sus precios con miras a maximizar sus ganancias.

<sup>5</sup> Que he traducido como "precios límite".

<sup>6</sup> AREEDA, Phillip E. y HOVENKAMP, Herbert, *Antitrust law. An Analysis of Antitrust Principles and their Application*, vol. III, p. 318.

ausencia del establecimiento de precios límite, los precios máximos podrían precipitar (atraer) competencia, lo cual necesariamente reduciría los precios (otrora maximizadores de utilidades).<sup>7</sup>

#### B. Respuestas de rivales a los precios estratégicos

De la misma manera en que el agente económico enfrenta opciones al establecer su precio, sus competidores (tanto actuales como potenciales) enfrentan opciones.

Las reacciones que rivales *actuales* pueden mostrar a los precios estratégicos pueden ser reducciones 'hostiles' de precios, incrementos 'obedientes' de precios, o salir del mercado. Las respuestas que rivales *potenciales* pueden perseguir son entrar al mercado, no entrar, entrar a gran escala, entrar con poca escala, o entrar en un nicho de mercado distinto.<sup>8</sup>

Visto lo anterior puede apreciarse cómo la comparación entre la actividad de establecer precios con un juego de ajedrez es procedente, aunque sigue siendo una simplificación pues el ajedrez es un juego uno a uno mientras que en la trinchera de negocios los frentes pueden (y generalmente son) múltiples.

#### 4. Precios no uniformes

No obstante que las firmas en un mercado competitivo no tienen más opción que vender a un precio competitivo, la mayoría de las firmas en un mercado que dista de ser competitivo tienen *cierta* discreción al establecer sus políticas de precios.<sup>9</sup> Pueden establecer precios distintos para los mismos productos o un precio que varíe dependiendo de cuantas unidades sean adquiridas (precios no-lineales). Lo anterior con miras a incrementar ganancias. La doctrina económica ha

<sup>7</sup> Dicho de una manera no técnica, sería una manera de (una inversión en) mantener viva a la gallina de los huevos de oro.

<sup>8</sup> No abundaré sobre esto, aunque debo advertir que existe análisis económico sofisticado al respecto.

<sup>9</sup> CARLTON, Dennis W. y PERLOFF, Jeffrey M., *Modern Industrial Organization*, Harper-Collins, 2a. ed., 1994, p. 431.

bautizado este fenómeno como “precios no-lineales” (*non-uniform pricing*). Existen cinco tipos de precios no-lineales:<sup>10</sup>

*Tarifas de dos partes:* consiste en cobrar una tarifa (la primera tarifa) por el derecho a comprar el número de unidades de producto que un consumidor desee a un precio específico (la segunda tarifa).

*Descuentos por volumen:* las variaciones de precio dependerán del número de unidades adquiridas.

*Ventas atadas:* condicionar la venta de un producto a la compra de un segundo.

*Discriminación de calidad:* el ofrecimiento de una calidad diferente de productos al mismo precio o a precios que no reflejen completamente la diferencia de calidad. Al ofrecer bienes caros y de alta-calidad a consumidores que le atribuyen un alto valor a los mismos, y bienes de baja calidad a bajo precio a otros consumidores, una firma puede separar los consumidores en grupos y cobrarles en forma distinta.

*Discriminación de precios:* la venta de un mismo producto a diferentes tasas de retorno.

Me concentraré en discriminación de precios.

### III. DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS

#### 1. Concepto de discriminación de precios

La discriminación de precios sucede cuando una firma hace dos ventas de un producto similar a dos tasas de retorno distintas. Dicho en términos económicos, dos ventas serán discriminatorias cuando involucren dos radios diferentes de precio a costo marginal.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> CARLTON y PERLOFF, p. 432. Las siguientes no son las únicas explicaciones/justificaciones para cobrar precios distintos. Existen otros ejemplos, como ahorros en costos de hacer órdenes grandes, etcétera. Sin embargo, la siguiente explicación busca abordar la situación que se presenta cuando una firma con cierto poder de mercado puede lucrar mediante el establecimiento de precios no-uniformes.

<sup>11</sup> HOVENKAMP, Herbert, *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice*, West Publishing Co., St. Paul Minnesota, 1994, p. 516.

Debe distinguirse la *discriminación* de precios de la *diferenciación* de precios. Un producto puede ser vendido a dos precios distintos (diferenciación de precios) y no ser discriminatorio, en la medida en que el costo marginal de vender a dichos consumidores varíe. En forma similar, dos ventas a un mismo precio pueden ser discriminatorias si la tasa de retorno (costo marginal) es distinta al venderle a ambos clientes.<sup>12</sup>

#### 2. Origen de la discriminación de precios

La discriminación de precios es un fenómeno interesante y difícil. Su lado interesante deriva del hecho que está basada en la subjetividad del gusto del humano, aunado a las variaciones que cada mercado ofrece. Su dificultad consiste en que invoca una actitud Shakespeareana hacia sus efectos económicos y competitivos: no es ni buena ni mala, es la forma en que se asimila lo que determinará su sentido axiológico. Me explicaré.

Por principio de cuentas, la discriminación de precios encuentra su *leitmotif* en la imperfección, ya que sería inexistente en un mercado perfectamente competitivo y equilibrado. Después de todo, cualquier comprador desfavorecido<sup>13</sup> podría rechazar la oferta de un producto a un precio (aunque sea irrisoriamente más alto) y encontrar otro vendedor deseoso de proveer dicho producto al precio competitivo. Sin embargo, el mundo real funciona de forma distinta. En la realidad, los mercados son dinámicos, competidos y fluctúan en tiempo y espacio. Es en las olas y mareas del mercado que el bicho de la discriminación de precios encuentra su hábitat.<sup>14</sup>

Pero también encuentra otro origen la discriminación de precios: los (variopintos) gustos y preferencias del consumidor. El ingrediente subjetivo humano sale a colación en el contexto de ‘valor’. El

<sup>12</sup> Ello puede ser el resultado de variaciones por unidad de costo marginal.

<sup>13</sup> Al referirme a la discriminación de precios, llamaré comprador ‘desfavorecido’ a aquel que tiene que pagar un precio arriba de costo marginal, o un precio que contemple una tasa de retorno más alta por el producto; y ‘favorecido’ al comprador que debe pagar un precio bajo o el precio que contenga una tasa de retorno más pequeña.

<sup>14</sup> Para complicar las cosas aún más, los precios del mercado competitivo tienden a moverse en un sentido de equilibrio y, al hacerlo, existirá un cierto grado de discriminación de precios.

valor que cada cliente<sup>15</sup> atribuye a un mismo producto varía, lo cual impacta cuánto está dispuesto a pagar. En lenguaje económico, algunos clientes son de “alta elasticidad” mientras que otros son de “baja elasticidad”. Los primeros son aquellos cuya respuesta al cambio del precio de un producto será significativa, mientras que los segundos serán clientes cuya demanda por un producto sufrirá poco o ningún cambio por la variación del precio.

Como puede verse, existen circunstancias tanto del lado de la oferta como del lado de la demanda que invitan la discriminación de precios.

En forma ideal —para el vendedor— podría vender cada unidad de producto al “precio de reserva” de todos los clientes; es decir, al precio más alto que el cliente está dispuesto a pagar por dicha unidad. Sin embargo, esta premisa es sólo el principio de una labor difícil (o imposible): establecer exactamente cuál es el “precio de reserva” de una persona, clase de consumidor o mercado específico.

En adición a las razones anteriores que explican la utilidad de la discriminación de precios, existen otras razones microeconómicas que explican la práctica. Por ejemplo, la discriminación de precios puede también ser entendida (y utilizada) como un método para minimizar el efecto de reducción de ingresos derivado de las ventas marginales a costo marginal.<sup>16</sup> Al evitar que el precio marginal “infecte” el abasto total, la (negativa, a los ojos del vendedor) reducción de ingresos derivada de la producción marginal se evita.

### 3. Requisitos de la discriminación de precios

Para establecer un esquema de discriminación de precios, lo siguiente es necesario:<sup>17</sup>

<sup>15</sup> Aun clientes parecidos. Si bien puede sonar evidente que diferentes personas le atribuyan diferentes valores a un mismo producto, llama la atención que personas con un perfil parecido (por ejemplo, con una misma nacionalidad, ubicación, edad, sexo, clase social, nivel económico, etcétera) tengan distintas preferencias, y, por ende, manifiesten un ‘valor residual’ distinto por un mismo producto.

<sup>16</sup> Recuérdese que el ingreso marginal es el resultado de las siguientes dos funciones: a) el ingreso adicional de vender una unidad adicional, que es el precio que el vendedor recibe de la última unidad vendida; y b) la reducción de ingreso de todo el abasto existente. La resta de b) de a) arrojará el ingreso marginal. (CARLTON y PERLOFF, p. 434).

<sup>17</sup> SCHERER, F. M. y ROSS, David, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Houghton Mifflin Company, Boston, 3a. ed., 1990, p. 489; AREEDA, *Antitrust Law*, vol. IX, pp. 119-120; y CARLTON y PERLOFF, p. 435.

a) *El vendedor debe tener algo de poder de mercado*: para que el vendedor pueda diferenciar entre grupos de clientes y cobrar un precio competitivo de algunos y uno supra-competitivo de otros necesariamente implica que existe (cierto) poder de mercado.

En ausencia de dicho requisito, cobrar a un consumidor más que el precio competitivo será infructuoso ya que una firma perfectamente competitiva no puede discriminar en forma que genere ganancias. Podría hacerlo por otros motivos (motivos de mercadotecnia o altruistas) pero sacrificará ganancias al hacerlo.

b) *Habilidad para segregar*: el discriminador prospectivo debe tener la posibilidad de segregar clientes en grupos con diferentes elasticidades de demanda o precios de reserva (los precios más altos que un comprador estaría dispuesto a pagar por una unidad específica de abasto).

c) *No Arbitraje*: no debe existir posibilidad de que los clientes de bajo precio revendan a clientes de alto precio. De otra manera, el único beneficiario sería el agente económico que arbitra.<sup>18</sup>

### 4. Tipos de discriminación de precios

Los profesores Scherer y Ross<sup>19</sup> explican que existe una tremenda variedad de formas de discriminación de precios. No obstante dicha diversidad, clasificaré las especies de prácticas de discriminación de precios de conformidad con ciertos elementos comunes a su género:<sup>20</sup> 1) discriminación personal; 2) discriminación grupal; 3) discriminación por producto; 4) ubicación de la “víctima” en la cadena productiva; y 5) su frecuencia.<sup>21</sup>

<sup>18</sup> Económicamente, el “arbitraje” consiste en lucrar como resultado de la diferencia de precios en dos mercados. Por ejemplo, si en un mercado (A) el precio del producto (P) es \$100 y en otro mercado (B) es \$80, siempre que los costos de llevar P de B a A sean inferiores a \$20 (\$10), alguien lo hará con la finalidad de obtener una ganancia (en este ejemplo, oscilaría entre \$1 y \$9). Esta es una de las razones que explican que los mercados tienden al equilibrio.

<sup>19</sup> SCHERER y ROSS, pp. 491-494.

<sup>20</sup> Parte de esta clasificación está basada en una realizada por Fritz MACHLUP, citado por SCHERER y ROSS, pp. 491-494.

<sup>21</sup> Cada descripción será seguida por su término en el argot de la mercadotecnia.

### A. Discriminación personal

Esta categoría se basa en la diferenciación que se encuentra entre diferentes clientes individuales, a saber:

- a) Cuando cada operación se negocia en forma separada y directamente entre cada vendedor y comprador (*Haggle-every-time*). Como ejemplos de lo anterior, piénsese en la venta de coches. A su vez, las prácticas en los bazares (Suks) orientales.<sup>22</sup>
- b) Cuando los compradores hacen que vendedores compitan entre sí reduciendo el precio para lograr una venta, el precio final será distinto del precio de lista (*Give-in-if-you-must*).
- c) La discriminación basada en el poder adquisitivo y elasticidad (*Size-up-their-income*). Los clientes más acaudalados con inelasticidad de demanda se les cobra más que a los menos afluentes, máxime que, ante precios altos, reducirán su consumo en forma proporcional. Por ejemplo, servicios legales y médicos.<sup>23</sup>
- d) La que se basa en el uso (*Measure-the-use*). A la clientela que utiliza un bien o servicio más frecuentemente se le cobra más, aun cuando existan diferencias de costos que puedan ser insignificantes. Por ejemplo, que una compañía (como Xerox) rente una fotocopiadora y la renta esté basada en el número de copias realizadas.

### B. Discriminación por grupo

Estos métodos de discriminación de precios se fundamentan en diferencias halladas en diferentes grupos de consumidores. Como ejemplos de lo anterior están:

<sup>22</sup> Por ejemplo, el caso de un vendedor de autos en el que el vendedor realiza investigaciones detalladas sobre el comprador prospectivo, como lo es el ingreso, domicilio, status marital, etc., y busca estimar el ingreso disponible (*disposable income*) del cliente. Quienes han tenido la oportunidad de comprar tapetes orientales en "Suks" (mercados árabes) pueden dar testimonio del difícil proceso de negociación con el vendedor sobre el precio del tapete, no obstante que el té de menta tradicionalmente servido seguramente será un lubricante interesante —y gratuito sólo en apariencia— de lo que algunos calificarían como un proceso de negociación intenso.

<sup>23</sup> Un dicho común que refleja dicho fenómeno es 'según el sapo es la pedrada'.

- a) Cambios en costos de entrega que pueden ser absorbidos o cargados a clientes ubicados en distancias diversas de las instalaciones o almacenes de la firma (*Absorb-the-freight*).
- b) La reducción sistemática de precios posiblemente debajo de costo, en un mercado con un rival que la firma que discrimina desea sacar del mercado (*Kill the rival*).<sup>24</sup>
- c) En caso de que exista exceso de oferta, los bienes pueden ser ofrecidos a precios reducidos en mercados lejanos con la finalidad de no deprimir los precios (posiblemente monopólicos) locales (*Dump the surplus*).
- d) Cuando los precios son persistentemente más altos en regiones en donde la competencia es más débil que donde es fuerte (*Get-the-most-from-each-region*).<sup>25</sup>
- e) El ofrecimiento de precios inferiores a nuevos clientes en comparación con aquellos pagados por clientes establecidos con la esperanza de generar lealtad de marca (*Promote-new-customers*).<sup>26</sup>
- f) Los descuentos especiales ofrecidos a clientes que concentran una gran cantidad de negocios (*Keep-them-loyal*).<sup>27</sup>
- g) La utilización de cupones de descuentos y reembolsos con la finalidad de distinguir entre clientela con un bajo costo de oportunidad por tiempo, lo cual se estima tiene una correlación con un bajo precio de reserva (*Sort-them-by-time-value*).
- h) Cuando grupos con diferentes precios de reserva o elasticidad de demanda son fácilmente clasificables por edad, sexo, ocupación, etcétera, la discriminación por grupos puede ser practicada (*Divide-them-by-elasticity*).<sup>28</sup>

<sup>24</sup> *American Tobacco Company* vendía ciertas marcas de tabaco a precios por debajo de sus costos de producción con la intención de hacer que los rivales no pudieran generar ganancias.

<sup>25</sup> Por ejemplo, las diferencias en precios de plátanos en los países del mercado común europeo fueron sujetas a una investigación de competencia económica europea durante los años setenta.

<sup>26</sup> Piénsese en descuentos de periódicos y revistas ofrecidos a estudiantes.

<sup>27</sup> Un ejemplo son los esquemas de viajero frecuente de algunas aerolíneas.

<sup>28</sup> Por ejemplo, cortes de pelo de niños. A su vez, los vuelos que requieren una estancia los sábados se utilizan para distinguir a los viajeros de negocios de otro tipo de viajeros.

### C. Discriminación por producto

Productos con diferentes características pueden justificar precios distintos. Algunos métodos son:

- a) Algunas diferencias de precios que son proporcionales a las diferencias de costo están asociadas con una prima por calidad (*Appeal-to-the-classes*).
- b) Productos que lleven una marca famosa pueden tener un precio mayor que los productos físicamente homogéneos que la carecen (*Make-them-pay-for-the-label*).
- c) Para reducir inventarios o incrementar ventas para con clientela con presupuestos pequeños que sean otorgados en tiempos específicos de cada año o continuamente en secciones específicas de tiendas de menudeo (*Clear-the-stock*).
- d) Para lograr una capacidad más llena o mejor distribuida, ciertos servicios que son idénticos, excepto con respecto al tiempo de consumo, se les establecen precios distintos (*Switch-them-to-off-peak-times*).<sup>29</sup>
- e) Las ventas en paquete de diversos productos y servicios ofrecidos en forma conjunta bajo un único precio, aunque ciertos consumidores no consuman todos los componentes del paquete, aseguran que el paquete entero sea adquirido (*Bundle-the-outputs*).<sup>30</sup>
- f) Prácticas que involucran cobrar más por bienes más valiosos o que buscan fomentar las reacciones del consumidor de alguna manera que beneficien al vendedor,<sup>31</sup> o que hacen que firmas multiproductos obtengan márgenes más altos precio-costo de artículos cuya demanda es relativamente inelástica y menos competitiva (*Get-the-most-from-each-group*).<sup>32</sup>

<sup>29</sup> Piénsese en las tarifas de hotel de baja temporada.

<sup>30</sup> Por ejemplo, los paquetes de los mejores asientos de una ópera con algunos asientos no tan buenos.

<sup>31</sup> Por ejemplo, ofrecer paquetes adicionales de electricidad a tarifas más bajas para fomentar a propietarios a instalar calentadores eléctricos.

<sup>32</sup> Un ejemplo interesante es "skimming": la práctica de introducir a un mercado un producto nuevo o superior a un precio alto destinado a extraer el mayor ingreso posible de

### D. Ubicación de la "víctima" en la cadena productiva

Otra clasificación obedece al eslabón en la cadena productiva donde se ubican las víctimas de la práctica.<sup>33</sup> La *Robinson-Patman Act* estadounidense hace referencia a las siguientes:

- a) *Daño de primera línea (Primary line)*: Ocurre cuando el monopolista utiliza precios altos en un mercado para compensar o "subsidiar" precios depredatorios en un mercado distinto.
- b) *Daño de segunda línea (Secondary line)*: Cuando las políticas de diferencias de precios de una firma dividen a clientela de un mismo mercado. Las víctimas serán los compradores desfavorecidos del vendedor. Se sostiene que el daño consiste en que los precios inferiores establecidos por el monopolista a favor de un comprador ponen al otro en una desventaja competitiva y le hacen perder negocios.

Se ha llegado a hablar de daño de tercera y cuarta línea consistente en el daño que se presenta en escaños inferiores de la cadena productiva.

### E. Persistente o esporádico

La discriminación de precios esporádica se diferencia de la persistente en que en la segunda el vendedor dividirá en forma sistemática a clientela en territorios, clases, tipos, etcétera, y obtendrá diferentes tasas de retorno de cada grupo.<sup>34</sup>

## 5. Grados de discriminación de precios

Se dice que la discriminación de precios ocurre en diferentes grados: en primer, segundo y tercero.<sup>35</sup>

compradores ansiosos con altos valores de reserva, seguido por una gradual reducción del precio para penetrar el mercado en forma más amplia.

<sup>33</sup> HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy*, p. 525.

<sup>34</sup> HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy*, p. 516.

<sup>35</sup> SCHERER y ROSS, p. 491.

### A. Primer grado

También llamada "discriminación de precios perfecta", cada unidad es vendida al precio de reserva con la finalidad de que se extraiga la mayor cantidad posible que cada cliente estaría dispuesto a pagar.<sup>36</sup> El vendedor absorbe todo el beneficio del consumidor (*consumer surplus*)<sup>37</sup> y no se deja nada al comprador.<sup>38</sup>

### B. Segundo grado

También llamada "discriminación de precios imperfecta", es la habilidad y práctica del vendedor de separar la demanda en grupos de diferentes precios y cobrarle a cada grupo el precio de reserva que considere apropiado, expandiendo el abasto hasta que no hayan grupos cuyo precio de reserva exceda el costo marginal.<sup>39</sup> Es similar a la discriminación en primer grado, pero es más burda.<sup>40</sup>

Dado que el vendedor no conoce el precio particular que cada cliente está dispuesto a pagar por el bien en cuestión, clasifica de una manera menos precisa. En general, aun así incrementa el abasto.<sup>41</sup>

### C. Tercer grado

La discriminación de tercer grado ocurre cuando un vendedor puede dividir clientela en grupos distintos con usos diferentes del producto, o funciones de elasticidad de demanda distinta que reflejan cantidades vendidas a cada grupo con precios alternativos.<sup>42</sup>

Dichos términos no técnicos, cuando el consumidor está dispuesto a pagar diferentes precios por el mismo producto por la sencilla

<sup>36</sup> AREEDA, *Antitrust Law*, vol. IX, p. 124.

<sup>37</sup> El 'beneficio del consumidor' o 'excedente del consumidor' (*consumer surplus*) es el término de arte económico que describe la ventaja en la que se encuentra el consumidor al poder adquirir un bien a un precio distinto (menor) a la cantidad máxima que estaría dispuesto a pagar por él. Consiste en la distancia entre el precio máximo de su curva de demanda particular (su 'curva de indiferencia') y el precio (marginal) que paga.

<sup>38</sup> SCHERER y ROSS, p. 491.

<sup>39</sup> AREEDA, *Antitrust Law*, vol. IX, pp. 125-126.

<sup>40</sup> SCHERER y ROSS, p. 490.

<sup>41</sup> AREEDA, *Antitrust Law*, vol. IX, p. 126; SCHERER y ROSS, p. 495.

<sup>42</sup> AREEDA, *Antitrust law*, vol. IX, pp. 121 y 126; CARLTON y PERLOFF, p. 443.

razón que el uso o fin que le darán arroja una utilidad y ganancias distintas.<sup>43</sup>

En términos generales, el discriminador de tercer nivel maximizará utilidades mediante el cobro del precio más alto en el mercado cuya elasticidad de demanda al precio monopolístico sea la más baja, y el precio más bajo en el mercado con la elasticidad de demanda más alta.<sup>44</sup>

Para ilustrar,<sup>45</sup> detallaré el ejemplo anterior. Piénsese en un químico monopolizado que admite dos tipos de usos: i) como ingrediente para pintura, y ii) como parte de una medicina. El precio que maximiza utilidades por el químico sería \$5 para pintura y \$9 para medicinas. En caso de que el precio uniforme sea el de la pintura (\$5) el monopolista no extraerá el bienestar/excedente del consumidor del productor de medicinas. En caso de que el precio uniforme sea el de medicina, las ventas como ingrediente de pintura se perderían. Por consiguiente, la discriminación de precios es la estrategia que maximizará utilidades. Cualquiera que sea el método empleado por el discriminador para implementarla,<sup>46</sup> se establecerían grupos independientes, cada uno de los cuales tiene una función de demanda con elasticidades distintas al precio uniforme.

## IV. DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS Y COMPETENCIA ECONÓMICA

### 1. Introducción

Entendidas las circunstancias que, tanto del lado de la oferta como del lado de la demanda, son caldo de cultivo para que florezca la discriminación, vale la pena preguntarse: ¿cuál es su impacto en el proceso de competencia y libre concurrencia?

La respuesta no es clara. Propondré una, no sin antes comentar sus efectos, que varían atendiendo a la perspectiva desde la cual se examine. Comenzaré por sus efectos desde la óptica de la eficiencia (§b),

<sup>43</sup> Por ejemplo, un producto químico que puede ser utilizado para dos fines, y que, mientras que uno de ellos arroja una ganancia alta, el otro dé ganancias bajas.

<sup>44</sup> SCHERER y ROSS, p. 491.

<sup>45</sup> He tomado prestado este ejemplo de AREEDA, *Antitrust Law*, vol. IX, pp. 126-127.

<sup>46</sup> Como lo son las ventas atadas, adulteración del producto con la finalidad de hacerlo útil para un fin particular, pero inservible para otros, etcétera.

continuaré con la perspectiva de bienestar (§c), el costo social de la práctica (§d), el costo social de atacar la práctica (§e), para arribar a una conclusión conceptual sobre la aproximación que el derecho de la competencia debe adoptar ante la práctica (§f).

## 2. Implicaciones en la eficiencia de la discriminación de precios

Las implicaciones en eficiencia<sup>47</sup> de la discriminación de precios varían atendiendo a su *perfección* o *imperfección*. Por ende, serán examinadas en forma separada.

### A. Discriminación de precios perfecta

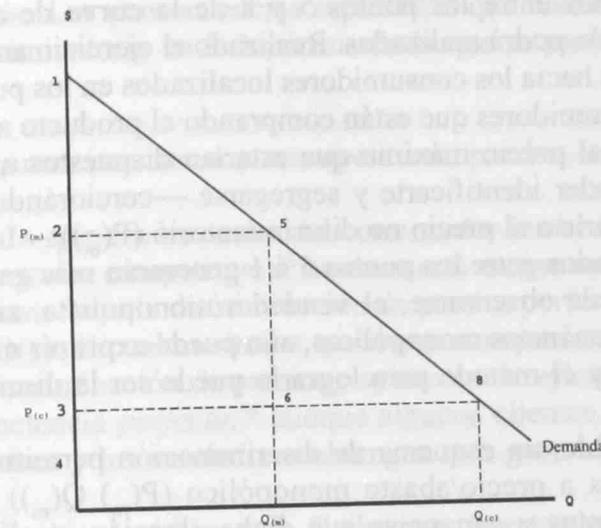
La gráfica 1 ilustra precios competitivos, precios monopólicos y discriminación de precios perfecta. Veamos los efectos económicos (particularmente en eficiencia) de dos escenarios distintos basados en este mercado hipotético: (a) competencia perfecta; y (b) el polo opuesto: un mercado monopolizado.

*Competencia perfecta.* Suponiendo que el vendedor que ataca el mercado descrito en la gráfica 1 enfrenta un escenario perfectamente competitivo, establecerá su abasto en  $Q_c$  a precio  $P_c$ . El triángulo formado por los puntos 1, 3 y 8 constituye bienestar/excedente del consumidor (consumer surplus). Es decir, el ahorro del consumidor que adquiere el producto a un precio inferior a la cantidad máxima que estaría dispuesto a pagar por el mismo (al valor que le atribuye, medido monetariamente).

En el escenario anterior, las ganancias del vendedor son aquellas mostradas por el rectángulo 3, 8, 9 y 4. De ser la discriminación una opción viable, el vendedor puede incrementarlas. Para ello, tendría que identificar y segregar a las personas (o grupos) ubicados en los puntos 8 a 1 de la curva de demanda. Las ventas dirigidas a dichos

<sup>47</sup> En este apartado, al hablar de eficiencia, me refiero a eficiencia productiva, que consiste en el incremento del radio entre el abasto y sus insumos. Entre mayor sea el abasto, manteniendo constante los insumos, mayor será la eficiencia productiva. Ello es procurado ya que los bienes serán producidos al menor costo posible, lo cual implica que la menor cantidad de insumos de una sociedad son utilizados en el proceso productivo.

Gráfica 1. Descripción de discriminación de precios perfecta



clientes  $\frac{3}{4}$  suponiendo que éstos no tengan acceso al producto al precio  $P_c$  arrojarán más ganancias<sup>48</sup> sin alterar el equilibrio  $P_c$   $Q_c$  (pues partimos de la hipótesis que podían diferenciarse y segregarse).

El resultado será que se incrementa abasto, ventas y ganancias. A los ojos de la eficiencia, ello es positivo.

*Escenario monopolístico.* Ahora supongamos que el agente económico que desea actuar en el mercado descrito en la gráfica 1 es el único vendedor. Es un monopolista. En dicho caso, preferirá reducir su abasto a  $Q_m$  y vender a precio  $P_m$ , que es el precio no-discriminatorio que maximiza utilidades. Las ganancias que obtendrá son las contempladas por el rectángulo 2, 4, 7, 5 y 2.

<sup>48</sup> Identificables por el área comprendida entre el punto en la curva de demanda en donde se fije abasto, y su respectivo punto en la ordenada (\$), tomando como base 3-8. De ser perfecto, sería el área 1, 3 y 8.

En dicha hipótesis, el vendedor no está generando todas las ventas/ganancias que podría. Está perdiendo las ventas de los consumidores ubicados entre los puntos 5 y 8 de la curva de demanda.<sup>49</sup> Discriminando podrá realizarlas. Realizado el ejercicio anterior, voltará su vista hacia los consumidores localizados en los puntos 5 a 1, que son consumidores que están comprando el producto a una cantidad inferior al precio máximo que estarían dispuestos a pagar. De nuevo, de poder identificarte y segregarse —cerciorándose que no puedan adquirirlo al precio no discriminatorio ( $P(m)$ )— las ventas a clientes ubicados entre los puntos 5 a 1 generarán más ganancias.

Como puede observarse, el vendedor/monopolista, si bien está obteniendo ganancias monopólicas, aún puede exprimir más a dicho mercado<sup>50</sup> —y el método para lograrlo puede ser la discriminación de precios.

De ser viable, un esquema de discriminación permitiría mantener las ventas a precio/abasto monopólico ( $P(m)$ ,  $Q(m)$ ) y aún así lograr las ventas y ganancias que dicha elección implícitamente renuncia: aquellas de consumidores cuyo valor residual está por debajo del nivel monopólico<sup>51</sup> y por arriba,<sup>52</sup> sin que ello desequilibre su elección de precio y abasto a nivel monopólico ( $P(m)$ ,  $Q(m)$ ). Ello significaría más ventas, más abasto y más ganancias.<sup>53</sup>

De lograrse lo anterior, el nivel de abasto se acercará (o igualará) la curva de demanda. De ser perfecto el esquema de discriminación, el abasto será idéntico a la curva de demanda. Es decir, se parecería a aquel que existiría en condiciones de competencia perfecta. Pero las

<sup>49</sup> Mismos que, al encontrarse arriba de costo marginal (que en la gráfica 1 se identifican con el punto 8), el vendedor estaría presumiblemente interesado en venderles.

<sup>50</sup> Mediante la obtención de las ganancias identificables por dos triángulos: el triángulo 5, 6 y 8 (clientes que le atribuyan un valor inferior a  $P(\cdot)$ ); y el triángulo 1, 2 y 5 (ventas a clientes con un valor residual mayor).

<sup>51</sup> Aquellos ubicados entre los puntos 5 y 8.

<sup>52</sup> A los clientes localizados entre los puntos 5 y 1.

<sup>53</sup> Si una venta arriba de  $P(\cdot)$  es posible, genera ganancias. Sin embargo, serán pérdidas (por costo de oportunidad) si se ven desde la perspectiva que podían ser ventas al nivel que maximiza utilidades ( $P(m)$ ). Igual sucederá con las ventas a la clientela de alto precio de reserva ubicados entre los puntos 1 y 5 de la curva de demanda. Pero de poder segregarse los tres nichos de mercado, podrían extraer las ganancias que cada uno ofrece, aunque sean a retornos distintos.

ganancias serían monopólicas. Desde el ángulo de eficiencia, ello es positivo.

*Conclusión.* Las consecuencias específicas que resultarán del esquema discriminatorio en la hipótesis de la que se parte son las siguientes:<sup>54</sup>

- Las ganancias, aun supracompetitivas, pueden ser incrementadas.
- Todo lo que era bienestar del consumidor (en el escenario de un mercado competitivo)<sup>55</sup> se convierte en ganancias.
- El abasto bajo la discriminación de precios perfecta se restaura a  $Q(c)$ , el cual es similar a competencia perfecta.
- La discriminación de precios perfecta es tan eficiente como la competencia perfecta,<sup>56</sup> aunque algunos clientes paguen más que otros y los vendedores obtengan más ganancias.

Las conclusiones, si bien más fácilmente observables en un mercado competitivo, son también aplicables en mercados que distan de serlo. El monopolista que discrimina en forma perfecta produce más que el monopolista que no discrimina y que vende a un mismo precio. El precio uniforme a nivel monopólico produce poco. Es ineficiente. El monopolista que discrimina en forma perfecta vende más que el monopolista que no discrimina puesto que recibe una ganancia incremental por cada venta realizada,<sup>57</sup> aunque sea a un precio inframonopólico.<sup>58,59</sup>

<sup>54</sup> En este sentido, ver HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy*, p. 519.

<sup>55</sup> Observable mediante el triángulo 1, 3 y 8.

<sup>56</sup> Siempre que no le cueste nada al vendedor establecer el esquema de discriminación de precios. Presumiblemente, el vendedor incurrirá en la discriminación siempre que el costo de implementación sea inferior al margen de ganancias derivadas del mismo. Entre más se parezcan, menos probable será que lo implemente.

<sup>57</sup> Siempre que esté por arriba de costo marginal, evidentemente.

<sup>58</sup> Aunque puede hablarse de dicha consecuencia en términos generales, no puede generalizarse sobre cuánto. Para determinar qué tan más eficiente están siendo utilizados y distribuidos los recursos como resultado de la práctica, deberá contrastarse con el escenario monopólico *in casu*.

<sup>59</sup> SCHERER y ROSS, p. 495.

### B. Discriminación de precios imperfecta

El anterior análisis presume algo cuestionable (y preocupante): *perfección*. En el mundo real no existe la discriminación de precios *perfecta*.

Aunque fuera posible, el costo de identificar el precio de reserva de cada cliente, y venderle el producto de tal manera que no pueda darle la vuelta a dicho precio, sería prohibitivo. La segunda mejor opción, que es frecuentemente utilizada, es segregar a clientes en grupos que le ponen diferentes valores a un producto y discriminar por precios entre los mismos.

Como se mencionó con anterioridad, un obstáculo (frecuentemente invencible) para lo anterior es el *arbitraje*; es decir, revender un producto a los compradores desfavorecidos a un precio que le convenga a los compradores favorecidos pero inferior a lo que los compradores desfavorecidos hubieran pagado (el precio discriminatorio).<sup>60</sup>

Dado que la discriminación de precios perfecta no existe, ¿querrá ello decir que la noción es inútil? ¿Acaso se trata de aun otra abstracción estéril que existe sólo en el mundo de las ideas? Lejos de ello. La teoría económica adopta una postura platoniana acerca del comportar económico: la realidad se coteja con un ideal (una utopía) con miras a implementar los instrumentos económicos que permiten encaminarla hacia ella. Es decir, es el equivalente actual a la estrella polar de la antigüedad. Sirve de guía.

En cuanto a la discriminación de precios, el método enfrenta aún otra problemática: las bondades del objetivo no son claras. Es decir, existen dificultades tanto en el *ser* como en el *deber ser*. Existe diferencia de opinión sobre sí —aun suponiendo que se logre— el deber ser es benéfico. Las razones de ello son el objeto de estudio de la sección IV de esta monografía; ahora lo que corresponde es analizar qué sucede si el objetivo dista de ser logrado. Y aquí de nuevo existen diferencias de opinión.

Podría argumentarse que la discriminación de precios imperfecta genera ciertas ineficiencias puesto que:<sup>61</sup>

- a) El precio excede el costo marginal. Por consiguiente, tendrá lugar una restricción de abasto e ineficiencia.
- b) A diferencia de la discriminación de precios *perfecta*, mediante la discriminación de precios *imperfecta* el abasto no es necesariamente restaurado al nivel competitivo. De hecho, con la discriminación de precios imperfecta el abasto siempre es inferior.<sup>62</sup>
- c) Existe cierta ineficiencia en el consumo derivada de la diferencia en el deseo marginal del consumidor de pagar un precio distinto por un producto pues generará oportunidades o ventas perdidas.<sup>63</sup>
- d) Los 'precios sombra'<sup>64</sup> que necesariamente incurrirán consumidores para obtener el producto a un mejor precio constituirán una ineficiencia ya que no serán apropiados por el agente económico que discrimina ni se benefician de los mismos.<sup>65</sup>

Los anteriores argumentos, aunque válidos en cuanto a su existencia, son de cuestionable persuasividad para postular que la discriminación de precios imperfecta es negativa. El que un esfuerzo no logre el máximo del objetivo no es —a mi juicio— razón suficiente para tildar de negativo al mismo. Más bien, milita a favor de seguirlo realizando con el afán de procurar (aunque sea eventualmente) llegar al mismo.

Para concluir, si bien existen elementos para considerar que existen ineficiencias de la discriminación de precios imperfecta, considero que derivan del fracaso de la misma de lograr el objetivo deseado,

<sup>62</sup> HOVENKAMP, Federal Antitrust Policy, p. 520.

<sup>63</sup> Un ejemplo puede ser ilustrativo. Piénsese en una firma que establece su precio a \$10 y algunos consumidores —a los que está enfocado el precio— están dispuestos a pagar \$10 por la primera unidad, pero \$9 por la segunda y \$8 por la tercera y subsiguientes (dada la ley económica de rendimientos decrecientes). En dichas circunstancias, únicamente tendrá lugar una sola venta. Si la discriminación no tuviera lugar y el precio uniforme fuera, por ejemplo, \$8 o menos, tendrían lugar varias operaciones. Por ende, bajo la hipótesis de \$10, tendrá lugar una pérdida.

<sup>64</sup> Un 'precio sombra' es el costo no monetario que tiene que incurrir un consumidor para adquirir algo. Por ejemplo, hacer colas para obtener un precio inferior.

<sup>65</sup> El sostener que el vendedor no se beneficia es cuestionable. Después de todo, es lo que hará posible la discriminación.

<sup>60</sup> Para ilustrar, véase el ejemplo descrito en el pie de página 18.

<sup>61</sup> CARLTON y PERLOFF, p. 449.

mas no de la práctica en sí. Por ende, desde el ángulo de eficiencia, la discriminación de precios imperfecta no es condenable.

### C. Eficiencia asignativa

Lo anterior en cuanto a la eficiencia productiva. Pero es relevante también otro tipo de eficiencia: la asignativa.<sup>66</sup> Los efectos asignativos de la discriminación de precios también son positivos. En la medida en que cada consumidor adquiere el producto a un precio más cercano al valor que le atribuye, la señal que el productor recibe mediante el precio (aunque sea agregado) será más clara (y exacta) que la que recibiría de un precio uniforme<sup>67</sup> o que dista de reflejar la preferencia personal de cada consumidor. Es decir, existe una correlación positiva entre la perfección del esquema de discriminación y la eficacia con la que se logra una de las bondades del mecanismo de precios:<sup>68</sup> señalar al productor el deseo de incrementar abasto (mediante un precio alto) o reducirlo (ante un precio bajo). Ello redundaría en pro del funcionar del sistema de mercado.

<sup>66</sup> La eficiencia asignativa (*allocative efficiency*) se refiere a la mejor y óptima producción mediante la combinación más eficiente de insumos. El abasto óptimo puede determinarse de diversas maneras; sin embargo, la economía del bienestar procura que se realice respondiendo a las preferencias que, mediante el voto económico, el mercado indique. La combinación eficiente de insumos es aquella que produce un abasto determinado al menor costo de oportunidad (referido como la 'eficiencia técnica').

<sup>67</sup> Por definición, un precio uniforme refleja inexactamente el valor (medido monetariamente) que cada consumidor atribuye a un producto. Salvo contadas excepciones, que pueden reputarse más como coincidencias, se apartará —aunque sea poco— del valor que cada persona atribuye al mismo.

<sup>68</sup> El precio cumple tres funciones importantes: a) transmite información; y lo hace en dos sentidos. Por un lado, constituye la forma en la que el productor puede tomarle el pulso al mercado para decidir cuánto hacer y a quién venderlo. A su vez, transmite información en el sentido contrario: el comprador final podrá observar, mediante los movimientos de precios, si es prudente utilizar menos de dicho producto o cambiar de insumo; b) genera incentivos para producir más eficientemente: al menor costo posible y utilizando los recursos en las actividades en las que más se valoran; c) determinan a quién dar cuánto de un producto (distribución de ingresos). Si bien este tema es tratado en múltiples textos, su exposición por el Premio Nobel de Economía Milton FRIEDMAN es brillante (*Free to Choose. A Personal Statement*, Harcourt Inc., 1980, pp. 14 y ss.).

### 3. Implicaciones en el bienestar de la discriminación de precios

Desde la perspectiva de bienestar, la diversidad de tipos de discriminación de precios hace imposible establecer una respuesta clara, única y general sobre la cuestión de lo positivo (o no) de la discriminación de precios.<sup>69</sup> Más bien, la conveniencia de la discriminación de precios parece ser dependiente de las circunstancias del caso. Para explicar por qué distinguiré (de nuevo) entre dos escenarios: aquél en que el esquema de discriminación de precios es perfecto; y aquél donde es imperfecto.

#### A. Discriminación de precios perfecta

Dado que la discriminación de precios *perfecta* logra el objetivo de discernir el valor que cada consumidor atribuye a un producto permitiendo que el mismo sea vendido a dicho precio, los efectos difieren del lado de la demanda y del lado de la oferta.

Del lado de la demanda, el efecto sobre el consumidor es doble: a) todos los consumidores compran; pero b) lo hacen al valor máximo que están dispuestos a pagar por el producto.

Del lado de la oferta, el efecto también es doble: a) el productor extraerá más *rentas* de las que hubiere obtenido bajo un escenario alternativo (ventas a precio uniforme —el que sea); y b) el *abasto* será idéntico a la curva de demanda del mercado particular.

¿Cómo valorar lo anterior? ¿Será positivo o negativo? La respuesta no parece clara. Por un lado, el productor vende más (y en general se acepta que mayor abasto es mejor) haciéndose de más ganancias; pero su tasa de retorno es inferior en ciertas ventas que otras. Por otro lado, más consumidores compran el producto (lo cual es positivo),<sup>70</sup> aunque lo compran al valor máximo que estaban dispuestos a

<sup>69</sup> SCHERER y ROSS, p. 494.

<sup>70</sup> Sí, adopto una postura mercantilista, pero por razones diversas —que no abordaré— presumir que ello es benéfico es una inferencia aceptable (aunque no todos compartan la equiparación de conceptos. Por ejemplo, Adam Smith, quien consideraba que la presunción que mayor riqueza necesariamente implicaba mayor felicidad (bienestar) era cuestionable, aunque estaba convencido que la mayoría de las personas comulgaban con dicha

pagar (lo cual podría calificarse de negativo).<sup>71</sup> Es decir, algunos clientes pagan por el producto más que lo que pagarían en ausencia del establecimiento de la discriminación de precios, por lo que podría argumentarse que no estarán en tan buenas condiciones (ya que estarían transfiriendo parte de su bienestar al vendedor).

Entendido lo anterior, reitero la pregunta: ¿cuál es el contenido axiológico de dicho escenario (procurado por una campaña exitosa de discriminación de precios)?

Una primera respuesta parece ser: 'depende'. Si la cantidad de consumidores desfavorecidos por la discriminación es superior a los favorecidos, sería negativa. Y viceversa.

Para determinar cuáles consumidores son favorecidos y cuáles no, será necesario comparar la curva de demanda con el precio uniforme en ausencia de la discriminación de precios. De ser el precio uniforme alto, el esquema sería positivo pues implicará que más consumidores adquieren el producto gracias a la discriminación, y a un precio inferior. De ser el precio uniforme bajo, el esquema sería negativo: serán más consumidores los que adquieran el producto a un precio igual a su valor total (y residual), que en la hipótesis es más alto que el precio uniforme. Una gráfica puede ser ilustrativa.

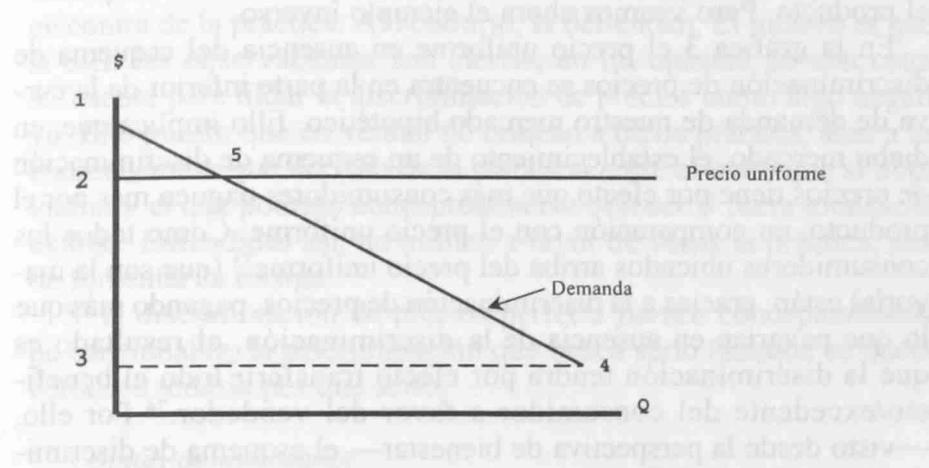
En la gráfica 2 el precio uniforme en ausencia de discriminación de precios está en la parte superior de la curva de demanda. En dicho escenario, el esquema de discriminación de precios tiene un resultado positivo, si ello es aquilatado desde la perspectiva de bienestar. El motivo es que, en ausencia del esquema de discriminación de precios, los consumidores que podrían adquirir el producto son sólo aquellos ubicados donde cruza el precio uniforme con la curva de demanda (5), y aquellos ubicados hacia arriba de la curva de demanda (5 a 1). El beneficio del consumidor es aquél contemplado por el triángulo formado por los puntos 1, 2 y 5. El resto (es decir, todos los que están por debajo del precio uniforme<sup>72</sup> —que en dicho ejemplo

noción. En forma similar, Bertrand Russell (*The Conquest of Happiness*) identificaba dicha forma de pensar como una fuente de infelicidad).

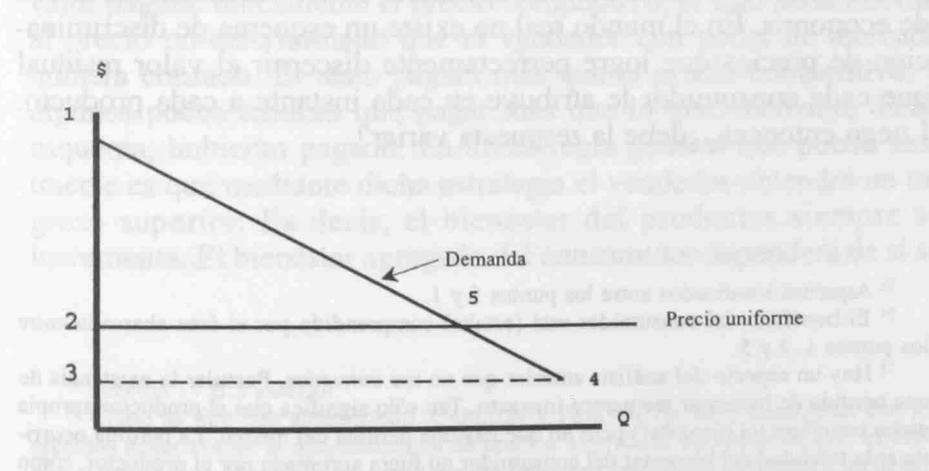
<sup>71</sup> Pues el consumidor perdería el beneficio de adquirir el bien a costo marginal, uno de los grandes beneficios de la sociedad contemporánea, y que se la debemos a la industrialización.

<sup>72</sup> Aquéllos ubicados entre los puntos 4 y 5 de la curva de demanda.

Gráfica 2. Discriminación de precios perfecta en un mercado donde el precio uniforme, en ausencia de la discriminación, es alto



Gráfica 3. Discriminación de precios perfecta en un mercado donde el precio uniforme, en ausencia de la discriminación, es bajo



son la contundente mayoría—) no podrán adquirir el producto en cuestión. Rebasa el precio máximo que están dispuestos a pagar por el producto. Pero veamos ahora el ejemplo inverso.

En la gráfica 3 el precio uniforme en ausencia del esquema de discriminación de precios se encuentra en la parte inferior de la curva de demanda de nuestro mercado hipotético. Ello implica que, en dicho mercado, el establecimiento de un esquema de discriminación de precios tiene por efecto que más consumidores paguen más por el producto, en comparación con el precio uniforme. Como todos los consumidores ubicados arriba del precio uniforme<sup>73</sup> (que son la mayoría) están, gracias a la discriminación de precios, pagando más que lo que pagarían en ausencia de la discriminación, el resultado es que la discriminación tendrá por efecto transferir todo el beneficio/excedente del consumidor a favor del vendedor.<sup>74</sup> Por ello, —visto desde la perspectiva de bienestar— el esquema de discriminación es negativo.<sup>75</sup>

### B. Discriminación de precios imperfecta

El caso de la discriminación de precios imperfecta es menos claro. Como se adelantó en la sección IV.B.2 anterior, la discriminación de precios perfecta existe sólo en el mundo de las ideas. En los libros de economía. En el mundo real no existe un esquema de discriminación de precios que logre perfectamente discernir el valor residual que cada consumidor le atribuye en cada instante a cada producto. Luego entonces, ¿debe la respuesta variar?

<sup>73</sup> Aquellos localizados entre los puntos 5 y 1.

<sup>74</sup> El beneficio del consumidor está (estaba) comprendido por el área abarcada entre los puntos 1, 2 y 5.

<sup>75</sup> Hay un aspecto del análisis anterior que no me convence. Postular la existencia de una pérdida de bienestar me parece inexacto. Tan sólo significa que el productor apropia dicho beneficio (el bienestar) pero *no* que hay una pérdida del mismo. La pérdida ocurriría si la totalidad del bienestar del consumidor no fuera apropiada por el productor, como sucede en un escenario de precios monopólicos (GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Competencia económica. Aspectos jurídicos y económicos*, Porrúa, pp. 32-34). Entendido lo anterior, sólo ocurriría una transferencia de riqueza, cosa que no ocupa al derecho de la competencia económica.

Como se adelantó,<sup>76</sup> hay elementos negativos<sup>77</sup> de dicha imperfección, pero considero que —correctamente entendidos— no militan en contra de la práctica. Al contrario; la defienden. El motivo es que, si bien las observaciones son ciertas, en mi opinión no son causa suficiente para tildar la discriminación de precios como algo negativo. Ello puesto que en verdad no critican a dicha práctica, sino a las consecuencias que derivan de la distancia entre el éxito que sí obtuvieron y el que podrían conceptualmente obtener si fuera totalmente exitosa. Entendidas así, no militan a favor de vedar la práctica, sino de fomentar la misma.

Si la discriminación de precios perfecta *parece* conceptualmente no sancionable, la discriminación que busca serlo (aunque se quede corta) no tendría por qué serlo.

### C. Común denominador

Correctamente entendido, el resultado en el abasto de esta práctica —trátase o no de discriminación perfecta o imperfecta— es que el producto es vendido a todas las personas que lo desean. El volumen será el mismo (o se acercará) al existente en un escenario perfectamente competitivo, permitiendo que los clientes que le ponen el menor valor paguen únicamente el precio competitivo, el cual sería inferior al precio no-discriminado que el vendedor con poder de mercado hubiera cobrado. El resto pagará más que el precio competitivo, y algunos pocos tendrán que pagar más que lo que, mediante dicho esquema, hubieran pagado. La única regla general que puede abstraerse es que mediante dicha estrategia el vendedor obtendrá un ingreso superior. Es decir, el bienestar del productor siempre se incrementa. El bienestar agregado del consumidor dependerá de si se

<sup>76</sup> Sección IV.B.2 anterior.

<sup>77</sup> Como se dijo con anterioridad, CARLTON y PERLOFF (p. 449) consideran que los aspectos negativos de la discriminación de precios imperfecta consisten en que: a) dado que el precio excede el costo marginal, tendrá lugar una restricción de abasto e ineficiencia; b) existirán oportunidades no aprovechadas para hacer negocios (e ineficiencia) derivadas de la diferencia en el deseo marginal del consumidor de pagar un precio distinto por un producto; y c) se generarán gastos ('precios sombra') a cargo de consumidores que constituirán una ineficiencia ya que no serán apropiados por la firma.

está en presencia de la hipótesis contemplada en la gráfica 2 o en la gráfica 3.

#### 4. Costo social de la discriminación de precios

La discriminación de precios persistente transfiere riqueza del consumidor al productor. El que el derecho de la competencia deba estar ocupado con dichas transferencias ha generado diferencias de opinión. Postulo que no. El costo social que la discriminación de precios puede generar es:

- a) La pérdida social (*deadweight loss*) resultante de la reducción de abasto. En la medida en que la discriminación de precios imperfecta resulta en un abasto inferior al nivel competitivo, y que en el mundo real toda la discriminación de precios es imperfecta, podría argumentarse que la discriminación de precios habitual resulta en una pérdida social.<sup>78,79</sup>
- b) Un tipo adicional de pérdida social es aquella que resulta de las prácticas exclusionarias: las prácticas que un monopolista que discrimina puede tomar con miras a asegurar o mantener su poder de mercado.<sup>80</sup> (Tampoco me convence. Ser persuadido por esto equivaldría a sancionar por la *posibilidad* de la conducta, y no por *incurrir* en la misma.)
- c) Un costo social adicional es que el discriminador de precios potencial debe incurrir en esfuerzos para identificar, segregar<sup>81</sup> y atacar los diferentes grupos de consumidores con diferentes valores de reserva. Estos esfuerzos son pérdidas sociales.<sup>82</sup> (Disiento de este argumento. Si el esquema es exitoso, el costo de implementarlo se torna en una inversión, y lucrativa. Lo

<sup>78</sup> HOVENKAMP, Federal Antitrust Policy, p. 520.

<sup>79</sup> El motivo por el que encuentro inconvincente este argumento está explicado en las secciones IV.C.2 y IV.C.3.

<sup>80</sup> HOVENKAMP, Federal Antitrust Policy, p. 520.

<sup>81</sup> Lo que puede involucrar crear diferentes sistemas de distribución y llevar a cabo otras actividades que eviten el *arbitraje*.

<sup>82</sup> HOVENKAMP, Federal Antitrust Policy, p. 520.

inverso puede acontecer, pero no considero que ello admita una generalización).

#### Contra-argumentos:

- a) Una firma no obtiene poder de mercado mediante la discriminación de precios, más bien incurre en la misma como resultado de tener poder de mercado.
- b) Algunos<sup>83</sup> sostienen que la discriminación de precios no debería generar preocupación alguna de competencia ya que no resulta en pérdida de abasto, como sí sucede con otras prácticas monopólicas. Otros autores disienten.<sup>84</sup>
- c) El poder de mercado, ni su duración, es incrementado con la discriminación de precios, no obstante que puede resultar en la obtención de ganancias superiores.

No obstante que la discriminación extrae más de ciertos consumidores, y de esa manera transfiere riqueza al proveedor, dichas transferencias no justifican una condena genérica puesto que la discriminación resulta en la satisfacción de tanto clientes de precios altos como los clientes de precios bajos. Centrar la atención únicamente en los clientes de precios altos ignoraría los beneficios recibidos por los clientes de bajo ingreso. A su vez, cuando el precio uniforme de un producto está debajo del precio que de otra manera sería monopólico, existirá mayor producción, lo cual beneficia al consumidor.

Como puede verse, también el costo social de la discriminación de precios invita diferencias de opinión.

#### 5. Costo social de atacar la discriminación de precios

Múltiples legislaciones sancionan esta práctica. Sin embargo, no es evidente que ello sea positivo. Es más, existe una corriente de opinión que postula que con toda probabilidad sea negativo.

<sup>83</sup> BORK, Robert, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, The Free Press a Division of Macmillan, Nueva York, 1978, pp. 394-398.

<sup>84</sup> HOVENKAMP, Federal Antitrust Policy, p. 520.

La legislación que prohíbe la discriminación de precios<sup>85</sup> puede tener dos efectos negativos en mercados oligopólicos:<sup>86</sup>

- a) Hacer, mediante la penalización de reducciones individuales de precios, que las 'trampas' en las que habitualmente incurren miembros de un cartel sean más onerosas y difíciles. Por 'trampas' me refiero a las reducciones de precio por debajo del precio del cartel.<sup>87</sup>
- b) Disolver los incentivos para que oligopolistas compitan más agresivamente mediante la búsqueda de ventas marginales.

La legislación sobre discriminación de precios, y su aplicación, debe tener en cuenta los riesgos anteriores con miras a evitar propiciar efectos anticompetitivos. Ante ello, evitar una condena genérica y contemplarla en derecho mexicano como una práctica monopólica relativa, con el consecuente análisis pro- y anticompetitivo, es un paso plausible.

## 6. Conclusión sobre la aproximación del derecho de la competencia

Entendidas las consecuencias descritas, volvamos a la pregunta inicial de esta sección: ¿cuál es la respuesta que el derecho de la competencia debe adoptar ante la práctica?

<sup>85</sup> Como sucede con el artículo 7.IV del Reglamento de la LFCE y la sección 2 de la *Clayton Act* de Estados Unidos, según sus modificaciones por la *Robinson-Patman Act* de 1936, que hacen ilícito el que cualquier persona discrimine mediante precios entre diferentes compradores de bienes del mismo tipo o calidad cuando el efecto sea reducir en forma sustancial la competencia o tengan por objeto crear un monopolio ("*unlawful for any person to discriminate in price between different purchasers of commodities of like grade or quality where the effect may be substantially to lessen competition or tend to create a monopoly*") (15 U.S.C.A. §13(a)).

<sup>86</sup> HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy*, p. 521.

<sup>87</sup> Podría cuestionarse si el desestimular una trampa es positivo. Bajo la perspectiva de competencia económica, la respuesta es un enérgico sí. El motivo es que los incentivos que tienen cartelistas para vender a términos distintos al precio y abasto cartelizado no sólo son enormes, sino que son uno de los motivos (si no es que el motivo) más importante por el que los mismos no prosperan a mediano y largo plazo. Es decir, el cartel tiene sembrado dentro de su esquema los elementos de su fracaso.

No hay una respuesta única. Existe diferencia de opinión. Y también existe algo de confusión. Por ejemplo, se ha dicho que, en la medida en que la discriminación de precios es sintomática de poder de mercado,<sup>88</sup> y el poder de mercado conlleva a mala distribución de recursos, dicha práctica debe ser repudiada. Considero que la postura es falaz.<sup>89</sup> Pero no nos adelantemos.

Parte de lo interesante de la discriminación de precios tiene que ver con sus múltiples facetas y casuísticas consecuencias. Y la observación también aplica a sus efectos en el proceso competitivo. Irónicamente, puede ser procompetitiva y anticompetitiva.

Mientras que la discriminación de precios *no-sistemática* puede resultar en competencia intensa, y puede menoscabar de las prácticas de precios oligopólicos,<sup>90</sup> la discriminación de precios *sistemática* puede incrementar el poder de mercado y facilitar prácticas colusivas. La discriminación de precios *sistemática* puede preservar y reforzar un monopolio;<sup>91</sup> pero también puede incrementar la eficiencia en casos en donde el monopolio es inevitable.

Mientras que la discriminación habitual puede ser procompetitiva (en la medida en que puede dañar el funcionar de carteles u oligopolios tácitos), la discriminación de precios esporádica por lo general fomenta competencia y será el dolor de cabeza de los miembros de un cartel.<sup>92</sup> Bienvenido al mundo de las contradicciones.

<sup>88</sup> Recuérdese que un elemento esencial para poder establecer la práctica es contar con algo de poder de mercado. De otra manera, sería imposible: el vendedor (tomador de precios), enfrentando una curva de demanda plana, perdería todas (o casi todas) sus ventas con un (aun ligero) incremento de precio de su producto. Nótese que la determinación de poder de mercado no es una pregunta que tiene una respuesta polar: 'sí' o 'no'. Más bien, es una determinación de grado: ¿cuánto poder de mercado tiene un agente en un mercado particular por su producto? Es ante ello que la utilidad del Índice Lerner cobra importancia, que postula que el poder de mercado se mide o es igual a la distancia entre costo marginal y precio de un producto.

<sup>89</sup> El que cierto poder de mercado sea un requisito para la práctica no necesariamente implica que la misma constituye un abuso del mismo.

<sup>90</sup> SCHERER y ROSS, p. 502.

<sup>91</sup> Al dar a agentes económicos grandes la posibilidad de adquirir insumos a precios inferiores que sus rivales pequeños. También permite amarrar a compradores y vendedores dando descuentos para adquisiciones concentradas; y puede obstaculizar la entrada a segmentos más pequeños de mercado.

<sup>92</sup> Ya que dará oportunidades para hacer trampa al mismo no respetando los precios acordados y haciendo ventas a precios inferiores al precio del cartel.

Retomemos los efectos en bienestar y en eficiencia. Como se mencionó, no puede establecerse una regla general sobre el efecto, *desde la perspectiva de bienestar*, de la discriminación de precios. Es empírico. Dependerá del mercado particular. Lo que sí puede aseverarse es que las ganancias del monopolista que discrimina perfectamente son iguales al bienestar del consumidor bajo un escenario competitivo.<sup>93</sup> Es decir, el discriminador *perfecto* extrae *todo* el excedente/bienestar del consumidor.

Mientras que el bienestar del consumidor es maximizado bajo competencia, es eliminado bajo discriminación perfecta.<sup>94</sup> Lo inverso ocurre en cuanto al bienestar del productor: es reducido mediante el esquema de precios competitivos uniformes, y maximizado mediante la discriminación. Por ende, la discriminación de precios resulta en una re-distribución de ingreso de consumidores a favor del discriminador.<sup>95</sup>

Desde el ángulo de eficiencia, si bien existen diferencias de opinión, a mi juicio, los efectos de la práctica tienden a ser positivos, y las críticas confunden éxito con fracaso. Aunque no repetiré los motivos,<sup>96</sup> sí la conclusión: resulta en mayor abasto y más ganancias.

Volvamos ahora a nuestra pregunta inicial: ¿es ello positivo o negativo? Si bien la respuesta es variada, y ello ha provocado variaciones en las políticas legislativas, en mi opinión, desde una perspectiva de competencia económica, los argumentos anteriormente brindados son neutrales: no son ni positivos ni negativos. Es decir, no generan problemas *desde la perspectiva de competencia económica*.

Las personas que le han puesto calificativos negativos a dicha práctica por lo general lo hacen realizando consideraciones de bienestar, mas no de eficiencia. Es decir, arguyen que la transferencia de riqueza del consumidor al productor es negativa, y, por lo general, como dicho análisis incluye una determinación de poder de mercado, tiende a inferirse (equivocadamente) que hay implicaciones de competencia económica. Sin embargo, ello pasa por alto que *el derecho de la competencia económica no tiene fines distributivos*. El instrumen-

<sup>93</sup> CARLTON y PERLOFF, p. 441.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 439.

<sup>95</sup> SCHERER y ROSS, p. 494; CARLTON y PERLOFF, p. 448.

<sup>96</sup> Que están descritos en la sección IV.B.

to de competencia económica no busca (ni debe buscar) redistribución de la riqueza ni consideraciones de bienestar del consumidor. Para ello hay otros instrumentos.<sup>97</sup> El instrumento de competencia económica sólo atiende al objetivo de eficiencia en los mercados procurada protegiendo el mecanismo de la libre competencia. Nada más. Y nada menos. Desde dicho ángulo, las consideraciones realizadas (y que fueron anteriormente descritas) son perfectamente irrelevantes.

Lo anterior lleva a una pregunta: ¿y qué sucede si un agente económico con cierto (o mucho) poder de mercado, utiliza el mecanismo de discriminación de precios para desplazar a un competidor, o para crear un embudo o barrera de entrada a un mercado particular? ¿Acaso ello no genera preocupaciones de competencia económica?

La respuesta es un tajante sí. Pero, y como la pregunta misma incluye como punto de partida de su hipótesis, no es porque exista una redistribución de riqueza o diferencia de trato lo que hace que la práctica sea sancionable, sino porque está siendo utilizada de una manera anticompetitiva.

Dicho de otra manera, la práctica *en sí* es una herramienta de negocios como cualquier otra. Dicha herramienta puede ser utilizada—desde la perspectiva de competencia económica— para fines positivos y para fines negativos. Un fin *positivo* es obtener más ganancias, aunque ello sea mediante la venta de productos más caros a ciertas personas y más barato a otras. Un fin *negativo* será utilizarla para meterle el pie a un competidor. De allí que la respuesta mexicana sea apropiada: tratarla como una práctica monopólica relativa.

## V. REGLAMENTACIÓN MEXICANA DE LA DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS

### 1. Discriminación de precios como una práctica monopólica relativa

El derecho de competencia mexicano contempla<sup>98</sup> la discriminación de precios como una práctica monopólica relativa. Por ello, será un

<sup>97</sup> Por ejemplo, los impuestos y la seguridad social.

<sup>98</sup> Fracción IV del artículo 7 del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE).

análisis de regla de razón el que tendrá lugar sobre la práctica y sus efectos.<sup>99</sup>

La práctica se define como el “establecimiento de distintos precios o condiciones de venta para diferentes compradores situados en igualdad de condiciones”. Siendo una práctica monopólica relativa, lo siguiente deberá ser analizado (pero en lo que no abundaré): 1) poder sustancial;<sup>100</sup> 2) en un mercado relevante;<sup>101</sup> y 3) daño al proceso competitivo.<sup>102</sup>

## 2. Experiencia mexicana con la discriminación de precios

Los precedentes mexicanos son interesantes. A continuación los resumiré para luego comentar la forma en que la práctica ha sido evaluada y sancionada por la Comisión Federal de Competencia (CFC).

### A. Los casos<sup>103</sup>

En Teléfonos de México/Avantel/Alestra,<sup>104</sup> mediante un razonamiento oscuro, la CFC sostuvo que Telmex había discriminado por precios<sup>105</sup> al establecer precios y condiciones de venta distintos para diferentes operadores en igualdad de circunstancias, como resultado de la negativa de acceso a su red con cargo directo a los operadores en lugar de a los clientes.<sup>106</sup> No diré más. Mi renuencia a examinar el

<sup>99</sup> Dada la reciente declaración de inconstitucionalidad de la fracción VII del artículo 10 de la LFCE, existe la iniciativa de modificar dicho artículo 10 con miras a incluir las prácticas contempladas en el artículo 7 del Reglamento de la LFCE en la LFCE misma. Una de ellas es la discriminación de precios.

<sup>100</sup> Artículo 13 de la LFCE.

<sup>101</sup> Artículo 12 de la LFCE.

<sup>102</sup> Proemio del artículo 10 de la LFCE.

<sup>103</sup> Los casos descritos son aquellos encontrados en las *Gacetas de Competencia Económica*. La revisión incluyó todas las *Gacetas* hasta la núm. 21, año 8, enero-abril de 2005.

<sup>104</sup> Expediente DE-07-98, *Gaceta de Competencia*, núm. 8, año 3, septiembre-diciembre de 2000, p. 353.

<sup>105</sup> En violación de la fracción VII del artículo 10 de la LFCE y la fracción IV del artículo 7 del Reglamento de la LFCE.

<sup>106</sup> *Gaceta de Competencia*, núm. 8, año 3, septiembre-diciembre de 2000, p. 370.

caso obedece a que, en realidad,<sup>107</sup> la práctica no parece involucrar una verdadera discriminación de precios, sino otras prácticas que buscaban reducir la demanda que enfrentaban competidores de Teléfonos de México, (Telmex). Telmex no estaba estableciendo precios distintos por el producto, estaba implementando tácticas que buscaban desplazar a competidores del mercado.

En Teléfonos de México/Avantel/Alestra/Marcatel<sup>108</sup> el razonamiento de la CFC parece mucho más claro y preciso. En resumidas cuentas, la CFC determinó que la conducta de Telmex involucraba tres prácticas: negativa de trato en detrimento de competidores, incremento de costos de rivales y discriminación de precios. La tercera práctica deriva del cobro por Telmex de dos tarifas de interconexión y diferentes precios en la prestación de servicios de transporte interurbanos. En palabras de la CFC.<sup>109</sup>

Cobrar a los otros operadores de larga distancia una tarifa mayor de lo que implícitamente se cobra a sí misma, implica excluir a Avantel de poder competir, mediante la práctica Telmex está ‘seleccionando’ a su división de larga distancia (Lada) ‘en perjuicio’ de su competidor [lo que] impide o excluye injustificadamente a través de un trato discriminatorio que excluye a Avantel de competir con Telmex-Lada en el segmento de clientes preferentes.

En *Grupo Ferrocarril y Asociados vs. Motorola de México*,<sup>110</sup> Grupo Ferrocarril y Asociados (Ferrocarril) denunció a Motorola de México (Motorola) por dos prácticas: denegación de trato y discriminación de precios. En relación con discriminación, la CFC consideró que no se acreditaba la práctica puesto que al momento en que Motorola ofreció y comercializó a otros clientes productos Ferrocarril ya no era distribuidor de Motorola. Por ende, no era factible que se actualizara la discriminación pues Ferrocarril ya no compraba ni distribuía pro-

<sup>107</sup> Por lo menos como se deriva de la forma en que fue reportado en la *Gaceta de Competencia*.

<sup>108</sup> Expediente DE-03-99, *Gaceta de Competencia Económica*, núm. 10, año 4, mayo-agosto de 2001, p. 323.

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 365.

<sup>110</sup> Expediente DE-18-2001, *Gaceta de Competencia Económica*, núm. 11, año 4, septiembre-diciembre de 2001, p. 659.

ductos de la denunciada. Es decir, no se cumplía el requisito de estar en las mismas circunstancias.

Existe una observación que es procesalmente útil: la legitimación para denunciar la discriminación recae en el comprador que adquiere un bien en condiciones diferentes con respecto a otros agentes económicos similares.<sup>111</sup>

En *Avantel vs. Telmex*,<sup>112</sup> Avantel (Avantel) presentó una denuncia en contra de Telmex por diferentes prácticas entre las cuales se incluyó trato discriminatorio en precio como resultado del doble cobro por la prestación del servicio de transporte interurbano conmutado a través de Lada Operadores. La CFC determinó que Telmex discriminó a los operadores que eran competidores con el objeto de aumentar de manera artificial los costos de los servicios que dichas empresas ofrecen al público, reduciendo su demanda. En opinión de la CFC, el cobro a otros operadores de larga distancia de una tarifa mayor de la que se cobra a sí misma,<sup>113</sup> excluía a Avantel de poder competir en el segmento de clientes preferentes. Mediante dicha práctica Telmex privilegiaba a su división de larga distancia (Lada) en perjuicio de su competidor: excluía o impedía a Avantel competir en el segmento de transporte interurbano a clientes preferentes.

En otro caso<sup>114</sup> entre las mismas partes<sup>115</sup> Avantel atacó el Plan Lada Directo de Telmex consistente en proporcionar conectividad a clientes mediante un acceso directo y no por troncales digitales. Dicha práctica evita el servicio medido al no usar la red local.<sup>116</sup> La

<sup>111</sup> *Gaceta de Competencia Económica*, núm. 11, año 4, septiembre-diciembre de 2001, p. 664.

<sup>112</sup> Expediente DE-03-99, *Gaceta de Competencia Económica*, núm. 10, año 4, mayo-agosto de 2001, p. 323.

<sup>113</sup> Es decir, a su subsidiaria que competía con Avantel. Telmex está verticalmente integrada en los mercados de larga distancia y transporte interurbano.

<sup>114</sup> Expediente DE-25-2000, *Gaceta de Competencia Económica*, núm. 15, año 6, enero-abril de 2003, p. 381.

<sup>115</sup> Que, además de trato discriminatorio, también involucró subsidios cruzados, reducción de demanda y depredación de precios.

<sup>116</sup> Telmex ofrecía a sus clientes enlaces directos descontando su costo de instalación y renta. Los enlaces sustituyen el servicio de interconexión en la localidad donde se originan las llamadas de larga distancia, lo cual traslada a clientes el ahorro en la interconexión.

CFC consideró que si Telmex está utilizando troncales digitales en su servicio local para el servicio de larga distancia, Telmex tendría que ofrecer esos troncales digitales a todos los operadores de larga distancia. De lo contrario, otorgaría ventajas exclusivas a sus empresas integradas sobre sus competidores, al establecer distintos precios o condiciones de venta para diferentes compradores que están en igualdad de circunstancias.

Dicho de otra manera, la aplicación del Plan Lada Directo actualiza la práctica monopólica consistente en ofrecimiento de distintos precios o condiciones de venta para diferentes compradores. En mi opinión, este es un caso de *condiciones, no precios*, distintos.<sup>117</sup>

En otro caso entre Avantel y Telmex,<sup>118</sup> Avantel denunció como discriminatorio el descuento<sup>119</sup> de la totalidad del costo de instalación de lada enlaces locales.<sup>120</sup> Avantel postulaba que la práctica de Telmex de ofrecer gratuitamente la instalación de enlaces locales reducía el margen de operación del resto de los concesionarios competidores, y era discriminatoria pues no estaba disponible a Avantel.

Dado que Telmex estaba verticalmente integrado y era proveedor de insumos esenciales e indispensables para que otros concesionarios pudieran competir, la negativa de conectar a clientes con las plataformas de operación de servicios dedicados fue tildada de discriminatoria y violatoria de la LFCE.<sup>121</sup>

En otro caso<sup>122</sup> Avantel y Marcatel denunciaron a Telmex por las prácticas monopólicas consistentes en el doble cobro por la prestación del servicio de transporte interurbano conmutado<sup>123</sup> a través del

<sup>117</sup> En forma relevante, se encontró la existencia de otras prácticas como subsidios cruzados, incremento de costos de rivales (conocida por la doctrina estadounidense como *raising rival's costs*).

<sup>118</sup> Expediente DE-45-2000, *Gaceta de Competencia Económica*, núm. 15, año 6, enero-abril de 2003, p. 503.

<sup>119</sup> Que no estaba registrado ante la Comisión Federal de Telecomunicaciones.

<sup>120</sup> El cual tenía un costo importante. En la fecha en que se presentó la práctica, según el libro autorizado de Telmex, ascendían a más de 90,000 pesos.

<sup>121</sup> La CFC también lo calificó de depredatorio, que constituía un subsidio cruzado (pues las ganancias en otras áreas prometían subsidiar dicha pérdida), discriminatorio (de trato); y como una práctica que buscaba incrementar los costos de rivales.

<sup>122</sup> Expediente DE-03-99, *Gaceta de Competencia Económica*, núm. 15, año 6, enero-abril de 2003, p. 560.

<sup>123</sup> El servicio de transporte interurbano consiste en cruzar comunicaciones de larga distancia a las ciudades que no estén abiertas a la prescripción o donde los operadores

Plan Lada Operadores. La diferencia de precio en comparación con clientes comerciales fue calificada como violatoria a la LFCE por la CFC.<sup>124</sup> Telmex realizaba un doble cargo de interconexión<sup>125</sup> que colocaba en desventaja a los operadores de larga distancia ya que se veían obligados a pagar a Telmex más que cualquier cliente corporativo. El precio era discriminatorio cuando se comparaba con otros clientes comerciales.

De mi lectura del caso, mediante dicho plan Telmex implementaba lo que la doctrina económica llama un *price squeeze*: el precio de mercado opera como un techo<sup>126</sup> y el costo como un piso. Las ganancias son la diferencia entre cada uno. En la medida en que Telmex puede incrementar el costo, sube el piso, apretando las ganancias, hasta que el competidor revienta. Es desplazado del mercado. Este era el resultado de la aplicación discriminatoria de tarifas del Plan Lada Operadores.

Un aspecto interesante de este caso es que la discriminación que ocurrió en un eslabón anterior de la cadena productiva infligía un daño en un escaño hacia abajo de la misma. Los concesionarios competidores no podían ofrecer los servicios de larga distancia en términos competitivos y rentables cuando las llamadas terminaran en

de larga distancia no dispongan de infraestructura propia. Hay dos tipos de servicio de transporte interurbano: los servicios conmutados que se ofrecen a través del Plan Lada Operadores mediante el cual Telmex termina en otra ciudad una llamada de un cliente de otro operador de larga distancia, y los servicios no conmutados que corresponden a enlaces dedicados. Telmex cobra a operadores de larga distancia por el servicio conmutado dos tarifas: una tarifa de interconexión en la ciudad donde se origina la llamada, y una tarifa por el servicio de reventa. En los servicios no conmutados Telmex cobra por los enlaces dedicados un costo de instalación y una renta (que depende de la distancia).

<sup>124</sup> La denuncia también abarcó las restricciones de abasto en el suministro de puertos de reventa para la prestación del mismo servicio, restricciones de uso en los enlaces de transporte arrendados, la existencia de fallas injustificadas en dicho servicio, la imposición de uso de enlaces para la prestación de los servicios que ofrecen, el incremento en las tarifas de instalación y renta de los lada enlaces, y la suspensión del servicio de prestación de señales digitales y de acceso a la red pública.

<sup>125</sup> Telmex tiene la obligación de prestar servicios a sus competidores de larga distancia para terminar llamadas en aquellas ciudades que no estén abiertas a la prescripción y también en aquellas ciudades en donde estos operadores no tengan infraestructura propia para prestar el servicio de larga distancia. Telmex cubre con sus servicios de larga distancia a 71,000 poblaciones del país.

<sup>126</sup> Está fijo y no puede venderse a una cantidad superior.

lugares no abiertos a la prescripción. El efecto del desplazamiento del mercado ocurría pues éstos enfrentaban costos mayores al precio que Telmex otorgaba a sus suscriptores finales.

En otro caso<sup>127</sup> Distribuidores Farmacéuticos Veterinarios en Cadena (Disfavet) denunció a Schering Plough (S-P) por prácticas monopólicas en el mercado de distribución y comercialización de productos farmacéuticos veterinarios consistentes en,<sup>128</sup> *inter alia*, discriminación de precios.

Los antecedentes en esencia involucraban la negativa de S-P de reabastecer a Disfavet productos que S-P se había comprometido a surtir. Disfavet aseveraba que la negativa a reabastecer, aunada a las diferencias de los precios y las preferencias en surtido, constituían un trato discriminatorio por S-P en favor de competidores de Disfavet.

Disfavet fundaba parte de sus alegatos en la determinación de un laudo arbitral que S-P benefició a terceras personas que se ubicaban en condiciones desiguales, en perjuicio de Disfavet, negando surtirle productos.<sup>129</sup>

La CFC determinó que Disfavet recibió un trato distinto con respecto a sus competidores,<sup>130</sup> toda vez que sus pedidos fueron abastecidos en menor proporción a los de competidores,<sup>131</sup> y que S-P negó

<sup>127</sup> Expediente DE-08-2003, *Gaceta de Competencia Económica*, núm. 19, año 7, mayo-agosto de 2004, p. 305.

<sup>128</sup> También se denunció la acción unilateral consistente en rehusarse a vender o proporcionar a personas determinados bienes o servicios normalmente ofrecidos a terceros (artículo 10.V de la LFCE).

<sup>129</sup> El fundamento de la reclamación por Disfavet en el procedimiento arbitral fue un contrato entre Disfavet y S-P en el cual se obligaba a dar el mismo trato. Luego entonces, la determinación del tribunal arbitral descansaba en la obligación *contractual* de dar el mismo trato, no una violación legal o a la LFCE de no discriminar por precios.

<sup>130</sup> La conclusión de la CFC se basó en las siguientes determinaciones: 1) se le negó el producto prefiriendo distribuirlo a otros competidores no obstante que los registros de almacén de S-P indicaban que había existencia de productos solicitados por Disfavet; 2) las facturas de Disfavet eran las únicas que contaban con la leyenda "Back Order", lo cual significaba que no existe la totalidad del producto solicitado, y por lo que era necesario introducir una nueva orden de compra; 3) las facturas de Disfavet eran las únicas que mostraban con la leyenda "mercancía sin derecho a devolución".

<sup>131</sup> La CFC consideró que S-P ofrecía un trato comercial muy similar a tres empresas distribuidoras, resaltando el hecho de que a Disfavet no le brindaba la oportunidad de renovar su contrato.

dichos productos a Disfavet, aun cuando los tenía disponibles para su venta.<sup>132</sup>

La CFC analizó una larga lista de productos y determinó que podían considerarse competidores dado que atacaban el mismo padecimiento.<sup>133</sup>

En relación con poder sustancial, considerando que S-P no tenía una participación preponderante en el mercado, que su producto no era el de mayor venta, y que había otros competidores y productos con una presencia importante, la CFC concluyó que S-P carecía de la habilidad de fijar precios unilateralmente o restringir abasto. Además, S-P carecía de antecedentes anticompetitivos. Por consiguiente, determinó que no existían elementos para sustentar la presunta práctica.

Disfavet enderezó un recurso de reconsideración<sup>134</sup> argumentando:<sup>135</sup> a) de haberse separado los productos que contienen selenio y vitamina E de los productos que no lo tienen, los resultados serían que S-P cuenta con poder de mercado; y b) era un error incluir en el mismo mercado a ciertos productos que contienen una fórmula distinta.<sup>136</sup> La CFC determinó que las pruebas aportadas por Disfavet eran suficientes para analizar de nueva cuenta las cuestiones referentes a la posible existencia de prácticas monopólicas por parte de S-P.<sup>137</sup>

### B. Comentario sobre los casos

Como puede observarse, por lo general la CFC ha sancionado la práctica de la discriminación de precios, no por el simple hecho de ocu-

<sup>132</sup> En ocasiones la causa de dicha negativa fue abastecer productos a los agentes económicos competidores de Disfavet.

<sup>133</sup> El mercado relevante fueron los medicamentos y productos farmacéuticos elaborados y/o comercializados en el ámbito nacional, los cuales por su composición técnica, sustancia activa, tipo de padecimiento o enfermedad a la cual se dirigen, así como su aplicación exclusiva hacia el ganado bovino y porcino, se consideraban sustitutos de los productos de S-P.

<sup>134</sup> Expediente RA-44-2003, *Gaceta de Competencia*, núm. 19, año 7, mayo-agosto de 2004, p. 317.

<sup>135</sup> Se omiten los demás agravios por no ser relevantes para el análisis económico.

<sup>136</sup> Como Super Performance, Protón 500, etcétera.

<sup>137</sup> A la fecha de conclusión de este estudio, no se había resuelto dicha investigación.

rrir, sino cuando está diseñada a desplazar a un agente económico o cuando otorga ventajas exclusivas a uno (generalmente integrado)<sup>138</sup> en detrimento de un competidor. Ello implica que el error conceptual que se detectó y comentó a lo largo de este estudio no se ha repetido en México. La práctica ha sido sancionada no por su simple ocurrencia, sino por estar calibrada para procurar un efecto anticompetitivo.

Existe una excepción, parte del razonamiento del caso *Distribuidores Farmacéuticos Veterinarios vs. Schering Plough* parece transmitir la idea que, de haber existido poder de mercado, la práctica sería sancionada en forma distinta a la comentada.<sup>139</sup> Es decir, por el simple hecho de ocurrir, y no procurar un resultado anticompetitivo. Es de esperarse que el error no se cometa.<sup>140</sup>

### VI. DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS INTERNACIONAL

El *dumping* es un caso particular de discriminación de precios. De hecho, su nomenclatura en la Ley de Comercio Exterior y el Acuerdo Relativo a la Aplicación del artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (comúnmente aludido como el “Acuerdo Antidumping”) es justamente “discriminación de precios *internacional*”.

Existe mucho que puede (y debe) decirse sobre esta práctica, pero no lo haré en este contexto. Lo que guarda relevancia saber es que, en tres estudios distintos,<sup>141</sup> he postulado que la disciplina del *dum-*

<sup>138</sup> Parte integrante del grupo de interés económico.

<sup>139</sup> Si bien la primera etapa resultó en absolución, dado que el recurso de reconsideración resultó procedente, está por verse cuál sea el resultado final (*Gaceta de Competencia Económica*, núm. 19, año 7, mayo-agosto de 2004, p. 317).

<sup>140</sup> Aunque podría sobrar, lo diré: no tengo interés alguno en el caso, distinto al académico.

<sup>141</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, “Discriminación de precios, dumping y depredación. Tres disciplinas, un fenómeno económico”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 115, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Nueva Serie, año XXXIX, núm. 115, enero-abril de 2006, p. 125; GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, “Competencia económica y prácticas desleales de comercio internacional. Un comentario”, *El Foro, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Décimo Tercera Época*, t. XVII, núm. 2, segundo semestre de 2004, p. 183; y *Competencia económica. Aspectos jurídicos y económicos*, Porrúa, 2005, pp. 311-327.

*ping* es un error legislativo que debe desaparecer. En esencia, las premisas que apoyan dicha conclusión son que: 1) choca con paradigmas actuales en materia de comercio internacional y de bienestar social; 2) carece de una sólida cimentación económica; 3) es el resultado de, o utilizada en pro de, proteccionismo; y 4) se traslapa con un área que, además de tener una columna vertebral económica sólida, no incurre en los defectos descritos: la competencia económica en general, y la depredación de precios en particular.

Añadiría una quinta razón: una vez más el derecho está disociado de la conducta económica subyacente. Es un pecado frecuente encontrar que una legislación económica no comprende el fenómeno económico que desea regular. Dicha problemática, que se observa en algunas instancias de competencia económica, se encuentra acentuada en las llamadas "prácticas desleales de comercio internacional". Para *legislar* hay que *entender*. Toda ley económica que no comience por tomar como punto de partida la realidad del fenómeno económico materia de las mismas estará condenada a mal-regularlo, ya sea por quedarse corta, o convertirse en una interferencia injustificada.<sup>142</sup>

Afortunadamente, del análisis de los casos resumidos se desprende que el yerro se ha evitado.

## VII. COMENTARIO FINAL

La discriminación de precios ha dado mucho de qué hablar. Ello obedece no sólo a las diferentes circunstancias por las que puede presentarse, u objetivos que puede buscar, sino también a sus complejos y variantes efectos económicos, tanto desde la perspectiva de bienestar, eficiencia y competencia.

Expertos en la materia (tanto abogados como economistas) toman posturas (en ocasiones radicalmente) distintas sobre la aproximación que el derecho de la competencia económica debe adoptar. El propósito de este estudio es retomar (y resumir) el debate, proponiendo una regla conceptual y una forma de aplicarla.

<sup>142</sup> De hecho, esta es la postura por la que abogó a lo largo de la obra *Competencia económica. Aspectos jurídicos y económicos*, Porrúa, 2005. Posiblemente hubiera valido la pena denominarlo al revés: "Aspectos económicos y jurídicos". Posiblemente así se llame la segunda edición.

Un vicio que se detecta en la aplicación del derecho de la competencia económica es que con frecuencia está divorciado de la práctica. Es decir, teóricos, practicantes y autoridades de competencia económica ignoran lo que *en verdad* guía a los comerciantes en su actuar; y en ocasiones ello invita sospechas (¡y sanciones!) injustificadas. Dicha brecha debe puentearse.

Dado que las aseveraciones que se realizan sobre discriminación de precios con frecuencia cometen dicho error, es mediante este estudio que busco colaborar para puentear estas diferencias, explicando el fenómeno desde su ángulo económico.

## LA TITULARIDAD DE LAS CIUDADES EN MATERIA DE BIENES VACANTES Y HEREDITARIOS EN DERECHO ROMANO

Yuri GONZÁLEZ ROLDÁN

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Los derechos de las ciudades en materia de bienes vacantes.* III. *Los derechos de las ciudades que se convierten en herederas de sus libertos o que han obtenido un fideicomiso.*

### I. INTRODUCCIÓN

Como es notorio,<sup>1</sup> en la experiencia romana las ciudades que forman parte del imperio, no pueden considerarse como una persona jurídica, porque la jurisprudencia jamás usó tal término respecto a una colectividad, aunque, al igual que otras universalidades (*universitates*), podían considerarse, utilizando una expresión moderna, como centro de imputación de relaciones jurídicas.

La 'capacidad' de las ciudades en materia hereditaria se formó gradualmente,<sup>2</sup> por ello podían recibir legados en el periodo de Nerva y Adriano,<sup>3</sup> recibir fideicomisos gracias a un senadoconsulto

<sup>1</sup> Sobre tal argumento BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, Milano, 1955, 121 ss; R. ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, Torino, 1968, 79 ss; B. ALBANESE, *vox Persona* (diritto romano) en *ED*, 33, Milano 1983, 180 ss.

<sup>2</sup> Sobre tal punto ver: P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, I, Milano, 1967, 420 ss, así como D. JOHNSTON, *Munificence and Municipia*, en *JRS*, 75, 1985, 106 ss., con especial referencia a la materia de legados.

<sup>3</sup> *Tituli ex corpore Ulpiani* 24.28: *Civitatibus omnibus, quae sub imperio populi Romani sunt, legari potest...: idque a divo Nerva introductum, postea a senatu auctore Hadriano*

Aproniano del año 117 o 123 d.C.,<sup>4</sup> tener la *bonorum possessio*,<sup>5</sup> manumitir los propios esclavos, como demuestra una constitución de Diocleciano y Maximiano del año 290 o 293 en C.7.9.3,<sup>6</sup> y adquirir por este motivo la herencia de los mismos *ab intestato*,<sup>7</sup> ser herederos testamentarios de los propios libertos con base en una disposición del senado de fecha incierta,<sup>8</sup> reconociéndose al final (en

*diligentius constitutum est*. (Todas las ciudades que se encuentran bajo el imperio del pueblo romano pueden recibir legados...y esto fue introducido por el divino Nerva y después fue constituido diligentemente con base en un senadoconsulto realizado bajo la autoridad de Adriano). *Cfr. infra* § III.

<sup>4</sup> PAULO, *libro singulari de senatus consultis* en D.36.1.27: *Omnibus civitatibus, quae sub imperio populi Romani sunt, restitui debere et posse hereditatem fideicommissam Apronianum senatus consultum iubet...* (El senadoconsulto Aproniano dispone que a todas las ciudades que se hallan bajo el imperio del pueblo romano, se les debe y puede restituir la herencia dejada por fideicomiso...). *Cfr. infra* § III.

<sup>5</sup> ULPIANO, *libro trigesimo nono ad edictum* en D.37.1.3.4: *a municipibus et societatibus et decuriis et corporibus bonorum possessio adgnosci potest*. (Se puede aceptar por los municipes, por sociedades, decurias y corporaciones la *bonorum possessio*). Se vea además D. 38.3.1.1 mencionado *infra* § III.

<sup>6</sup> *Titulo non praecedente, quibus dominia servorum quaeri solent, municipum libertus servus non efficitur. Si itaque secundum legem vetiti libici, cuius potestatem senatus consulto Iuventio Celso iterum et Neratio Marcello consulibus facto ad provincias porrectam constituit, manumissus civitatem Romanam consecutus es, post vero ut libertus tabularium administrando libertatem quam fueras consecutus non amisisti, nec actus tuus filio ex liberis ingenuo suscepto, quominus decurio esse possit, obfuit*. (No procediendo el título, con que se suele reclamar el dominio de los esclavos, el liberto de los municipes no se hace esclavo. Así, pues, si conforme a la ley de Vectibulico, cuya autoridad es sabido que fue extendida a las provincias por un senadoconsulto hecho en el segundo consulado de Juvencio Celso y en el de Neracio Marcelo, habiendo sido manumitido alcanzaste la ciudadanía romana. Y por administrar después como liberto el archivo no perdiste la libertad que habías conseguido, ni tu función le obstó a tu hijo, nacido ingenuo de personas libres, para que no pueda ser decurión).

<sup>7</sup> ULPIANO, *libro quadragensimo nono ad edictum* en D.38.3.1 pr: *Municipibus plenum ius in bonis libertorum libertarum defertur, hoc est id ius quod etiam patrono*. (A los municipes se les defiere pleno derecho sobre los bienes de los libertos, y de las libertas, esto es, el mismo derecho, que también al patrono...). El texto completo se encuentra *infra* § III.

<sup>8</sup> En el texto de los *Tituli ex corpore Ulpiani* 22.5 se dice que los municipes no podían ser instituidos herederos ni como entes colectivos ni como unidad de componentes, ya que eran un cuerpo incierto (*corpus incertum*) el cual no podía efectuar la *cretio* o la *pro herede gestio*, pero un senadoconsulto había concedido a ellos tal facultad en el caso de los libertos: *nec municipia nec municipes heredes institui possunt, quoniam incertum corpus est, et neque cernere universi neque pro herede gerere possunt, ut heredes fiant. Senatus consulto tamen concessum est, ut a libertis suis heredes institui possint...* Tal noticia viene confirmada también por ULPIANO, *libro quadragensimo nono ad edictum* en

el siglo V) plena capacidad en todas las adquisiciones *mortis causa*, como se demuestra en una constitución de León del año 469 d.C., incorporada en una versión resumida en C.6.24.12 y más amplia en C.11.32.3.<sup>9</sup>

El breve panorama que acabamos de presentar indica que las ciudades (*civitates*) podían seguramente encontrarse en la situación de demandar en juicios hereditarios, sobre tal aspecto las fuentes demuestran la existencia de un representante procesal, el *actor* o *syndicus*.<sup>10</sup>

## II. LOS DERECHOS DE LAS CIUDADES EN MATERIA DE BIENES VACANTES

En los primeros decenios del siglo III d.C. podemos observar que ciertas ciudades en caso de concurso de acreedores tenían un derecho de prelación (*protopraxia*) en modo parecido al fisco, como puede demostrar Marciano, *libro singulari de delatoribus* en D.50.1.10:

*Simile privilegium fisco nulla civitas habet in bonis debitoris, nisi nominatim id a principe datum sit*. (Ninguna ciudad tiene sobre los bienes del deudor privilegio análogo al del fisco, a no ser que expresamente le haya sido dado por el príncipe).

D.38.3.1.1: *...qua ratione alio senatus consulto heredibus eis (civitates) institutis a liberto acquirere hereditatem permissum est...* (Y por la misma razón por la que se permitió por otro senadoconsulto que, instituidos ellos herederos por el liberto, adquiriesen la herencia...). Sobre el argumento ver F. GRELLE, *L'autonomia cittadina fra Traiano e Adriano*, Napoli, 1972, 146; F. MERCOGLIANO, *Tituli ex corpore Ulpiani. Storia di un testo*, Napoli, 1997, 97, *cfr.* más detalladamente *infra* § III.

<sup>9</sup> En la versión resumida de C.6.24.12: *Hereditatis vel legati seu fideicommissi aut donationis titulo domus aut annonae civiles aut quaelibet aedificia vel mancipia ad ius inclitae urbis vel alterius cuiuslibet civitatis pervenire possunt*. (Pueden ir a propiedad de la inclita ciudad o de otra, cualquier cosa por título de herencia, de legado, de fideicomiso, o de donación, casas o rentas civiles, o cualquier tipo de edificios o esclavos).

<sup>10</sup> Sobre tal argumento ver P. RAMADIER, "La représentation judiciaire des cités d'après l'édit du preteur", en *Etudes d'Histoire Juridique offertes à Paul Frédéric Girard*, 1, París 1912, 259 ss.; E. ALBERTARIO, *Syndicus* en *Studi di Diritto Romano*, 1, 1933, 123 ss.; F. de ROBERTIS, "Syndicus, sulla questione della rappresentanza processuale dei collegia e dei municipia", en *SDHI*, 36, 1970, 304 ss.; A. BISCARDI, "Rappresentanza sostanziale e processuale dei collegia in diritto romano", en *IURA*, 31, 1980, 1 ss.

Si bien tal texto se refiere a un privilegio sobre los bienes del deudor en una situación particular,<sup>11</sup> podemos observar el principio general por el cual a ninguna ciudad se reconocen derechos análogos a los del fisco, si no hayan sido expresamente atribuidos por el príncipe.<sup>12</sup> Podía suceder que una ciudad se encontrase en una situación privilegiada en relación a los demás acreedores al mismo modo que el fisco.

<sup>11</sup> Tal situación se encuentra descrita en D. 49.14.18.10 (texto que se encuentra unido al pasaje que estamos mencionando (cfr. O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, 1, Roma, 2000, 641): *Papinianus tam libro sexto quam undecimo responsorum scribit ita demum publicam auferri pecuniam ei, qui, cum erat creditor, in solutum pecuniam accepit, si aut sciebat, cum accipiebat, publicum quoque esse debitorem, aut postea cognovit, antequam consumeret pecuniam. sed placet omnimodo ei pecuniam auferendam esse, etiamsi ignoravit, cum consumeret: et postea quidam principes directam actionem competere ablata pecunia rescripserunt, ut et Marcellus libro septimo digestorum scribit.* (Escribe Papiniano así en el libro sexto como en el décimo de sus respuestas, que al que siendo acreedor recibió dinero en pago se le quita el dinero debido al erario, solamente si o sabía cuando lo recibía, que también el deudor lo era del fisco, o si lo supo después, antes de consumir el dinero. Mas está determinado que de todos modos se le ha de quitar el dinero, aun si lo ignoró al consumirlo; y algunos príncipes resolvieron por rescripto, que quitado el dinero compete después la acción directa, según escribe también Marcelo en el libro séptimo de los Digestos). Sobre el presente problema ver: S. SOLAZZI, *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, Napoli, 1940, 3, 147 ss.; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano*, Padova, 1963, 270 ss.; H. WAGNER, *Die Entwicklung der Legalhypotheken am Schuldnervermögen im römischen Recht*, Köln-Wien, 1974, 135.

<sup>12</sup> Las ciudades de la Bitinia y del Ponto tenían tal privilegio como puede demostrarse en PLINIO, ep. 10.109-110: *C. Plinius Traiano Imperatori. Quid habere iuris velis et Bithynas et Ponticas civitates in exigendis pecuniis, quae illis vel ex locationibus vel ex venditionibus aliisve causis debeantur, rogo, domine, rescribas. Ego inveni a plerisque proconsulibus concessam iis protopraxian eamque pro lege valuisse. Existimo tamen tua providentia constituendum aliquid et sancendum, per quod utilitatibus eorum in perpetuum consulatur...* 110. *Traianus Plinio. Quo iure uti debeant Bithynae vel Ponticae civitates in iis pecuniis, quae ex quaque causa rei publicae debebuntur, ex lege cuiusque animadvertendum est. Nam, sive habent privilegium, quo ceteris creditoribus anteponantur, custodiendum est, sive non habent, in iniuriam privatorum id dari a me non oportebit.* (Cayo Plinio al emperador Trajano. Te ruego, señor, de darme una respuesta escrita que especifique cuáles derechos tú estás dispuesto a reconocer a las ciudades de la Bitinia y del Ponto en la obtención de dinero debido a ellas en consecuencia por motivo de alquileres así como de ventas o de otras operaciones. Yo he encontrado que un gran número de procónsules concedió a ellas un derecho de prelación y que esta práctica asumió valor de ley. Me parece sin embargo oportuno que tu grande saber establezca y ratifique alguna directiva que tutele para siempre sus intereses... 110. Trajano a Plinio. Cuales sean las normas jurídicas a las cuales se requiere que observen las ciudades de la Bitinia e del

En relación con el punto que nos interesa directamente, es necesario observar que existen fuentes que al igual que en el caso del concurso de acreedores pueden demostrar la existencia de ciudades con facultades iguales a las del fisco para pretender las herencias de los propios ciudadanos.

Al respecto existen tres textos que se ocupan del problema con específica referencia a los bienes vacantes (*bona vacantia*). Nos referimos a una constitución de Diocleciano y Maximiano del año 292, de un documento epigráfico del siglo I d.C. y de una carta del epistolario de Plinio el Joven, que presentan algunos datos de notable importancia.

Si bien es cierto la constitución es cronológicamente posterior a los otros textos mencionados, podemos considerarla como punto de inicio por los motivos que veremos a continuación. La constitución menciona una *epistula* dirigida al *rationalis Scyrio* e incluida en C.10.10.1:

*Scire debet gravitas tua intestatorum res, qui sine legitimo herede decesserint, fisci nostri rationibus vindicandas nec civitates audiendas, quae sibi earum vindicandarum ius veluti ex permisso vindicare nituntur: et deinceps quaecumque intestatorum bona a civitatibus obtentu privilegiorum suorum occupata esse compereris, ad officium nostrum eadem revocare non dubites.*<sup>13</sup> (Debe saber tu gravedad, que los bienes de los intestados, que hubieren fallecido sin legítimo heredero, han de ser reivindicados para las cuentas de nuestro fisco, y que no deben ser oídas las ciudades, que se empeñan en reivindicar, como por virtud de permiso, el derecho de reivin-

Ponto respecto al dinero que será debido por cualquier motivo a las individuales administraciones comunales debe ser determinado en base al código de cada uno. Por ello, si han obtenido una especial precedencia sobre todos los otros acreedores, ésta se mantiene, si por el contrario no la han obtenido, no será el caso que yo la conceda en perjuicio de los privados).

<sup>13</sup> Tal constitución no presenta problemas de interpolación sustancial; véase, por ejemplo: F. MILLAR, *The Emperor in the Roman World*, Nueva York, 1977, 160 ss., que la presenta con una traducción al inglés y TELLEGEN-COUPERUS, *Diocletien et les Biens vacants*, RHD, 54, 1986, 85 con traducción en francés. Sobre las fuentes y la estructura del libro décimo del Código de Justiniano ver la tabla comparativa que se encuentra en F. GRELLI, *I giuristi, il diritto municipale e il Codex Gregorianus en Iuris Vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, 4, Napoli, 2001, 317 ss. *Diritto e società nel mondo romano*, a cura di L. Fanizza, Roma, 473.

dicarlos para sí; y en lo sucesivo no dudes en reclamar para nuestro oficio cualesquiera bienes de intestados que vieres fueron ocupados por las ciudades, so pretexto de privilegios suyos).

Los emperadores afirman que los bienes de las personas muertas intestadas sin un legítimo heredero deben ser reivindicados por el fisco (*intestatorum res, qui sine legitimo herede decesserint fisci nostri rationibus vindicandas*), sin que sobre ellos puedan pretender las ciudades con base en eventuales permisos (*nec civitates audiendas, quae sibi earum vindicandarum ius veluti ex permissu vindicare nituntur*); por esto en futuro se da la orden al funcionario del fisco de incorporar (*ad officium nostrum ... revocare non dubites*) todo aquel bien incluido en una sucesión intestada poseído por las mismas ciudades que lo tengan alegando la existencia de un privilegio que se les había concedido (*quaecumque intestatorum bona a civitatibus obtentu privilegiorum suorum occupata esse compereris*).

Gracias a la presente constitución podemos comprobar que seguramente algunas ciudades pretendían derechos especiales respecto a los bienes vacantes que se encontraran en su territorio, pero que después de la presente disposición, cualquier tipo de concesión se debería considerar revocada, entregándose todas las adquisiciones patrimoniales solamente al fisco. Como se dice expresamente la pretensión de las ciudades se fundaba en privilegios (*obtentu privilegiorum suorum*), que habrían sido concedidos a ellas (*ex permissu*), haciéndonos suponer que antes del 292 d.C. existían ciudades a las cuales el emperador les había concedido tal facultad.

Una demostración de tal hecho la encontramos en un elogio fúnebre que nos llegó mediante un documento epigráfico, que demuestra como una ciudad de la Mauritania gozaba del privilegio de adquirir los bienes hereditarios vacantes de los propios ciudadanos con base en un edicto del emperador Claudio del año 44 d.C. Se trata de un documento contenido en *C.I.L. VIII, 21825*, y reproducido también en *FIRA, I, 416*:

*M. Val(erio) Bostaris f(ilio), Gal(eria), Seuero aed(ili) sufeti duumvir(o) flamini primo in municipio suo, praef(ecto) auxiliior(um) aduersus Aedemonem oppressum bello. Huic ordo municipii Volub(ilitani) ob merita erga rem pub(licam) et legationem bene gestam, qua ab diuo Claudio*

*ciuitatem Romanam et conubium cum peregrinis mulieribus, immunitatem annor(um) X, incolas, bona ciuium bello interfectorum, quorum heredes non extabant, suis impetrauit. Fabia Bira Izeltae f(ilia), uxor, indulgentissimo uiro, honore usa, impensam remisit et d(e) s(ua) p(ecunia) d(edit) d(e)dic(auit).* (Marco Valerio Severo, hijo de Bostari, edil, suffeta, duumviro, flamine, primero en su municipio, prefecto de las tropas auxiliares que combatieron en contra de Edemone que perdió en la guerra. A este orden del municipio de Volubilis por motivo de los méritos a favor de la República y representación bien llevada a cabo, que habían dado lugar a conceder por el divino Claudio la ciudadanía romana, el *conubium* con mujeres peregrinas, la inmunidad fiscal por diez años y el derecho de adquirir los bienes de los ciudadanos muertos en guerra que no tenían herederos. Su mujer Fabia Bira, hija de Izelta concedió y dedicó tal elogio fúnebre a su bien amado marido como tributo de afecto, efectuando los gastos de su patrimonio).

El documento es posterior al año 54 d.C., fecha de la muerte del emperador como se demuestra con las palabras *divus Claudius*, y fue dedicado a Marco Valerio Severo (hijo de Bostari, edil, suffeta, duumviro, flamine, primero en su municipio, prefecto de las tropas auxiliares que combatieron en contra de Edemone que perdió en la guerra) por su mujer Fabia Bira, hija de Izelta. En tal texto se recuerdan los meritos del fallecido respecto a la *res publica* y la representación hecha de forma adecuada que había dado lugar a varios privilegios a favor de los habitantes del *municipium Volubilitanum*, concedidos con un edicto del año 44 d.C.,<sup>14</sup> consistentes en la ciudadanía romana, en el *conubium* con mujeres peregrinas, en la inmunidad fiscal por diez años y en el derecho de adquirir los bienes de los ciudadanos muertos en guerra que no tenían herederos.

Los habitantes de *Volubilis* (ciudad perteneciente a la provincia imperial de la *Mauretania Tingitana*)<sup>15</sup> habían sido recompensados

<sup>14</sup> Tal fecha es segura porque se observa en otra inscripción citada en *FIRA, I, 416*, con referencias bibliográficas.

<sup>15</sup> La Mauritania había sido dividida por Claudio en dos provincias, la *Mauretania Tingitana* con la capital *Tingis* (hoy Tánger) y la *Mauretania Caesariensis* con la capital *Iol*; la primera tenía siete colonias: tres en el periodo de Augusto: *Zilis, Babba e Banasa*; dos bajo el imperio de Claudio: *Tingis* y *Lixus* o *Lix*; posteriormente dos: *Rusadder* y *Volubilis*. Sobre tal argumento *cf.*: T. MOMMSEN, *Le Provincie Romane da Cesare a Diocleziano*, traducción al italiano de E. de Ruggiero, Torino-Roma, 1885, 607 ss.; J.

por Claudio por la victoria contra los Mauros, y entre los privilegios obtenidos que nos interesan se encuentra el derecho de la ciudad sobre los bienes vacantes de los ciudadanos muertos en la guerra.<sup>16</sup> Es probable que los *vacantia* situados en una provincia imperial pertenecieran al fisco,<sup>17</sup> pero como indica el documento epigráfico, podían existir ciudades a las que se les había atribuido tal derecho.

Otra prueba que demuestra la existencia de un privilegio concedido a una ciudad respecto a los bienes vacantes de sus habitantes con base en una concesión imperial, se encuentra contenida en una respuesta de Trajano a Plinio, referida en el epistolario de este último (*ep.* 10.84), sobre algunas pretensiones efectuadas sobre una cuestión de derecho hereditario:

*Traianus Plinio:*

*Nicaeensibus, qui intestatorum civium suorum concessam vindicationem bonorum a divo Augusto adfirmant, debetis vacare contractis omnibus personis ad idem negotium pertinentibus, adhibitis Viridio Gemellino et Epimacho liberto meo procuratoribus, ut aestimatis etiam iis, quae contra dicuntur, quod optimum credideritis, statuatis.* (Los habitantes de Nicea declaran que el divino Augusto concedió a ellos el derecho de obtener las propiedades de sus ciudadanos muertos que no habían hecho testamento. Interesados de sus peticiones, después de haber escuchado a todos aquellos que por deber de funciones tienen competencia en tal situación y haber con-

MARQUARDT, *L'Amministrazione pubblica romana*, trad. E. Solaini, Firenze, 1887, 524 ss.; H. LECLERCQ, *Dictionnaire d'Archéologie chrétienne et de Liturgie*, 1953, 15, deuxième partie, vox: *Volubilis*, 3193 ss.; G. CHARLES-PICARD, *La civilisation de l'Afrique Romaine*, Paris, 1959, 19 ss.; con especial referencia al momento histórico aquí considerado *cfr.*: P. ROMANELLI, *Storia delle province romane dell'Africa*, Roma, 1959, 259 ss.; GRELLE, *L'autonomia cittadina fra Traiano e Adriano*, cit. 218 ss.; G. I. LUZZATTO, *Roma e le province*, Bologna, 1, 1985, 365 ss., y 464 ss., con más bibliografía.

<sup>16</sup> Respecto a los otros privilegios, que no presentan importancia en la presente investigación *cfr.*: E. WEISS, *Die Verleihung des römischen Bürgerrechtes an die Einwohner von Volubilis* en ZSS, 42, 1921, 639 ss., la bibliografía citada en FIRA 1, 416, así como J. GASCOU, *Municipia civium romanorum* en *Latomus. Revue d'Etudes latines*, 30, 1971, 138 ss. El problema, que estamos tratando es examinado también por Tellegen-Couperus, *Dioclétien et les biens vacants*, cit., 88 ss.; breves citaciones en G. BOULVERT, *Domestique et Fonctionnaire sous le Haut-Empire romain. La condition de l'Affranchi et de l'Esclave du Prince*, Paris, 1974, 45.

<sup>17</sup> En tal sentido BOULVERT, *Domestique et Fonctionnaire...*, cit., 46.

vocado los procuradores Viridio Gemelino y Epimaco, mi liberto, examinadas en el mismo momento también las oposiciones que vengan efectuadas al respecto y establezcan la decisión que les parezca mejor).

Plinio, que fue enviado por Trajano en las provincias de la Bitinia y Ponto<sup>18</sup> como comisario imperial extraordinario con el título de *legatus pro praetore Ponti et Bithyniae consulari potestate*,<sup>19</sup> presenta un problema al emperador que se refiere, como podemos suponer con base en su respuesta, los bienes de un ciudadano que murió intestado y sin legítimos herederos. Los habitantes de Nicea reivindican los *vacantia* con base en una concesión de Augusto (*Nicaeensibus-adfirmant*), y Trajano, para resolver el problema, propone efectuar una audiencia con la presencia de las partes interesadas y de los procuradores imperiales Viridio Gemellino y Epimaco, liberto del mismo emperador (*debetis vacare-procuratoribus*), así como asumir después la decisión mejor (*ut aestimatis-statuatis*).

<sup>18</sup> En los tiempos de Trajano la Bitinia se encontraba dividida en doce ciudades, en el epistolario de Plinio se encuentran mencionadas: Apamea, Claudiopoli, Iuliopoli, Nicea, Nicomedia, Prusa y Prusia, con Bizancio anexada a la región; el Ponto se encontraba dividida en once ciudades entre las que se encuentran: Amastri, Amiso, Eraclea, Sinope y Tio. Sobre las provincias de *Bithynia* y *Pontus* ver MOMMSEN, *Le provincie romane*, cit., 304 ss.; MARQUARDT, *L'amministrazione pubblica romana* cit., 376 ss.; H. LECLERCQ, *Dictionnaire d'Archéologie Chrétienne et de Liturgie*, 12-1, vox: *Nicée*, 1179 ss.; L. POLVERINI, *Le città dell'impero nell'epistolario di Plinio*, *Contributi dell'Istituto di Filologia classica. Sezione di storia antica*, 1, Milano, 1963, 205 y nt. 496.

<sup>19</sup> Como puede comprobarse en el documento epigráfico que se encuentra en *C.I.L. V*, 5262: *C. Plinius, L. f. Ouf. Caecilius <secundus cos> Augur, Legat. propr. provinciae Pon<ti et Bithyniae>, consulari potestate in eam provinciam e<x s. c. ab> imp. Caesar. Nerva Traiano Aug. Germani<co Dacico missus>....* Se vea además lo que dice el mismo Plinio en *ep.* 10.32: *Meminerimus idcirco te in istam provinciam missum, quoniam multa in ea emendanda apparuerint...* (Tengamos bien presente que tú fuiste mandado a la provincia en que te encuentras sobre todo porque existen muchas irregularidades que se deben corregir); y *ep.* 10.117: *...ego ideo prudentiam tuam elegi ut formandis istius provinciae moribus ipse moderareris et ea constitueres quae ad perpetuam eius provinciae quietem essent profutura.* (...yo escogí tu prudencia por este motivo, para que tú tomaras las disposiciones necesarias para regular para bien los usos de ésta, tu provincia). Sobre tal nombramiento ver: MARQUARDT, *L'amministrazione pubblica romana*, cit., 379 nt. 9; C. SOLIMENA, *Plinio il giovane e il diritto pubblico di Roma*, Napoli, 1905, 33 a 38; A. N. SHERWIN-WHITE, *The Letters of Pliny*, Oxford, 1966, 80 ss.; L. VIDMAN, *Etude sur la correspondance de Pline le Jeune avec Trajan*, Roma, 1972, 42 ss.; J.W. TELLEGEN, *The Roman law of succession in the letters of Pliny the younger*, Zutphen, 1982, 4; POLVERINI, *Le città dell'impero nell'epistolario di Plinio*, cit., 187 ss.

Con base en el presente texto podemos observar que la ciudad de Nicea pretendía el derecho de reivindicar los *vacantia* de los propios ciudadanos muertos sin testamento y herederos legítimos, fundamentándose en un privilegio concedido por Augusto. Tal derecho no parecía demasiado claro en los inicios del siglo II d.C. y por ello en la audiencia deberían ser escuchados todos los interesados, incluyéndose los que se oponían a tal pretensión. Era necesaria la presencia de los dos *procuratores*, probables funcionarios que aconsejaban a Plinio en la materia fiscal.<sup>20</sup> No conocemos los argumentos que se presentaron para negar la titularidad de estos bienes a la ciudad.

Con base en tal testimonio, parece difícil dudar de la concesión de un privilegio por parte de Augusto en tal materia, porque parecería poco probable que los *Nicaeenses* pretendieran tales bienes sin ningún motivo. La pretensión de los ciudadanos de Nicea a los *vacantia* presenta dos problemas: una de forma y otra de sustancia. Respecto al primer punto debemos recordar que en la historia constitucional romana, una vez que el emperador entraba al poder, los habitantes de una ciudad debían pedir la confirmación y la renovación de los privilegios y concesiones que tenía antes,<sup>21</sup> por esto el problema debía probablemente consistir en la falta de tal petición por parte de los *Nicaeenses*. Respecto al problema sustancial, queda en duda el problema si Augusto habría podido conceder privilegios también en relación al erario, ya que el senado era el titular de las entradas que provenían de las provincias senatorias y la Bitinia formaba parte de tales provincias.

<sup>20</sup> Viridio GEMELINO y el liberto EPIMACO son considerados como los colaboradores de PLINIO en materia fiscal: así por ejemplo: SHERWIN-WHITE, *The letters of Pliny*, cit., 596 ss., y VIDMAN, *Étude sur la correspondance de Pline le Jeune avec Trajan* cit., 43. TELLEGEN-COUPERUS, *Dioclétien et les biens vacants*, cit., 89, los denomina *procuratores fisci*; L. POLVERINI, *Le città dell'impero nell'epistolario di Plinio*, cit., 199 nt. 449 los llama "rappresentanti finanziari dell'imperatore in provincia".

<sup>21</sup> En este sentido D. CAMPANILE, *Noterelle ai nuovi documenti da Afrodizia* en *Zeitschrift fuer Papyrologie und Epigraphik*, 135, 2001, 136 ss., que presenta como fundamento los nuevos documentos de edad adrianea provenientes de Afrodizia (publicados por J. REYNOLDS, *New Letters from Hadrian to Aphrodisias: Trials, Taxes, Gladiators, and an Aqueduct* en *JRA*, 13, 2000, 5 ss.), donde se demuestra como los Afrodisienses debieron pedir la confirmación y la renovación de los privilegios y concesiones en el momento en que Adriano se convierte en emperador.

Tellegen-Couperus,<sup>22</sup> en contra de la doctrina tradicional,<sup>23</sup> resuelve el problema considerando que los *vacantia* situados en las provincias senatorias entraban también en la caja del fisco y no del *aerarium*, al mismo modo de aquellos bienes vacantes que se encontraban en las provincias imperiales, ya que, según el autor, es difícil pensar que Augusto pudiera conceder a Nicea el privilegio de estos bienes en perjuicio del *aerarium* y no del *fiscus*. En realidad, según nuestra opinión, el problema nace sobre todo por tal situación,<sup>24</sup> y tal argumento habría podido servir a aquellos que negaban la legitimidad de la pretensión de los *Nicaeenses* y que debería valorar Plinio al resolver la cuestión con los dos procuradores fiscales Viridio Gemelino y Epimaco.

No tenemos noticia sobre la solución del problema, pero resulta comprobado que el emperador podía conceder privilegios a las ciudades que se encontraban en las provincias imperiales así como en las senatorias con referencia a los *vacantia* en disminución de los derechos del *fiscus* o del *aerarium*.

### III. LOS DERECHOS DE LAS CIUDADES QUE SE CONVIERTEN EN HEREDERAS DE SUS LIBERTOS O QUE HAN OBTENIDO UN FIDEICOMISO

En los textos apenas tratados observamos que las ciudades obtenían la titularidad de los bienes vacantes de los propios ciudadanos, pudiendo exigir tales bienes a las personas que se encontraran en posesión de los mismos. Las ciudades no exigían los *vacantia* en calidad de herederas, sino como autoridades que habían recibido un privilegio especial por parte del príncipe.

Existen otros casos en que las ciudades podían ser instituidas herederas,<sup>25</sup> no obstante la afirmación general en sentido opuesto que

<sup>22</sup> TELLEGEN-COUPERUS, *Dioclétien et les biens vacants*, cit., 89 ss.

<sup>23</sup> Confrontar O. HIRSCHFELD, *Untersuchungen auf dem Gebiete der römischen Verwaltungsgeschichte, Die kaiserlichen Verwaltungsbeamten bis auf Diocletian*, 1, zweite Auflage, Berlin, 1905, 115 nt. 2.

<sup>24</sup> SHERWIN-WHITE, *The Letters of Pliny* cit., 680, afirma que mientras en Roma los *vacantia* corresponden al *aerarium*, en tal caso pertenecen a la ciudad probablemente con base en la reorganización financiera efectuada por Augusto en el año 20 a.C.

<sup>25</sup> Sobre tal punto véase BIONDI, *Successione testamentaria* cit., 124 ss.; M. AMELOTI, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale*, Firenze, 1966, 122 ss.; así tam-

se encuentra en *Tit. Ulp.* 22.5. En tal texto, que hemos citado precedentemente,<sup>26</sup> se afirma que los *municipes*, considerados como un conjunto de ciudadanos, no pueden ser instituidos herederos, ya que son una entidad indeterminada (un *corpus incertum*) y sus componentes no pueden proceder a la aceptación de la herencia mediante *cretio* o *pro herede gestio* en modo de asumir la calidad de herederos (*nec municipia nec municipes heredes institui possunt, quoniam incertum corpus est, et neque cernere universi neque pro herede gerere possunt, ut heredes fiant*).<sup>27</sup> Tal situación excluye por lo tanto la posibilidad de ejercitar la *petitio hereditatis*, porque como es notorio, el actor para poderla ejercitar debe tener el título de heredero.

La posibilidad que las ciudades pudieran ser consideradas como herederas dependía de una especial concesión del príncipe,<sup>28</sup> así como también con base en disposiciones del senado como demuestra el texto de los *Tituli* indicado anteriormente:

*Senatus consulto tamen concessum est, ut a libertis suis heredes institui possint. Sed fideicommissa hereditas municipibus restitui potest, denique hoc senatus consulto prospectum est.* (Con un senadoconsulto fue aceptado a los *municipes* de poder ser instituidos herederos de sus libertos, mientras que con base en otro senadoconsulto se les reconoció a los *municipes* el derecho de adquirir una herencia en ejecución de un fideicomiso).

Aquí el texto menciona *municipia* y *municipes*, pero las disposiciones de los dos senadoconsultos se entienden comúnmente válidas para cualquier tipo de ciudad con independencia de su estatuto.<sup>29</sup>

bién *Le forme classiche di Testamento. Lezioni di Diritto romano raccolte da R. Martini*, Torino, 1966, 128 ss.; VOCI, *Diritto ereditario romano* 1, cit., 420 ss.

<sup>26</sup> Cfr. *supra*. § I nota 8.

<sup>27</sup> Sobre tal problema ver: F. GUIZZI, *Miti e politica nella capacità successoria del populus romanus* en *Labeo*, 8, 1962, 174 n.16.

<sup>28</sup> Como se puede comprobar en TÁCITO, *Annales* 4.43.5, que menciona que en el tiempo de Tiberio, los *Massilienses* habían hecho una petición al emperador con la finalidad de obtener los bienes de Vulcacio Mosco, que se había exiliado en tal ciudad, y que antes de morir había dejado sus bienes a la misma: *Tunc tractatae Massiliensium preces probatamque P. Rutilii exemplum: namque eum legibus pulsum ciuem sibi Zmyrnaei addiderant; quo iure Vulcaci Moschus exul in Massilienses receptus bona sua rei publicae eorum ut patriae reliquerat*. El texto ha sido analizado en VOCI, *Diritto ereditario romano*, 1, cit., 421, y JOHNSTON, *Munificence and Municipia*, cit., 107 ss.

<sup>29</sup> Cfr. VOCI, *Diritto ereditario romano*, 1, cit., 420 ss.

Que tales disposiciones correspondan al periodo clásico puede comprobarse en Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad edictum* en D. 38.3.1 pr-2:

*Municipibus plenum ius in bonis libertorum libertarum defertur, hoc est id ius quod etiam patrono.* 1. *Sed an omnino petere bonorum possessionem possint, dubitatur: movet enim, quod consentire non possunt, sed per alium possunt petita bonorum possessione ipsi acquirere. Sed qua ratione senatus censuit, ut restitui eis ex Trebelliano hereditas possit: qua ratione alio senatus consulto heredibus eis institutis a liberto acquirere hereditatem permissum est: ita bonorum quoque possessionem petere dicendum est.* 2. *Temporaque bonorum possessionis petendae cedere municipibus exinde, ex quo decernere de petenda potuerunt. Quod et Papinianus respondit.* (A los *municipes* se les defiere pleno derecho sobre los bienes de los libertos y de las libertas, esto es, el mismo derecho que también tiene el patrono. 1. Pero se duda si pueden en todo caso pedir la *bonorum possessio*, pues mueve a ello que no pueden consentir; mas pueden adquirir para sí habiendo pedido por medio de otro la *bonorum possessio*. Pero por la misma razón por la que dispuso el senado que se les pudiera restituir a ellos la herencia en virtud del senadoconsulto Trebeliano, y por la misma razón por la que se permitió por otro senadoconsulto que, instituidos ellos herederos por el liberto, adquiriesen la herencia, se ha de decir que piden también la *bonorum possessio*. 2. Y los términos para pedir la *bonorum possessio* corren para los *municipes* desde que pudieron determinar pedirla; lo que también respondió Papiniano).

El jurista tardo clásico afirma que los *municipes* (entendidos como el conjunto de los componentes de un municipio) tienen pleno derecho sobre los bienes de los libertos y de las libertas del mismo municipio, reconociéndose a ellos los mismos derechos hereditarios que tiene el patrono (*municipibus plenum ius-quod etiam patrono*). Presenta después el problema si pueden pedir la *bonorum possessio* (*sed an omnino petere bonorum possessionem possint dubitatur*), ya que no se encuentran en la posibilidad de expresar el propio consentimiento (*movet enim, quod consentire non possunt*), y lo resuelve indicando que en tal caso debe ser un representante de ellos a efectuar tal petición (*sed per alium possunt petita bonorum possessione ipsi acquirere*). Se llegó a tal solución (*ita bonorum quoque possessionem petere dicendum est*) gracias a dos disposiciones del senado, la primera que permitía a los *municipes* de ser honorados con un fideico-

miso, según lo que preveía el senadoconsulto Trebeliano (*qua ratione senatus censuit, ut restitui eis ex Trebelliano hereditas possit*), y el segundo que permitía a ellos de adquirir la herencia, si hubieran sido instituidos herederos por un propio liberto (*qua ratione alio senatus consulto heredibus eis institutis a liberto adquirere hereditatem permissum est*). Al final el término para pedir la *bonorum possessio* iniciaba en tales casos desde el momento en que el municipio decidía de efectuar la petición (*temporaque bonorum possessionis - decernere de petenda potuerunt*), según lo que había ya expresado Papiniano en un responso (*quod et Papinianus respondit*).

En el texto se hace mención de la dificultad ya expresada en *Tit. 22.5*, por la que no había sido permitido en origen a los municipios adquirir herencias que provenían de testamentos, debido a la imposibilidad de manifestar una voluntad de aceptación; por otro lado, se indica como tales problemas se fueron superando, ya que gracias a las disposiciones del senado se consideró que podían aceptarlas mediante un representante.

Con referencia a los dos senadoconsultos, el texto de *D. 38.3.1* que estamos examinando menciona una primera disposición por la que los municipios podían ser honrados con un fideicomiso que tuviera por objeto la totalidad de la herencia, y la segunda que admitía que los mismos pudieran ser considerados como herederos testamentarios del liberto. Las disposiciones anteriores son presentadas en *Tituli 22.5*. en forma inversa, es decir, primero se menciona la segunda y después la primera, situación por la que no podemos determinar qué senadoconsulto fue realizado primero y cuál después.

Disponemos de informaciones precisas sólo sobre el senadoconsulto relativo a las disposiciones fideicomisarias, ya que tal normativa es recordada con el nombre de *senatus consultum Apronianum* y corresponde probablemente al periodo adrianeo,<sup>30</sup> ya que informaciones

<sup>30</sup> Todavía en el periodo de Plinio, el Joven, las ciudades no podían ser honradas con un fideicomiso como se demuestra en *Ep. 5.7.1-2*, al referir que una *res publica* no podía recibir herencias ni tener la precedencia sobre otros coherederos (*nec heredem institui nec praecipere posse rem publicam constat*). Después menciona el caso de Saturnino que dentro de los herederos había asignado a la ciudad la cuarta parte del total de la herencia, y después había modificado la cuarta parte en una prelación de cuatrocientos mil sestercios.

sobre el mismo se encuentran en juristas tardo clásicos como Paulo, *libro singulari de senatusconsultis* en *D.36.1.27(26)*, y en juristas adrianeos como Juliano, *libro quadragensimo digestorum* en *D.36.1.28(27)* pr. Los dos textos resultan unidos en la compilación justiniana y el *principium* del texto de Juliano resulta ser la conclusión del contenido del texto de Paulo como podemos ver a continuación:

*Omnibus civitatibus, quae sub imperio populi Romani sunt, restitui debere et posse hereditatem fideicommissam Apronianum senatus consultum iubet. sed et actiones in eas placuit ex Trebelliano transferri: sed municipes ad eas admittuntur.*<sup>31</sup> (El senadoconsulto Aproniano dispone que a todas las ciudades, que se encuentran bajo el imperio del pueblo romano, se les debe y puede restituir la herencia dejada por fideicomiso. Pero se determinó, que en virtud del senadoconsulto Trebeliano también se transfieran contra ellas las acciones; mas son admitidos para ejercitarlas los individuos del municipio).

(*Saturninus autem, qui nos reliquit heredes, quadrantem rei publicae nostrae, deinde pro quadrante praeceptionem quadrigentorum milium dedit*).

<sup>31</sup> S. SOLAZZI, *Senatus iubet?*, en *SDHI*, 22, 1956, 329 ss, niega el contenido del pasaje, porque según el autor, el buen gusto y el buen sentido no permiten de considerar genuino los términos '*restitui debere et posse...iubet*'; el verbo *debere* resulta superfluo, ya que bastaría decir simplemente '*restitui iubet*'. Las palabras *et posse* son absurdas, ya que el poder de un sujeto resulta de su libertad de hacer o de no hacer; de la orden (*iubet*) se llega a la obligación de obediencia, el 'deber' (y no el 'poder') de restituir la herencia fideicomisaria. El autor niega también que en la transmisión de las acciones hereditarias aparezcan como demandadas las ciudades y como actores los *municipes*, ya que las acciones serán interpuestas por los magistrados de las ciudades; la autenticidad de los *libri singulares* de Paulo es discutida, y como el presente texto es el único que se encuentra en la compilación justiniana de los *liber singularis de senatus consultis* (cfr. LENEL, *Palingenesia*, cit., 1, 1294), su origen sería postclásico. Según nuestra opinión, tal crítica presenta ciertas dudas, porque no creemos que los términos '*restitui debere et posse*' puedan considerarse contrarios al buen gusto y al buen sentido; el verbo *debere* no puede considerarse superfluo, porque demuestra que en materia de fideicomisos el senado autoriza no solamente que las ciudades sean honradas con fideicomisos y que "puedan" aceptarlos, sino que además impone también a las ciudades honradas con un fideicomiso "de deber" transmitir el patrimonio así como se estableció. El término *iubet* es clásico, así como se observa en diferentes textos del Digesto (citados por el mismo autor pero que niega su autenticidad), así como GAYO 1.4: *senatus iubet atque constituit* e 1.84: *ex senatus consulto ratum esse iubetur* (SOLAZZI cree que tales términos son producto de glosemas postclásicos). En el pasaje no se duda que las acciones, sean ejercitadas por los magistrados de las ciudades, actuando en nombre de los *municipes* que pertenecen a las mismas. No creemos que esta sede sea el lugar para discutir si los *libri singulares* de PAULO son auténticos, pero *D.36.1.27* demuestra al menos que es clásico el contenido del *liber singularis de senatus consultis*.

*Ita tamen, ut hi quibus restituetur hereditas actorem eligant et ad agendum et ad excipiendas actiones.* (Pero de suerte que aquellos a quienes se les restituye la herencia elijan actor, así para ejercitar las acciones, como para oponerles excepciones).

Los dos textos confirman la información observada en D.38.3.1.1 con algunos otros elementos, como la identificación de la normativa. El senadoconsulto Aproniano había establecido que todas las ciudades que se encontraban bajo el *imperium populi Romani*, gozaban del derecho de adquirir una herencia dejada en fideicomiso (*omnibus civitatibus-senatus consultum iubet*). Y además en consecuencia de esto, se había dispuesto de transferir a ellas las acciones que les correspondía en base al senadoconsulto Trebeliano (*sed et actiones-transferrí*) para hacer valer las propias pretensiones, acciones que podían ejercitar los habitantes de los municipios entendidos como una unidad (*sed municipes ad eas admittuntur*), siempre y cuando, sigue diciendo el segundo texto de Juliano, escogieran un propio representante para demandar o defenderse en el juicio (*ita tamen ... actorem eligant et ad agendum et ad excipiendas actiones*).

Como podemos observar, las ciudades en base al senadoconsulto Aproniano tenían la facultad de recibir herencias mediante fideicomisos, podían aplicar la normativa del senadoconsulto Trebeliano para regular las relaciones con los deudores y acreedores hereditarios, pero las ciudades para poder proponer las relativas acciones y excepciones debían proceder a la designación de un *actor*, el cual también debía servir como el medio para la adquisición de la *hereditas fideicommissa*, según lo que afirma Ulpiano en D. 38.3.1.1 (... *per alium possunt ... ipsi adquirere*).

Es incierta la fecha en que fue hecho el senadoconsulto con el cual los municipios fueron considerados como herederos testamentarios de los propios libertos, probablemente tal disposición es más o menos contemporánea al senadoconsulto Aproniano, ya que en el periodo histórico que se encuentra entre el imperio de Nerva y Adriano, se les reconoce a las ciudades la capacidad de recibir legados como se recuerda en *Tituli ex corpore Ulpiani* 24.28: *civitatibus omnibus, quae sub imperio populi Romani sunt, legari potest: idque a divo Nerva introductum, postea a senatu auctore Hadriano diligentius constitutum est.* (A todas las ciudades que se encuentran bajo el im-

perio del pueblo romano se puede legar, esto fue introducido por el divino Nerva y después fue mayormente reglamentado por el senado con base en la iniciativa de Adriano).<sup>32</sup>

Que el presente senadoconsulto no sea posterior al imperio de Adriano puede ser comprobado con una serie de textos que demuestran que después de tal periodo se da como cierto que las ciudades podían ser consideradas como herederas; así, por ejemplo, Juliano, *libro septuagesimo octavo digestorum* en D.28.6.30, presenta el caso en que una colonia (la *colonia Leptitanorum*) es nombrada heredera;<sup>33</sup> Pomponio, *libro tertio decimo ad Sabinum* en D.3.4.9, afirma que el municipio (normalmente indicado como el complejo de sus habitantes, los *municipes*) puede ser demandado con la *actio familiae erciscundae* (y eventualmente utilizar también tal acción), al igual que cualquier tipo de heredero;<sup>34</sup> Papiniano, *libro septimo decimo quaestionum* en D.31.66.7, admite que se puede disponer por legado la propiedad de una cosa, dejando el usufructo en favor de un municipio que ha sido instituido heredero;<sup>35</sup> y Ulpiano, *libro quarto*

<sup>32</sup> El estudio del presente pasaje fue efectuado por JOHNSTON, *Munificence and Municipia*, cit., 106 ss. considerando tres problemas: 1) la capacidad de las ciudades a recibir legados antes de Nerva; 2) análisis de los términos *diligentius constitutum*; 3) la amplitud del derecho de las ciudades a recibir legados; AMELOTTI, *Le forme classiche di Testamento*, cit., 129, afirma que en tal modo se reconoce una práctica ya afirmada, extendiéndose formalmente la capacidad que tenían los municipios romanos para recibir legados a las *civitates peregrinae*.

<sup>33</sup> *Quidam testamento Proculum ex parte quarta et Quietum ex parte dimidia et quarta heredem instituit, deinde Quietum Florum, Proculo Sosiam heredes substituit, deinde, si neque Florus neque Sosia heredes essent, tertio gradu ex parte dimidia et quarta coloniam Leptitanorum et ex quarta complures heredes substituit in plures quam tres uncias...* (Uno instituyó en su testamento heredero de la cuarta parte a Próculo, y de la mitad y de la otra cuarta parte a Quietum; después les sustituyó como herederos Floro a Quietum y Sosia a Próculo; y luego, si ni Floro, ni Sosia fuesen herederos, sustituyó en tercer grado por la mitad y la cuarta parte a la colonia de los Leptitanos, y por la otra cuarta parte a muchos herederos, por más de las tres onzas...).

<sup>34</sup> *Si tibi cum municipibus hereditas communis erit, familiae erciscundae iudicium inter vos redditur.* (Si tuviera con los individuos de un municipio una herencia común, se da entre ustedes el juicio de partición de herencia).

<sup>35</sup> *A municipibus heredibus scriptis detracto usu fructu legari proprietatis potest, quia non utendo possunt usum fructum amittere.* (Se puede legar la propiedad, deducido el usufructo a cargo de los individuos de un municipio instituidos herederos, porque por el no uso pueden perder el usufructo).

*fideicommissorum* en D.36.1.6.4, examina el caso del municipio nombrado heredero de una herencia considerada como pasiva (*hereditas suspecta*).<sup>36</sup>

Los presentes casos nos hacen pensar que la falta de capacidad de las ciudades de ser herederas haya sido superada en vía general a partir del imperio de Adriano.<sup>37</sup>

<sup>36</sup> *Item si municipes hereditatem suspectam dicant heredes instituti, dicendum erit cogi eos adgnoscerere hereditatem et restituere...* (Igualmente, si instituidos herederos los habitantes de un municipio dijeran que es sospechosa la herencia, se había de decir que se les obliga a aceptar la herencia y a restituirla).

<sup>37</sup> Sobre tal punto, AMELOTTI, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale*, cit., 123 nt. 4, considera que los casos mencionados sean situaciones de especial privilegio o casos excepcionales, porque la falta de capacidad de las ciudades de ser herederas fue superada en vía general sólo en edad postclásica; pero según nuestra opinión, no existen pruebas de una limitación de los presentes textos a situaciones especiales, ya que la jurisprudencia parecería hacer uso de un principio que tiene una aplicación general, mientras que la constitución del año 469 de León en C.6.24.12 demuestra la existencia de tal situación. VOGLI, *Diritto ereditario romano*, 1, cit., 422 y nt. 88, si bien es cierto niega la existencia en el derecho clásico de una norma general que reconoce la capacidad para todas las ciudades de ser herederas, admite que la constitución de León daba como un hecho la existencia de tal capacidad no estableciéndola por la primera vez.

## FUNCIONALISMO PENAL EN MÉXICO (LA EXPERIENCIA DE UNA NUEVA FORMA DE PENSAR EL DERECHO EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL DE AGUASCALIENTES)

“...De ahí que la reforma legal, por sí sola, no pueda automáticamente remover patrones de conducta que se han venido repitiendo durante tanto tiempo y de los que puede decirse hoy que constituyen una cultura”.

Mary Beloff

José Luis Eloy MORALES BRAND

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El garantismo penal*. III. *¿Qué es el Sistema de Justicia Penal?* IV. *¿Cuáles son las bases del Sistema de Justicia Penal de Aguascalientes?* V. *Funcionalismo en la teoría del delito*. VI. *¿Qué teoría del delito sustenta el Sistema de Justicia Penal de Aguascalientes?* VII. *El funcionalismo en el sector operativo del Sistema de Justicia Penal de Aguascalientes*. VIII. *Conclusiones*.

### I. INTRODUCCIÓN

Podemos definir al derecho penal como una técnica de definición, comprobación y represión de la desviación. Técnica de definición, porque establece previamente un supuesto de hecho y su consecuencia jurídica; de comprobación, porque es necesario que el hecho se materialice, enmarque en esa definición, y se demuestre dentro de un juicio donde se respeten los derechos de los ciudada-

nos; y finalmente, de represión, pues una vez verificado ese hecho reprochable, es consecuente la imposición de una pena.

El derecho penal sirve para atenuar la violencia callejera o privada, que está fuera del derecho, en el momento de que un hecho es calificado como delito por la autoridad judicial, después de llevarse a cabo un proceso legal; por lo anterior, no pretende resolver el problema delictivo, sino disminuir o atenuar las afectaciones a los bienes jurídicos principales para la convivencia humana.

El poder punitivo ha tenido tantas justificaciones como modelos políticos existieron. El Estado se fue transformando, y en cada modelo político se va creando un derecho penal, pues el sistema de la política da vida al orden punitivo que necesita o quiere para cumplir con sus finalidades.

El derecho penal es violencia estructural, fundamentada en los límites de la ley, que establece las facultades propias del Estado, y la razón, cómo límite a una violencia necesaria; es decir, que las decisiones deben someterse al derecho en la medida que sea necesario para proteger a la sociedad, poniendo el derecho penal al servicio del ciudadano al respetarse su dignidad humana, igualdad y participación comunitaria.

Entonces, su finalidad general es la protección del más débil contra el más fuerte: el débil ofendido o amenazado por el delito, también denominado víctima, frente al más fuerte que es el inculpado; así como del débil amenazado por la venganza privada o pública, también llamado inculpado, frente a la fuerte víctima o el Estado, una vez que ha cometido el hecho punible.

La cuestión es que las condiciones económicas y sociales desiguales, que tienden crecientemente a la marginación, contribuyen en gran medida a fomentar el delito o conductas desviadas, y lo que es peor, a dirigir las sanciones y la estigmatización contra los más débiles, mientras se consiente la impunidad de los poderosos.

Por esto, en forma constante, el sistema penal se modifica, pues la autoridad en turno genera el derecho penal que le beneficia para la obtención de sus fines, de ahí la inclusión de teorías alemanas sobre los elementos del delito en nuestro derecho penal, y que en el caso concreto nos interesa la versión funcionalista, implantada, al parecer con calzador, dentro del sistema de justicia penal, social y cultural del estado de Aguascalientes.

## II. EL GARANTISMO PENAL

El derecho penal de garantías nace en los años setenta, y ha sido expuesto con mayor desarrollo por el italiano Luigi Ferrajoli; se desarrolla mediante la tradición del derecho escrito, principios constitucionales y conquistas históricas del ser humano, contra una práctica estatal autoritaria plagada de serias violaciones a esos principios.<sup>1</sup>

El sistema garantista que establece nuestra Constitución federal se basa en el establecimiento de los principios básicos que son capaces de señalar un camino razonable, y a la vez humano, para el tratamiento de las conductas sociales desviadas, reduciendo la violencia estatal y evitando la privada; requiere de un referente basado en una Constitución y sistema de gobierno democrático, donde se exija periódicamente el acuerdo mayoritario para la constitución o permanencia de un modelo de poder político, en el cual se ponga en el eje de sus acciones al ciudadano y respete sus derechos; se reconozca y realicen los mandamientos constitucionales y los ordenamientos internacionales que ha convenido; es decir, que tenga una eficaz sujeción al derecho.

Nuestro garantismo constitucional se traduce en la tutela de aquellos valores o derechos fundamentales cuya satisfacción, aun contra los intereses de la mayoría, es el fin justificador de los mecanismos de control social formalizados, entre ellos el Sistema de Justicia Penal; la observancia y respeto de las garantías del individuo se traduce en un sistema capaz de someter la intervención punitiva y no punitiva del Estado a rígidos límites impuestos en defensa de los derechos de la persona.

El garantismo en un Estado constitucional de derecho, constituye el reconocimiento por parte de ese ente de la supremacía de los derechos humanos de sus ciudadanos y del derecho en todos los ámbitos de su actuación; sus acciones e instituciones se sujetarán invariablemente a la ley; el garantismo penal implica el reconocimiento y respeto de la dignidad humana de todo involucrado en un delito —inculpado, víctima, sociedad— y acerca la posibi-

<sup>1</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 4a. ed., Trotta, España, 2002, p. 851.

lidad de una justicia penal en que gocen del pleno respeto a sus derechos fundamentales.

De acuerdo con esta corriente, el derecho penal tiene la función de proteger al más débil y el Estado debe tener a su alcance los medios suficientes para poder controlar los conflictos que se originen dentro de la sociedad como actos desviados;<sup>2</sup> en el momento del delito, el más débil es la víctima por la conducta desviada, en tanto el más fuerte es el delincuente. En el momento de la reacción, el más débil es el amenazado por la venganza y el más fuerte la parte afectada o los sujetos solidarios con ella; y en un tercer momento tanto la víctima como el inculpaado llegan a ser los débiles frente a la fuerte maquinaria estatal del sistema penal.

La definición de delito tiene que ser aquella aportada por el derecho, la Constitución y el Código Penal;<sup>3</sup> esta concepción implica los siguientes niveles de garantías:

- Garantías del delincuente ante la arbitrariedad del Estado.
- Las de las víctimas ante el daño causado por el delincuente y la arbitrariedad del Estado.
- Las garantías del delincuente frente a la venganza privada de la sociedad en general y de la víctima en particular.
- La observancia de estos principios se traduce en un sistema capaz de someter la intervención punitiva del Estado —tanto en la previsión legal de los delitos, como en su constatación judicial— a rígidos límites impuestos en defensa de los derechos de la persona.

### III. ¿QUÉ ES EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL?

Una de las facetas del control social formal se ejerce mediante el Sistema de Justicia Penal que tiene como objetivo la protección de la convivencia de los seres humanos en la comunidad median-

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 335.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 375.

te la represión de la criminalidad. Este sistema<sup>4</sup> se integra por dos sectores:

Uno normativo o legislativo, como aquellas que definen los bienes jurídicos a proteger, y establecen los procedimientos para la determinación de la responsabilidad y la aplicación de una pena.

El operativo, que se refiere a las acciones concretas realizadas por los subsistemas de Procuración de Justicia, integrado por el sector policial que preside el Ministerio Público, cuya función es investigadora del hecho; el de administración de justicia, que incluye el jurisdiccional dirigido por el juez, quien calificará un hecho como delito, y el de Ejecución de Sanciones o sector Penitenciario que está a cargo de la autoridad ejecutora, quien hará efectivas las penas impuestas.

El sistema de justicia penal implica todo el conjunto de acciones y situaciones que van desde la creación de la ley penal y demás ordenamientos relacionados, la secuela de actos que transcurren desde que se tiene conocimiento de la comisión de un delito, hasta que el responsable cumple la pena impuesta e inclusive, las acciones relacionadas con la asistencia social del liberado, para lograr su eficaz readaptación.

Esto implica que el sistema debe aplicarse con base en el garantismo penal<sup>5</sup> que hemos explicado con anterioridad, el cual proclama los axiomas del sistema garantista, cognitivo o de estricta legalidad al sistema penal, como límites al poder punitivo del Estado,<sup>6</sup> los cuales son: legalidad, necesidad, lesividad, materialidad, culpabilidad, jurisdiccionalidad, acusatorio, verificación, defensa y retribución.

Estos principios deben ser observados para crear un sistema capaz de someter la intervención punitiva del Estado —tanto en la previsión legal de los delitos, como en su constatación judicial— a rígidos límites impuestos en defensa de los derechos de la persona.

<sup>4</sup> ZAMORA GRANT, José, *La víctima en el sistema penal mexicano*, Inacipe, México, 2002, p. 114.

<sup>5</sup> MORALES BRAND, José Luis Eloy, *Nuevo curso de la parte general del derecho penal*, Poder Judicial del Estado de Aguascalientes, México, 2005, p. 38.

<sup>6</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, *op. cit.*, p. 93.

Así, el Sistema de Justicia Penal supone entonces un esquema de derechos conferidos a los individuos que les deben ser respetados, y de obligaciones que garantizan la efectividad de los derechos de terceros y la conservación del orden social; esto implica un permiso legal de afectación de los derechos del individuo, por violación a los derechos de los demás, pero respetando sus derechos humanos y garantías que le protegen.

#### IV. ¿CUÁLES SON LAS BASES DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL DE AGUASCALIENTES?

A partir del surgimiento del Estado moderno, en los siglos XVI y XVII, al fortalecerse las ideas iusnaturalistas de protección a los derechos de la persona, surgen las primeras instituciones tuteladoras de los derechos humanos.

Es desde este periodo de racionalización y humanización, donde ya podemos hablar de un derecho penal, y encontramos diversas corrientes criminológicas que han pretendido definir su campo de aplicación dentro de la sociedad, estableciendo ciertos lineamientos que sirvieron de justificación a nuestras legislaciones penales;<sup>7</sup> concretamente analizaremos el iluminismo, positivismo y funcionalismo, como bases de las corrientes teóricas del delito.

##### 1. El iluminismo, o escuela clásica de la pena y el delito

El iluminismo da origen a la llamada Escuela Clásica, cuyos principales autores son Beccaria y Carrara, y se basa en los principios de utilidad —que sea útil para la resocialización—; necesidad —límites a la sanción, sólo la necesaria, no más allá del beneficio obtenido por el delito— y legalidad de las penas —establecidas previa y claramente en la ley—; aquí se reconoce el derecho de libertad, donde el hombre podía decidir entre estar de acuerdo o no con el contrato

<sup>7</sup> BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, 7a. ed., Siglo XXI Editores, México, 2001, p. 170.

social, el delincuente es el que libremente atenta contra esa fórmula, y sus postulados son:<sup>8</sup>

- No se consideraba al delincuente como un ser diferente a los demás; sujetos iguales, pero unos deciden delinquir y otros no.
- No se parte del determinismo, es decir, el delincuente no nace, sino que decide libremente; no existe por cuestiones patológicas, por lo que se basa en una responsabilidad moral.
- El delito es entendido como concepto jurídico, o como violación del derecho y del pacto social.
- El derecho penal es un instrumento para defender a la sociedad del crimen, no para modificar al delincuente, pues como ya se dijo, éste no es diferente a un sujeto normal.
- Deben existir límites en la sanción penal, bajo los principios de necesidad, utilidad y legalidad de la pena; esto basado en un humanismo.

El derecho penal, según esta corriente, surge para evitar la venganza de la víctima; y como defensa social para preservar las fórmulas del contrato social; el delincuente afecta el contrato al cometer el delito; se limita al poder público mediante el utilitarismo, es decir, contrario al retribucionismo penal de castigar por castigar; debe encontrarse una utilidad en la pena que es la defensa del contrato social; la necesidad de la pena, para que sea menos inquisitiva, y una proporción en la misma, y se convierta en sólo la necesaria para reestablecer el control del contrato social; todo lo anterior bajo el principio de legalidad o sólo lo que la ley les faculte hacer.

##### 2. El positivismo o escuela neoclásica del delito

El positivismo marca el auge del desarrollo de las ciencias, donde sólo es verdad lo que sea susceptible de explicarse de manera científica y objetiva, y se da énfasis a la relación causa efecto, para conocer, prever y proveer. El problema es que las ciencias sociales no se

<sup>8</sup> MORALES BRAND, José Luis Eloy, *Nuevo curso...*, op. cit., p. 21.

rigen por ese método, ya que la conducta humana es cambiante y no puede preverse.

Las causas del delito pretenden encontrarse en el delincuente, analizados bajo aspectos biológicos, o rasgos del hombre delincuente de Lombroso, psicológicos, expuestos por Garófalo, y sociales, desarrollados por Ferri; quienes se asocian y fundan la escuela positiva o neoclásica del derecho penal, cuyas ideas son las siguientes:<sup>9</sup>

- El delito es un ente natural, un fenómeno necesario determinado por causas biológicas de la naturaleza.
- No existe la responsabilidad moral, sino que el delincuente está determinado a nacer así; no se reconoce la libertad de decisión, sino un determinismo criminológico.
- Se estudia al delincuente, a los presos, marginales, desempleados, pobres, analfabetos, pues el delito no está en la norma, sino en la sociedad; personas buenas y malas.
- La reacción social se da en contra de ese sujeto biológicamente peligroso y anormal, por lo que debe readaptarse.
- La pena no actúa solamente de modo represivo, sino también curativo y reeducativo; por lo anterior, se habla de sanciones que deben ser indeterminadas, pues no se sanciona al hecho en sí, sino a las condiciones del sujeto por lo que es, para reeducarlo y prevenir consecuencias futuras: culpabilidad de autor contra culpabilidad de hecho.

Estas ideas fueron retomadas con simpatía por el Estado, pues se vivía una época de recrudescimiento del capitalismo, existiendo diferencias en distribución de la riqueza que provocaba la delincuencia; pero con esta postura se justificaba al Estado, pues los delitos se daban por cuestiones biológicas y no por su fracaso al no otorgar las condiciones adecuadas para vivir.

La escuela positiva va en contra del principio de materialidad de la acción, que se traduce en la exteriorización de la conducta para poder sancionarlo, ya que se buscaba a sujetos peligrosos y enfermos mentales, que eran aislados o eliminados antes de cometer el delito,

<sup>9</sup> *Ibidem*, pp. 22 y 23.

lo que atentaba contra derechos humanos; como ejemplo el derogado delito de vagancia y malvivencia, que castigaba a sujetos peligrosos por ser diferentes a los demás, sin que en verdad causarían un daño concreto a la sociedad.

El iluminismo y el positivismo, son punto de partida de la dogmática penal, pues influyeron en la creación de la teoría causalista del delito, y su combinación dio origen a la codificación punitiva en el mundo occidental.

### 3. El funcionalismo

Emilio Durkheim y Max Weber desarrollan la teoría sociológica que pretende explicar cómo se integra la sociedad;<sup>10</sup> refieren una división social del trabajo, estableciéndose un rol productivo que cada individuo cumple dentro de ella, por lo que el orden es posible en la medida de que cada individuo acepta el rol que se le designó y lo desempeña. Se desarrolla una teoría del sistema que ve a la sociedad como una gran máquina en funciones que tiende al orden y el progreso; quien no desempeña ese rol atenta contra la división y entorpece el funcionamiento social.

Para esta corriente, lo que tiene que ser efectivo no es el papel individual, sino su relación en torno a los demás roles o papeles que hacen que todo el sistema funcione; se da énfasis a la división social del trabajo, o cuál papel desempeñas; la manifestación en contra de la colocación social se denomina desviación o delito, ya que no sirve al orden que implica realizar su función y estanca el progreso; y se traduce en un reconocimiento de la diferencia de clases.

Surge entonces la teoría estructural funcional<sup>11</sup> de Robert Merton, donde el delincuente es un desviado de la norma, lo que se desarrolla en la criminología como teoría de la desviación: la sociedad está compuesta por dos estructuras, la cultural y la social; la última consiste en la colocación social de los individuos, atendiendo a la división social del trabajo en el mundo de la producción; la estructura cultural

<sup>10</sup> BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica...*, op. cit., p. 56.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 59.

o de valores, corresponde a que todos los seres humanos aspiramos a ciertos valores —la felicidad o meta es subjetiva porque la mayoría de los individuos lo entienden como sinónimo de riqueza—; no existe una carrera equitativa por la desigualdad social, y encontramos reglas del juego que se manifiestan en el entorno normativo; por eso, el término desviación es más amplio que el de delito, ya que no sólo se refiere a normas jurídicas, y el desorden atrofia el progreso.

Desarrolla también la teoría de la anomia o de la ausencia de normas, explicando que hay personas que se apartan de las reglas del juego para alcanzar la meta establecida; los modelos de adecuación anómica implican desviaciones en algunos casos. Habrá anomia por aquella inadecuación entre fines y medios; por lo que elabora cinco formas de reaccionar en esta teoría:<sup>12</sup>

- *El Conformista*: aquel que acepta los medios y los fines; el sistema sirve si la mayoría de los individuos son de este tipo, ya que se encuentran dentro de las reglas de juego; en sí, se trata de las personas de éxito.
- *El Innovador*: está de acuerdo con los fines pero no con los medios o respeto a los terceros, por lo que busca mecanismos alternos; aquí es donde se clasifica al delincuente.
- *El Ritualista*: individuo que acepta los medios, pero le queda claro que los fines no los va a alcanzar por las condiciones clasistas y sociales; por ello, no aspira a obtenerlos, y se queda en estabilidad, cumpliendo con su rol; como ejemplo mencionamos al obrero.
- *El Apático*: es quien no acepta ni los medios ni los fines, pero no hace nada, pues no le interesa; el ejemplo clásico son los individuos catalogados de vagos.
- *El Rebelde*: no acepta medios ni fines, pero se replantea otros, se manifiesta en contra y crea subculturas, sin causar afectación en sí, pues lo que pretende es igualdad para todos; aquí ubicamos a los genios, intelectuales, pacifistas, entre otros.

<sup>12</sup> MERTON, Robert, *Teoría y estructura sociales*, 4a. ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2002, p. 256.

En el funcionalismo la delincuencia es manifestación en contra de mi rol o función en la división social; pero el delito también es funcional porque debe reafirmar los valores funcionales y manifestaciones del sistema funcional, por lo que deben unirse en contra de los innovadores para tratar de que entren en el sistema, logrando la cohesión que sigue permitiendo el orden y progreso; el delito desde la riqueza se explica porque no ha habido un proceso de socialización desde las reglas del juego.

## V. FUNCIONALISMO EN LA TEORÍA DEL DELITO

En la teoría causalista del delito, el dolo y culpa se incluyen en la culpabilidad, desarrolla siete elementos —algunos autores se refieren a cuatro—, y se pregona un movimiento naturalístico y resultado, por lo que todas las conductas son típicas, y el elemento de intencionalidad sólo será útil para verificar el tipo de sanción a imponer (grave, media o leve).<sup>13</sup>

En la teoría finalista, el dolo y culpa están en la tipicidad, desarrolla tres elementos y la conducta es expresión de voluntad con intención, pues el sujeto podía anticipar que, con el movimiento, podía provocar el resultado, o pudiendo observar la diligencia debida, no lo hizo, por lo que sólo son típicas las conductas que tengan un contenido volitivo; en esto se sustenta la idea de Hans Welzel<sup>14</sup> al afirmar que el finalismo es vidente y el causalismo es ciego.

En el funcionalismo penal, desarrollado principalmente por Claus Roxin y Günther Jakobs,<sup>15</sup> se ve a la conducta, no como un simple movimiento corporal, sino que acepta la finalidad: que el sujeto pueda anticipar las consecuencias de su conducta, añadiendo el factor normativo; es decir, a la posición del sujeto frente a la norma; el funcionalismo ve en la conducta penal un ilegal actuar de conse-

<sup>13</sup> MORALES BRAND, José Luis Eloy, *Nuevo curso...*, op. cit., p. 143.

<sup>14</sup> WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, 4a. ed., Cárdenas editor distribuidor, México, 1997, p. 40.

<sup>15</sup> DÍAZ ARANDA, Enrique, "Dolo. Causalismo-Finalismo-Funcionalismo y la reforma penal en México", 2a. ed., Porrúa, México, 2000, p. 79.

cuencias objetivamente predeterminadas, ya que el individuo anticipa el resultado, pero además, esa actuación tiene para él y para la sociedad un contenido socialmente relevante. El agente, frente a esa norma, sabe que producirá consecuencias en la sociedad y de antemano conoce que aquello que puede anticipar tiene un valor jurídico penal; existe entonces un deber del agente con correlación al derecho de la sociedad, que le exige se abstenga de ejecutar la conducta lesiva; se espera que no se haga el movimiento —expectativa— y exige que haga el comportamiento conforme a la ley, ya que el individuo tiene la obligación de motivarse conforme a la norma, y, si no lo hace, se le imputa el resultado; de ahí la relevancia social.

El funcionalismo funda esa relevancia en el reconocimiento de fines, valores o bienes jurídicos, basados en la obligación de los miembros de la sociedad de cumplirlos, mismos que son dados por la propia comunidad y compete cumplir con los deberes, ya sea por organización, o por el rol social. Sus bases se desarrollan en la teoría de la imputación objetiva.

### 1. La imputación objetiva<sup>16</sup>

Sus elementos son: riesgo socialmente permitido y no permitido o prohibido; principio general de confianza; posición de garante en el activo; prohibición de regreso; y la conformidad, consentimiento y comportamiento por riesgo propio de la propia víctima.

Implica la atribución al sujeto del movimiento que crea el riesgo o el resultado en sí; es una adición al finalismo que consiste en achacar o atribuir; el término objetivo o lo que califica a la imputación es el juicio de ilicitud de esa conducta típica o conducta y resultado típico; el dolo y la culpa continúan en el mismo lugar, pero dan prioridad a lo objetivo pues sin éste no existe el subjetivo. Se da entonces un papel primordial al contenido social relevante reconocido jurídicamente.

Para esto, necesitamos estructuras normativas precisas para cumplir con los fines del derecho penal, ya que todos ponemos en juego

<sup>16</sup> MORALES BRAND, José Luis Eloy, *Nuevo curso...*, op. cit., p. 144.

riesgos; la vida social está plagada de riesgos, y se debe determinar cuál es jurídicamente relevante para provocar un resultado, con lo que se tiende a una intervención mínima.

La imputación objetiva está en el nexo causal o de atribución; es decir, en el resultado y la conducta. La imputación objetiva añade otras instituciones que, si no se dan, no pasamos al estudio de lo subjetivo.

La *Conducta* es un comportamiento humano, dominado por la voluntad, o que pudo haber sido dominado y no lo hizo, pero además tiene relevancia social, o jurídico-penal; la causa va ser aquella típicamente relevante para vulnerar el bien jurídico tutelado; para la imputación objetiva la causalidad es lo mínimo; el resultado es la realización de un riesgo no permitido y tipificado, es decir, la realización del riesgo jurídicamente relevante.

El funcionalismo ve la protección de fines como producto de los valores jurídico-penales que cada miembro de una sociedad posee; estos deberes nacen de dos esferas de competencia: organización y roles; correlativo a estos deberes se encuentra el derecho de los demás o de una persona en particular, de exigir su cumplimiento, es decir, la expectativa; la imputación objetiva es una adición a la tipicidad objetiva concebida desde el punto finalista; esto es, además de darle un contenido voluntario a la conducta, le incorpora un contenido normativo; entonces la imputación objetiva es el juicio de ilicitud respecto de la orden o prohibición que se encuentra en todo tipo penal.

Inicia un curso causal quien realiza una conducta que pueda poner en peligro la lesión a un bien jurídico; para el funcionalismo existe *Tipicidad* cuando, además de haber causalidad, al inculpado le era finalmente posible evitar el resultado, y no obstante ello, exteriorizó su voluntad, causando el daño; entonces lo trascendente es el manejo de la voluntad.

### 2. El riesgo permitido

Vivir en sociedad genera contacto con la misma; los contactos sociales son permitidos y no permitidos; deviene el riesgo si el autor con su conducta, pone en peligro el bien jurídico tutelado

por la ley; existen riesgos que son socialmente aceptados o adecuados, y otros que son normativamente prohibidos. Lo permitido es elemento negativo del delito que conduce a la atipicidad; el riesgo desaprobado por la sociedad, sobre la base de la expectativa, conduce a la tipicidad.

El discurso del riesgo permitido nace a partir de los cursos causales inadecuados: decimos que el curso que inició la conducta es típico o atípico; esto se debe a que habría una paralización social si todo se prohibiera por el derecho penal. La costumbre hace que un riesgo, que en sí es jurídicamente prohibido, en un caso concreto sea socialmente adecuado, como pueden ser las lesiones en los deportes.

Los contactos sociales producen riesgos socialmente adecuados; se convierten en inadecuados cuando el inculpaado genera una conducta lesiva jurídicamente relevante.

### 3. El principio general de confianza y de la propia responsabilidad

Esto implica un permiso para confiar que el comportamiento del hombre va a ser correcto a pesar de los errores; este permiso es jurídico, y trata de responsabilizar a terceros sobre sus propios errores, pues se me permite lícitamente confiar en que el otro cumplirá con la expectativa de respeto. De no existir este principio, no se daría el reparto de actividades, ya que todos deberíamos de hacer todo, y responderíamos de errores de terceros; la división es lícitamente posible y se trata de repartir competencia y responsabilidades.

A esta institución también se le llama imputación a la víctima, porque debe cuidar sus propios errores; a través de este principio la víctima vuelve a tener relevancia pues estamos frente a la responsabilidad de aquellos sujetos que atentan contra sus propios bienes por ser descuidados o imprudentes en su cuidado, y tienen la obligación de soportar el daño. La conducta de la víctima puede ser determinante en el establecimiento de la tipicidad o atipicidad de la conducta del agente, por lo que puede surgir una interdependencia entre ambos sujetos. Se debe constatar normativamente en qué contribuyeron los participantes a la producción del resultado y cuál de los dos no cum-

plió con su deber social de cuidar sus propios bienes, para verificar si cabe alguna imputación o se dará la atipicidad.

### 4. Posición de garante y prohibición de regreso

En la prohibición de regreso el problema está en determinar cuándo efectivamente existe una expectativa, y respecto de quién tiene esa posición de garante, para identificar cuándo una conducta, a pesar de ser causal, no guarda relación con el resultado que produce el agente.

La posición de garante se basa en el deber de evitar un resultado típico; para poderlo imputar, debemos atender a si el sujeto se comportó dentro de su rol, si desempeñó el papel que correspondía a la expectativa, o si por el contrario no lo hizo y por ende defraudó una expectativa normativamente determinada.

Cuando hablamos de la prohibición de regreso, hacemos referencia a que es punible el favorecimiento de la conducta culposa; se trata de casos de participación aparente, porque esa aportación a un curso causal doloso en realidad no es imputable, por lo que se prohíbe sobrevalorar el aporte siempre y cuando aquel que favorezca el curso causal no tenga una posición de garante respecto del resultado; si lo hay, se debe sobrevalorar el aporte y existirá imputación pues no debería de aportar nada.

La cuestión central de esta institución es verificar si se ha creado una situación que favorece la comisión de un delito, si se lleva a cabo un riesgo no permitido.<sup>17</sup> Si llevó a cabo el comportamiento socialmente adecuado, existe la prohibición de regreso pues no hay posición de garante, no lesiono un bien y nadie espera de mí una conducta distinta; por el contrario si es desaprobado, incumplo la expectativa y debe valorarse mi aporte. Se rige por el riesgo socialmente permitido y posición de garante; como ejemplo, no puede sancionarse a la persona que cumple con su función de farmacéutico y vende un veneno que posteriormente será utilizado para asesinar a otro individuo.

<sup>17</sup> SÁNCHEZ y GÓMEZ, "Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte", Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1997, p. 19.

### 5. Exclusión de la imputación por conformidad o acuerdo y por consentimiento

Esta institución se relaciona con el titular del bien jurídico, es decir, la víctima. A diferencia de las acciones a propio riesgo, otro lesiona el bien a causa del acuerdo o consentimiento dado del titular, quien consiente que se afecten sus bienes jurídicos. Conformidad, acuerdo o consentimiento son lo mismo, pues provocan la no imputación de la conducta lesiva, al no ser socialmente relevante, ya que el propio titular no quiere proteger sus bienes jurídicos.

### VI. ¿QUÉ TEORÍA DEL DELITO SUSTENTA EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL DE AGUASCALIENTES?

Realmente no se sustenta en una sola teoría; nuestro sistema penal<sup>18</sup> mezcla las teorías causalista, finalista y funcionalista, al establecer como elementos del delito, la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, según se establece en el artículo 124 de la legislación penal;<sup>19</sup> y respecto a este estudio, analizaremos los dos primeros elementos.

#### 1. La conducta

La conducta humana exteriorizada es el punto de partida de toda la reacción jurídico penal;<sup>20</sup> se manifiesta en el mundo externo tanto en actos positivos como negativos.

<sup>18</sup> MORALES BRAND, José Luis Eloy, *Nuevo curso...*, op. cit., p. 154.

<sup>19</sup> Artículo 124. Para que puedan aplicarse legalmente las penas y medidas de seguridad previstas en cada una de las figuras típicas de la presente legislación, debe acreditarse en cada hecho punible, la existencia de los siguientes elementos, para la configuración del delito: la conducta; la tipicidad; la antijuridicidad; y la culpabilidad. Tratándose de sujetos declarados inimputables, para que se les pueda aplicar la correspondiente medida de seguridad, bastará la acreditación de los elementos descritos en las fracciones I a III.

<sup>20</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, 2a. ed., Temis, Colombia, 2001, p. 7.

Esto lo retoma nuestro orden jurídico en su artículo 126 de la legislación penal,<sup>21</sup> donde se precisa que la conducta puede ser de acción u omisión.

**Acción.** Es un comportamiento activo de carácter muscular dependiente de la voluntad humana; sólo el acto voluntario puede ser relevante, ya que implica una finalidad, pues tiende a algo que se quiere alcanzar; siempre estará dirigida a la consecución de un fin.

**Omisión.** Es un comportamiento pasivo del ser humano; el derecho penal también prescribe que se ejecuten acciones cuya omisión puede producir resultados lesivos; su infracción se traduce en la omisión y se castiga la no realización de la conducta mandada. Para que se castigue la omisión, el sujeto debe estar en posibilidades de ejecutar la acción; si no está esa posibilidad, no podemos hablar de omisión, pues no se traduce en un simple no hacer nada, sino en no hacer una acción tendiente a proteger valores sociales, y tenía la posibilidad de ejecutar.

La omisión penalmente relevante es sobre la acción esperada por la sociedad, porque se le impone el deber de realizarla; se infringe un deber social y jurídico; por lo anterior, podemos distinguir dos clases de omisión.

**Omisión propia o simple.** Se castiga la simple infracción de un deber de actuar que produce un resultado; la descripción formula una conducta en forma negativa y el autor, con su pura omisión, incumple dicho mandato; por ejemplo, el incumplimiento de obligaciones de

<sup>21</sup> Artículo 126. La conducta puede ser de acción u omisión. El resultado de lesión o de peligro será atribuido al inculpaado cuando fuere consecuencia de la acción y medios adecuados para producirlo, salvo que hubiesen sobrevenido en virtud de un acontecimiento ajeno a la propia acción. El resultado de lesión o de peligro, se entenderá cometido por omisión, cuando la no evitación de aquél, al infringir un especial deber jurídico del inculpaado equivalga, según el sentido del texto de la ley, a una causación. A tal efecto, se equiparará la acción a la omisión: a) cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar; o b) cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido por el particular tipo penal, mediante una acción y omisión precedente. La conducta de acción u omisión puede ser de contenido doloso o de contenido culposo.

asistencia familiar, que precisa el verbo típico de no proporcionar los alimentos.

*Omisión impropia o comisión por omisión.* También la omisión se conecta con un resultado prohibido, pero la descripción concreta no se formula en forma negativa, sino en la realización de una conducta activa que produce el resultado, pero desde el punto de vista valorativo sabemos que determinadas omisiones también producirán ese resultado, por lo que debe verificarse que la omisión se equipare a una acción o causación positiva; aquí analizamos dos elementos.

Primero, la omisión no puede entenderse como componente causal pues no se ejecuta un movimiento; entonces debe verificarse que el autor tuvo la posibilidad de evitar el resultado y si se da por seguro que el sujeto, al realizar la acción, evitaría el resultado, entonces se dirá que su omisión lo causó.

Segundo, no basta lo anterior para atribuir un resultado; se requiere además que el sujeto tenga la obligación de tratar de impedir la producción del resultado a consecuencia de determinados deberes que le incumben en razón de su rol específico; es decir, no sólo se traduce en un no hacer, sino que también debería de haber realizado todo aquello que proteja al bien; esta obligación lo convierte en garante de que no se produzca el resultado, posición de garante, pues tiene una especial vinculación con el bien jurídico que se protege y debe impedir el resultado lesivo; la autoridad debe buscar los elementos necesarios para estimar que el autor es garante, porque la descripción penal algunas veces no lo señala, normas penales abiertas o en blanco, los que encontrará en las siguientes fuentes: por fundamento legal, donde la ley le exige la protección de bienes jurídicos, como el policía o celador en el delito de evasión de presos; por relación contractual o aceptación voluntaria, un homicidio culposo por falta de atención de la enfermera o médico; por situación especial de vida o de peligro, dejar morir de hambre a un hijo; y porque el autor haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídico mediante una acción u omisión precedente, daño en las cosas culposo causado por una fogata que al no ser apagada provocó un incendio en una casa de campo.

*Conducta y nexos.* Cuando se realiza la conducta debe modificar algo o producir un resultado, es decir, una afectación concreta o probabilidad de daño identificable a un valor social; esto no es parte

de la conducta, sino consecuencia y efecto de la manifestación humana positiva o negativa. El nexo es el lazo que une la actuación con el efecto provocado, como antecedente necesario y suficiente del fenómeno.

Para resolver los problemas del nexo causal se han desarrollado las siguientes ideas:<sup>22</sup>

*Teoría de la equivalencia de las condiciones y Conditio Sine Qua Non, condición necesaria:* Todas las causas o condiciones tienen el mismo valor para el resultado; en el punto de vista causalista se dieron varias conductas y por el solo hecho de producir un resultado, se tiene por demostrado el nexo causal desde que lo inicia hasta el efecto que provoca; es causa toda aquella condición que si la suprimiéramos mentalmente, el resultado no hubiera pasado, pues directa e inmediatamente lo provocaría.

*Teoría de la causalidad adecuada.* Se refiere a la causa idónea racional o lógicamente, para producir el resultado; la persona se coloca hipotéticamente en la situación del autor, y si hubiera podido prever que el resultado se produciría inevitablemente, se afirma que la conducta era la adecuada para producir el resultado; el problema es que todo es probable y previsible.

*Teoría de la relevancia.* Solamente va a ser causa aquella penalmente relevante para la producción del resultado; que objetivamente pueda atribuírsele ya que se habla de un riesgo adecuado al tipo penal, es decir, una causa típica, que realmente produzca el resultado que se prohíbe.

Nuestro orden jurídico retoma esta última teoría, con relación a la atribuibilidad del resultado, como se observa en los artículos 126 y 304, fracción III, de la nueva legislación penal,<sup>23</sup> pues deducimos la

<sup>22</sup> MORALES BRAND, José Luis Eloy, *Nuevo curso...*, op. cit., p. 160.

<sup>23</sup> Artículo 304. La averiguación previa consiste en la investigación de la existencia del hecho punible de que tenga conocimiento el Ministerio Público por denuncia, con el objeto de comprobar los datos que acrediten el cuerpo del delito determinado en la figura típica correspondiente y para el establecimiento de la probable responsabilidad del o de los inculpados, y resolver con ello sobre el ejercicio o no ejercicio de la acción penal. El hecho punible se integra con los siguientes elementos fácticos: I. Un resultado, que puede

existencia del nexo entre la conducta y resultado a partir de los medios y las formas de la acción del sujeto, y también que, en el caso de la omisión, no haya realizado la conducta adecuada para evitar el resultado; aunque en la nueva ley se agregue el tecnicismo de imputación objetiva, pero no se le da contenido, equiparándola entonces al nexo de atribuibilidad; lo que puede lograr, si se maneja debidamente, una verdadera intervención mínima del derecho penal; el punto que se discute es su eficacia práctica en nuestro sistema, pues como puede verse diariamente en la realidad, el nivel de educación y cultura que se tiene en México, en específico en Aguascalientes, no da lugar a la existencia de estructuras normativas y sociales precisas, fuertes e idóneas para aplicar esta teoría en forma adecuada, como sí las hay en Alemania, donde se originó.

*El dolo y la culpa.* Conforme al artículo 91, libro primero y título segundo,<sup>24</sup> así como el cuarto párrafo del 126 de la nueva legislación penal, la conducta de acción u omisión puede ser dolosa o culposa, según se tenga la conciencia y voluntad de realizar una conducta penalmente relevante, o se provoque el resultado por incumplir un deber de cuidado que debía y podía observar según las circunstancias del hecho y sus condiciones personales.

*Autoría y participación.* En virtud de que la represión penal necesita de la existencia de una conducta para comenzar a actuar, y como el Sistema de Justicia Penal se dirige a todas las personas, el numeral

ser la lesión o puesta en peligro de cualquiera de los bienes jurídicos protegidos por las figuras típicas descritas en la presente legislación. II. Una o varias conductas. III. El nexo existente entre la conducta y el resultado, en el que se determina la atribuibilidad del resultado a la conducta o conductas específicas, o la imputación objetiva de tal resultado. IV. Los factores existenciales concurrentes al resultado, a la conducta y al nexo. La denuncia es el medio por el que cualquier persona hace del conocimiento del Ministerio Público o de sus auxiliares, del hecho punible, y suficiente para iniciar la averiguación previa.

<sup>24</sup> Artículo 91. Para los efectos del presente título, actúa dolosamente el que conociendo los elementos de la descripción típica o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho punible descrito. También actúa dolosamente el que, queriendo producir el resultado de lesión o de peligro, produce otro, por error en la persona o en el objeto, y se aplicará en este caso, la pena o medida de seguridad correspondiente al tipo comprobado, valorándose las circunstancias de configuración del hecho. Título Segundo. De las Figuras Típicas Culposas.

127 de la nueva legislación penal,<sup>25</sup> establece ciertos lineamientos en relación a las personas que pueden intervenir en la realización del hecho punible, con el fin de determinar de mejor forma la verdad del evento y la forma de comisión de las conductas punibles.

Conforme a nuestro sistema, debemos distinguir entre autoría y participación en el suceso delictivo.

*Autoría.* Es autor quien domina finalmente la realización del hecho, es decir, quien decide el sí y el cómo ejecutarlo y lo realiza. Existen tres clases de autorías: la material o directa, en donde la conducta se ejecuta en forma individual y por sí mismo; la coautoría, o realización conjunta de la conducta lesiva; y la autoría mediata, cuando el autor se sirve de otra persona como instrumento, por no ser responsable para el derecho penal; y se equipara la directa, porque el autor real del delito es el que domina el hecho, y la persona sólo es un medio para cometerlo.

*Participación.* Implica la cooperación en un delito ajeno; así, es necesaria la existencia de un hecho ajeno a cuya realización el partícipe contribuye. También existen tres formas de participación: el inductor que hace surgir en otra persona capaz y conciente la idea de cometer el delito, pero la decisión final voluntaria es de la persona inducida; el cómplice que contribuye, previo acuerdo, a la realización del hecho con actos anteriores, simultáneos o posteriores a aquél, pero son de una entidad material menor a la conducta directa del autor material; y la complicidad correspectiva que surge cuando varias personas intervienen en la realización del hecho, pero no existe certeza de quién de ellos produjo el resultado.

La autoría es principal y la participación es accesoria. No puede existir participación, si no existe autoría.

<sup>25</sup> Artículo 127. Serán considerados inculpados del hecho punible: I. Los denominados autores, cuando realicen la actividad típica por sí solos, conjuntamente o por medio de otro, del que se sirvan como instrumento. II. Los denominados partícipes, cuando inducen directamente al autor o co-autores a ejecutar la actividad típica, y los que cooperan en su ejecución con una conducta sin la cual no se habría efectuado. III. Los denominados cómplices que cooperan a la ejecución de la actividad típica con conductas anteriores o posteriores a la misma, previo acuerdo con el autor o co-autores. IV. Los que interviniere con otros en la comisión del hecho, aunque no conste cuál de ellos produjo directamente el resultado. Los autores, partícipes o cómplices a que se refiere el presente artículo, responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad.

## 2. La tipicidad

El principio de legalidad, contenido en el tercer párrafo del artículo 14 constitucional, implica la descripción previa de un comportamiento para poder ser penado; es decir, establecer en la ley las conductas que deben sancionarse para mantener el orden, definidas plenamente, en forma clara, indudable y unívoca. Esto se traduce en un deber de proteger al individuo mediante el derecho penal para prevenir el delito, pero también de protegerlo del *Ius Puniendi* limitando el empleo de la potestad punitiva.<sup>26</sup>

Nuestra legislación penal establece la Tipicidad como segundo elemento del delito, en sus artículos 2o. y 132.<sup>27</sup>

La tipicidad es la adecuación de un hecho o conducta a la descripción que se establece en la ley; así, sólo los hechos tipificados como delitos pueden ser sancionados; lo que no se desliga de los principios de necesidad o intervención mínima, ya que el legislador selecciona las conductas más intolerables por afectar gravemente a los bienes

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 179

<sup>27</sup> Artículo 2. En los procedimientos de orden penal, no se aplicará pena o medida de seguridad alguna si éstas no se encuentran previamente establecidas por una norma o figura típica exactamente aplicable al hecho punible de que se trate, quedando prohibido imponerlas por simple analogía y aun por mayoría de razón.

Artículo 132. La tipicidad se integra con la comprobación en el hecho punible de la existencia de los siguientes elementos: I. El bien jurídico protegido como el concreto interés individual o colectivo, de orden social referido en el particular tipo penal. II. El resultado de afectación, destrucción, disminución o compresión del bien jurídico protegido o su puesta en peligro, como probabilidad asociada a la afectación, destrucción, disminución o compresión de tal bien jurídico, separable en espacio y tiempo de la conducta. III. La víctima del hecho punible, o el titular del bien jurídico protegido por la correspondiente figura típica, tomando en cuenta sus calidades específicas, cuando éstas sean exigibles. IV. El inculpaado, sea autor, partícipe o cómplice del hecho punible, por haber realizado o colaborado en la realización de la acción u omisión descrita en la figura típica correspondiente, tomando en cuenta sus calidades específicas, cuando éstas sean exigibles. V. El objeto de la conducta o la persona o entidad material sobre la que recae la acción u omisión descrita en la figura típica correspondiente. VI. La acción, que es el movimiento corporal descrito en la figura típica correspondiente, adecuada para producir la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido; o la omisión, que es la no realización de la actividad ordenada en la figura típica correspondiente, adecuada para evitar la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. VII. Las referencias o modalidades que puedan presentarse en las descripciones típicas, necesarias para su configuración y que describen los medios, tiempo, ocasión y espacio.

jurídicos fundamentales, describiendo en la ley el supuesto de hecho y su consecuencia jurídica, lo que no implica que sea con sus íntimos y últimos detalles, sino acorde a un margen conceptual abstracto donde puedan englobarse todos los comportamientos que tengan características esenciales comunes.

El tipo penal, es una figura conceptual elaborada por un legislador, descriptiva de una determinada clase de eventos antisociales prohibidos, con un contenido necesario y suficiente para garantizar la protección de uno o más bienes jurídicos, en las que se establece una conminación de privación o restricción de bienes para el autor del hecho; es decir, debe contener un supuesto de hecho y su consecuencia jurídica.

Para efectos de adecuar una conducta al tipo penal, debemos precisar y entender su estructura, es decir, los elementos que deben aparecer para poder hablar de tipicidad; el concepto se formula en expresiones lingüísticas que intentan describir la conducta; esto debe ser claro y asequible para un nivel cultural medio. En este sentido, la dogmática jurídico penal habla de los elementos del tipo penal,<sup>28</sup> como aquellos que, de un modo constante, están siempre presentes en la composición de todos los tipos; estos elementos se precisan en el artículo 132 de la nueva legislación penal.

*Elementos objetivos.* Son aquellos que se pueden comprender sólo con su percepción a través de los sentidos; es decir, son los materiales, palpables, visibles, los externos de la conducta; incluyen:

- *Bien jurídico protegido.* La norma penal tiene una función protectora de intereses sociales o derechos fundamentales; es el concreto interés individual o colectivo de orden social, protegido por el tipo; es el valor que se salvaguarda; elemento valorativo y objetivo a la vez, porque se comprueba en el exterior la lesión al bien jurídico; son individuales; como la libertad en el secuestro; y comunitarios, como el ambiente en los atentados al equilibrio ecológico.

<sup>28</sup> MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal*, 5a. ed., Editorial Reppertor, Madrid, 1998, p. 196.

- *Resultado*. Puede ser de lesión traducido en la destrucción, vida; disminución, salud; o compresión, libertad, del bien jurídico; o puede ser de puesta en peligro concreto asociado a la medida de probabilidad de destrucción, disminución o compresión del mismo, tentativas.
- *Acción u omisión*. Conducta que constituye el núcleo del tipo y produce el resultado de afectación; generalmente está descrita por un verbo, apoderamiento en el robo; es el movimiento corporal o la no realización de actividad ordenada que produce la lesión o puesta en peligro del bien jurídico.
- *Sujeto activo*. Es el autor de la conducta prohibida; toda persona que normativamente tiene la posibilidad de concretizar la acción u omisión, atendiendo a los elementos incluidos en cada tipo, relacionados con sus características para afectar el bien, homicidio entre parientes; y número específico; o su calidad de garante; como el policía o el médico, en relación directa de protección a un bien jurídico.
- *Sujeto pasivo*. Es el titular del bien jurídico protegido por la norma penal, que puede ser determinado o indeterminado, tomando en cuenta sus características para poder ser pasivo, ser acreedor alimentario, y número específico, por ejemplo, en el delito de genocidio.
- *Objeto material*. Cosa o persona sobre la que recae directamente la conducta descrita en el tipo penal; a veces puede coincidir con el sujeto pasivo, en otros casos no se identifica con éste.
- *Referencias o modalidades*. Variables que pueden presentarse, necesarias para la configuración del tipo relativas al tiempo, lugar y modo o medios de ejecución, que se precisan en cada tipo penal, como en el robo calificado realizado en tiempos de contingencia, el asalto en lugar despoblado, o el homicidio calificado por utilizar medios materiales que otorguen ventaja.

*Elementos normativos*. Son aquellos que pueden ser comprendidos mediante un proceso intelectual o valorativo de orden cultural y jurídico; aunque es preferible que se eviten este tipo de elementos, porque no se precisa claramente su contenido, por lo que deben determinarse lo más objetivo posible según la conciencia de la comunidad. Incluyen los siguientes:

- *Cognoscitivo y cultural*. Valoración concreta y específica del hecho que hace la autoridad, acorde a criterios éticos sociales; concretamente aquí se incluye el contenido del bien jurídico tutelado, o elementos conceptuales como la castidad y la seducción en el estupro.
- *Jurídico*. Valoración relacionada con el contenido de otras normas jurídicas a las que se acude para complementar el tipo; como la ajenidad en el robo, o los títulos de crédito en el fraude.

*Elementos subjetivos*. Se refieren a la capacidad psíquica intelectual y el contenido de la voluntad que rige la conducta —entender y querer; incumplir un deber de cuidado—; es decir, los fines e intereses de las personas que forman parte del hecho punible; datos internos: el dolo y la culpa.

### 3. ¿Existe disyuntiva entre cuerpo del delito o elementos del tipo?

Antes de 1993 los artículos 16 y 19 constitucionales se referían al cuerpo del delito, el que llegó a entenderse, conforme a la teoría causalista, como el conjunto de elementos puramente materiales: la persona u objeto material —*corpus criminis*—, los instrumentos utilizados para cometer la conducta —*corpus instrumentorum*—, y las huellas o vestigios que daban lugar a la probanza del delito así como el producto de aquel —*corpus probationem*—.

Luego se reformó tal concepto y se incluyó el de elementos del tipo penal, pues estaba en boga la teoría lógico matemática —método estructuralista alemán— que difundió la doctora Olga Islas de González Mariscal;<sup>29</sup> pero con el pretexto de no existir unanimidad de su contenido, pues en verdad lo que provocó la reforma, al incluir la teoría finalista de la conducta, fue mayores exigencias para las autoridades investigadoras —Ministerio Público—, que en vez de cambiar actitudes y capacitarse debidamente, así como esforzarse en

<sup>29</sup> ROMERO, Gregorio, *Cuerpo del delito o elementos del tipo*, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 2000, p. 59.

su función fundamental, pugnaron porque se regresara al concepto de cuerpo del delito para evitar la "impunidad", lo que lograron el 6 de marzo de 1999, cuando se reformaron los artículos 16 y 19 constitucionales para volver a incluir el cuerpo del delito.

La ventaja en este retroceso fue que en varias legislaciones estatales, entre ellas la de Aguascalientes, se volvió a incluir el cuerpo del delito, pero también se agregaron a la conducta los elementos del dolo y la culpa, con clara tendencia a la teoría finalista de la acción, así como el nexo de atribubilidad que se establece en la teoría funcionalista de la imputación objetiva; en este orden de ideas, nuestra legislación sigue siendo garantista, pues amplía el concepto en defensa del gobernado, y debemos recordar que constitucionalmente, al menos en México, las garantías pueden ampliarse pero nunca restringirse.

En este sentido, los elementos del tipo a los que nos hemos referido, son retomados por nuestra legislación penal en sus artículos 132 y 337.<sup>30</sup>

Si bien en nuestra normatividad penal estatal, se precisa que el cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite la

<sup>30</sup> Artículo 337. El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos objetivos que constituyan la materialidad del hecho establecida en la descripción típica correspondiente, especificándose en cada caso los que a continuación se señalan: I. El resultado de afectación, destrucción, disminución o compresión del bien jurídico protegido o su puesta en peligro, como probabilidad asociada a la afectación, destrucción, disminución o compresión de tal bien jurídico, separable en espacio y tiempo de la conducta. II. La víctima del hecho punible, o el titular del bien jurídico protegido por la correspondiente figura típica, tomando en cuenta sus calidades específicas, cuando éstas sean exigibles. III. El inculpado, sea autor, partícipe o cómplice del hecho punible, por haber realizado o colaborado en la realización de la acción u omisión descrita en la figura típica correspondiente, tomando en cuenta sus calidades específicas, y número específico cuando éstas sean exigibles. IV. El objeto de la conducta como la persona o entidad material sobre la que recae la acción u omisión de la figura típica correspondiente. V. La acción que es el movimiento corporal descrito en la figura típica correspondiente, adecuada para producir la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido; o la omisión, que es la no realización de la actividad ordenada en la figura típica correspondiente, adecuada para evitar la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. VI. Las referencias o modalidades que puedan presentarse en las descripciones típicas necesarias para su configuración y relativas al tiempo, ocasión y espacio. La probable responsabilidad del inculpado se tendrá por acreditada cuando se deduzca su autoría, participación o complicidad en los hechos constitutivos del cuerpo del delito demostrado y que su acción u omisión haya provocado el resultado de afectación o puesta en peligro del bien jurídico tutelado o haya contribuido eficazmente en tal provocación.

existencia de los elementos objetivos que constituyan la materialidad del hecho establecida en la descripción típica correspondiente, lo que pudiera entenderse que sólo se refiere a elementos apreciables por los sentidos, también lo es que conforme a las descripciones típicas y al contenido de la voluntad y finalidad de la conducta, el concepto no puede desligarse de los elementos valorativos o normativos y subjetivos; así el cuerpo del delito comprende los elementos objetivos y normativos, pues los hechos investigados deben adecuarse a la descripción típica, considerando todos los datos que se prevengan.

Por otro lado, la probable responsabilidad es entendida como la deducción, no plenitud, de la participación del activo o inculpado en los hechos constitutivos del cuerpo del delito demostrado y que con su conducta haya provocado —autoría—, el resultado de lesión o puesta en peligro del bien jurídico o haya contribuido a su provocación —participación—; así, es claro que estableceremos la probable responsabilidad cuando el sujeto actúa, como autor o partícipe, de manera dolosa o culposa, es decir, con fines, y además que exista la relación o nexo de atribubilidad entre la conducta realizada y el resultado provocado, lo que incluye claramente los elementos subjetivos del tipo penal.

Así, para poder establecer la existencia de un hecho punible —conducta típica—, y proceder a la apertura del procedimiento —fases de preinstrucción e instrucción—, conforme a estos dispositivos legales, no basta la mera apreciación con los sentidos para estructurar la conducta típica, ya que necesitamos valorar el evento y entender los fines de su autor.

Se aclara que sólo exponemos los dos primeros elementos del delito, pues la imputación objetiva es analizada y determinada en el nexo de atribución objetiva entre conducta y resultado, sin entrar al estudio de la intencionalidad o imprudencia de la conducta del acusado.

#### VII. EL FUNCIONALISMO EN EL SECTOR OPERATIVO DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL DE AGUASCALIENTES

La formación tradicional del derecho se ha basado en la dogmática, es decir, en la tendencia del positivismo jurídico o legalidad, que sólo se limita al análisis, descripción o interpretación de las leyes o

normas, donde no se realizan juicios de valor, porque se da por hecho que eso lo efectuó previamente el legislador para dictar la ley.

Nuestro sistema jurídico tiene como modelo al occidental, que es *ius* positivista, y por tanto formalista; donde la problemática de definir lo justo y lo injusto se reduce o soluciona en decir que la ley lo señala —principio de legalidad—; y nuestra concepción subjetiva de la justicia no necesariamente debe ceñirse a la de la ley, pues se pregona que ésta sólo es válida si se da mediante un proceso de formación y por lo tanto debe aplicarse, y sólo por esto es eficaz —formalismo jurídico como el desentendimiento del jurista de lo social y valorativo, pues agota su contenido en la norma al elaborarla o simplemente conocerla—, lo que no es exacto porque una ley por ser válida no es eficaz, sino que su efectividad se ve en otras circunstancias; y se cae en el error de creer que por la simple creación ya acabamos con un problema social.

Esta tradición del positivismo jurídico, da origen al método de la dogmática que implica acudir a la norma para obtener un conocimiento que se acepta sin discusión, lo que genera seres acrílicos.

Por ello, se crean legislaciones penales para pretender resolver el problema de la criminalidad sin preocuparse si esa aplicación es eficaz, porque el legalismo no está dirigido a eso, sólo se conforma con la certidumbre de la aplicación. Lo más grave, es que para el positivismo jurídico no importa si la norma es eficaz, pues esto es sinónimo de legalidad o validez; y lo único que produce es interpretación.

Aclaro lo anterior, puesto que para aplicar la teoría funcionalista de la imputación objetiva, se requieren estructuras normativas y sociales fuertes, bien determinadas, responsables, para cumplir con los fines del derecho penal mínimo, pues como hemos observado, esta postura tiende a que se configuren lo menos posible las descripciones típicas, desprotegiendo en algunos casos a la víctima, ya que toma en cuenta su contribución, y llega a excluir la imputación, pues la conducta en sí puede ser típica pero finalmente no se configura por la intervención del pasivo, alegándose la presencia de un riesgo permitido por el propio titular del bien jurídico, ya que todos nos ponemos en riesgo o los provocamos en los roces sociales.

Así, en cuestión práctica y real, el Poder Judicial del Estado, concretamente la Segunda Sala del Supremo Tribunal de Justicia, en algunas resoluciones de segunda instancia y proyección a mi cargo,

ha aplicado las bases de la teoría funcionalista del delito y el uso alternativo del derecho, que si bien son mínimos los casos por sus específicas características, son relevantes para el actuar jurídico en materia penal de nuestro estado; algunos de los que expongo a continuación, para analizar la influencia de dicha teoría en la realidad de nuestro sistema penal.

### 1. Funcionalismo en favor del inculpado

En sentencia de 28 de noviembre de 2002 (antes de que entrara en vigor la nueva legislación penal con tendencia funcionalista), dictada en el Toca Penal 366/2002, que se originó por la apelación del inculpado (médico cirujano) en contra de un auto de formal prisión que se le decretó por los delitos de responsabilidad técnica y profesional, y responsabilidad profesional médica, los argumentos relevantes son los siguientes.

El juzgador de origen estableció que la conducta del inculpado fue culposa, al no observar los deberes de cuidado en relación a sus obligaciones técnicas en materia médica, lo que provocó la alteración de la salud de la víctima.

Aquí el revisor de la apelación indicó que, según la fracción II del artículo 8o. del Código Penal<sup>31</sup> en relación con los artículos 176

<sup>31</sup> Artículo 8. La conducta puede ser de acción u omisión. El resultado de lesión o de peligro, será atribuido al inculpado cuando fuere consecuencia de la acción y medios adecuados para producirlos, salvo que hubiesen sobrevenido en virtud de un acontecimiento ajeno a la propia acción. El resultado de omisión o de peligro, se entenderá cometido por omisión, cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del inculpado equivalga, según el sentido del texto de la ley, a una causación. A tal efecto, se equiparará la acción a la omisión: a) cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar; b) cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido por el particular tipo penal, mediante una acción u omisión precedente. La conducta de acción u omisión puede ser: I. Dolosa: cuando el que conociendo los elementos de la descripción típica o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley. También actúa dolosamente el que, queriendo producir un resultado de lesión o de peligro, produce otro, por error en la persona o en el objeto, y se aplicará en este caso, la pena o medida de seguridad correspondiente al tipo comprobado, valorándose las circunstancias de configuración del hecho. II Culposa: si el que la ejecuta, causa un resultado típico, incumpliendo un deber de cuidado que debía y podía observar según las circunstancias del hecho y sus condiciones personales.

y 183<sup>32</sup> del ordenamiento procesal de la materia, vigentes al momento de los hechos, para decretarse auto de formal prisión era necesario que se comprobara plenamente la materialidad del hecho típico, y que existieran datos que hicieran probable la responsabilidad del inculpado en su comisión; es decir que se dedujera su participación en los hechos, sin que sólo eso bastara, pues debía evidenciarse que su conducta hubiera provocado o contribuido en el resultado de lesión al bien jurídico tutelado por la norma penal. Es decir, dejó a un lado el concepto tradicional causalista del delito, en el sentido de que la

<sup>32</sup> Artículo 176. Dentro de las setenta y dos horas siguientes al momento en que el inculpado quede a disposición del juez, se dictará el auto de formal prisión cuando de lo actuado aparezcan acreditados los siguientes requisitos: I. Que se haya tomado declaración preparatoria al inculpado, en la forma y con los requisitos que establece el capítulo anterior, o bien, que conste en el expediente que aquél se negó a declarar. II. Que se encuentra comprobada la existencia del cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal del inculpado en su comisión. El auto de que se trata contendrá: a) Lugar, hora, día, mes y año en que se dicte. b) Versión de los hechos que motivaron el procedimiento, con expresión del lugar, tiempo y circunstancias de realización del mismo cuando resulten de las actuaciones, así como del delito o delitos por los que el Ministerio Público ejerció acción penal. c) Los razonamientos, consideraciones y fundamentos legales, con referencia a los elementos de prueba, que demuestren que se encuentra comprobada la existencia del cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal del inculpado. El juez dictará esta resolución por el delito o delitos que aparezcan comprobados. El plazo a que se refiere el primer párrafo de este artículo se duplicará cuando lo solicite el inculpado, por sí o por conducto de su defensor, siempre y cuando ello sea para recabar elementos que deba someter a conocimiento del juez, para que éste resuelva sobre su situación jurídica. El Ministerio Público no puede solicitar dicha prórroga ni el juez resolverla de oficio, pero mientras corre el período de la ampliación otorgado, el representante social podrá hacer las promociones correspondientes que a su interés convengan, sólo en relación con los medios de prueba y alegaciones que propusiera el inculpado o su defensor. De acordarse la prórroga, se notificará de ello de manera inmediata a la autoridad encargada de la custodia del inculpado.

Artículo 183. El Ministerio Público y la autoridad judicial, en su caso, deberán procurar ante todo que se comprueben los datos que acrediten el cuerpo del delito que corresponda y la probable responsabilidad del inculpado como base del ejercicio de la acción penal y del procedimiento penal. El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos objetivos que constituyan la materialidad del hecho establecida en la descripción típica correspondiente contenida en el Código Penal. La probable responsabilidad del inculpado se tendrá por acreditada cuando se deduzca su participación en los hechos constitutivos del cuerpo del delito demostrado y que con su conducta haya provocado el resultado de lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado o haya contribuido en su provocación. El cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad penal se acreditarán por cualquier medio probatorio que señale la ley.

sola existencia de un daño no era suficiente para atribuirlo al inculpado, sino que debía demostrarse objetivamente que su conducta lo produjera.

Siguiendo el análisis de la sentencia, después de valorar las pruebas de la causa en forma individual y concatenada, el revisor concluyó que estaba demostrado que la víctima sufrió una alteración a la salud, pero no podía establecerse la probable responsabilidad del inculpado (médico cirujano), al no evidenciarse que realizara una omisión concreta que condicionara al daño irreversible de la salud de la víctima; inclusive se precisó que de las constancias probatorias, indiciariamente se desprendía que la afectación de la salud tenía relación con circunstancias de oxigenación; y es aquí donde retoma los argumentos de la teoría de los roles sociales de Robert Merton, relacionada con las instituciones de riesgo permitido, principio general de confianza, posición de garante y prohibición de regreso de la imputación objetiva, al señalar que en una operación, cada médico debe de cumplir con su rol y no es posible atribuirse a otras personas conductas ajenas, siempre y cuando hayan cumplido con sus responsabilidades, y de los medios de convicción que se analizaban no se evidenciaba, ni siquiera de manera probable, que el inculpado hubiera incumplido un deber de cuidado en relación a sus conocimientos técnicos sobre urología y cirugía médica, y que esto equivaliera a una causación de un resultado lesivo (conducta de omisión impropia o comisión por omisión de la teoría finalista).

El resultado fue revocar la resolución recurrida, y se decretó auto de libertad por falta de elementos para procesar a favor del inculpado.

## 2. Nuevamente el funcionalismo beneficia al acusado

En sentencia de catorce de diciembre de dos mil cinco, dictada en el Toca Penal 257/2005-II, originado por la apelación interpuesta por el agente del Ministerio Público, en contra de una negativa de orden de aprehensión en contra de un inculpado por el delito de abuso de confianza (depositario), los motivos importantes son los siguientes.

El juzgador de origen, negó girar orden de aprehensión bajo el argumento de que no se aportaron pruebas que demostraran que el inculpado no era dueño del resto de bienes embargados; pero el

representante social indicaba que esto no le impedía pronunciarse sobre una camioneta que no era de su propiedad, se encontraba embargada, y al ser su depositaria judicial, no lo entregó cuando fue requerido legalmente.

En esta sentencia, el revisor resolvió con argumentos enfatizados en la preeminencia de los principios de lesividad y materialidad de la conducta, relacionados con la teoría funcionalista de la imputación objetiva.

Indicó que, acorde con nuestro sistema jurídico penal, conforme a los artículos 14, 20 y 21 constitucionales, lo., 46, fracción III, 91, 126, 132, 143, fracción II, 304 y 337 de la legislación penal,<sup>33</sup> el

<sup>33</sup> Artículo 1. La presente legislación tiene como objetivo el de regular, para los habitantes del estado de Aguascalientes, nacionales o extranjeros, residentes o transeúntes, el contenido de los artículos 11, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 38 y 119, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de justicia penal.

Artículo 46. El abuso de confianza consiste en: I. Disponer para sí o para otro, con perjuicio de alguien, de una cantidad de dinero, de un documento que importe obligación, liberación o transmisión de derechos, o de cualquier otra cosa ajena mueble, de la que se le haya transmitido la tenencia y no el dominio. II. El disponer o sustraer una cosa, su dueño, si le ha sido embargada y la tiene en su poder con el carácter de depositario judicial, y no la ponga a disposición de un nuevo depositario, cuando sea legalmente requerido para ello, y esto provoque menoscabo patrimonial a la parte actora en el litigio correspondiente, o a un tercero. III. El no hacer entrega de la cosa embargada el depositario judicial o el designado por o ante la autoridad judicial, administrativa o del trabajo, que no sea el dueño de la misma, al ser requerido legalmente. IV. El disponer para sí o para otro de una o más cabezas de ganado, cualquiera que sea su especie, con perjuicio de alguien, de las cuales se le haya transmitido la tenencia y no el dominio, o bien se las hayan entregado para su custodia. Al responsable de abuso de confianza se le aplicarán de: I. 6 meses a 2 años de prisión y de 15 a 100 días multa, y al pago total de la reparación de los daños y perjuicios ocasionados, cuando el valor de la afectación patrimonial no exceda de cien veces el salario mínimo general vigente en el Estado. II. 2 a 4 años de prisión y de 100 a 150 días multa, y al pago total de la reparación de los daños y perjuicios ocasionados, cuando el valor de la afectación patrimonial exceda de cien veces el salario mínimo general vigente en el estado, pero no de trescientas. III. 4 a 10 años de prisión y de 150 a 200 días multa, y al pago total de la reparación de los daños y perjuicios ocasionados, cuando el valor de la afectación patrimonial exceda de trescientas veces el salario mínimo general vigente en el Estado. La valoración que se haga de la afectación patrimonial tomará en consideración el salario mínimo general vigente en el Estado en el momento en que se concreten los hechos descritos en el presente artículo.

Artículo 143. El procedimiento penal ordinario se integra con las siguientes fases: I. La de averiguación previa, cuyo objetivo será el de llevar a cabo la investigación de los hechos punibles; estará a cargo exclusivamente del Ministerio Público y de sus auxiliares,

derecho penal opera o inicia a partir de resultados de afectación o puesta en peligro a bienes jurídicos de las personas, acorde a los principios de legalidad, intervención mínima y dañosidad social; y una vez determinado el bien jurídico, así como su afectación, se debe identificar qué conducta lo generó en forma directa e inmediata, para atribuirle o imputarle objetivamente ese resultado, y tener por acreditado el hecho punible o cuerpo del delito.

Así, para que se configure el tipo de abuso de confianza que se analizaba, no solamente se requería que un depositario judicial, que no sea dueño de un objeto embargado, no hiciera su entrega cuando es requerido legalmente para ello; es decir, no bastaba que un hecho pareciera encuadrar en una descripción típica, sino que conforme a los dispositivos legales referidos, debían reunirse la totalidad de los elementos típicos requeridos por esas disposiciones (objetivos, normativos y subjetivos), para hablar de que la conducta ejecutada era la descrita en el tipo penal, por afectar un bien jurídico de la víctima; siendo los elementos del hecho punible o cuerpo del delito de abuso de confianza, previsto en el artículo 46, fracción III, de la legislación penal, los siguientes:

y será lo suficientemente completa para que pueda determinarse sobre el ejercicio o no ejercicio de la acción penal. II. La de averiguación procesal, que se subdivide en preinstrucción e instrucción. La preinstrucción comprende del auto de radicación del procedimiento por la autoridad judicial, hasta la resolución que decide la situación jurídica del inculpado, con el auto de formal prisión o el de libertad por falta de elementos. Tiene por objeto la realización de las actuaciones que permitan determinar la existencia del hecho punible, materia de la instrucción y del juicio, su clasificación conforme a la figura típica aplicable mediante el acreditamiento del cuerpo del delito, y la probable responsabilidad del inculpado, con fijación de los correspondientes niveles de autoría, participación o complicidad. La instrucción comprende, del auto de formal prisión al auto que la declara cerrada. Abarca las diligencias practicadas por y ante la autoridad judicial, con el fin de averiguar las circunstancias peculiares del inculpado y los factores existenciales concurrentes en el hecho punible típico, para el efecto de determinar la existencia de la culpabilidad o inculpabilidad de aquél y de las posibles causas de justificación, así como la información necesaria para el establecimiento de los montos relativos al pago de la reparación de daños y perjuicios. III. La del juicio, que comprende del auto que declara cerrada la instrucción a la sentencia ejecutoria. En esta etapa, el Ministerio Público funda su acusación y el inculpado su defensa ante la autoridad judicial, la cual valorará los medios probatorios aportados para pronunciar la sentencia definitiva. IV. La de ejecución, que comprende desde el momento en que cause ejecutoria la sentencia dictada por la autoridad judicial hasta la extinción de las penas o medidas de seguridad aplicadas.

- *El bien jurídico protegido.* Que en el presente caso es el Patrimonio personal, acorde al Libro Primero, Título Primero, Capítulo Quinto de la legislación penal, donde se contiene la figura típica de referencia.
- *El resultado.* Que puede ser de afectación por disminución de ese patrimonio, o de puesta en peligro, como medida de probabilidad a su disminución, sin que la representación social estableciera la clase de resultado que se demostraba.
- *La víctima.* Que es el titular de ese bien jurídico patrimonial protegido por el tipo de abuso de confianza, sin que la representante social determinara quién adquiriría esta calidad.
- *El inculpado.* Cuyo carácter se atribuía a una persona determinada, pues en su calidad específica de depositaria judicial, se decía que como autor material, ejecutó una conducta, en forma directa e inmediata, y realizó el verbo típico de abuso de confianza, y con el cual se provocó el resultado al bien jurídico.
- *El objeto material.* La cosa donde recae esa conducta, que en el presente caso era una camioneta.
- *La omisión.* Que implica la conducta concreta del inculpado, de no hacer entrega del objeto material que tenía bajo su resguardo, por ser depositario judicial.
- *Las referencias o modalidades que se presentan en la descripción típica.* En el presente caso, son los elementos normativos referidos a que el inculpado fue designado como depositario por la autoridad judicial, y requerido legalmente para la entrega del objeto material.

En este orden de ideas, el revisor continúa y precisa que no se demostraban esos elementos del hecho punible o cuerpo del delito de abuso de confianza, ni la probable responsabilidad del inculpado, pues sólo podía atribuirse un nivel de autor material, en el caso de que ejecute el verbo típico o conducta en forma intencional o dolosa, y con ello afectara o pusiera en peligro concreto el bien jurídico tutelado.

En ese caso específico, la recurrente omitió precisar quién adquiriría el carácter de víctima del hecho punible, para poder identificar al titular del bien jurídico protegido, y determinar si sufrió un resultado lesivo; pues debía tomarse en cuenta, que la causa había iniciado por

denuncia formulada por una persona que promovió juicio ejecutivo mercantil en contra del inculpado, y posterior a eso se embargaron bienes y se le designó depositario; luego se cambió de depositario, y al ser requerido para la entrega de los objetos, no realizó esa conducta; pero de las probanzas ni siquiera se demostraba cuál era el patrimonio que se afectó o se puso en peligro, para poder determinar quién era su titular y si se vio agraviado por la conducta del activo; y la recurrente le atribuía la conducta omisiva de no entregar un vehículo de motor, pero no aportó las pruebas que acreditaran que por esa falta de entrega se afectó o se puso en peligro el bien jurídico del patrimonio del denunciante o su garantía de pago, o del dueño del vehículo, o en su caso si se estaba afectando entonces a la autoridad judicial que es la que tenía a su disposición el bien mueble que no fue entregado, lo que finalmente se traduciría en figura delictiva diversa por desobediencia a la autoridad; y de las constancias probatorias aportadas, no podía deducirse entonces cuál era el bien jurídico que se estaba afectando o poniendo en peligro por esa no entrega del vehículo, atendiendo a que se trata de un objeto que garantizaba un adeudo, pero no salía de la esfera patrimonial de su dueño o poseedor, pues finalmente la obligación podía cumplirse en cualquiera de las formas que establecía la legislación civil.

Por ello, el revisor concluyó que no se comprobaba concretamente cuál bien jurídico patrimonial se estaba afectando, la forma de su resultado, quién era su titular, por lo que la conducta del inculpado no encuadra en los elementos del cuerpo del delito de abuso de confianza, al no evidenciarse que su conducta omisiva provocara en forma directa e inmediata un resultado de afectación o puesta en peligro a un bien jurídico, de ahí que no se le podía atribuir objetivamente ese resultado; confirmando la negativa de libramiento de orden de aprehensión.

### 3. La víctima no es olvidada por el funcionalismo

En sentencia de 28 de julio de 2005, en el Toca Penal 199/2005-II, con relación a la apelación interpuesta por el defensor particular de un inculpado por un delito de violación, los argumentos relevantes fueron los siguientes.

En síntesis, el juez de primera instancia había negado señalar día y hora para que la víctima acudiera con los peritos médicos propuestos por la defensa para la revisión física necesaria para emisión de un dictamen; y se sustentó en que la legislación penal no establecía medios de apremio para obligarla a que fuera observada por tales personas, y de lo contrario se vulnerarían sus garantías.

Lo relevante del caso era que por acuerdo previo, el juzgador ya había admitido como prueba de la defensa la pericial médica a cargo de dos peritos, y entre otros puntos, proponía un previo estudio físico de la pasivo menor de 18 años de edad, para determinar si efectivamente había recibido cópula y que su himen fuera capaz de soportarla sin provocar desgarramiento. En posterior comparecencia, los peritos de la defensa, quienes sólo se identificaron con credencial para votar, aceptaron el cargo y solicitaron que se requiriera al tutor de la víctima para que la presentara en un centro de salud, lo cual fue acordado de conformidad.

Tiempo después, la defensa pidió al juzgador que señalara nuevo día y hora para que se llevara a cabo la observación personal de la víctima, en atención que no se había podido realizar el examen por oposición de la madre; lo cual dio origen al auto impugnado, ya que el juzgador negó señalar esa nueva fecha, precisando que no existían medidas de apremio para obligarlas y se violentarían sus garantías.

Los agravios se sustentaron en que conforme a los artículos 242, 248 y 284 de la legislación penal,<sup>34</sup> la resolución en que se admitió la

<sup>34</sup> Artículo 242. Toda resolución expresará el lugar, la fecha y hora en que se pronuncia, así como designación de la autoridad que la suscribe, y se redactará por escrito en forma clara, precisa y congruente con la promoción o actuación procesal que la origine y deberá cumplirse o ejecutarse en sus términos. Igualmente contendrá una breve exposición del punto de que se trate y la resolución que corresponda, precedida de su motivación y fundamentos legales.

Artículo 248. Ninguna resolución después de firmada puede modificarse si no es mediante la sustanciación del medio de impugnación o incidente que corresponda.

Artículo 284. El ministerio público en la fase de la averiguación previa y los tribunales en las fases de averiguación procesal y juicio, podrán emplear como medios de apremio para hacer cumplir sus determinaciones, las correcciones disciplinarias establecidas en el artículo 282 de esta legislación y el auxilio de la fuerza pública. Cuando a juicio de la autoridad que haya empleado los medios de apremio, el o los usados resultaren ineficaces para hacer cumplir su determinación, pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Público para los efectos legales que correspondan.

prueba pericial médica debía cumplirse en sus términos, y no podía modificarse en perjuicio de la defensa, porque no se tramitó en tiempo y forma el medio de impugnación o incidente respectivo en contra de tal admisión; y el juzgador podía emplear las medidas de apremio establecidas en el dispositivo 282 de la legislación<sup>35</sup> citada, para cumplir con esa determinación, sin que ello vulnerara garantías de la víctima.

El revisor determinó que los agravios eran improcedentes, y señaló que conforme a los artículos 1o., 4o. y 20, apartado B, fracción VI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 5o., 6o., 8o. y 9o. de la Ley para la Protección de la Niñez y la Adolescencia del Estado de Aguascalientes, las autoridades estatales, en este caso las judiciales, tenían el deber y obligación de velar y asegurar el goce de los derechos del individuo, en especial los de las niñas, niños y adolescentes, para satisfacer sus necesidades de salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Las resoluciones que debían tomar las autoridades con relación a menores de edad, debían velar siempre por su interés superior, asegurando su salud, dignidad, desarrollo; tener una vida libre de violencia, y a ser respetado en su persona, integridad física, psicoemocional y sexual.

Lo anterior con mayor énfasis cuando un menor de edad era víctima de un hecho punible sexual, pues en tal supuesto, las determinaciones de las autoridades, o acuerdos judiciales que se decretaran, debían dictarse adoptando todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física, psicológica y la reintegración social del menor víctima de abuso, u otra forma de tratos degradantes; lo cual debía llevarse a cabo en un ambiente que fomentara la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del menor.

<sup>35</sup> Artículo 282. Durante el procedimiento penal, la autoridad que conozca según la fase, podrá aplicar, por acciones u omisiones que realicen las personas o funcionarios, cualquiera de las siguientes correcciones disciplinarias: I. Apercibimiento. II. Desalojo de la sala u oficina de audiencias. III. Multa por el equivalente a entre 1 y 15 días de salario mínimo vigente en el estado, en el momento en que se cometa la falta que amerite corrección. Tratándose de jornaleros, obreros o trabajadores, la multa no deberá exceder de un día de salario y tratándose de trabajadores no asalariados, el de un día de ingreso. IV. Arresto hasta por 36 horas. V. Suspensión. La suspensión sólo se podrá aplicar a servidores públicos, con la duración prevista por la ley de responsabilidades de los servidores públicos del estado de Aguascalientes.

En este sentido, y tomando como sustento las finalidades de los dispositivos fundamentales mencionados, de una aplicación e interpretación sistemática que hizo el revisor de los artículos 123, 142, 143, 145, 219, 292 y 409 de la legislación penal<sup>36</sup> de Aguascalientes, estimó que a la autoridad judicial se le facultaba a dictar de oficio

<sup>36</sup> Artículo 123. Cuando entre la comisión de un hecho punible y la extinción de la pena o medida de seguridad aplicadas, entrare en vigor un nuevo precepto legal en materia penal o se modificare uno vigente, se aplicará aquella norma que mantenga un equilibrio adecuado entre los derechos constitucionales de la víctima y del inculpado, sin que se afecten notablemente aquéllos, situación que siempre será resuelta por la autoridad que esté conociendo de la correspondiente etapa del procedimiento.

Artículo 142. Corresponde exclusivamente a los tribunales del estado y las autoridades correspondientes del Poder Ejecutivo, conocer de las distintas etapas del procedimiento penal que se instruya a los inculcados por la comisión de hechos punibles, de conformidad con las disposiciones de la presente legislación.

Artículo 145. En la integración de los procedimientos penales ordinario y especiales, a cargo de las autoridades facultadas para el efecto, la víctima u ofendido de los hechos punibles materia de la investigación, podrá hacer valer todos y cada uno de los derechos descritos en el apartado «B» del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que se les reconoce legalmente el carácter de sujetos del procedimiento penal. Para tal efecto, podrán solicitar se les tenga por designado como representante legal a quien posea título de licenciado en derecho debidamente registrado en términos de ley. Asimismo, y si la víctima u ofendidos carecen de medios económicos o no son beneficiarios de algún sistema de seguridad social, recibirán de parte del gobierno del estado, por medio de la institución autorizada para el efecto, la atención médica y psicológica que sea necesaria, así como el pago de los servicios funerarios que se requieran, en los términos que disponga la ley aplicable, cuyo costo se incluirá en la sentencia que en su momento se dicte y en la que se establezca la responsabilidad penal del inculpado, quien cubrirá al estado los gastos realizados al efecto. Tal apoyo sólo se realizará en tratándose de hechos punibles que afecten la vida y salud personales, así como la libertad sexual, la seguridad sexual y el normal desarrollo físico y psicosexual. La víctima, ofendido o sus legítimos representantes, podrán solicitar el aseguramiento de sus derechos o la restitución en el goce de éstos, o que se decrete el embargo precautorio de los bienes en que pueda hacerse efectiva, en su oportunidad, la reparación de los daños y perjuicios, en los términos previstos por esta legislación.

Artículo 219. Los funcionarios de la Procuraduría General de Justicia y los tribunales dictarán de oficio los trámites y providencias encaminados a que la justicia sea pronta y expedita. Para este fin, los sujetos procesales interesados podrán solicitar la orientación de tales autoridades sobre puntos del procedimiento que ante éstas se desarrollen, como cómputos, plazos y circunstancias para la promoción y desahogo de pruebas, así como otras cuestiones que aseguren, con plena información para los participantes, la debida marcha del procedimiento, sin abordar cuestiones de fondo que las autoridades deban resolver en los autos o en la sentencia, la información que se proporcione constará en acta específica. Las autoridades que conozcan del procedimiento penal, rechazarán de plano, sin necesidad de sustanciar artículo, incidentes, recursos o promociones notoriamente frívolas o improcedentes.

todos los trámites encaminados a que la justicia sea pronta y expedita, buscando guardar un equilibrio entre los derechos de la víctima y el inculpado; y en el presente caso, debía de tomarse en cuenta que la víctima era menor de edad, y al inculpado se le está procesando por su probable responsabilidad en la comisión del delito de violación en su agravio; por lo que la juzgadora válidamente había negado señalar nueva fecha y hora para que se realizara el estudio físico de la pasiva, atendiendo a que de acuerdo con su interés superior como menor, la autoridad tenía que asegurarle y restituirle sus derechos como víctima, prestándole el auxilio necesario para que el ilícito dejara de surtir sus efectos y pudiera reestablecerse su integridad física y psicológica para su pleno y sano desarrollo, sin atentar a su dignidad y privacidad humana, lo cual no ocurriría si nuevamente se sometía a la pasivo a una exploración física que le hiciera revivir el ilícito y revictimizarla por su comisión, cuando el objeto del proceso penal era hacer efectivos los derechos de los sujetos procesales, en el presente caso, el de dignificación y protección de la salud e integridad de la pasiva; y para ello, en el dictamen ginecológico que se le había practicado con proximidad a los hechos, se expusieron las características de su himen, inclusive anexándose fotografías para el efecto de que la víctima ya no fuera molestada en su pudor e intimidad.

Artículo 292. Cuando estén plenamente comprobados en el procedimiento los datos que acrediten el cuerpo del delito, el servidor público que conozca del asunto, dictará las providencias necesarias, a solicitud del interesado, para restituirlo en el goce de sus derechos, siempre que estén legalmente justificados. Si se tratare de bienes muebles o inmuebles, únicamente podrán retenerse, previo aseguramiento, cuando, a juicio de quien practique las diligencias, la retención fuere necesaria para el éxito del procedimiento. En caso de no ser necesario, se levantará dicho aseguramiento. Si la entrega del bien pudiere lesionar derechos de terceros, de la víctima u ofendido, o del inculpado, la devolución se hará mediante caución bastante para garantizar el pago de los daños y perjuicios. La autoridad que conozca, fijara la naturaleza y el monto de la caución, fundando y motivando su determinación, en vista de las circunstancias del caso. Cuando el inculpado se encuentre privado de su libertad, la restitución a la víctima u ofendido en el goce de sus derechos, sólo podrá decretarse hasta después de dictado el auto de término constitucional, en que se resuelva sobre su situación jurídica.

Artículo 409. Serán ofrecidos o designados como peritos quienes, según la legislación estatal correspondiente, acrediten idoneidad en la materia a que pertenece el tema sobre el cual han de manifestarse. Si la ciencia, arte o técnica no está reglamentada o si, por obstáculo insuperable no se pudiere contar en el lugar del procedimiento con un perito habilitado, se designará a una persona de idoneidad manifiesta.

Aunado a lo anterior, el revisor indicó que el medio de prueba ofrecido por el defensor, consistente en el dictamen pericial médico en cuestión, no podía desahogarse con observación y análisis directo de la menor víctima, puesto que los peritos ofrecidos, al momento de aceptar el cargo, no acreditaron su idoneidad, pues una de ellas se ostentó como doctora, sin exhibir los elementos necesarios que lo demostraran; y por el otro se ostentó como licenciado, por lo que menos resultaba ser un perito idóneo para determinar conceptos médicos o realizar revisiones médicas; y ello se traduciría a someter a la víctima a una exploración de personas no calificadas para tal efecto.

Por lo anterior, atendiendo a esos fundamentos y motivaciones, el revisor modificó la resolución impugnada, en el sentido de que la víctima no sería obligada ni se presentaría para que se ejecutara en su persona una revisión o examen físico; y aclaró que en virtud de que el dictamen fue admitido por el juzgador, y los peritos aceptaron el cargo, conforme a los numerales 219 y 409 de la legislación penal, una vez que esas personas acreditaran debidamente su calidad de peritos para emitir una opinión pericial médica, se desahogaría la prueba, sin que autorizarse a realizar una observación directa y personal de la menor víctima, ni se le efectuara algún tipo de examen médico sobre su persona, en atención que, en aseguramiento y protección de sus derechos como víctima del hecho punible de violación, no se le sometería a exámenes o estudios físicos que la revictimizaran, y vulneraran su integridad y pleno desarrollo.

### VIII. CONCLUSIONES

Las teorías finalista y funcionalista pretenden que la dogmática penal aterrice y solucione los problemas de la delincuencia, mediante técnicas político criminológicas, tratando de limitar el poder punitivo del Estado; lo que en casos ha generado impunidad y desprotección a la víctima.

Nuestro sistema penal es en gran medida garantista, gracias a la normatividad estatal que nos rige, que establece claramente los derechos y obligaciones de los sectores operativos y sujetos procesales interesados, para respetar sus derechos fundamentales cuando se sujetan a un procedimiento penal.

La cuestión es que en México nos hemos pasado más de cincuenta años mezclando modelos criminológicos para crear nuestra legislación, lo cual evidencia nuestra falta de capacidad para formular soluciones a nuestros problemas sociales, de acuerdo con nuestra cultura y nivel de educación. Como lo afirmaron Roxin y Jakobs en visita a nuestro país en octubre de 2002,<sup>37</sup> la dogmática alemana está diseñada para aquellas latitudes, por lo que resulta inútil el esfuerzo que muchos autores mexicanos hacen para adoptarlas en nuestro sistema jurídico; inclusive, como hemos expuesto, nuestra legislación penal mezcla las teorías causalista, finalista y funcionalista, pretendiendo que se apliquen al mismo tiempo, incluyendo el término de imputación objetiva, pero sin clarificar su contenido, pues sólo lo equipara al nexo de atribubilidad; término que de por sí es complicado y desconocido para la mayoría de los abogados, lo será aún más para el común de los ciudadanos que deben sujetar su comportamiento a las exigencias penales; problema que junto con la diversidad cultural y educativa de nuestra sociedad, reflejan la poca aplicación o argumentación de las bases de la imputación objetiva en las causas penales.

Es cierto que resulta necesario conocer los modelos criminológicos y político criminales de nuestros sistemas punitivos, con la finalidad de entender su estructura normativa y operativa, el sustento o fundamento de actuación de las autoridades en la ejecución del sistema, determinando si el mismo es protector o no de los derechos humanos, si resuelve o no los problemas de prevención y represión del delito, e identificar concretamente el origen y causa del problema, los efectos concretos que produce en la realidad, y tener mejores datos para emitir propuestas que atenúen o disminuyan esa parte del problema, en beneficio de la sociedad.

Pero no menos cierto es que nuestra legislación penal no tiene tantas culpas como muchos le atribuyen, sino que es víctima de las mentalidades inquisitivas que aún se mantienen al momento de aplicar la norma y resolver los casos que han entrado al Sistema de Justicia Penal; por lo que las injusticias no son causadas por esta

<sup>37</sup> "En espera de una dogmática penal mexicana", *El Mundo del Abogado*, año 5, núm. 43, noviembre de 2002, p. 8.

normatividad, sino por los individuos que se desenvuelven y actúan dentro de las instituciones, quienes no cumplen sus roles en forma adecuada.

Generalmente los sistemas sociales educativos se implementan para generar seres acríticos, sin importar que a otros no se les respeten el mínimo de derechos fundamentales indispensables para su desarrollo pleno. Se aplica un modelo que impide el pensamiento crítico e independiente, que no permite razonar sobre lo que se oculta tras las explicaciones, y finalmente, fija esas explicaciones como las únicas posibles o verdades absolutas incuestionables.

En pocas ocasiones, los actores del sistema penal analizamos las estructuras políticas y sociales de las que formamos parte, y aceptamos el modelo de civilización que se requiere para el funcionamiento de un sistema que no vela por los derechos de todos.

Pero tenemos la ventaja de tomar una postura crítica de las posiciones, y construir soluciones a los problemas sociales, y dejar de ser meros aplicadores de la información ya dada y tachada de verdad.

Muchas veces el paradigma criminológico en el que estamos construye en nosotros una visión de un todo absoluto, a pesar de que se aprecian mejor algunos hechos y principios cuando se les contempla fuera del marco habitual en que se desarrollan ante los ojos.

En nosotros está el llegar a una actitud que permita observar como algo cotidiano el que se doblegue al ser humano, o en convertimos en promotores sensibles y capacitados para lograr que los derechos fundamentales del hombre, alcancen una solución justa.

Por lo que el verdadero cambio es el de mentalidades de todos los que integramos las instituciones y formamos parte del Sistema de Justicia Penal, y concretamente de nuestra sociedad; pues mientras el ser humano siga tranquilo con un sistema que no es eficaz, en esa línea educativa seguiremos creciendo, y entonces todos trabajaremos tan sólo para ese fin, y no para el de garantizar los derechos humanos de los involucrados en un hecho punible; puesto que las instituciones y organizaciones no tienen la culpa de lo que hacemos sus integrantes, que somos seres pensantes.

Entonces la reforma mental es la mayormente requerida, la cual provocará que se realicen con mejores y eficaces técnicas las funcio-

nes constitucionales, y se atenúen los problemas sociales de criminalidad y victimológicos existentes, cumpliendo el derecho con sus fines valorativos, normativos y reales, al resolver los problemas sociales de manera justa.

## SOBRE EL PENSAMIENTO CONTEMPORÁNEO EN TORNO A LA JUSTICIA

José Luis Eloy Morales Brand

Investigador y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México

### 1. INTRODUCCIÓN

Este artículo es un ensayo que ofrece ideas para reflexionar en torno a la vía de investigación jurídica, con el propósito de una reflexión crítica y pluralista de algunos temas actuales, a raíz de una participación en el curso sobre el pensamiento contemporáneo en torno a la justicia, que por invitación de un colega y querido amigo, el profesor Salvador Cárdenas, tuve la oportunidad de impartir en la Suprema Corte de Justicia de la Nación el pasado mes de 2005.

En razón de lo anterior, lejos de pensar en agotar el tema, sólo que provisionalmente abordé, y de manera si quiera un tanto resumida, el tema. Buscando fundamentar, en primer lugar, uno de los modos en que podemos reflexionar acerca del derecho del pensamiento jurídico actual sobre la estructura de la justicia: a) las hipótesis actuales y b) la argumentación jurídica como medio para la resolución de la justicia.

En consecuencia, las propuestas aquí son de índole fundamentalmente teórica y preliminar de las investigaciones de la filosofía del derecho, que sólo podrá encontrar su efecto, apenas un momento de la actividad que sigue para describir las exposiciones y

... de la legislación laboral y sus efectos en el ámbito de la justicia...

### SOBRE EL PENSAMIENTO CONTEMPORÁNEO EN TORNO A LA JUSTICIA

Juan Pablo PAMPILLO BALIÑO

SUMARIO: I. Introducción. II. Justicia material y justicia formal. III. Argumentación jurídica y realización de la justicia.

#### I. INTRODUCCIÓN

Estos apuntes esquemáticos, que ofrezco ahora para publicarse en nuestra *Revista de Investigaciones Jurídicas*, son el resultado de una breve revisión y puesta al día de algunas ideas anotadas, a vuelapluma, para preparar un *Curso sobre el pensamiento contemporáneo en torno a la justicia*, que por invitación de mi admirado y querido amigo, el profesor Salvador Cárdenas, tuve la oportunidad de impartir en la Suprema Corte de Justicia de la Nación el pasado otoño de 2005.

En razón de lo anterior, lejos de pretender agotar el amplísimo tema que pretenciosamente abordan, o de ofrecer siquiera una visión panorámica sobre el mismo, buscan más bien bosquejar, sucintamente, uno de los modos en que pudieran tratarse dos tópicos fundamentales dentro del pensamiento filosófico actual sobre la administración de justicia: a) las acepciones material y formal sobre la justicia misma y b) la argumentación jurídica como medio para la realización de la justicia.

En consecuencia, las presentes cuartillas están dirigidas fundamentalmente a alumnos y profesores de las asignaturas de historia y de filosofía del derecho, quienes podrán encontrar en ellas, apenas un esbozo de la secuencia que seguí para desarrollar mi exposición oral

sobre el tema, retomando diversos conceptos y métodos que he expuesto de manera más completa en anteriores ocasiones.

Sin mayores preámbulos y confiando en la indulgencia que pueda concitar la anterior "excusa introductoria", me atrevo a transcribir las referidas notas, ya corregidas y ordenadas.

## II. JUSTICIA MATERIAL Y JUSTICIA FORMAL

La diferenciación entre la justicia material y la justicia formal supone una distinción reciente dentro de nuestra tradición jurídica, sobre todo si se considera como una constante, desde los orígenes romanos de la jurisprudencia occidental, que ésta ha comprendido una "dimensión formal de tipicidades" (*licitum ab illicito discernentes*/discernimiento de lo lícito y de lo ilícito) y una "dimensión material de equidad" (*aequum ab iniquo separantes* / separación de lo equitativo y lo inequitativo), según la conocida definición de Ulpiano.

Más aún, entre los romanos e igualmente entre los juristas de la época del *ius commune* europeo bajomedieval, las formas fueron concebidas como instrumentos al servicio de los contenidos jurídicos, y así, según la conocida expresión de Marco Antisio Labeón, el derecho no se extrae de las "reglas formales", sino que más bien las reglas se entresacan de la "realidad material", sus conflictos y sus soluciones (*non ex regulae ius sumatur, sed ex iure quod est regulae fiat* / el derecho no se extrae de las reglas, sino más bien del derecho se extraen las reglas), por donde las reglas —lo mismo que las normas— sólo sirven para formalizar, instrumentalmente, una serie de soluciones materiales eficaces, que deberán emplearse al servicio de la solución de los nuevos conflictos jurídicos, únicamente en la medida en la que se "a-jus-ten" a éstos y sean, por ende, capaces de reorientarlos.

Así las cosas, la distinción entre justicia material y justicia formal, resulta ser una "novedad" introducida por el "espíritu de la modernidad", que en su afán atomizador de diseccionamiento, particularmente en su vertiente racionalista (Descartes-Kant), habría de desembocar en una "idea formalista del derecho", a la que se llegó a través del "legalismo decimonónico", con el triunfo del Estado contemporáneo, su expropiación del derecho y su posterior nacionalización de la

jurisprudencia, por dos vías opuestas, aunque igualmente modernas: 1) derecho natural racionalista, "Codificación francesa", exégesis dogmática jurídica contemporánea del positivismo legalista formalista y 2) Escuela Histórica Alemana, jurisprudencia de conceptos (*Begriffjurisprudenz*), codificación pandectística, dogmática jurídica contemporánea del positivismo legalista formalista.

Dicho en otras palabras: que durante la Modernidad, como una "novedad ideológica" desconocida por la jurisprudencia occidental antigua y medieval, se produjo una separación entre los ámbitos material y formal de la justicia y del derecho, como consecuencia principal del ascenso del "racionalismo jurídico" francés, de un lado y de la perversión del "historicismo alemán" del otro, resultados científicos éstos que, empatando con el triunfo del Estado constitucional contemporáneo, se tradujeron en el encumbramiento de la "ley como eulogismo" (del griego *eu* bueno y *logos* palabra o concepto, queriendo significar la exaltación del concepto de ley, como idealidad axiomática e indefectible, más allá de la realidad de las leyes humanas, necesariamente probables, perfectibles y sujetas a error), desembocando así en el "absolutismo jurídico", al que se ha venido refiriendo durante los últimos años el historiador del derecho italiano Paolo Grossi para designar, paradójicamente, la tiranía de la ley en la época del liberalismo.

En síntesis, que como resultado de los desarrollos de la ciencia moderna del derecho de un lado, y del otro, como consecuencia de la evolución de los acontecimientos políticos que propiciaron el surgimiento del Estado constitucional contemporáneo, la creación del derecho ("iurisferancia"), se vio monopolizada por la *potestas* estatal a través de la "forma legal" ("legisferancia"), y al suplantarse la "forma legal" a las demás fuentes del derecho, que le quedaron subordinadas, el derecho mismo y por ende la justicia, acabaron por "formalizarse", agotándose así todo derecho en la ley, toda enseñanza del derecho en la repetición de las leyes y toda administración de justicia en la aplicación de la ley al caso concreto.

Ahora bien, el "formalismo jurídico", que dio lugar a la dogmática positivista, legalista y formalista y que acabó por consumir la separación definitiva entre la "justicia formal" (norma jurídica) y la "justicia material" (realidades metajurídicas), tuvo su máximo representante en Hans Kelsen, en cuya *Teoría pura del derecho* se

esbozan las nociones de la pirámide normativa, se delinea un concepto meramente formal de la norma como juicio lógico-hipotético de atribución, se atribuye una destacada preeminencia a la norma sancionadora, se describe el proceso de creación formal escalonada del derecho y se plantea el problema de la validez del orden jurídico, al hacer depender la validez formal de la Constitución, de una norma fundamental (*Grundnorm*) presupuesta —que no puesta—, que es a su vez un pretendido fundamento de validez trascendental.

Desgraciadamente y como es de sobra sabido, la dogmática positivista, legalista y formalista, más allá de sus limitaciones epistemológicas, históricamente propició el fenómeno, inédito dentro de la cultura jurídica occidental, de las “leyes injustas” (Kaufmann) o “leyes infames” (Wieacker), que supusieron el hundimiento de la cultura jurídica occidental hacia la primera mitad del siglo XX.

Efectivamente, en tanto que la dogmática positivista, legalista y formalista, suponía una concepción unidimensional y formal del derecho: derecho = ley = norma = forma, prescindiendo de sus contenidos humanos, sociales, éticos, culturales e históricos, contribuía a que la ley se convirtiera en un recipiente o envoltorio meramente externo, de cualesquiera contenidos queridos por la potestad.

Ahora bien, el formalismo jurídico y la dogmática positivista legalista propiciaron a su vez dos reacciones fundamentales: 1) el “antiformalismo” (que reivindicó el “sustrato material empírico”, sociológico, histórico, político y económico del derecho desde sus diversas corrientes: sociologismo jurídico, jurisprudencia de intereses, marxismo, realismo jurídico, etcétera) y 2) el “estimativismo” (que replanteó la importancia “material de los valores” y bienes jurídicos, a través de diversas escuelas: dirección culturalista del neokantismo de Baden, axiología jurídica, neiusnaturalismo, neotomismo, etcétera).

Sin embargo, conviene resaltar aquí, que hasta mediados del siglo XX, las tres corrientes de pensamiento jurídico anteriormente descritas (formalismo, antiformalismo y estimativismo), estaban incomunicadas entre sí, dando lugar a tres nociones del derecho y de la justicia excluyentes, la primera, meramente formal, la segunda material empírica y la tercera material axiológica, contribuyendo así estas tres direcciones en la conformación de una brecha cada vez mayor entre la dimensión formal y material de la justicia, según la perspectiva de cada escuela iusfilosófica, que acentuaba a su vez el carácter

meramente formal y vacío, o empírico ideológico, o moral religioso, de cada una de esas concepciones de la justicia y del derecho.

No fue sino hasta la segunda mitad del siglo pasado que las tres anteriores concepciones del derecho (formal, antiformal y estimativa) fueron “federadas” por Eduardo García Máynez con su “Teoría de los tres círculos”, siendo posteriormente “integradas” por el iusfilósofo brasileño Miguel Reale, en su *Teoría tridimensional del derecho*, quien definió al derecho como “la integración normativa de hechos según valores”.

La referida *Teoría tridimensional del derecho* ofreció significativas y revolucionarias proyecciones en los ámbitos de la administración de justicia y de la argumentación jurídica, pues la sentencia judicial, a partir de la misma, ya no podía ser concebida, como pretendiera el positivismo formalista, como la “conclusión necesaria” de un “silogismo formal perfecto”, sino más bien como el resultado de una “comprensión formal normativa”, pero también “real-sociológica”, e igualmente, “ideal-deontica”, que se resolvían en una decisión más bien conveniente y probable, que cierta y necesaria.

Adicionalmente —como se expondrá bajo el siguiente epígrafe—, hacia mediados del siglo XX, surgieron también distintas corrientes filosófico-jurídicas que buscaron recuperar la contextura argumental del derecho, retomando su vertiente tópica, retórica y deontica, principalmente.

Lo cierto es que a partir de los anteriores desarrollos de la filosofía del derecho y de la justicia de nuestro tiempo, el derecho es cada vez más entendido, comprensivamente (tanto para los efectos de una adecuada administración de justicia como de una correcta argumentación jurídica) como un “ordenamiento jurídico”, y la expresión ordenamiento jurídico, significativamente usada en gerundio, supone una tensa relación, dialéctica e interactiva, entre un “orden jurídico” (“dimensión cultural” que debe ser descifrada por la *hermeneusis*, del griego *hermes* y *gnosis*, o sea, des-velación de un mensaje simbólico) y una “realidad social inordinada” (“dimensión empírica” que debe ser desentrañada por la *interpretatio*, del latín *in, ter, pretium*, que evoca la intervención de un tercero como mediador dentro de una controversia material factual) como lo he expuesto con más amplitud en mi monografía *Nociones generales y esquemas ordenadores de un curso de historia general del derecho*.

Ahora bien, recogiendo las anteriores ideas, ubicando la crisis de la dogmática jurídica contemporánea dentro del ámbito de la crisis de la cultura y de la civilización occidentales, y buscando revertir algunos excesos de la modernidad por la contemporaneidad, atemperándolos, en mi libro *Filosofía del derecho. Teoría global del derecho*, he buscado, a manera de contrapunto respecto de la "vía formal moderna", delinear los perfiles de una nueva "vía material global", que nos ayude a "re-construir lo jurídico", desde la "re-composición del hombre", para los "albores de una nueva época": la Edad Global.

Así, partiendo del tridimensionalismo jurídico, que concibe al derecho como la "integración normativa de hechos según valores", he buscado "re-construir" las demás dimensiones de lo jurídico, a partir de una "recomposición reintegradora" de la cultura jurídica, señalando como dimensiones fundamentales del derecho, 1) la antropológica, 2) la sociológica, 3) la deontológica, 4) la cultural simbólica y 5) la histórica, para definir finalmente al derecho como: "la realidad social consistente en el conjunto de relaciones distantes y polares, inordinadas conforme a cierta medida proporcional de igualdad obligatoria, determinada por la prudencia, que se expresa mediante licitudes y deberes, tipificados a través de diversas formulaciones históricas".

De la anterior definición se desprende una idea material y comprensiva del derecho y de la justicia, donde, siguiendo las cada día más vigentes concepciones tradicionales de Aristóteles, la justicia no es la finalidad del derecho, sino más bien al revés, el derecho es el objeto de la justicia. Donde la jurisprudencia supone, como observara Ulpiano, un "conocimiento de las cosas humanas" para el cultivo de la "ciencia de lo justo y de lo injusto", que consiste precisamente en la determinación de lo "equitativo material" y de lo "lícito formal". Donde el derecho, en su acepción clásica de *to dikaion* y de *ius*, consiste precisamente en una "medida de igualdad" (ya sea de igualdad "real-objetiva en las cosas" o "personal-proporcional respecto de los sujetos", reconociendo la necesidad de tratar igual a los iguales y proporcionalmente desigual a los desiguales), que se construye en la práctica jurisprudencial como una especie de "*ars aedificatoria*", que desarrolla sus instituciones a partir de principios que tipifican y formalizan soluciones materialmente equitativas, se-

gún mi lectura de la definición romana de derecho ofrecida por Celso como el "arte de lo bueno y de lo justo", expuesta en mi breve artículo "En torno al concepto romano de *ius* en Juvencio Celso hijo, o brevísima vindicación de la importancia de los estudios romanísticos para el jurista actual".

De aquí ya se desprenden, como "hipótesis de trabajo" para una administración formal y material de justicia, las siguientes:

- a) La distinción entre justicia material y formal es una novedad de la ciencia moderna del derecho, desconocida hasta entonces por la jurisprudencia occidental, que concebía a la justicia y al derecho como reelaboraciones culturales sobre realidades empíricas, esto es, como formalizaciones generales de contenidos particulares, donde las formas (tipos/licitudes) tenían una finalidad meramente instrumental al servicio de las soluciones materiales (equidad).
- b) Durante la modernidad, el desenvolvimiento de la ciencia jurídica europea, el desarrollo de diversos acontecimientos políticos y la difusión de ciertas ideas políticas contribuyeron a la politización del derecho, que fue expropiado por el Estado, que a su vez nacionalizó a la ciencia jurídica, despojando de toda iurisferancia a la sociedad y reduciendo la administración de la justicia a la aplicación de la ley, que como forma jurídica eulogizada, vino a promover la identificación derecho = ley = norma = forma, que sería desarrollada científicamente por la dogmática jurídica contemporánea del positivismo legalista formalista.
- c) Como reacción a los excesos de la dogmática formalista así como respecto del hundimiento de la cultura jurídica hacia la primera mitad del siglo XX, se conformaron dos amplios movimientos tendientes a reivindicar la materialidad del derecho: el antiformalismo (materialidad empírica) y el estimativismo (materialidad axiológica).
- d) A partir de la segunda mitad del siglo XX, distintos iusfilósofos comenzaron a buscar la integración de la dogmática jurídica predominante del positivismo, con las aportaciones de sus principales críticos (antiformalistas y estimativistas). La conjunción de esta vertiente ontológica integracionista con las recién-

tes aportaciones de las teorías de la argumentación jurídica, han contribuido en la elaboración actual de una idea más comprensiva y amplia del derecho y de la justicia.

- e) El derecho es una obra humana, a caballo entre la "cultura" y la "realidad social", un ordenamiento que debe ser objeto igualmente de *hermeneusis*-cultural que de *interpretatio*-social, en tanto que conformado por la relación interactiva entre un orden jurídico cultural y una sociedad empírica inordinada, constante por lo mismo de formas típicas generales y de contenidos variables y particulares.
- f) Deben aprovecharse las técnicas hermenéuticas del formalismo jurídico, por cuanto el derecho es forma que debe comprenderse a partir de métodos lógicos y gramaticales, pero sin agotar la argumentación jurídica en la sola *hermeneusis* formal, que debe complementarse con referencias a los contenidos sociales, ontológicos y finalísticos del derecho, ubicándolo en su contexto histórico, pero con sentido de actualidad.
- g) El derecho tiene una dimensión argumental, tópica, retórica, cuasilógica y deontica que debe ser tenida en cuenta al momento de realizar la actividad jurisdiccional.
- h) La justicia empieza con el "cada quien" y termina con el todos, por ende debe ser personal, individual y concreta, y no general, abstracta e impersonal, si es que aspira a ser una justicia verdaderamente humana. Consecuentemente, los operadores jurídicos deben servirse menos de un procedimiento lógico de aplicación deductivo-silogístico-formal-vertical-descendiente, y más de un proceso argumental, analítico que por inferencia-material-horizontal, entienda que el derecho consiste más bien, como diría Álvaro d'Ors, en casos, cosas y causas.
- i) Hoy se habla en el ámbito de la Unión Europea no sólo de garantías formales, sino también de "garantías materiales" o de "contenidos sustanciales mínimos". Se habla también cada vez más de "principios generales del derecho contenutísticos" y, es que a la postre, la justicia y el derecho, consisten ante todo en la elaboración de soluciones concretas para problemas concretos.
- j) Por ello, la recuperación del concepto de justicia material a partir de una noción global reintegradora de la complejidad

jurídica, exige una comprensión humana-social-deontológica-cultura-simbólica-e-histórica del derecho, por donde los operadores jurídicos prácticos deben tomar en cuenta todos los anteriores ámbitos de lo jurídico en la impartición de la justicia, devolviendo a la jurisdicción su connotación netamente iurisferante, ignorada por la modernidad jurídica que la redujo a la aplicación acrítica de una legiferancia formalista, restableciendo así la dimensión material de la justicia y del derecho.

### III. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y REALIZACIÓN DE LA JUSTICIA

Como se adelantó anteriormente, a partir de la década de los cincuenta la lógica jurídica, las teorías de la argumentación jurídica y las propias técnicas de la argumentación jurídica, experimentaron un desarrollo sumamente significativo.

Son fundacionales de este periodo la *Lógica jurídica* de Klug, la *Lógica deontica* de H. G. von Wright, la *Nueva retórica* de Chaïm Perelman, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado* de Josef Esser y la *Tópica y jurisprudencia* de Theodor Viehweg, debiéndose señalar también, como muy influyentes, las obras de uno de los más eminentes pensadores jurídicos mexicanos del siglo pasado, Eduardo García Máynez.

Todas estas obras han buscado resaltar el *modus procedendi* de los razonamientos jurídicos de los juristas y de los operadores jurídicos prácticos y, mediante ellos, han propuesto diferentes métodos y pautas para la hermenéutica jurídica, dentro de los cuales, muchos de ellos, por su hondo calado, han llevado incluso a proponer una "reconceptualización" del derecho mismo.

En efecto, si el razonamiento jurídico consiste, por ejemplo, en la "aplicación lógico-formal-deductiva-vertical-descendiente" de ciertos "principios axiomáticos" por medio de "raciocinios silogísticos necesarios" e inexorables, la idea misma del derecho subyacente a esta concepción será diametralmente opuesta, a aquella otra que se forme, implícitamente, quien considere que los razonamientos jurídicos son "argumentaciones meramente retóricas", que partiendo de muy "diferentes premisas" (lógicas, cuasilógicas, pragmáticas, situa-

cionales, jurídicas, etc.) llegan a “soluciones plausibles” y verosímiles, pero nunca únicas ni necesarias.

Más aún, así como las diversas teorías de la argumentación jurídica han suscitado, hasta cierto punto, una reconceptualización de la propia noción de derecho, también han puesto en evidencia que la sentencia judicial nunca podrá ser la “conclusión necesaria de un silogismo lógico formal perfecto”, sino más bien una “decisión prudencial”, basada en la “contraposición dialéctica” de principios jurídicos materiales, relativos, plausibles, oportunos convenientes y *a-jus*-tados a las circunstancias personales, individuales y concretas de cada caso.

Me explico, entre las principales teorías de la argumentación jurídica, me he referido a la lógica deóntica, a la tópica, a la retórica y al tema de los principios jurídicos en el contexto de la elaboración jurisprudencial del derecho.

Por lo que respecta a la lógica deóntica, hablando en términos muy generales, podemos destacar que ha puesto de relieve la enorme diferencia que existe entre los juicios lógicos y los juicios morales.

La diferencia entre las premisas de ambos juicios son fundamentales pues, los primeros son formales y los segundos materiales. Además, los juicios lógicos están anclados en el ámbito del “ser”, mientras que los juicios éticos se refieren al “deber ser”. Más aún, los procedimientos lógico formales son deductivos y formales, mientras en que el itinerario argumental de la lógica deóntica es prudencial y por ende, inductivo-deductivo y material.

Por último, los juicios morales son “juicios de valor” y como tales suponen la “estimación ponderada” de los bienes, y cuando afirmamos que los bienes son susceptibles de una apreciación ponderada, queremos decir que son “relativos”, por donde se elige un bien y se desestima un mal, o se escoge el mal menor, o se opta por el bien mayor, y esta selección, hecha previo sopesamiento de los bienes, supone un modo argumental enteramente distinto al de la lógica formal.

En segundo lugar, por lo que hace a la tópica, Viehweg recuerda la tradicional distinción aristotélica, dentro del *Organon*, entre los argumentos apodícticos o demostrativos (propios de la lógica apofántica), que parten de “proposiciones verdaderas” y buscan a través de un “procedimiento lógico formal silogístico” arribar a “conclusiones necesarias”, y los diversos argumentos dialécticos (pro-

prios de la lógica erística), que parten de “proposiciones simplemente verosímiles” o plausibles y que llegan a “conclusiones razonables” y contextualmente oportunas aunque no ciertamente necesarias.

A partir de dicha distinción, Viehweg observa como el espíritu racionalista de la modernidad cartesiana, en sus proyecciones dentro del ámbito del derecho, repudió el modo de razonar dialéctico característico de la jurisprudencia romana y bajomedieval, como una reflexión sobre lo plausible, sobre lo probable, sobre lo verosímil y lo conveniente, sustituyéndolo por un método que no confía más que en verdades incontrovertibles y en conclusiones necesarias al modo matemático.

De esta forma, advierte el propio Viehweg, el modo de pensar del jurista contemporáneo quiere ser un modo de pensar racionalista, axiomático, matemático y sistemático, por lo que —en su concepto—, subvierte la naturaleza misma de las cosas, que nos enseña que en el ámbito de lo jurídico, las soluciones no siempre son necesarias sino dudosas y las argumentaciones apoyan juicios que no son en lo absoluto incontestables sino, solamente, verosímiles, razonables, útiles y plausibles, buscando *a-jus*-tarse y reorientar una realidad social problemática.

En una palabra, las diferencias fundamentales entre la “sistemática” y la “tópica” residen en sus premisas (axiomáticas o verosímiles), en su *modus arguendi* (lógico-deductivo-silogísticos o dialéctico-retórico), en sus conclusiones (necesarias o plausibles) y en la misma concepción del derecho que presuponen (sistema de certezas generales o acervo de reglas referido a la realidad concreta).

Por lo que hace a la retórica, según los desarrollos esbozados por Chaïm Perelman, los razonamientos jurídicos se van entretejiendo, a diferencia del modo en que acontece entre los lógico-formales donde parecería que se engarzan de manera similar a como se concatenan los eslabones de una cadena, a la manera de un entramado, donde a pesar de que cada uno de los hilos, individualmente considerados, carecen de la robustez de cada uno de los eslabones de la cadena, la fuerza del entramado es comparable con la de la cadena misma, con la diferencia fundamental de que, donde la resistencia de la cadena radica en cada uno de sus eslabones, la del entramado deriva del mismo entrecruzamiento de los hilos, a pesar de que todos sean enbles, e inclusive algunos se encuentren rotos.

De esta manera, las argumentaciones jurídicas buscan, a partir de una enorme diversidad de premisas lógicas, cuasilógicas, paralógicas, circunstanciales, prácticas y retóricas, no una convicción racional lógica y fría, sino más bien una persuasión razonable.

Así las cosas, el quehacer de los operadores jurídicos prácticos no consiste en la manipulación de certezas axiomáticas, garantizadas por la exactitud aritmética ni susceptibles de inordinarse según las precisas figuras de la geometría, sino que más bien consiste en una contraposición de perspectivas y argumentos razonables, dentro de determinado contexto y en relación con específicas personas.

Finalmente por lo que respecta al tema de los “principios jurídicos”, cuya importancia en la conformación del derecho privado fue puesta de relieve en su momento por Josef Esser y cuya amplia aceptación en el ámbito de la creación por vía pretoriana del derecho comunitario europeo ofrece tan significativas muestras de su renovada importancia en la jurisprudencia actual y del porvenir, debe destacarse ante todo que suponen un concepto, amplio y ambiguo, que comprende igualmente a los principios didácticos, a los principios constructivos, a las ideas directrices, a los pensamientos jurídicos generales, a las reglas, a las pautas, a las orientaciones y referentes, a los brocárdicos, máximas y axiomas, a las *ratio iuris*, a las *ratio legis* y un muy largo etcétera, que varían, muy significativamente entre sí, respecto de su fecundidad creativa de derecho, respecto del alcance de su obligatoriedad vinculante, así como respecto de su misma revisabilidad.

Más aún, como evidenció en su momento el propio Esser, los principios jurídicos son como el punto de encuentro entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo. En efecto, en los principios jurídicos encarna una forma tan singular, que lo mismo encuentran en ella flexibilidad los sistemas cerrados, que regularidad los sistemas abiertos. Más aún, los principios jurídicos operan como válvulas de escape en los sistemas del *civil law*, mientras que funcionan como muros de contención en los del *common law*. Todavía más, los principios funcionan como “sustrato ético intrapositivo” para los iuspositivistas y como “vigor y eficacia empírica” para los iusnaturalistas.

Y en la medida en la que las argumentaciones jurídicas se construyen a partir de dichos principios jurídicos y toda vez que en el mo-

mento de su elaboración jurisprudencial informan a los diversos órdenes jurídicos, puede decirse que evidencian que la *hermeneusis* judicial no puede agotarse en la aplicación deductiva de las normas jurídicas positivas.

Recapitulando algunos conceptos fundamentales vertidos a lo largo de la presente exposición:

- a) El derecho se estructura mediante formas típicas de la licitud, pero también y fundamentalmente a través de contenidos materiales de la equidad.
- b) De esta forma, las reglas, normas y formas jurídicas, garantizan y se encuentran al servicio de los contenidos jurídicos, cumpliendo con una función meramente instrumental de medio, al servicio del derecho que es la resolución de los conflictos sociales, jurídicamente relevantes, de manera *a-jus-tada* a sus particularidades concretas y personales.
- c) El quehacer práctico de los operadores jurídicos y científico de los juristas supone la comprensión integral del ordenamiento jurídico, como el conjunto de las relaciones interactivas y tensas entre el orden jurídico (dimensión cultural descifrada por la *hermeneusis*) y la realidad social inordinada (dimensión empírica desentrañada por la *interpretatio*).
- d) Consecuentemente con lo anterior, el ejercicio de la jurisdicción supone —como ha observado lúcidamente el profesor Ángel Sánchez de la Torre— un “análisis interpretativo de los hechos” (resultandos) una “comprensión hermenéutica de los mensajes” cifrados por la cultura jurídica (considerandos) y una “determinación vinculante” (resolutivos) que nunca podrá ser la conclusión necesaria de un silogismo perfecto, válida para todo tiempo y para todo lugar, sino más bien una decisión razonable en relación con el contexto circunstancial concreto de un conflicto social específico, jurídicamente relevante, a ser reconducido conforme a derecho.
- e) De acuerdo con el tridimensionalismo jurídico de Miguel Reale, la jurisdicción debe ejercerse a partir de un análisis de los hechos, de una estimación de los valores culturales orientadores del derecho y de una formulación normativa integradora de aquéllos según éstos y, consecuentemente, el quehacer consis-

te en acudir, tanto a la interpretación social cuanto a la hermenéusis dogmática y valorativa.

- f) Ahora bien, conforme a la *Teoría global del derecho*, el juzgador deberá detenerse además en el hombre, causa y fin de todo derecho, así como también en la provisionalidad histórica, tanto de las formulaciones típicas cuanto de las soluciones materiales. En otras palabras, si entendemos al derecho como "la realidad social consistente en el conjunto de relaciones distantes y polares, inordinadas conforme a cierta medida proporcional de igualdad obligatoria, determinada por la prudencia, que se expresa mediante licitudes y deberes, tipificados a través de diversas formulaciones históricas" el quehacer jurisdiccional supondrá, necesariamente, un esfuerzo comprensivo e igualmente global y material de reconducir los problemas sociales jurídicamente relevantes, a partir de una "perspectiva antropológica-social-deontica-cultural-histórica", debiendo servirse por ende de un amplísimo abanico de métodos de interpretación y de hermenéusis, capaces de analizar y comprender las anteriores dimensiones de lo jurídico que se proyectan en cada caso concreto.
- g) La actividad jurisdiccional, en tanto que procura descifrar hermenéuticamente ciertos mensajes culturales jurídicos, no puede agotarse en los métodos de la lógica-formal-deductivo-silogística-vertical-descendiente.
- h) Así las cosas, los jueces deben servirse también de los métodos rehabilitados por las diversas corrientes de la argumentación jurídica y en especial de los de la lógica deontica, de los de la tópica y de los de la retórica, adiestrándose a su vez en el manejo de una enorme diversidad de principios jurídicos.
- i) Retomando todas las anteriores ideas ya podemos concluir que la realización de la justicia a través de la argumentación judicial está relacionada, de manera directamente proporcional: 1) a una noción completa de la justicia que abarque sus dimensiones formales y materiales entendiendo la relación de interdependencia y permeabilidad recíproca existente entre ambas, 2) a una idea comprensiva y amplia del ordenamiento jurídico (orden jurídico + sociedad inordinada), 3) a una noción global del derecho que abarque todas sus dimensiones y especialmente

la antropológica, la social, la deontológico-teleológica, la cultural simbólica y la de su variabilidad histórica y 4) al empleo de una enorme diversidad de métodos hermenéuticos e interpretativos, de comprensión cultural y análisis social, que superando los estrechos confines de la lógica formal, aproveche también las recuperaciones hechas por la lógica deontica, por la tópica, por la retórica y por la reelaboración jurisprudencial sobre los principios jurídicos, para efectos de su permanente "recreación-tradicional-actual-proyectiva".

Alfonso García Martínez

INTRODUCCIÓN

Los dos últimos capítulos son un estudio crítico de la sociología de los derechos humanos, uno de los conceptos jurídico-políticos que como resultado de la construcción de la sociedad moderna, ha adquirido en el mundo contemporáneo, una gran importancia y "general aceptación", ha sido cuestionado desde distintos ámbitos por haberse de un espíritu ideológico de la sociedad capitalista e individualista. Ante estas críticas, se propone superar el individualismo basado en los derechos subjetivos con el principio de "solidaridad", como fundamento de una exigencia tanto ética como jurídica que posibilite una comprensión social de los derechos humanos. Muy querido principio que la "Verdad" es el principio de la Revolución Mexicana que genera en la conciencia y desarrollada, a diferencia de los principios de igualdad y libertad, que han servido una forma ideológica más o menos, tanto en lo ético como en lo jurídico.

1 Véase, Méndez, Para comprender la modernidad, Vera Cruz, México, 1974.

## SOLIDARIDAD Y DERECHOS HUMANOS: EL CASO DE LA PATRÍSTICA Y EL CRISTIANISMO PRIMITIVO

Alejandro ROSILLO MARTÍNEZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La patrística y la solidaridad humana*. 1. *La incursión del cristianismo en el mundo occidental*. 2. *El agápe cristiano*. 3. *La justicia social según la patrística*. 4. *La denuncia del abuso del poder y la opción por la no-violencia*. 5. *La libertad de creencias y el pluralismo religioso*. III. *El cristianismo estatizado y la justificación de la violencia*. 1. *El Estado y la naturaleza caída del hombre*. 2. *La justificación de la violencia y la guerra justa*. IV. *Conclusión*.

### I. INTRODUCCIÓN

Los derechos humanos son un discurso nacido de la modernidad. Se trata de uno de los conceptos jurídico-políticos que como derechos subjetivos son constructores de la sociedad moderna. No obstante su difusión y "general aceptación" en el mundo contemporáneo, han sido cuestionados desde distintos ámbitos por tratarse de un aparato ideológico de la sociedad capitalista e individualista. Ante estas críticas, se propone superar el individualismo fincado en los derechos subjetivos con el principio "solidaridad", como fundamento de una exigencia tanto ética como jurídica que posibilite una comprensión social de los derechos humanos. Hay quienes proponen que la "fraternidad" es el principio de la Revolución Francesa que menos se ha cumplido y desarrollado, a diferencia de los principios de igualdad y libertad, que han tomado una forma normativa más sólida, tanto en lo ético como en lo jurídico.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> VIDAL, Marciano, *Para comprender la solidaridad*, Verbo Divino, Estella, 1996.

La formación capitalista del derecho moderno se preocupó por la libertad, sobre todo de mercado y contratación, y si bien movimientos sociales han rescatado la igualdad, la solidaridad parece estar mucho más olvidada. No es así en otras formaciones y experiencias sociales e históricas, donde las relaciones interpersonales están fundadas por un principio de "solidaridad" que otorga una dimensión más comunitaria a la libertad y a la igualdad. En efecto, el propósito de este trabajo es realizar una lectura del cristianismo primitivo y de la patrística pre-agustiniana, desde la perspectiva de rescatar un sentido de la solidaridad como principio fundante de los derechos humanos. Por último, se realizará una lectura del pensamiento de Agustín de Hipona para constatar la pérdida de la radicalidad de la solidaridad cristiana con la estatización del cristianismo.

## II. LA PATRÍSTICA Y LA SOLIDARIDAD HUMANA

Como segunda etapa en la historia de la filosofía suele señalarse la iniciada con la incursión del cristianismo en el mundo occidental. La filosofía griega, a su vez asimilada por el Imperio Romano, ya había tenido contacto con diversos elementos de las religiones del medio oriente, pero la penetración del cristianismo fue mayor debido tanto a su adopción como religión oficial como al uso que los teólogos hicieron de la filosofía antigua. Sin duda, el cristianismo debe comprenderse como una religión cuyas raíces están en el judaísmo, pues de hecho, en un inicio, los primeros cristianos fueron calificados como una secta proveniente de aquella religión. En este sentido, hablar de una filosofía cristiana es un tanto aventurado. Más bien, estaríamos ante el uso de conceptos filosóficos para explicar la fe cristiana en una cultura concreta y, por otro lado, la inauguración de un nuevo horizonte filosófico en función de las ideas incursionadas por el cristianismo en el pensamiento occidental. Se trata de una nueva manera de filosofar que emerge desde una cuestión fundamental que el cristianismo enfrenta: la de su propia realidad ante Dios. El enfrentamiento de la filosofía con el Dios personal y creador del cristianismo dio inicio a un nuevo horizonte, desde el cual se genera una importante reflexión filosófica.

En la filosofía griega lo que se opone al ser es el *no ser*, y al no ser lo que se es. El griego se preocupa por el *movimiento*, por la mutabilidad de las cosas que pasaban del ser al no-ser; así, el *teos* de Aristóteles consiste en un motor inmóvil y no en un creador. El concepto de creación a partir de la nada estaba ausente en el pensamiento griego. Por su parte, el Dios del cristianismo es persona, es un *alguien* y no un *algo*, y el mundo es creado por él. Lo cual trae varias consecuencias para la filosofía occidental. En primer lugar, el ser ya no es amenazado sólo por el no-ser, por el *movimiento*, sino principalmente por la *nada*. En segundo lugar, la historia deja de ser fatídica y circular para verse como una historia de la salvación, en la cual interviene Dios. Y, en tercer lugar, tal vez el punto más importante para la cuestión de los derechos humanos, comienza a delinearse con mayor fuerza y claridad la idea de la igual dignidad de todos los seres humanos en función de que "el hombre fue hecho a imagen de Dios, y, si Dios es personal, el hombre es personal también".<sup>2</sup>

La patrística se refiere al estudio de los llamados Padres de la Iglesia. De esta manera se le llama a un grupo de pastores —obispos en su mayoría— de los primeros siglos de nuestra era, cuyos principios doctrinales son considerados como fundadores de la fe cristiana en el mundo occidental.

En la tarea de los Padres de la Iglesia puede verse el primer contacto del cristianismo con la filosofía greco-romana. Ante su expansión y recepción en diversos lugares del mundo occidental, los cristianos se ven obligados a realizar una formulación intelectual de los dogmas, y a sostener una discusión racional con el mundo helénico. Este es el origen del pensamiento patrístico, cuyo propósito no es filosófico sino pastoral y apologético. De hecho, algunos de ellos rechazan el racionalismo griego por considerarlo inadecuado para explicar la fe cristiana, como es el caso de Tertuliano; otros tratan de que el mensaje cristiano no quede oscurecido por la filosofía griega. No obstante, este proceso de inculturación del cristianismo en el mundo helénico es ambivalente. Por un lado, la creatividad de los Padres logra demostrar que la fe cristiana puede ser recibida por per-

<sup>2</sup> BEUCHOT, Mauricio, *Derechos humanos, iuspositivismo y iusnaturalismo*. UNAM, México, 1995, p. 18.

sonas no pertenecientes al pueblo judío, siguiendo la línea abierta por los apóstoles Pablo y Juan; pero, por otro lado, las características del mundo helénico imponen al cristianismo ciertos elementos que van dejando en segundo término los temas esenciales de su mensaje. Juan Luis Segundo, al tratar este proceso de inculturación de la patrística pero tomando como ejemplo el Evangelio de Juan, comenta:

“El helenismo es un mundo coherente y totalizador. Ese mismo amor que queda vencedor en el cuarto Evangelio debe pagarle su tributo. Se vuelve signo de lo divino en la medida misma en que desentraña a Jesús de una historia conflictiva y concreta a favor de los pobres. ¿Por qué? Porque el helenismo habitúa a la mente a buscar la verdad de las esencias fijas. Fijas como la *naturaleza de las cosas*. O lo que el platonismo llamó el mundo de las ‘ideas eternas’. La historia no es una categoría de donde surja la verdad, a pesar de todos los esfuerzos de Juan por mostrar a Jesús ‘plantando su tienda entre nosotros’ (Jn 1, 14). El conflicto del cuarto Evangelio reconoce es el de Jesús y el, digamos, ‘mecanismo’ del mundo. Y ya no se trata del mundo real que hace pobres y marginados a la mayoría de la gente”.<sup>3</sup>

Por eso, el pensamiento patrístico sólo con restricciones puede considerarse como filosofía. Más bien, es un pensamiento religioso que necesita dar razones de sus creencias en un contexto cultural diferente del cual se generó. Los cristianos de esta época ya no son judíos que conocen y crecieron bajo la tradición bíblica y en una cultura del medio oriente, sino que poseen costumbres y categorías de occidente, principalmente helénicas.

Mucho del contenido considerado como filosófico en la patrística versa sobre lo que se ha llamado “teología natural”, es decir, la explicación racional de la existencia y los atributos de Dios. En cuanto al derecho, los “Padres” no tienen un pensamiento sistemático, y poco se encuentra en ellos de filosofía jurídica propiamente hablando. Algunos autores sostienen que en los escritos patrísticos existen nociones iusnaturalistas inspiradas en las posturas de los estoicos. No se va a entrar a este análisis, pues los Padres no intentaron desarro-

llar una filosofía o un sistema filosófico, sino inculturizar en el mundo greco-romano a la religión cristiana:

“Es cierto que el periodo patrístico resiste aún bastante bien a las tendencias desequilibrantes del helenismo. Por eso, tal vez carece de una ‘síntesis’ acabada. Éstas llegarán más tarde con una victoria más total de Platón y de Aristóteles en la gran época ‘sintética’ de la Edad Media, la de la filosofía (y la de la teología) *perenne*. Pero la semilla está plantada”.<sup>4</sup>

En este sentido, la puesta en términos griegos de temas de la fe cristiana debe conducir más a un análisis teológico que a uno filosófico, pues de lo contrario se estaría realizando un análisis limitado. Así, por ejemplo, cuando los Padres comparan la Ley de Moisés con las leyes divinas de los estoicos, no están intentando desarrollar un nuevo iusnaturalismo sino explicar la fe bíblica en términos griegos. Esto tuvo su gran valor como práctica pastoral pero también sus limitaciones en cuanto a lo filosófico. En efecto, respecto a los derechos humanos y su principio “solidaridad”, más que discutir un cierto “iusnaturalismo patrístico” de rasgos estoicos y platónicos, son destacables tres cuestiones: en primer lugar, la incursión del *agápe* cristiano como fundamento de las relaciones humanas; en segundo lugar, la justicia hacia los pobres; y, por último, las denuncias contra los abusos del poder y la opción por la no-violencia. Estas ideas surgieron, tratándose de la patrística, desde la fe cristiana y, en los primeros siglos de nuestra era, su máxima expresión es la praxis de las comunidades cristianas. Es decir, lo importante no son las justificaciones filosóficas sobre la praxis, pues ésta está ya fundamentada en la fe, y por eso sólo se convierten en “discursos racionales” cuando dicha praxis debe ser defendida ante las críticas surtidas desde el mundo greco-romano o cuando el cristianismo pasa a ser la religión mayoritaria.

### 1. La incursión del cristianismo en el mundo occidental

Los primeros autores cristianos expresan en sus escritos una realidad donde convergen dos situaciones sobresalientes: por un lado, las igle-

<sup>3</sup> SEGUNDO, Juan Luis, *El dogma que libera. Fe, revelación y magisterio dogmático*, Sal Terrae, Santander, 1989, p. 241.

<sup>4</sup> *Idem*.

sias cristianas comienzan a leer y reflexionar el Nuevo Testamento y reciben la tradición de las primeras comunidades cristianas formadas en torno a los apóstoles; por otro lado, del siglo II al IV el cristianismo irá pasando de ser una religión minoritaria y perseguida a convertirse en la religión mayoritaria hasta ser nombrada como el credo oficial del Estado.

La mayoría de los primeros escritores cristianos no conocen a profundidad la filosofía griega, y sólo toman de ella lo necesario para elaborar su pensamiento. Suelen ser eclécticos, y están influenciados principalmente por el neoplatonismo, por Séneca y por Cicerón; además, conocen poco a Aristóteles. Su interés por Platón es importante, al grado de que algunos autores como Eusebio de Cesarea afirma que en el filósofo griego se había realizado una etapa de la economía de la salvación, "otro Antiguo Testamento".<sup>5</sup> Es así como su preocupación no consiste en desarrollar una síntesis entre cristianismo y filosofía griega, sino en posibilitar la fe cristiana en un mundo cuya cosmovisión responde al helenismo.

En ese sentido, los textos patrísticos pueden clasificarse en dos grandes grupos: los dirigidos a las comunidades cristianas, donde existen explicaciones doctrinales, litúrgicas y exhortaciones éticas; y los escritos dirigidos a los no-cristianos, casi siempre de contenido apologetico, donde se defienden tanto la praxis como la doctrina cristianas. Estos últimos escritos fueron necesarios porque, en los primeros siglos, el cristianismo sufrió diversos tipos de persecuciones, aunque también gozó de ciertas épocas de tranquilidad y libertad.

La palabra "persecución" es un tanto ambigua. La idea más difundida consiste en que desde el siglo I hasta el siglo IV los cristianos fueron *constantemente* encarcelados para formar parte de los espectáculos romanos siendo devorados por los leones, y que como medida de protección celebraban sus reuniones en catacumbas. Sin embargo, esta imagen está muy generalizada e idealizada, pues el Imperio Romano tuvo algunas épocas de tolerancia religiosa, donde los cristianos vivieron con libertad. Sin embargo, aun en tiempos de

<sup>5</sup> En su obra *Praeparatio*, EUSEBIO considera que Platón y Moisés estaban de acuerdo (XI, 28), y que el filósofo griego puede ser considerado un profeta de la economía de la salvación (XIII, 13).

no-persecución, el cristianismo se enfrentaba a las críticas de políticos o pensadores de mentalidad helénica, lo que hizo necesario el discurso en términos griegos como herramienta de defensa.

Son diversas las acusaciones que contra los cristianos se dan, sobre todo durante los siglos II y III. En el ámbito popular se les acusa de ateos, pues no comparten ninguno de los cultos conocidos; de practicar el incesto en los banquetes nocturnos que celebraban; y de ser antropófagos, pues se les imputa el realizar un ritual asesinando a un niño. En el mismo sentido, otros romanos destacados caracterizan al cristianismo como una superstición:

"El escritor y gobernador Plinio habla de de una 'superstición irracional y sin medida'; el historiador Suetonio (hacia el 120), de una 'superstición nueva y peligrosa'; el historiador Tácito, de una 'detestable superstición'. El emperador Marco Aurelio, a pesar de su prudencia, considera a los cristianos como personas obstinadas al error".<sup>6</sup>

Los políticos acusan a los cristianos de ser malos ciudadanos y no aceptar las costumbres de los antepasados, además de rechazar las magistraturas y el servicio militar. Los filósofos, por su parte, consideran como irracionales las afirmaciones cristianas, como por ejemplo el tema de la encarnación.<sup>7</sup>

En cuanto a las persecuciones, durante los primeros siglos fueron limitadas tanto en el espacio como en el tiempo. Destacan las de Nerón (año 64), las realizadas en la provincia del gobernador Trajano (98-117), y las acontecidas bajo el tiempo de Marco Aurelio (161-180). En estos tiempos no se encuentra alguna ley que fundamente los procesos contra el cristianismo; simplemente se le consideraba como parte de las religiones ilícitas cuya represión quedaba a decisión de los emperadores. A finales del siglo III, con el inicio del derrumbe del Imperio Romano, y ante la negativa de los cristianos de

<sup>6</sup> COMBY, Jean, *Para leer la historia de la Iglesia*, Verbo Divino, Estella, 1990, p. 37.

<sup>7</sup> "Dios es bueno, hermoso, bienaventurado; es el bien soberano y la belleza perfecta. Si baja a este mundo, tendrá que sufrir necesariamente un cambio: su bondad se degradará en malicia, su belleza en fealdad, su felicidad en miseria, su perfección en una infinidad de defectos... Un cambio semejante no puede convenir a Dios" (CELSE, *La palabra de verdad*, conservada en extractos en Orígenes, *Contra Celso*).

jurar lealtad, se dieron diversos decretos al respecto: una ley de Septimio Severo (193-211), de Decio (249-251), y de Valeriano (253-260). Luego hubo una etapa de paz de cuarenta años, gracias al edicto de tolerancia del emperador Galieno, del año 261. La última persecución se realizó a manos de Dioclesiano, el emperador que restauró la organización y distribución geográfica del Imperio. Finalmente, en el año 313, a través del "edicto de Milán" se otorgó la paz general a las religiones y se reconoció la libertad de culto de todos los ciudadanos.

## 2. El *agápe* cristiano

La traducción más común de la palabra griega *agápe* ha sido amor o caridad, debido a que en latín fue traducida por *charitas*, mientras que el verbo griego *agapéin* por el latino *amare*. No obstante, *agápe* tiene un sentido diferente a caridad o amor como se utiliza actualmente, pues los primeros cristianos consideraron que era un término más adecuado con su fe que los términos *eros* o *filia*. Este sentido de *agápe* no fue del todo desarrollado de manera racional, sino que se expresó a través de textos de denuncia a la injusticia y de apología sobre la fe cristiana. Antes de establecer su relación con los derechos humanos, es necesario analizar su significado en la vida y en los escritos de la iglesia cristiana primitiva.

La práctica directa relacionada con el *agápe* es la celebración de la comida en comunidad, que tiene conexión con la eucaristía. Como en otros casos, se trata de una herencia recibida de las primeras comunidades cristianas que se desarrollaron durante el siglo I. Tratándose del siglo II, la *Apología* de Tertuliano otorga un detallado informe de estas cenas cristianas, que fueron motivo de calumnias y controversias con los paganos.<sup>8</sup> En estas reuniones, los participantes llevaban alimentos y los compartían; así, se puede decir que se trataba de una celebración tanto sacramental (simbólica) como real del *agápe* cristiano, expresión de una fraternidad entre los miembros de la comunidad no sólo con fines espirituales sino también para satisfacer

<sup>8</sup> TERTULIANO, *Apología*, VII-IX.

las necesidades básicas e inmediatas. En este sentido, es significativo que los términos relativos al *agápe* sean utilizados en los escritos novotestamentarios principalmente para referirse al amor en la comunidad cristiana.<sup>9</sup> Lo cual era un hecho social, públicamente conocido, pues "en el mundo antiguo, las comunidades cristianas lograron atraer a muchas personas hacia sí, no porque les ofrecieran una salvación puramente individual y transcendente, sino porque les ofrecían una verdadera proximidad".<sup>10</sup>

Social y económicamente la expresión más clara del *agápe* fue la comunidad de bienes. Dicha institución consistía, desde tiempos de los apóstoles, en una decisión libre del que incursionaba en la comunidad cristiana. Además de no ser coercitiva, tampoco se trataba de entregar todos los bienes, sino de compartir aquellos que se tenían en exceso para satisfacer la necesidad de los otros miembros. Algunos textos de la patrística muestran que, aún después del primer siglo, seguía existiendo esta preocupación:

"Haz el bien y da a todos los necesitados del producto de los trabajos que Dios te ha concedido, sin preocuparte de saber a quién das y a quién no das; da a todos; porque Dios quiere que todo el mundo se aproveche de sus propios beneficios".<sup>11</sup>

"Si uno de los cristianos cae en la orfandad, tanto si es niño como niña, convendrá que uno de los hermanos que no tiene hijos, lo tome como hijo".<sup>12</sup>

"Comunicarás en todas las cosas con tu prójimo, y no dirás que las cosas son tuyas propias, pues si en lo imperecedero sois partícipes en común, ¡cuánto más en lo percedero!"<sup>13</sup>

El obispo Dionisio de Corinto escribe, hacia el año 170, sobre la manera en que la comunidad de Roma apoya a otras comunidades:

<sup>9</sup> LOHFINK, Gerhard, *La Iglesia que Jesús quería. Dimensión comunitaria de la fe cristiana*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 1998, pp. 117-126. En lenguaje teológico señala: "El término más bello utilizado por la iglesia primitiva para expresar lo nuevo que trata de abrirse paso por doquier en la comunión regalada por Dios es *agápe* (amor)". (p. 120).

<sup>10</sup> GONZÁLEZ, Antonio, *Reinado de Dios e imperio. Ensayo de teología social*, Sal Terrae, Santander, 2003, p. 255.

<sup>11</sup> HERMAS, *El Pastor*, 27, 4.

<sup>12</sup> *Didascalia*, XVII.

<sup>13</sup> *Carta de Bernabé*, XIX, 8.

“Desde un principio tenían la costumbre de ayudar de múltiples maneras a todos los hermanos, y a muchas comunidades de todas las ciudades enviaban apoyos. Mediante dones que habías enviado desde siempre, pues como romanos mantienen una tradición suya, alivian la pobreza de los necesitados y apoyan a los hermanos que viven en las minas. Su santo obispo Sotero no sólo conservó esa costumbre, sino que incluso la amplió aún más”.<sup>14</sup> Los apologistas, como Justino, ven en la comunidad de bienes una de las manifestaciones de la conversión a la fe cristiana: “Amábamos y buscábamos sobre todo el dinero y las posesiones; hoy ponemos en común lo que tenemos y lo compartimos con los pobres”.<sup>15</sup>

El cristianismo primitivo buscó, pues, conformar comunidades donde se establecieran nuevas relaciones sociales desde las bases, desde la “casa”,<sup>16</sup> en confrontación a las dadas en el Imperio Romano. Por eso, estuvieron compuestas principalmente por los excluidos del sistema romano y que se encontraban en situaciones de apuro. Esta composición era vista con desprecio por la aristocracia y los sabios greco-romanos, al grado que los apologistas, sin negar que efectivamente la mayoría de los cristianos proviniera de estratos bajos de la población, defienden que tal situación no afectaba su condición moral:

“Entre nosotros, empero, es fácil hallar a gentes sencillas, artesanos y viejitas que, si de palabra no son capaces de poner de manifiesto la utilidad de su religión, la demuestran por obras. Porque no se aprenden discursos de memoria, sino que manifiestan acciones buenas: no herir al que los hiere, no perseguir en justicia al que los despoja, dar a todos el que les pide y amar al prójimo como a sí mismos”.<sup>17</sup>

Lo cual no significaba impedimento alguno para que gente con buena posición social fuera cristiana —Justino refiere a “filósofos y

<sup>14</sup> EUSEBIO, *Historia eclesiástica*, IV, 23, 10.

<sup>15</sup> JUSTINO, *Apología*, XIV, 2.

<sup>16</sup> Las comunidades cristianas comenzaron siendo “iglesias domésticas”, pues “la casa” era la unidad económica básica de la sociedad imperial, dotada de autonomía jurídica. En este sentido, la comunidad cristiana es denominada “la casa de Dios”, por ejemplo, en 1 Tm 3, 15; 1 Pe 4, 17.

<sup>17</sup> ATENÁGORAS, *Legación a favor de los cristianos*, XI.

personas cultas” al lado de “artesanos y gentes absolutamente ignorantes”—<sup>18</sup> pero eso les significaba cierto tipo de desclasamiento, pues la recepción de la nueva fe les llevaba a renunciar a sus signos de posición social y a compartir con los demás en comunidades compuestas en su mayoría por pobres. Las relaciones sociales propuestas por el cristianismo primitivo no consistían en una división de pobres y ricos, sino en la solidaridad de ambos para crear una organización más justa para superar la pobreza. Por ejemplo, señala Lohfink, “a cuantos podían trabajar se exigía que trabajaran, y se les procuraba incluso un puesto de trabajo, si era posible. Mas quien no podía ya trabajar, debía estar seguro del apoyo de la comunidad. Nació así un sistema de empleo y una red de seguridad social que constituía todo un fenómeno singular en la antigüedad. Se basaba en la ayuda recíproca y en los donativos voluntarios”.<sup>19</sup> En este sentido, Justino explica la colaboración entre los miembros de la comunidad realizada en la eucaristía:

“Pero quien dispone de medios y de buena voluntad da, según su medida, lo que quiere; y se deposita delante del presidente cuando se recolecta. Este ayuda así a huérfanos y viudas, a los enfermos y a cuantos tienen cualquier otro tipo de necesidades, a los cautivos y a los extranjeros que están presentes en la comunidad”.<sup>20</sup>

El autor de la *Carta a Diogneto* sitúa en la imitación de Dios el fundamento mismo del don generoso. El que da los bienes recibidos de Dios se convierte en un imitador de Él. La conversión supone de hecho un deseo de compartir, una voluntad de reproducir la generosidad de Dios, de quien proceden todos los bienes.<sup>21</sup>

Esta fraternidad tenía como una de sus consecuencias el rechazo a la esclavitud. Los esclavos cristianos solían recibir la libertad cuando sus amos eran también cristianos. Incluso había cristianos libres que se vendían a sí mismos como esclavos para comprar la libertad

<sup>18</sup> JUSTINO, *Apología*, II, 10.

<sup>19</sup> LOHFINK, Gerhard, *op. cit.*, p. 167.

<sup>20</sup> JUSTINO, *Apología*, I, 67.

<sup>21</sup> *Epístola a Diogneto*, X.

de otros cristianos, tal como da testimonio una epístola de Clemente: "Sabemos que muchos entre nosotros se han entregado a la esclavitud, para poder rescatar a otros. Muchos se han vendido como esclavos y, recibido el precio que se ha pagado por ellos, han alimentado a otros".<sup>22</sup> Además, hubo esclavos que llegaron a ocupar puestos de responsabilidad, como en los casos de un tal Enésimo que llegó a ser obispo de Éfeso, del obispo romano Calixto que había sido esclavo en las minas de Cerdeña, entre otros casos.

La posición de la mujer dentro de estas comunidades también fue revalorada. El patriarcalismo, tan fuerte culturalmente a través de la figura del *pater familias* romano, no fue la regla universal en la iglesia cristiana primitiva. En el siglo I, una tal Junia y otras mujeres fueron consideradas como "apóstolas"; en el Nuevo Testamento mujeres aparecen en los cargos de profetisas y maestras,<sup>23</sup> cargos que continuaron al menos hasta el siglo V.<sup>24</sup> Se aceptó por años la existencia de presbíteras, y hasta de obispas, como la famosa Teodora del siglo IX.<sup>25</sup> Pero más allá de las excepciones, las diaconisas, las viudas y las vírgenes eran designaciones comunes de los cargos ejercidos por mujeres dentro de las comunidades.<sup>26</sup> También es recurrente encontrar testimonios sobre mártires mujeres.<sup>27</sup> Orígenes, alrededor del año 220 desde Alejandría, interpretando a San Pablo lleva el sentido del amor cristiano al respeto de la dignidad de las mujeres:

"Maridos, amad a vuestras esposas como a vuestros propios cuerpos, como también Cristo amó a la Iglesia (...), pero ¿no pueden amar también a otras mujeres en toda pureza y santidad? ¿O es que las otras no entran bajo la voz del prójimo? ¿Tenemos que dar amor a una esposa, a una madre o a una hermana, y no a cualquier mujer que tiene también la calidad de prójimo? El amor a las esposas se debe mostrar de una manera peculiar y distinguir de

<sup>22</sup> CLEMENTE, *Epístola a los Corintios*, LV.

<sup>23</sup> 1 Co 11, 5; Hch 21, 9; 18, 26.

<sup>24</sup> GONZÁLEZ, Antonio, *Imperio y reinado de Dios*, op. cit., p. 242.

<sup>25</sup> *Idem*.

<sup>26</sup> LANG, Judith, *Ministros de la gracia. Las mujeres en la iglesia primitiva*, Ediciones Paulinas, Madrid, 1991.

<sup>27</sup> TORRES, Juana, "El protagonismo de las primeras mártires cristianas", en *La mujer en los orígenes del cristianismo*, GÓMEZ-ACEBO, Isabel (ed.), Desclée de Brouwer, Bilbao, 2005, pp. 169-209.

esos otros, pero también habría que rendir un amor puro a cualquier mujer, según sus méritos y derechos".<sup>28</sup>

El siguiente texto de Clemente refleja también la importancia de la mujer:

"Muchas mujeres, fortalecidas por la gracia de Dios, han ejecutado grandes hechos. La bendita Judit, cuando la ciudad estaba sitiada, pidió a los ancianos que se le permitiera ir al campamento de los sitiadores. Y por ello se expuso ella misma al peligro y fue por amor a su país y al pueblo que estaba bajo aflicción; y el Señor entregó a Rolofernes en las manos de una mujer. No fue menor el peligro de Ester, la cual era perfecta en la fe, y se expuso para poder librar a las doce tribus de Israel cuando estaban a punto de perecer. Porque con su ayuno y su humillación suplicó al Señor omnisciente, el Dios de las edades; y Él, viendo la humildad de su alma, libró al pueblo por amor al cual ella hizo frente al peligro".<sup>29</sup>

Sin duda, muchas de estas afirmaciones encontraron incoherencias con las prácticas cotidianas, pues desde el siglo I se van encontrando también elementos que van a preparar la estructura patriarcal eclesial y social del siglo IV y V.<sup>30</sup> Sin embargo, dichos textos y

<sup>28</sup> Orígenes, *Homilía sobre el Cantar de los Cantares*, III.

<sup>29</sup> CLEMENTE, *Epístola a los Corintios*, LV.

<sup>30</sup> El tema de la mujer en el cristianismo antiguo es controvertido, pues muestra luces y sombras. Lo claro es que, ante la cultura machista hegemónica, las novedades de la situación de la mujer son claras, como se ha comentado. Pero, como toda realidad histórica, sus intentos de liberación se muestran limitados. Por ejemplo, la condición de las mujeres viudas y vírgenes, si bien permitía una mayor participación pública de ellas, provocaba cierta renuncia a su feminidad para asumir una virilidad, un rol masculino; aunque, a la vez, constituía una manera de contraste con la sociedad romana, altamente patriarcal. Así, por ejemplo, SÉNECA (*Contr.* 2, 5) habla de una mujer "que interrogada por un tirano sobre las intenciones de su marido de asesinarlo, aguantó los tormentos sin hablar. Debido a los golpes recibidos, quedó estéril, por lo que su marido la repudió. El episodio, aunque inventado, revela claramente el mecanismo con el que el sistema ideológico se protege: si una mujer se comporta como un hombre se verá privada de su feminidad; los patrones de comportamiento no son compartidos, ni compatibles. El cristianismo transformó aparentemente los términos del discurso: la pérdida de la feminidad dejó de ser un castigo, para proponerse como una condición libremente aceptada, para alcanzar la perfección varonil, es decir, la recompensa de la salvación, el reconocimiento de la jerarquía, y la preeminencia de las comunidades cristianas" (PEDREGAL, Amparo, "La *mulier virilis* como modelo de perfección en el cristianismo primitivo", en *La mujer en los orígenes del cristianismo*, op. cit., p. 163).

cargos de las mujeres reflejan con claridad los alcances de la solidaridad propuesta por el cristianismo primitivo respecto a la igualdad de géneros. Además, en relación con la mujer, los datos históricos muestran que es durante estos siglos cuando se da una participación pública femenina nunca vista en la antigüedad.<sup>31</sup>

En conclusión, se puede sostener que el *agápe* no es un sentimiento noble ni una situación espiritualizante y abstracta. Se trata de una auténtica prestación de ayuda, que incluía la integralidad del ser humano, pero enfocada principalmente a la superación de la pobreza para crear las condiciones propicias para reproducir la vida. No es un concepto abstracto, de tipo helénico, que buscara *la esencia, lo inmutable, qué es el agápe*, sino una praxis concreta e histórica. Tampoco es un paternalismo o asistencialismo, como se le ha caracterizado por lo general al término “caridad”. Se trata de una forma concreta de establecer las relaciones entre los seres humanos para constituir una sociedad justa; consiste en compartir lo que se tiene y no sólo en la dádiva del rico al pobre que, en vez de transformar la sociedad, sirve como amortiguador de la inconformidad social para la preservación del sistema y su *statu quo*.

“El amor cristiano es un *agápe* que crea ya desde abajo nuevas estructuras sociales en las que desaparecen la desigualdad y la pobreza. No es una caridad o una misericordia que miran al pobre desde arriba, sino un amor que da lugar ya desde ahora y ya desde abajo a una nueva sociedad en la que desaparece todo paternalismo”.<sup>32</sup>

Los opositores al cristianismo antiguo también dan cuenta de este *agápe*. En una carta del emperador Juliano el Apóstata, se ofrece el siguiente testimonio: “¿Acaso no comprenden que la impiedad (= cristianismo) fue promovida sobre todo por la humanidad (de los cristianos) respecto de los extranjeros y mediante el cuidado (de los cristianos) en enterrar a los muertos? Los impíos galileos no se contentaron con alimentar a sus pobres y dieron de comer también a

<sup>31</sup> TEJA, Ramón, *Emperadores, obispos, monjes y mujeres. Protagonistas del cristianismo antiguo*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 215-231.

<sup>32</sup> GONZÁLEZ, Antonio, *Reinado de Dios e imperio. Ensayo de teología social*, op. cit., p. 255.

los nuestros. Pero los nuestros carecen de nuestros cuidados”.<sup>33</sup> Además, como se observa en este texto, el *agápe* cristiano, aunque principalmente estaba dirigido a los que pertenecían a la comunidad cristiana, también se abrió a los necesitados *paganos*, rebasando fronteras de nacionalidades y creencias. En este sentido, Tertuliano expresa así la fraternidad universal: “Según el derecho de la naturaleza, nuestra madre única, somos también hermanos vuestros [de los gentiles]”.<sup>34</sup>

Un escrito burlesco de Luciano de Samosata, titulado *Peregrinus*, narra la manera en que un pagano se hace pasar por cristiano para abusar de su fraternidad. Después de un tiempo es encarcelado, pero entonces disfruta de la solidaridad de los demás creyentes que lo visitan en la cárcel y lo apoyan con diversos servicios:

“Cuando él estaba en Banden, los cristianos, que consideraban aquello *como una desgracia personal que afectaba a todos*, hicieron lo posible e imposible para sacarlo de la prisión. Al no conseguirlo, se esmeraron de sobremañera para que nada le faltara. Antes de que el día despuntara, mujeres ancianas, viudas y jóvenes huérfanos estaban alrededor de la cárcel. Incluso los de mejor posición económica compraron a los guardianes en la cárcel y pasaban noches enteras haciéndole compañía. Se llegaron a celebrar opíparas comidas allí y santas conversaciones. Incluso de las más diversas ciudades de Asia vinieron gentes enviadas por sus respectivas comunidades para ayudarle, para ser sus abogados en el juicio y para consolarlo. Porque estas gentes son de una actividad y de una entrega inconcebibles en los casos que afectan a su comunidad; no reparan en molestias ni en esfuerzos. Y enviaron al peregrino una gran cantidad de dinero a causa de su cautividad. De ese modo, éste consiguió estupendos hospedajes”.<sup>35</sup>

Otro texto que muestra este sentido de inclusión y universalidad —no abstracta sino concreta— es de Justino, donde se hace un contraste entre la situación del Imperio y las relaciones sociales propuestas por la fe cristiana: “Si antes apreciábamos por encima de todo el dinero y las riquezas, ahora ponemos al servicio de la causa

<sup>33</sup> LOHFINK, Gerhard, op. cit., p. 175.

<sup>34</sup> TERTULIANO, *Apologeticum*, 39, 8.

<sup>35</sup> LUCIANO DE SAMOSATA, *Peregrinus*, 12-13 (cursivas mías).

común cuanto tenemos y lo compartimos con los necesitados. Si en otro tiempo nos odiábamos y matábamos unos a otros, ni siquiera compartimos el hogar con quienes no son de nuestra providencia, a causa de viejas costumbres de vida, ahora, tras la aparición de Cristo, convivimos como comensales”.<sup>36</sup> El nacimiento de un nuevo credo religioso no era motivo de sectarismo, sino de una lucha por rebasar “viejas costumbres de vida” para establecer relaciones sociales fraternas que llevaran a los hombres a ser “comensales” de una misma mesa. La importancia que todas las culturas han dado al acto de comer, como un acto ante todo entre iguales y compañeros, sirve como simbolismo a Justino y, en general, al cristianismo antiguo para expresar su solidaridad.

Es así como el *agápe* vivido en las comunidades cristianas se asemeja más al actual concepto de “solidaridad”.<sup>37</sup> Una solidaridad que permite una integración social alternativa para los pobres y oprimidos, y les hace desarrollar real e históricamente su dignidad humana.

### 3. La justicia social según la patrística

Los Padres del siglo IV tienen que enfrentarse con el problema de la miseria de los humildes y de los pobres. Existe todo un pueblo de artesanos y campesinos viviendo en condiciones de penuria. Son explotados por los usureros, mientras los ricos propietarios de tierras, sustraídos por su poder de la acción de los magistrados, despojan a los pobres y acumulan un lujo extraordinario.

Aunado a lo anterior, la iglesia comienza a masificarse, y poco a poco deja de ser una religión minoritaria. La pertenencia a las comunidades cristianas se generaliza, y las diferencias sociales entre los propios cristianos se acrecientan. Por eso, la denuncia contra la in-

justicia social, al estilo de los profetas del Antiguo Testamento, surge como uno de los temas de los Padres. No desarrollan una teoría económica ni un análisis de la realidad muy detallado. Parten de sus experiencias como encargados de las comunidades y buscan continuar con la vivencia de la fe cristiana. Sus afirmaciones deben tenerse como denuncias ante situaciones que atentaban contra la dignidad humana. Gregorio de Nisa advierte sobre este contexto: “No faltan extranjeros y exiliados. Por todos lados podemos ver manos extendidas que piden ayuda”.<sup>38</sup>

Hay denuncias en contra de la usura que mata de hambre al pobre, considerando como cosas inhumanas tanto al acto en sí como a la ganancia obtenida. Basilio dice:

“En lugar de conservar inutilizada tu plata, ¿por qué no prestarla sin usura, de manera que beneficie al uno y al otro? Porque sin duda tú no la perderás, y en cambio el otro podrá ganar con utilizarla (...). Pero si exiges interés usurero del pobre, superas todos los límites de la inhumanidad: te enriquecerás de sus penas, acumularás dinero de sus lágrimas, estrangularás al desnudo y azotarás al que tiene hambre: ninguna piedad, ninguna consideración por la familia del miserable, ninguna comprensión en tu espíritu: incluso llamarás ‘ganancia humana’ cuanto de ello provenga”.<sup>39</sup>

La condena no es tanto a la riqueza, sino a la acumulación absurda; el lujo es una injusticia ante la existencia de pobres. Esta denuncia se basa en que la naturaleza debe servir para la satisfacción de las necesidades de todos y no sólo de unos cuantos. San Basilio, al comentar un texto del Evangelio de Lucas, señala: “¿Y con ello qué produjo el corazón de ese hombre? Amarguras, odios, egoísmo incapaz de dar nada. *Ni siquiera le pasó por la mente que la naturaleza es de todos*”.<sup>40</sup> En el mismo sentido, San Ambrosio, en su famosa homilía sobre la *Historia de Nabot*, denuncia la acumulación de las riquezas —y por ende, su injusta distribución— como una de las causas de la pobreza que, además, atenta contra la comunidad de bienes que es el mundo creado por Dios:

<sup>38</sup> SAN GREGORIO DE NISA, *Homilía I sobre el amor a los pobres*.

<sup>39</sup> SAN BASILIO, *Homilía sobre el salmo XIV, contra los prestamistas*, V.

<sup>40</sup> SAN BASILIO, *Sobre Lucas 12, 18, 1*.

<sup>36</sup> JUSTINO, *Apología*, I, 14.

<sup>37</sup> Es importante aclarar que no se intenta establecer una relación lingüística entre *agápe* y solidaridad. Sus raíces etimológicas son distintas. Solidaridad proviene del latín, y fue usado en la época moderna por primera vez en francés. La locución latina *in solidum* para referirse a las responsabilidades contraídas absolutamente por cada uno de los sujetos coimplicados fue el trampolín de donde se saltó a otros significados. Lo que importa en este momento es relacionar la práctica de la fraternidad y del *agápe* cristianos con lo que hoy se busca como el principio solidaridad para los derechos humanos.

“Vosotros, ricos, no tanto deseáis poseer lo que es útil como quitar a los demás lo que tienen. Cuidáis más de expoliar a los pobres que de vuestra ventaja. Estimáis injuria vuestra si el pobre posee algo de lo que juzgáis digno de la posesión del rico. Creéis que es daño vuestro todo lo que es ajeno. ¿Por qué os atraen tanto las riquezas de la naturaleza? *El mundo ha sido creado para todos y unos pocos ricos intentáis reservároslo.* Pues no sólo la posesión de la tierra, sino el mismo cielo, el aire, el mar, lo reclaman para su uso unos pocos ricos. Este espacio que tú encierras en tus amplias posesiones, ¿a cuánta muchedumbre podría alimentar? ¿Acaso los ángeles tienen divididos los espacios de los cielos, como tú haces cuando divides la tierra con mojones?”<sup>41</sup>

En el mismo texto de San Ambrosio se encuentra claramente la postura de los Padres respecto al destino de la creación, que es contrario a la insensata acumulación de riquezas:

“¿Hasta dónde pretendéis llevar, oh ricos, vuestra codicia insensata? ¿Acaso sois los únicos habitantes de la tierra? ¿Por qué expulsáis de sus posesiones a los que tienen vuestra misma naturaleza y vindicáis para vosotros solos la posesión de toda la tierra? En común ha sido creada la tierra para todos, ricos y pobres; ¿por qué os arrogáis, oh ricos, el derecho exclusivo del suelo? Nadie es rico por naturaleza, pues ésta engendra igualmente pobres a todos. Nacemos desnudos y sin oro ni plata.”<sup>42</sup>

Otro mecanismo de explotación económica que es denunciado por los Padres es el comercio injusto. En la homilía arriba citada de San Basilio se lee:

“¿Qué no harías por el oro? Para ti el trigo tiene que convertirse en oro, y el vino aumentar tu oro; la lana ha de transformarse en oro, y todas las mercancías y tus proyectos concretarse en oro. El mismo oro tiene que procrear más oro por medio de los intereses. Jamás te sentirás saciado, ni tu concupiscencia encontrará jamás un límite. Algunas veces dejamos a los niños golosos que se hartan de dulces para que, hartos y empalagados, se saturen y dejen por sí mismos las golosinas. No es posible hacer lo mismo con los avaros; porque mientras más hartos están, más desean.”<sup>43</sup>

<sup>41</sup> SAN AMBROSIO, *Historia de Nabot*, III, 11 (cursivas mías).

<sup>42</sup> *Idem*, I, 1.

<sup>43</sup> SAN BASILIO, *Sobre Lucas 12, 18*, IV.

Los Padres abordan la dignidad humana no de manera abstracta, sino desde la realidad de opresión y exclusión. Para ellos, el reconocimiento de la dignidad humana no se realiza a través de la enunciación de principios generales y abstractos sino a través de la praxis humana, que es particular y concreta. La dignidad humana la reconocen, en cambio, por medio de la solidaridad (del *agápe*), del reconocimiento del otro y de la lucha por satisfacer sus necesidades: “No desprecies a los pobres que yacen por tierra, como si fuesen personas sin precio. Mira bien quiénes son, y reconoce su dignidad: ellos personifican a nuestro Salvador”.<sup>44</sup> Además, los Padres defendieron con claridad que esta dignidad es, en términos modernos, inalienable e incondicional; no hay causas ni motivos que justifiquen relegar a la indigencia o discriminar a un ser humano.

Así como los rayos del sol brillan sobre todos, la solidaridad para hacer histórica la dignidad debe dirigirse hacia todos, pero en especial hacia aquellos que han sido víctimas:

“Así pues, a la manera de tu Dios, quien, aunque muchos sean blasfemos y muchos fornicarios, y ladrones y rateros y taladradores de sepulcros y comentan infinitos pecados, con todo no cesa de hacerles beneficios, sino que da comunes los rayos del sol y los frutos de la tierra, y muestra su benevolencia para con todos los hombres, así procede tú cuando llegue la ocasión de misericordia: ayuda a los pobres, aplaca su hambre, líbralos de sus desgracias y sufrimientos, no interrogues nada más. Porque si andamos inquiriendo curiosamente las vidas de los hombres, nunca nos compadeceremos de nadie, sino que, impedidos por esa curiosidad importuna, permaneceremos sin fruto alguno y sin auxilio y nos echaremos encima inútilmente y para nada mucho trabajo.”<sup>45</sup>

Tampoco la igualdad que defienden los Padres consiste en un concepto abstracto que desconozca las desigualdades de hecho. No es un concepto basado sólo en una “naturaleza humana” universal, sino en la solidaridad y en el ya comentado destino común de los bienes. En San Ambrosio, dentro del mismo contexto de denuncia a los abu-

<sup>44</sup> SAN GREGORIO DE NISA, *Homilía I sobre el amor a los pobres*.

<sup>45</sup> SAN JUAN CRISÓSTOMO, *Homilía acerca de las limosnas*, VI.

sos del rico sobre el pobre, se hace referencia a la igualdad de los seres humanos:

“Nacemos desnudos y sin oro ni plata. Desnudos vemos la luz del sol por primera vez, necesitados de alimento, vestido y bebidas; desnudos recibe la tierra a los que salieron de ella, y nadie puede encerrar con él en su sepulcro los límites de sus posesiones. Un pedazo estrecho de tierra es bastante a la hora de la muerte, lo mismo para el pobre que para el rico, y la tierra, que no fue suficiente para calmar la ambición del rico, lo cubre entonces totalmente. La naturaleza no distingue a los hombres ni en su nacimiento ni en su muerte. Les engendra igualmente a todos y del mismo modo les recibe en el seno del sepulcro. ¿Quién puede establecer clases entre los muertos? Excava de nuevo los sepulcros, y si puedes, distingue al rico. Desenterrad poco después una tumba y hablad si reconocéis al necesitado. Acaso solamente se puedan distinguir en que con el rico se pudren muchas mas cosas”.<sup>46</sup>

El germen de lo inhumano es la falta de solidaridad; para Basilio de Cesarea, la indiferencia ante la pobreza es un acto inhumano, propio de fieras salvajes: “El que pasa indiferente ante esos cuerpos, ¿de qué castigo no es digno?, ¿acaso le queda algún otro colmo de crueldad que contemplar?, ¿no es digno de ser contado entre la fieras más inhumanas, de ser mirado como un criminal y un homicida? Sí, el que tiene facultades para socorrer ese mal y lo difiere por avaricia voluntariamente, ¡que sea con toda justicia condenado como homicida!”<sup>47</sup> Son palabras fuertes, con mucho contenido emocional, pero reflejan la lucha de estos autores por conservar en su tiempo la solidaridad cristiana de los primeros siglos.

En resumen, en los Padres no se trata tan sólo de un concepto de justicia distributiva sino es, ante todo, una justicia social que está fundamentada en tres ideas básicas: el destino común de los bienes de la naturaleza para la satisfacción de las necesidades de todos; la dignidad de todo ser humano, realizada en la historia a través de la solidaridad hacia los excluidos del sistema; y la igualdad de los seres humanos que es negada por la situación de acumulación de riquezas a costa del aumento de la pobreza.

<sup>46</sup> SAN AMBROSIO, *Historia de Nabot*, I, 2.

<sup>47</sup> BASILIO DE CESAREA, *Homilía para el tiempo de hambre*.

#### 4. La denuncia del abuso del poder y la opción por la no-violencia

Los Padres denunciaron distintas formas de poder. Uno de ellos fue el poder económico y expresado con claridad por San Ambrosio: “La historia de Nabot sucedió hace mucho tiempo, pero se renueva todos los días. ¿Qué rico no ambiciona continuamente lo ajeno? ¿Cuál no pretende arrebatar al pobre su pequeña posesión e invadir la herencia de sus antepasados? ¿Quién se contenta con lo suyo? ¿Qué rico hay al que no excite su codicia la posesión vecina?”<sup>48</sup> Otra de las denuncias, siendo una de las más destacables, es contra el abuso del poder estatal.

La posición del cristianismo primitivo ante el Estado tuvo importantes elementos de protesta e insubordinación. Los autores no-cristianos lo criticaban porque promovía, según ellos, la evasión de las responsabilidades públicas y el desprecio de los actos estatales. Era tal la visión de los *paganos* respecto a la relación de los cristianos y las funciones públicas que Celso consideraba necesario negarles ciertos derechos:

“Si los cristianos se niegan a realizar los sacrificios habituales y a rendir homenaje a quienes los presiden, entonces han de renunciar a dejarse liberrar, a casarse, a tener hijos, a cumplir con las funciones de la vida. No les queda más que marcharse lejos de aquí, sin dejar el más pequeño brote para que la tierra se vea purgada de esa ralea. Pero si quieren casarse, tener hijos, comer de los frutos de la tierra, participar de las alegrías de la vida como de los males, es menester que rindan los debidos honores a quienes están encargados de administrarlo todo”.<sup>49</sup>

Pero contra estas aseveraciones, que presentan al cristianismo primitivo como un sectarismo apartado de la sociedad, los apologistas sostenían lo contrario: “Vivimos con vosotros, tenemos el mismo alimento, el mismo vestido, el mismo género de vida que vosotros; estamos sometidos a las mismas necesidades de la existencia”.<sup>50</sup> Los

<sup>48</sup> SAN AMBROSIO, *Historia de Nabot*, I, 1.

<sup>49</sup> CELSO, *La palabra de verdad*, conservada en extractos en ORÍGENES, *Contra Celso*.

<sup>50</sup> TERTULIANO, *Apología*, XLII.

cristianos viven en la sociedad y participan de ella, pues no es el sectarismo ni la evasión al mundo lo que los caracteriza:

“Porque los cristianos no se distinguen del resto de la humanidad ni en la localidad, ni en el habla, ni en las costumbres. Porque no residen en alguna parte en ciudades suyas propias, ni usan una lengua distinta, ni practican alguna clase de vida extraordinaria. Ni tampoco poseen ninguna invención descubierta por la inteligencia o estudio de hombres ingeniosos, ni son maestros de algún dogma humano como son algunos. Pero si bien residen en ciudades de griegos y bárbaros, según ha dispuesto la suerte de cada uno, y siguen las costumbres nativas en cuanto a alimento, vestido y otros arreglos de la vida, pese a todo, la constitución de su propia ciudadanía, que ellos nos muestran, es maravillosa (paradójica), y evidentemente desmiente lo que podría esperarse. Residen en sus propios países, pero sólo como transeúntes; comparten lo que les corresponde en todas las cosas como ciudadanos, y soportan todas las opresiones como los forasteros. Todo país extranjero les es patria, y toda patria les es extraña. Se casan como todos los demás hombres y engendran hijos; pero no se desembarazan de su descendencia. Celebran las comidas en común, pero cada uno tiene su esposa. Se hallan en la carne, y, con todo, no viven según la carne. Su existencia es en la tierra, pero su ciudadanía es en el cielo. Obedecen las leyes establecidas, y sobrepasan las leyes en sus propias vidas. Aman a todos los hombres, y son perseguidos por todos. No se hace caso de ellos, y, pese a todo, se les condena. Se les da muerte, y aun así están revestidos de vida. Piden limosna, y, con todo, hacen ricos a muchos”.<sup>51</sup>

El texto anterior, a primera vista, contiene diversas contradicciones. Se habla de la inclusión de los cristianos en la sociedad, pero sin llegar a pertenecer del todo a ella. Es, en cierta manera, un texto que refleja la complejidad de la comprensión del Estado y del poder por parte del cristianismo primitivo, la cual se encuentra ya presente en los textos bíblicos.

#### A. El Estado en las raíces bíblicas del cristianismo

En los textos del Nuevo Testamento se encuentran tanto la postura positiva como la negativa respecto al valor del Estado. El ejemplo

<sup>51</sup> Carta de Diogneto, V.

más claro de la primera posición es el pensamiento paulino, mientras que del segundo punto de vista es el libro del Apocalipsis.

La función positiva del Estado, según los textos bíblicos, se encuentra en la Carta a los Romanos. Es un texto exhortativo, es decir, no busca hacer un juicio sobre el Estado sino persuadir a los miembros de la comunidad de Roma a la adopción de cierta praxis. En esta epístola, Pablo explica en primer lugar la manera en que deben darse las relaciones en el interior de las comunidades cristianas, terminando con una alusión sobre la solidaridad económica<sup>52</sup> entre sus miembros. La segunda parte consiste en una serie de exhortaciones sobre las relaciones entre los cristianos y quienes no lo son; entre ellas se hace referencia al Estado. El texto es el siguiente:

“...quien se opone a la autoridad, se rebela contra el orden divino, y los rebeldes se atraerán sobre sí mismos la condenación. En efecto, los magistrados no son de temer cuando se obra el bien, sino cuando se obra el mal. ¿Quieres no temer a la autoridad? Obra el bien, y obtendrás de ella elogios, pues es para ti un servidor de Dios para el bien. Pero, si obras el mal, teme; pues no en vano lleva espada; pues es un servidor de Dios para hacer justicia y vengador para castigar al que hace lo malo. Por lo cual es necesario estarle subordinado, no solamente por razón del castigo, sino también por causa de la conciencia. Por eso precisamente pagáis los impuestos, porque son funcionarios de Dios, ocupados asiduamente en ese oficio. Dad a cada cual lo que le debe: a quien impuestos, impuestos; a quien tributo, tributo; a quien respeto, respeto; a quien honor, honor” (Rm 13, 2-7).

En este texto, ¿se está divinizando al Estado y, por lo tanto, se le está dando un poder absoluto? Se trata de un texto complejo de interpretar y que necesitaría de un mayor conocimiento sobre la teología paulina, cosa que no se puede abordar en estos momentos por límites de espacio. Basta con establecer su sentido fundamental. El texto señala dos tipos de acciones que pueden ejecutar la autoridad: elogiar a quien haga el bien o la espada para castigar el mal. En cambio, líneas antes, Pablo se dirige a los miembros de la comunidad con estas exhortaciones: “No devuelvas a nadie el mal por mal” (Rm 12, 17); “no te dejes vencer por el mal; antes bien, vence al mal con el

<sup>52</sup> Rm 12, 9-13.

bien" (Rm 12, 21). Es así como Pablo explicó lo que la sociología moderna llama el monopolio de la violencia.<sup>53</sup> Por eso reconoce en el Estado "un orden divino", no porque lo esté divinizando, sino porque cumple con la función de detener la cadena interminable de la venganza,<sup>54</sup> pues con el Estado toda violencia, excepto la que él ejerce, es considerada ilegítima.

En el texto paulino, el Estado no es declarado divino en sí mismo, sino sólo como un servidor de Dios, en cuanto monopoliza la violencia. Sin embargo, la voluntad más plena de Dios está, para Pablo, no en el Estado, sino en las comunidades cristianas, las cuales no deben seguir la lógica de la violencia —responder al mal con mal— sino una lógica diferente: responder al mal con bien. Mientras que el Estado detiene la lógica de la violencia monopolizándola y, en su caso, actuando violentamente, el cristianismo del primer siglo la detiene respondiendo al mal con bien: "Antes al contrario, si tu enemigo tiene hambre, dale de comer; y si tiene sed, dale de beber" (Rm 12, 20). El mismo sentido se encuentra en la primera carta de Pedro (1 Pe 2, 12-17).

Sin embargo, el monopolio de la violencia no significa una auténtica solución pues a final de cuentas, según los textos bíblicos, se sigue respondiendo a la violencia con violencia. El poder estatal estará siempre en constante tentación de considerarse absoluto y de legitimar cualquier uso que le dé a la violencia; por eso, sucede en ocasiones, que en vez de detener la cadena de venganzas sólo la agrave. La función del Estado de detener la ola de venganzas puede dejar de ser una mediación que ayude a generar las condiciones para ejercer la dignidad humana, al degenerar el monopolio de la violencia en

<sup>53</sup> GONZÁLEZ, Antonio, *Reinado de Dios e imperio. Ensayo de teología social*, op. cit., p. 268.

<sup>54</sup> Cabe señalar que al resaltar la función del Estado de "detener la cadena interminable de la venganza" no se está asumiendo una postura semejante a la del Estado liberal-policiaco. Los textos bíblicos comprenden la violencia y la venganza de manera muy amplia. Su primera presentación está en Caín y Abel; la "venganza" y la violencia de Caín sobre Abel es más que un mero delito de homicidio, sino que es una consecuencia de una cuestión estructural, como va quedando más patente en los pasajes posteriores del Génesis. En este caso, por ejemplo, la exclusión del Estado en la regulación de la economía puede estar generando más violencia y hacer del mercado, más que una institución al servicio del hombre, una institución generadora de venganzas y promotora de la violencia.

el arma para imponer una razón de Estado sobre la razón de las personas y su reproducción de vida. En efecto, los autores bíblicos fueron más críticos cuando se dieron a la tarea de analizar la estructura estatal. En el libro del Apocalipsis, la bestia representa al Imperio Romano, recibiendo su autoridad del dragón que, simbólicamente, representa a Satanás (Ap 12, 8-13, 4).

La simbología bíblica es interesante, y va más allá de meras categorías mitológicas de los pueblos antiguos. En ella existe una comprensión de la estructura violenta de todo Estado. Los pueblos antiguos colocaban en las divinidades la tarea de monopolizar la violencia; los dioses premiaban a quienes hacían el bien y castigaban a quienes hacían el mal. Pero cuando existe un Estado, sea el romano o cualquier otro, asumen esa función de retribución. Por eso no es extraño que los Estados constantemente desean divinizarse; en la antigüedad esta pretensión era explícita a través de una religión oficial, pero aun los Estados modernos seculares lo hacen constantemente: piden "juramentos" de fidelidad; celebran ceremonias de culto a su bandera y símbolos; sacrifican vidas humanas en función de la seguridad nacional; edifican altares a la patria y a sus fundadores que, en la mayoría de los casos, utilizaron la violencia. Es más, la genealogía del Estado moderno se caracteriza, entre otras cosas, por sus orígenes violentos.

De ahí que, aunque tenga una función positiva, el Estado tiende siempre a un uso abusivo de su poder. Al respecto, es famoso el siguiente texto evangélico: "Pero Jesús los convocó y dijo: 'Sabéis que los jefes de las naciones las dominan tiránicamente, y los grandes se aprovechan de su autoridad sobre ellas. ¡Que no sea así entre ustedes!, sino que el que entre ustedes quiera llegar a ser grande, sea su servidor; y el que entre ustedes quiera ser primero, sea su esclavo'" (Mt 20, 25-27).

El contraste entre las dos posturas arriba mencionadas no debe verse como la existencia de una posición conservadora y otra radical, sino que ambas están en la misma tesitura. La línea paulina consiste en una exhortación de la opción no-violenta de las comunidades cristianas, comprendiendo que la función positiva del Estado es poner un alto a la lógica de la violencia, aunque no resuelva de raíz el problema. Por otro lado, el Apocalipsis y otros textos comprenden la lógica violenta de todo Estado que constantemente los lleva a divini-

zar su función, dando pie al abuso del poder, a la violencia instituida, y a situaciones que destruyen y detienen la vida.

### B. La patristica y el Estado

La postura de los Padres es un discurso que guarda cierta coherencia con los elementos analizados de la fe bíblica. Como se ha visto, la comunidad de bienes propuesta por el cristianismo primitivo no se realizó desde el poder estatal, sino que se trató de una solidaridad aceptada libremente desde abajo. El *agápe* cristiano, según el testimonio de las primeras comunidades, no se constituyó por un decreto imperial; “el cristiano no nace, sino que se hace”, llegó a sostener Tertuliano. La construcción de nuevas relaciones sociales partía desde abajo y no por órdenes imperiales. La solidaridad propuesta no podía ser impuesta por la violencia estatal, sino por la libre elección desde la fe. En este sentido, es relevante el caso del emperador Juliano quien, habiendo sido cristiano, trató de imitar artificialmente el sistema de las comunidades desde el Estado, y se esforzó en demostrar que la *philantropia* era una virtud propia del helenismo, previa al cristianismo; su intento fracasó.<sup>55</sup> De ahí que los cristianos se sintieran dentro de la sociedad romana, pero constituyendo comunidades donde se iban instaurando relaciones interhumanas diferentes. Así, a la vez que eran capaces de compartir los bienes y superar sus necesidades básicas, las comunidades se presentaban como sociedades-contraste o sociedades-protesta ante la realidad de opresión y exclusión que se vivía en la sociedad imperial.

Ahora bien, ¿qué posición había respecto al Estado? Celso convocaba a los cristianos para que aceptaran los cargos públicos y la defensa del Imperio: “Sostened al emperador con todas vuestras fuerzas, compartid con él la defensa del derecho; luchad por él si lo exigen las circunstancias; ayudadle en el mando de sus tropas. Para ello, dejad de eludir los deberes cívicos y el servicio militar; participad en

<sup>55</sup> LOHFINK, Gerard, *op. cit.*, pp. 175-176. Además, es significativo que este emperador, más filósofo que político, se haya opuesto a los ritos sacros del poder imperial. Un factor que para muchos significó la razón de su fracaso.

las funciones públicas, si es preciso, por la salvación de las leyes y la causa de la piedad”.<sup>56</sup> De cierta manera, la acusación de Celso era cierta, pues los cristianos se negaban a realizar el culto a los dioses del Imperio. Esta controversia no tenía sólo un contenido religioso sino también sociopolítico. El culto a los dioses del Imperio era una manera de control político y un reflejo de lealtad al emperador. En un principio era obligatorio sólo para magistrados y soldados, pero, durante el siglo III, cuando el Imperio estaba amenazado en las fronteras, el emperador Decio quiso asegurarse la lealtad de los civiles en la retaguardia. Todos los ciudadanos tenían que sacrificar a los dioses imperiales y pedir un certificado de haberlo hecho (año 250 d.C.). La negativa a hacerlo fue origen de la primera persecución general contra los cristianos.

El culto a los dioses se completaba con el juramento a la *tyché*<sup>57</sup> del César. Los cristianos también se negaban a realizarlo, acto que era interpretado como una auténtica irresponsabilidad ante el Estado. Este tipo de culto era originario de oriente con los gobernantes helenistas, sucesores de Alejandro, y algunos historiadores ubican sus inicios entre los persas. En occidente, apareció con fuerza cuando los emperadores romanos desearon extenderlo por todo el imperio; en las provincias orientales el emperador era divinizado en vida,

<sup>56</sup> CELSO, *La palabra de verdad*, conservada en extractos en Orígenes, *Contra Celso*.

<sup>57</sup> Erwin ROBERTSON señala en su monografía *De Cicerón a César*: “La adhesión a Fortuna; esta divinidad misteriosa, caprichosa, abstracta, ya invocada por Sila, y que no es una de las grandes diosas del panteón tradicional griego y romano. César instaura los juegos a esta deidad que es su propia fortuna, la *Fortuna Caesaris*, divinidad que en el mundo helenístico tiene toda una connotación bastante profunda. En el mundo griego Fortuna es *Tyché*, que ha sido también la patrona de tantos reyes y generales. Un historiador como POLIBIO ve en esta *Tyché* la fuerza motriz de la propia historia universal. La connotación de Fortuna no es una mera invocación a la suerte, sino a la deidad que da la victoria. Los juegos de la *victoria Caesaris*, la victoria de César, aluden también a una divinidad que no ha dejado de acompañar a César; no es el simple hecho del triunfo sin ningún sentido sacral como puede tenerlo para nosotros. Fortuna y Victoria podrían verse como un desdoblamiento de la misma *Venus Victrix*. Por lo demás, tal vez en el concepto de Fortuna haya influencia irania y por lo tanto la palabra tenga un significado más profundo; porque el concepto griego de *Tyché* se usa para traducir una expresión irania (*hvarenoh*) que se refiere a la gloria, la gloria de los reyes de Persia. Alude al fundamento sacro del poder”, [http://www.umce.cl/~cipumce/cuadernos/facultad\\_de\\_historia/monografias\\_tematicas/cuaderno\\_21/de\\_ciseron\\_cesar\\_indice.htm](http://www.umce.cl/~cipumce/cuadernos/facultad_de_historia/monografias_tematicas/cuaderno_21/de_ciseron_cesar_indice.htm), consulta: julio de 2006.

mientras que en Roma, después de la muerte.<sup>58</sup> La opinión más generalizada sostiene que si bien fue Diocleciano, a finales del siglo IV, quien sistematizó y dio mayor esplendor a la *adoratio* al emperador, esta manera de reforzamiento del poder existía con anterioridad aunque de manera implícita y dispersa.<sup>59</sup> Se trataba de una religión al servicio del poder político y la participación en su culto era una muestra de lealtad política.

Realizar el juramento a la *tyché* era parte de ese culto (*adoratio*) al emperador. No obstante, para Orígenes, la *tyché* era una palabra vacía que no fundamentaba ninguna divinidad del César, pues ésta no era sino una expresión de la ilimitada voluntad humana de ejercer el poder, “y cuando se diviniza el poder humano, todos los demonios acampan a sus anchas”.<sup>60</sup> En este sentido, los Padres se opusieron a toda divinización del poder, considerándola un acto de idolatría. Sería un reduccionismo considerar esto como un tema meramente religioso, pues en el contexto bíblico —el cual es fundamento de las reflexiones patrísticas— la idolatría no es una oposición al politeísmo sino al hecho de darle a los actos humanos y los objetos realizados por ellos un lugar que no les corresponde en un orden justo. En este sentido, divinizar al Estado es un acto idolátrico pues se niegan sus orígenes humanos, tratando de esconder sus limitaciones, sus defectos y su lógica violenta. Conlleva a considerar que el monopolio de la violencia y el uso de la fuerza no tienen más límites que la voluntad del soberano.

La otra acusación contra los cristianos consistía en su negativa de ocupar puestos públicos. Lo cual también se explica sobre la base del *agápe*. Si la opción cristiana consistía en construir una nueva sociedad desde abajo, participar en el poder del Estado no era un camino coherente con la fe. Esto no quiere decir que no hubiera cristianos en puestos públicos, aunque tuvieran que renunciar a ellos si consistían en actos propios del monopolio de la violencia. Por ejemplo, *La tradición apostólica*, cuya autoría ha sido por lo general asignada a

<sup>58</sup> COMBY, Jean, *Para leer la historia de la Iglesia*, Verbo Divino, Estella, 1990, pp. 28-29.

<sup>59</sup> TEJA, Ramón, *op. cit.*, pp. 39-71.

<sup>60</sup> LOHFINK, Gerard, *op. cit.*, p. 179.

Hipólito alrededor del siglo III, aunque algunos investigadores piensan que proviene del siglo siguiente, señala las siguientes reglas para el ingreso a las comunidades cristianas:

“El soldado subalterno a nadie matará y, en caso de recibir la orden, no la ejecutará ni prestará juramento. Si así no lo hiciera, será rechazado. El que tiene el poder de la espada, y también el magistrado que lleva la púrpura, lo dejarán o serán rechazados. El catecúmeno y el fiel que pretendan hacerse soldados, serán rechazados, pues han menospreciado a Dios”.<sup>61</sup>

Los cristianos podían ejercer labores en el Estado en aquello que no significara participar de su violencia; en este sentido, los autores del cristianismo primitivo invitan a orar por los gobernantes y a pagar los impuestos. Pero, lo cierto es que el compromiso social promovido por los Padres no era aquel que se esfuerza en conseguir un puesto dentro del Estado, sino que se trataba de uno más radical.<sup>62</sup> Consistía, como se ha insistido, en la solidaridad desde los estratos inferiores de la sociedad. Y en esta opción, además, existía una oposición clara al ejercicio del poder, el cual, irremediamente, participa de la lógica de la violencia: “Porque la felicidad no consiste en enseñorearse del prójimo, ni en desear tener más que el débil, ni en poseer riqueza y usar fuerza sobre los inferiores”.<sup>63</sup> Tertuliano, por ejemplo, admitía que un cristiano podría ejercer cargos públicos mientras pudiera hacerlo sin participar en el culto pagano y sin ejercer las funciones políticas que implicaban condenar a las personas a la muerte, a perder sus bienes o a sufrir penas de cárcel.<sup>64</sup>

### C. La opción por la no-violencia

Pero, ¿cuál es la opción ante los abusos del poder según la patrística? Consecuentemente con las raíces bíblicas de la fe cristiana, se encuentra todavía en los Padres una opción clara por la lucha no-vio-

<sup>61</sup> HIPÓLITO, *La tradición apostólica*, XVI.

<sup>62</sup> ORÍGENES, *Contra Celso*, VIII, 75.

<sup>63</sup> *Carta de Diogneto*, X.

<sup>64</sup> TERTULIANO, *Sobre la idolatría*, XVII.

lenta. Mientras que el Estado, y en general los demás poderes, funcionan dentro de la lógica de la violencia, la propuesta de los Padres para la vida de las comunidades es la no-violencia. No se trata de una actitud pasiva o un "pacifismo" radical sino de un comportamiento creativo para enfrentar al opresor. La *Didajé* o *Doctrina de los doce apóstoles* es uno de los más antiguos documentos cristianos extrabíblicos. Antiguamente se fechaba en la segunda mitad del siglo I, hoy es más común fecharlo en la primera mitad del II. En él, se encuentra el siguiente texto inspirado en el Evangelio de Mateo:

"Y de estos preceptos la enseñanza es ésta: Bendecid a los que os maldicen y rogad por vuestros enemigos, y ayunad por los que os persiguen. Porque ¿qué gracia hay en que améis a los que os aman? ¿No hacen esto también los gentiles? Vosotros amad a los que os odian, y no tengáis enemigo. Apartate de los deseos carnales. Si alguno te da una bofetada en la mejilla derecha, vuélvele la izquierda, y serás perfecto. Si alguien te fuerza a ir con él durante una milla, acompáñale dos. Si alguien te quita tu manto, dale también la túnica".<sup>65</sup>

Estas tres acciones no se refieren a una actitud evasiva de la realidad. Walter Wink ha demostrado que significan, al contrario, acciones para resistir *activa y no-violentamente* a las acciones del opresor.<sup>66</sup> La bofetada con el reverso de la mano derecha era una manera usual de amonestación por parte de los superiores a sus inferiores: los señores a los esclavos; los esposos a las esposas; los padres a los hijos; etc. En cambio, el golpe con la palma de la mano o con el puño se daba sólo entre iguales.<sup>67</sup> Por eso, cabe destacar, que estos consejos

<sup>65</sup> *Didajé*, I, 3-4.

<sup>66</sup> WINK, Walter, *Engaging the Powers, Discernment and Resistance in a World of Domination*, Fortress Press, Minneapolis, 1992, pp. 174-184.

<sup>67</sup> La *Misná* habla de las indemnizaciones ante este tipo de golpes: "Si uno da un puñetazo a su prójimo, ha de indemnizarle con una selá. R. Yehudá dice en nombre de R. Yosé el galileo: una mina. Si le da una bofetada, ha de darle doscientos sús. Si le abofetea con el reverso de la mano, ha de indemnizarle con cuatrocientos sús" (*Babá Qammá* 8,6). Las equivalencias son: una selá son cuatro sús, y un sús es el salario de un día de trabajo, el equivalente a un denario romano, y una mina son cien sús. Como puede verse, la bofetada, y más la bofetada con el reverso de la mano, tienen mayor castigo que el puñetazo. Esto porque en las sociedades mediterráneas el "honor" ocupaba el centro de los sistemas de valores; por eso era más castigada la bofetada aun cuando el puño pudiese causar más

están dirigidos a quienes padecen la opresión y no a quienes la ejercen; estos textos no se expresan como recomendaciones al dominador para que modifique su actitud ("Si golpeas a alguien en la mejilla derecha..."), sino como una motivación a la resistencia del oprimido. En principio, "poner la otra mejilla" era la forma de negarle el poder de humillación al amo,<sup>68</sup> pues no se baja la cabeza después de la bofetada. Quien ponía la otra mejilla estaba afirmando: "Intenta de nuevo. Tu primer golpe falló en su cometido. Te niego el poder de humillarme. Soy un ser humano como tú. Tu posición social no altera esa realidad. No puedes humillarme".<sup>69</sup> Ahora bien, como se dijo, el golpear la mejilla derecha implicaba dar un golpe con el reverso de la mano derecha que indicaba así un profundo desprecio; además, según las costumbres del tiempo en que fueron escritos los textos novotestamentarios, dar el golpe usando la mano izquierda era indigno, "la mano izquierda era usada sólo para tareas impuras".<sup>70</sup> En este sentido, al ofrecer la mejilla izquierda, el ofendido pone al ofensor ante la tesitura de dar un golpe prácticamente imposible o de reconocerle como persona, como un igual al no golpearlo con el reverso de la mano sino con la palma o el puño.

Por otro lado, el texto se refiere a ciertas labores forzosas (*angareia*) que los soldados romanos podían imponer a los civiles, sobre todo para ayudarlos a transportar su equipo, el cual se calcula pesaba entre 30 a 40 kilos sin armas. El escenario del texto citado es claro: un campesino es forzado a cargar el equipaje de un soldado romano, lo cual consistía en una tarea humillante. El judío que acompañaba a los militares romanos una milla más, los obligaba a romper sus normas que prohibían exigir más de una milla o a pedirle de forma amable que les devolviera sus bártulos. Por último, la referencia a entregar también la túnica, tiene como contexto cuando un campesino, debi-

daños físicos. Sin embargo, sólo podían ser indemnizados los hombres libres, pues los esclavos no podían serlo: "Por los esclavos no hay que indemnizar el concepto de injuria" (*Babá Qammá* 8, 6), pues la indemnización estaba en función de la "dignidad" de la persona: "Esta es la regla: todo depende de la dignidad de la persona (ofendida)" (*Babá Qammá* 8, 6).

<sup>68</sup> Por cierto, Gandhi enseñaba, en el siglo XX, que el primer principio para la acción no-violenta es la no colaboración con cualquier tipo de humillación.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 176.

<sup>70</sup> *Idem*.

do a sus deudas, era demandado por un latifundista;<sup>71</sup> el hecho de que se desnudara no sólo denunciaba la opresión sufrida, sino que, según la cultura judía de la época, quienes se colocaban en una situación vergonzosa eran quienes veían la desnudez y no quien se quitaba el manto y la túnica.

La razón de esta opción se puede enunciar de manera sencilla: una oposición no-violenta no *aspira necesariamente al poder*, en cambio, una oposición violenta aspira normalmente al poder. Y ya se vio como, la solidaridad desde abajo, no se construye desde el poder. Lo cual no significa apoliticidad, ni indiferencia a las tareas que debe realizar el Estado, sino la construcción de relaciones políticas diferentes. De ahí la decidida opción por la paz: “No formarás bandos, sino que guardarás la paz, tratando de reconciliar a los que luchan”.<sup>72</sup> Al respecto, los Padres se encontraron inspirados en un texto de Isaías: “Forjarán de sus espadas azadones / y de sus lanzas podaderas. / No levantará espada nación contra nación / ni se ejercitarán más en la guerra”. (Is 2, 4). Buscaron, pues, la construcción de un pueblo en el que las espadas se convirtieran en arados y en el que ya nadie se preparara para la guerra. Así lo sostienen de manera unánime Justino, Irineo, Tertuliano y Orígenes.

“Nosotros, los que estábamos antes llenos de guerra y de muertes mutuas y de toda maldad, hemos renunciado en toda la tierra a los instrumentos guerreros y hemos cambiado las espadas en arados y las lanzas en útiles de cultivo de la tierra y cultivamos la piedad, la justicia, la fe, la esperanza, que nos viene de Dios Padre”.<sup>73</sup>

“Mas si la ley de la libertad, es decir la Palabra de Dios que los Apóstoles, saliendo de Jerusalén, anunciaron por toda la tierra, ha provocad tal transformación que las espadas y las lanzas se convierten en arados y en hoces que él nos ha dado para segar el trigo, y en lugar de aprender a guerrear aquel que recibe un golpe pone la otra mejilla, entonces los profetas no han hablado de ningún otro, sino del que ha realizado estas cosas”.<sup>74</sup>

<sup>71</sup> En esto, Mateo es explícito: “al que quiere llevarte a juicio para quitarte la túnica, dale también el manto” (5, 40).

<sup>72</sup> Carta de Bernabé, XIX, 12.

<sup>73</sup> JUSTINO, *Diálogo con el judío Trifón*, 110.

<sup>74</sup> IRINEO, *Contra herejes*, IV, 34. En el mismo sentido, véase: Orígenes, *Contra Celso*, V, 33; TERTULIANO, *Contra judíos*, 3.

La opción por la no-violencia no es un pacifismo, sino una manera concreta de lucha que no colabora con la lógica violenta del agresor. Algo semejante se puede encontrar en la actitud de Sócrates en su juicio; sin embargo, su elección apenas fue un mero acto moral de dimensiones individuales. En cambio, en el cristianismo primitivo se trata de una opción política de dimensiones sociales.

## 5. La libertad de creencias y el pluralismo religioso

Parecería que la libertad de creencias, en concreto la libertad religiosa, no es algo que se pueda encontrar en el pensamiento patristico. Sin embargo, en varios autores de la Iglesia primitiva se encuentran textos que muestran una conciencia importante sobre el respeto a la pluralidad religiosa y a la libertad de creencias. Fueron principalmente dos razones las que sustentaron esta postura. Por un lado, una gran tradición del cristianismo antiguo señala la clara distinción entre iglesias y Estado. Por otro, como se ha visto, las comunidades cristianas constituyeron ámbitos de libertad, donde la solidaridad era una decisión libre; así se constituían en sociedades-protesta hacia el resto de la sociedad. La imposición de una religión significaría el uso de la violencia que, como se ha visto, fue rechazada por los Padres. Juan Jesús Tamayo destaca esta característica de la Iglesia primitiva, y cita los siguientes textos:<sup>75</sup>

“Es un derecho humano fundamental, un privilegio de la naturaleza, que todos los seres humanos procedan de acuerdo con sus propias convicciones. La religión de una persona ni perturba ni ayuda a otra. No está en la naturaleza de la religión que se imponga por la fuerza” (Tertuliano).

“No hay nada tan voluntario como la religión; ésta desaparece y se hace nula si el sacrificio es ofrecido contra la propia voluntad” (Lactancio).

No se puede negar que la discusión con los “herejes” tomó niveles de mucha pasión, pero no se utilizaba un medio coactivo; había más

<sup>75</sup> TAMAYO, Juan José, *Fundamentalismos y diálogo entre religiones*, Trotta, Madrid, 2004, p. 210.

diálogo. Los mismos Padres que confrontaban a aquellos, se declaraban en contra de los medios violentos:<sup>76</sup>

“Lo propio de una religión no es imponer, sino persuadir. El Señor no hizo violencia a nadie. Dejaba libres a todos y les decía: ‘Si alguno quiere seguirme...’” (San Atanasio).

“Si se emplease la violencia para establecer la fe, la doctrina episcopal se opondría a ello y diría: Dios es el Señor del universo y no tiene necesidad de un homenaje forzado” (San Hilario de Poitiers).

Estas semillas de tolerancia religiosa presentes en el cristianismo primitivo fueron olvidadas con el tiempo. Con el bautismo de Constantino en el año 337, en su lecho de muerte, el cristianismo comienza su camino para constituirse en religión oficial. La Iglesia empieza a dejar de ser comunidades solidarias, sociedades de contraste y de protesta, para configurarse en una entidad con los mismos derechos y honores que el Imperio. En el año 380, con el edicto de Tesalónico, se quiebra el principio de libertad religiosa al reconocer al cristianismo como religión del Imperio. El emperador desea unidad a través del cristianismo y persigue a los paganos y judíos. El Imperio Romano se fue debilitando hasta su caída en occidente para dar paso a la época conocida como Edad Media, donde, empezando con Agustín de Hipona, el cristianismo comenzó a formar con mayor propiedad su síntesis con la filosofía antigua. Con todos los costos y beneficios que ello le costó —y le cuesta— a la fe cristiana.

### III. EL CRISTIANISMO ESTATIZADO Y LA JUSTIFICACIÓN DE LA VIOLENCIA

Si el cristianismo primitivo había optado por la solidaridad desde abajo, el cristianismo como religión oficial fue asumiendo las estructuras del Imperio romano. Si toda la sociedad se asumía cristiana, el cristianismo ya no podía construir sociedades-contraste en la realidad, sino sólo en el mundo de las ideas o en el ámbito individual. Pero, además, la opción por la no-violencia fue dejada a un

<sup>76</sup> *Idem.*

lado, pues la organización estatal también debía considerarse cristiana. Así, la violencia, tan rechazada por el cristianismo primitivo, fue justificada por la cristiandad. Un caso palpable de este cambio fue Agustín de Hipona.

No se puede negar los aportes de Agustín de Hipona en cuanto a ciertos temas filosóficos. Sin embargo, en este momento, interesa resaltar aquellos aspectos que contrastan con el cristianismo primitivo y que muestran la manera en que la estatización del cristianismo desconoció elementos esenciales de su praxis, en especial tratándose de la solidaridad y la no-violencia.

#### 1. El Estado y la naturaleza caída del hombre

San Agustín asume la tradición aristotélica y estoica respecto a la sociabilidad natural del ser humano, pero desde la narración del Génesis sobre la creación. La sociabilidad es parte de la inclinación natural del hombre, lo cual queda patente con el mandato de crecer y multiplicarse dado por Dios a la primera pareja. Sin embargo, los aspectos negativos de la antropología agustiniana influyen en la concepción de la sociedad, pues si la familia era la conformación social en el paraíso, el pecado provocó la instauración de la ciudad y el Estado. De ahí que éste sea una estructura de dominio de unos hombres sobre otros, situación incompatible con el orden creado por Dios pero necesaria debido al pecado. En otras palabras, en última instancia el hombre es gobernado por Dios pero, en este mundo, debe estar sometido a otros hombres aun en contra de su voluntad debido a que rompió el orden de la creación debido al abuso de su libertad.

“Y quiso [Dios] que el hombre racional, hecho a su imagen, dominara únicamente a los irracionales, no el hombre al hombre, sino el hombre a la bestia. Este es el motivo de que los primeros justos hayan sido pastores y no reyes. Dios con estos manifestaba qué pide el orden de las criaturas y que exige el conocimiento de los pecados. El yugo de la fe se impuso con justicia al pecador. Por eso en las Escrituras no vemos empleada la palabra siervo antes de que el justo Noé castigara con ese nombre el pecado de su hijo. Este nombre lo ha merecido, pues, la culpa, no la naturaleza”.<sup>77</sup>

<sup>77</sup> SAN AGUSTÍN, *La Ciudad de Dios*, XV, 15.

La función principal del Estado es, pues, asegurar la paz y realizar la justicia dentro de los límites del orden natural. Por eso, San Agustín considera que el contenido de la ley positiva debe versar sobre aquello que asegure la paz y el orden en la sociedad. En este sentido, la tarea principal del legislador consiste en asegurar dichos aspectos, para que los hombres puedan realizar sus fines, temporal y eterno; lo jurídico-positivo tiene, entonces, un alcance social relevante en función de lo ético y lo jurídico-natural.

Pervive en San Agustín el esquema del contraste de la patristica anterior y de los textos novotestamentarios, pero ahora con la influencia platónica, se convierte en una lucha entre la "Ciudad de Dios" y la "Ciudad terrena". Lohfink enumera diversos ejemplos de la obra agustiniana donde se hace presente dicho esquema de contraste:

"La *civitas terrena* se crea dioses a voluntad; la *civitas dei* es creada por el verdadero Dios (18, 54). En la *civitas terrena* reina el amor de sí mismo, en el *civitas dei* domina el verdadero amor, que se olvida de sí mismo (14, 13.28). La *civitas terrena* está marcada por la pelea y la guerra: la paz es posible en ella sólo en algunos momentos. Aun entonces, se trata de una paz conquistada mediante la guerra; por consiguiente, sumamente frágil (15, 4.17). Por el contrario, en la *civitas dei* existe la paz verdadera, eterna. La *civitas terrena* está ávida de poder (1; 4,6; 14,28); en la *civitas dei*, todo es humildad, preocupación por los demás y obediencia (14, 28)".<sup>78</sup>

Sin duda, este esquema de oposiciones es herencia del pensamiento patristico anterior, pero con San Agustín se modifica su sentido principal. Ahora se trata de la tensión entre la idea y la realidad como parte de su filosofía de la historia y del Estado. El contraste entre una ciudad y otra no proviene del hecho histórico de la fe cristiana, sino que ambas ciudades existen desde los inicios de la creación con Abel y Caín como sus fundadores: "Lo acontecido entre Rómulo y Remo muestra cómo la ciudad terrena se divide contra sí misma, y lo sucedido entre Caín y Abel es el trasluz de las enemistades que existen entre las dos ciudades, entre la Ciudad de Dios y la de los hombres".<sup>79</sup>

<sup>78</sup> LOHFINK, Gerard, *op. cit.*, p. 198.

<sup>79</sup> SAN AGUSTÍN, *La Ciudad de Dios*, XV, 5.

Además, no es correcto identificar la ciudad de Dios con la Iglesia<sup>80</sup> y la ciudad terrena con el Estado; en la ciudad terrena conviven hombres justos y perversos, y lo mismo sucede con la Iglesia, pues la pertenencia a ésta no asegura la participación en la ciudad de Dios. No se trata de una oposición con dimensiones comunitarias, que pretendiese proponer nuevas relaciones sociales, sino que se mantiene tan sólo a nivel individual en busca de la vida escatológica. El esquema anterior en que las comunidades cristianas significaban sociedades-contraste desaparece en San Agustín, pues el cristianismo comienza a ser la religión mayoritaria, dejando de estar constituido por comunidades para convertirse en una estructura con los mismos privilegios que el Imperio. Nota común de la cristiandad es la simbiosis entre Estado e Iglesia, ésta ya como institución y no como *ecklesia* (comunidad). En efecto, la Ciudad de Dios tiene un origen protológico y un futuro escatológico. La justicia no se realiza en el espacio terreno a través de la comunidad de bienes, sino sólo se peregrina para una recompensa en el mundo trascendental:

"La ciudad de los santos está más allá (literalmente, arriba), aunque engendra ciudadanos aquí abajo en los que aquélla peregrina en tierra extranjera hasta que llegue el tiempo de su Reino, hasta que reúna a todos los resucitados en sus propios cuerpos, cuando se les dé el Reino prometido en el que reinarán con su Príncipe, el Rey de la eternidad, por siempre jamás".<sup>81</sup>

San Agustín, aunque otorgue un valor escatológico a la Ciudad de Dios, no renuncia a la política terrena. Pues así como el Imperio Romano ha servido a la ciudad terrena, *otro tipo de Estado puede servir a la Ciudad de Dios*. Esto sucede a través de la coincidencia de la sabiduría cristiana y el poder político, cuando un cristiano acepta un cargo y ejerce su autoridad de acuerdo con los principios cristianos y por el bien común de sus súbditos. En efecto, el obispo de Hipona ya desarrolla la idea del gobernante cristiano:

"Si toman venganza por necesidad de la regencia y defensa de la república y no por saciar el odio a los enemigos. Si conceden perdón no para dejar

<sup>80</sup> Aunque en algunas ocasiones parece ser que San Agustín efectivamente realiza la identificación entre Iglesia y Ciudad de Dios: SAN AGUSTÍN, *La Ciudad de Dios*, VIII, 24; XIII, 16; XVI, 2.

<sup>81</sup> *Ibidem*, XV, 1.

impune la injusticia, sino por la esperanza de la enmienda. Si, cuando se ven obligados a ordenar muchas veces con aspereza, lo compensan con suavidad misericordiosa y con largueza de beneficios... Y si todo esto lo hacen no por el ansia de vanagloria, sino por la dilección de la felicidad eterna... Decimos que tales emperadores cristianos son felices en esta peregrinación, y después lo serán en realidad, cuando se cumriere lo que esperamos".<sup>82</sup>

San Agustín defiende la necesidad de que una verdadera república sea cristiana, y sostiene la incapacidad de todo imperio pagano para realizar la justicia. La filosofía política clásica —la greco-romana— ha fallado no porque haga demandas irrazonables a la naturaleza humana, sino porque no conoce y por tanto no puede aplicar el remedio apropiado a la condición débil del hombre. Por eso, los miembros de la ciudad terrena son incapaces de aplicar la justicia,<sup>83</sup> pues únicamente ésta se realiza en la Ciudad de Dios.

Como puede observarse, mientras que el cristianismo primitivo consideró que la solidaridad cristiana no podía realizarse desde el poder, San Agustín comienza con la concepción del Estado cristiano, de corte teocrático.

La interpretación más común del pensamiento agustiniano en la Edad Media llegará a sostener que el Estado es el brazo secular de la Iglesia; es lo que suele conocerse como "agustinismo político". Por eso, la pretensión de universalidad de la Ciudad de Dios, terminó en un argumento para imponer la fe cristiana como religión oficial:

"La ciudad celestial, durante su peregrinación, va llamando ciudadanos por todas las naciones y formando de todas las lenguas una sociedad viajera. No se preocupa de la diversidad de leyes, de costumbres ni de institutos, que resquebrajan o mantienen la paz terrena. Ella no suprime ni destruye nada, antes bien lo conserva y acepta, y ese conjunto, aunque diverso en las diferentes naciones, se flecha, con todo, a un único y mismo fin, la paz terrena, si no impide la religión que enseña que debe ser adorado el Dios único, sumo y verdadero".<sup>84</sup>

<sup>82</sup> *Ibidem*, V, 24.

<sup>83</sup> SAN AGUSTÍN, *Epístola* 91, 3-4.

<sup>84</sup> SAN AGUSTÍN, *La Ciudad de Dios*, XIX, 17.

El anterior párrafo puede interpretarse como una concepción de la universalidad del género humano y la superación de fronteras ideológicas y culturales para la construcción de la paz. Sin duda hay algo de eso, en función del origen común del ser humano en la creación y de la búsqueda que realiza de volver a Dios. Pero, por otro lado, ha corrido con una doble suerte: o se utiliza como argumento para la instauración de un imperio cristiano universal, o motiva un intimismo religioso que se evade de las necesidades reales y de la acción política.<sup>85</sup> Sobre el primer riesgo se ampliará en párrafos siguientes, mientras que respecto a lo segundo, se refuerza por la actitud de San Agustín en sus soliloquios.<sup>86</sup>

Agustín: Por eso he pedido a Dios.

Razón: ¿Qué es lo que quieres saber?

Agustín: Cuanto he dicho en la oración.

Razón: Resúmelo brevemente.

Agustín: A Dios y el alma conocer quiero.

Razón: ¿Y nada más?

Agustín: No, nada más.

Se comienza la individualización de la historia —sobre todo de la historia de la salvación—, abandonándose el carácter social de la fe judía y cristiana para enfocarse sólo en la relación de la divinidad con el individuo. Lo importante será el futuro escatológico y no la construcción real de la justicia. Por lo menos eso en teoría, pues San

<sup>85</sup> Así, por ejemplo, criticando las interpretaciones relativas al "agustinismo político", Bernardino MONTEJANO señala: "...se ha confundido la ciudad de Dios con la Iglesia, que en la auténtica perspectiva agustiniana era sólo su parte peregrina que trataba de reclutarle ciudadanos para la Eternidad. Por otra parte, también se ha confundido a la ciudad terrena con la sociedad temporal o sociedad política, lo cual es falso; por eso, escribe WILSON en *Las metamorfosis de la ciudad de Dios*, que las dos ciudades agustinianas que estaban en el plano de la eternidad, se han hecho descender al plano del tiempo, apareciendo entonces el problema de los dos poderes como si el poder espiritual fuera la ciudad de Dios y el poder temporal la ciudad terrena. Esto es falso, es un error que se ha llamado el agustinismo político, que es una derivación incorrecta del pensamiento de San Agustín" (MONTEJANO, Bernardino, *Curso de derecho natural*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 114-115). Como puede observarse, el autor intenta superar el agustinismo político a través de la "apolitización"; la Ciudad de Dios y la Ciudad terrenal dejan de tener una expresión real y se quedan, exclusivamente, en el plano de la eternidad, es decir, de las ideas platónicas.

<sup>86</sup> SAN AGUSTÍN, *Soliloquios*, I, 7.

Agustín no ignora el mundo político y real, pues llega a justificar el uso de la violencia y la posible existencia del gobernante cristiano.

## 2. La justificación de la violencia y la guerra justa

Es muy conocida la postura de San Agustín respecto a la paz, y la manera en que la relaciona estrechamente con la justicia. Pero, a pesar de esto, la realidad en que vive lo hace justificar la violencia y la guerra. Una cuestión paradójica, como en otros aspectos es la vida y el pensamiento agustinianos.

Los elementos negativos de la concepción agustiniana sobre la naturaleza humana son el fundamento para sostener la importancia de la coacción. Ésta es evidente en las instituciones del Estado, y su existencia se explica en función de la incapacidad del hombre para vivir de acuerdo con los dictados de la razón. San Agustín insiste en la necesidad de una estrecha subordinación a la ley divina revelada, acentuando la función coercitiva y represiva del derecho positivo en la vida social. La coacción aparece, pues, como una necesidad ante la situación caída del hombre. Por eso, aun con las críticas a Roma por no ser una auténtica república, San Agustín ve con buenos ojos sus tareas coactivas. En efecto, sostiene que algunos romanos recibieron su galardón por parte de Dios, pues “éstos menospreciaron sus intereses privados, resistieron a la avaricia y dieron con libertad su vida por la patria”,<sup>87</sup> y por eso “han sido honrados en casi todas las naciones e impusieron las leyes de su Imperio en muchos pueblos”.<sup>88</sup> Así, se une a una tendencia de algunos autores anteriores de ver en el Imperio una función a favor de la Providencia, es decir, que Roma había colaborado positivamente en la historia de la salvación:

“...diré que Roma fue fundada como otra Babilonia y como hija de la primera y que ha complacido a Dios servirse de ella para humillar al universo entero y pacificarlo, reduciéndolo a la unidad de la misma república con las mismas leyes”.<sup>89</sup>

<sup>87</sup> SAN AGUSTÍN, *La Ciudad de Dios*, V, 15.

<sup>88</sup> *Ibidem*, V, 15.

<sup>89</sup> *Ibidem*, XVIII, 22.

“Y así se entiende que, no sin un consejo de la Providencia, en cuya mano está el ser vencedor o vencido en la guerra, unos pueblos hayan sido señores y otros súbditos”.<sup>90</sup>

Una de las consecuencias de esta teoría de la coacción es la esclavitud. Al abordar la realidad de la sociedad como consecuencia del pecado, San Agustín llega a justificar la esclavitud. Es claro que su justificación no es plena, pues “por naturaleza, tal como Dios creó al principio al hombre, nadie es esclavo del hombre ni del pecado”.<sup>91</sup> No obstante, dentro de su perspectiva antropológica negativa considera como útil y justificable la esclavitud, como una manera válida de castigo ante las violaciones de la ley, y cita a Pablo de Tarso —en sus cartas a Filemón y a los romanos— para sustentar su argumento:

“Empero, la esclavitud penal está regida y ordenada por la ley, que manda conservar el orden natural y prohíbe perturbarlo. Si no se obrara nada contra esta ley, no habría que castigar nada con esa esclavitud. Por eso, el Apóstol aconseja a los siervos el estar sometidos a sus amos y servirles de corazón y de buen grado. Es decir, que, si sus dueños no les dan libertad, tornen ellos, en cierta manera, libre su servidumbre, no sirviendo con temor falso, sino con amor fiel, hasta que pase la iniquidad y se aniquilen el principado y la potestad humana y sea Dios todo en todas las cosas”.<sup>92</sup>

No es de extrañar la importancia dada al monopolio de la violencia del Estado. Esta cuestión no es nueva con San Agustín, pues como se ha visto, el cristianismo primitivo y la patrística anterior ya habían dado cuenta de ello. No obstante, hay un cambio de perspectiva. La estatización de la Iglesia lleva al pensamiento agustiniano a justificar el uso de la violencia, aun por parte del cristiano. Es válido usar la violencia para imponer el orden natural, para hacer respetar la ley revelada:

“...si esta república terrena mantiene los preceptos cristianos, las mismas guerras no se llevan sin benevolencia: se trata de asentar más fácilmente a los vencidos en una quieta sociedad de piedad y de justicia. Con la victoria

<sup>90</sup> *Ibidem*, XVIII, 2, 1.

<sup>91</sup> *Ibidem*, XIX, 15.

<sup>92</sup> *Idem*.

se logra utilidad para aquellos a quienes se les quita la licencia de la iniquidad. Porque no hay cosa más infeliz que la felicidad de los pecadores; por ella subsiste la impunidad penal y se robustece la mala voluntad, que es como un enemigo interior".<sup>93</sup>

La diferencia con el pensamiento cristiano anterior salta a la vista. El cristiano ahora puede responder al mal con mal, imitando al Estado o ejerciendo él mismo el poder estatal. ¿Qué sucedió en San Agustín con la resistencia no-violenta del cristianismo anterior? ¿Cómo asumió el obispo de Hipona los mandatos de "poner la mejilla izquierda", "caminar una milla más" o "quitarse también el manto"? En cierta forma ya se ha dicho: se llevan estos preceptos al ámbito interno de cada persona, perdiendo toda su dimensión comunitaria y política. Se puede ejercer la violencia exterior, mientras en el interior se mantenga la benevolencia:

"En fin, estos preceptos<sup>94</sup> más bien pertenecen a la preparación del corazón que está dentro, que a las obras que se realizan en el exterior. Quiere decir que se mantenga en secreto la paciencia de ánimo con la benevolencia, y que en lo exterior se ejecute aquello que parezca ha de aprovechar a los que debemos querer bien".<sup>95</sup>

"Es, pues, suficiente que estos mandamientos de paciencia se retengan en la disposición del corazón y que por benevolencia no se devuelva mal por mal. Así se cumplen siempre en la voluntad. Pero al exterior hay que hacer hartas cosas, aun el castigar a los renitentes con benigna esperanza, pues se ha de atender más a su interés que a su voluntad".<sup>96</sup>

La intolerancia es otra expresión de la violencia justificada por el pensamiento agustiniano. Si el Estado —y más adelante la simbiosis Iglesia-Estado— tienen la misión de mantener el orden natural, todo aquello que lo contradiga será reprimido. Como señala Tamayo, "a

<sup>93</sup> SAN AGUSTÍN, *Epístola* 138, 14.

<sup>94</sup> San Agustín se refiere aquí a los preceptos mencionados sobre la resistencia no-violenta, es decir, poner la mejilla izquierda, andar una milla de más, y quitarse también el manto.

<sup>95</sup> SAN AGUSTÍN, *Epístola* 138, 13.

<sup>96</sup> SAN AGUSTÍN, *Epístola* 138, 14.

su juicio [el de San Agustín] el error no tiene derechos".<sup>97</sup> El problema es que la determinación del contenido de ese orden natural será impuesto desde arriba, dando pie a una postura poco democrática y pluralista y más bien dictatorial y dogmática. En este contexto, la libertad religiosa que había sido propugnada por los anteriores Padres queda en el olvido.

Si bien en el año 313 el Edicto de Milán permitió la libertad religiosa, a través del siglo IV la legislación se fue modificando a favor del cristianismo y en contra de las demás religiones. En unas ocasiones por su propia iniciativa, y a menudo presionado por los cristianos, los emperadores fueron prohibiendo el culto pagano, hasta que en el año 380, Teodosio proclama el cristianismo como la religión de Estado, y entonces tanto los paganos como los herejes son perseguidos. Un abierto enfrentamiento entre cristianos y paganos ocurriría dos años después (382), cuando Graciano ordenó que el Senado quitase el Altar de la Victoria, pasando sobre la oposición de la fracción pagana encabezada por Símaco, quien afirmó que toda desviación considerable del culto y la práctica tradicionales de Roma resultaría nociva para el Imperio. ¿Cuál es la posición de San Agustín ante estos acontecimientos? Por un lado, como se mencionó, en su obra *La Ciudad de Dios* defiende al cristianismo ante las acusaciones que lo inculpan de haber provocado la caída de Roma. Pero además se ve en la necesidad de justificar la violencia y el poder coactivo del Estado sobre los herejes. En el pensamiento agustiniano se observa una evolución que va del respeto y el ánimo por el convencimiento dialogado, hasta terminar en la necesidad del uso de la violencia para imponer la "verdadera doctrina cristiana". Así, encontramos exhortaciones en contra de la imposición coactiva de la "doctrina verdadera":

"No es mi intención el obligar a los hombres a abrazar comunión alguna, sino manifestar la verdad a los que la buscan con ánimo apacible. Nuestros partidarios se abstendrán de aterrarnos con las potestades temporales. Absténganse los vuestros de aterrarnos con las partidas de los circunceliones. Atengámonos a la realidad, atengámonos a la razón, atengámonos a la auto-

<sup>97</sup> TAMAYO, Juan José, *op. cit.*, p. 213, y acota al respecto: "tesis que hacen suya los papas del siglo XIX en su cruzada contra la modernidad".

ridad de las divinas Escrituras. Con toda quietud y tranquilidad, con todas nuestras fuerzas, pidamos, busquemos, llamemos, para que podamos recibir, hallar y para que nos abran".<sup>98</sup>

No obstante, tiempo después, ante la controversia con los donatistas, y basándose en la frase "oblíguenlos a entrar" ubicada en la parábola del banquete presentada por el Evangelio de Lucas (14, 23), San Agustín justifica el uso de la fuerza, y la colaboración de la autoridad estatal, para corregir el error doctrinal:

"¿Qué significa entonces el *obligalos a entrar*? (...) los que se hallan por los caminos y los setos, esto es, en la herejía y cisma, son obligados a entrar por el poder que la Iglesia a su debido tiempo recibió, por don de Dios, mediante la religión y fe de los reyes. Y entonces deben los donatistas comprender porque son obligados, sino atender a qué son obligados".<sup>99</sup>

Algunos autores argumentan a favor de San Agustín que su justificación por el uso de la violencia no es la regla general. Que en dicho caso, la controversia donatista se remontaba al siglo III, y había afectado a la Iglesia del norte de África durante gran parte del siglo IV. Desde la lógica del Estado y del poder, el pensamiento agustiniano tiene gran valor pues presenta con claridad su carácter coactivo y a la vez lo limita. Es decir, el uso de la fuerza estatal tiene una finalidad y no puede utilizarse como el primer medio para solución de los conflictos. Sin embargo, desde la perspectiva cristiana, es evidente que San Agustín no conserva la radicalidad del cristianismo antiguo. Pues mientras el cristianismo de los primeros siglos estaba compuesto principalmente por clases sociales medias e inferiores, con un limitado acceso a puestos públicos, el obispo de Hipona ya forma parte de la religión oficial y de una Iglesia donde los obispos comparten, y a veces compiten, en popularidad y poder con el Emperador.

Aunado al tema de la violencia, San Agustín inaugura la teoría de la guerra justa. Sostiene la licitud de la guerra, en cuanto sea justa, es decir, si no tiene otro fin que combatir la injusticia. La guerra sólo es legítima si es el único medio de hacer frente a la injusticia entre los

<sup>98</sup> SAN AGUSTÍN, *Epístola* 23, 107.

<sup>99</sup> SAN AGUSTÍN, *Epístola* 185, 24.

pueblos. Si bien esta teoría pone un límite: sólo está permitido lo que estrictamente resulte la finalidad perseguida de restaurar la justicia y el derecho. Es un derecho que pertenece a la autoridad civil, como parte de su derecho de castigar, y debe ejercerse contra los enemigos exteriores. En este sentido, San Agustín justifica principalmente las guerras contra otras naciones, pero no así las guerras civiles.

De nuevo se encuentra un importante giro entre el cristianismo primitivo y el pensamiento agustiniano. Como se ha visto, aquél renunciaba al uso de la violencia y la controversia respecto a la participación en el Estado era fuerte cuando se trataba de funciones violentas, en especial, tratándose de cargos militares. En cambio, según San Agustín, lo que el cristianismo reprueba no es la guerra sino los males de la guerra, como el amor a la violencia, la venganza cruel, los odios feroces e implacables, la brutal resistencia y la sed de poder. Al ceder a estos males, los hombres pierden un bien mucho más precioso que ninguno de los bienes terrenales que un enemigo pudiese quitarle. En lugar de aumentar el número de los buenos, aumentan simplemente el número de perversos.<sup>100</sup> En efecto, las guerras justas son permisibles, pero sólo deben emprenderse por necesidad y por bien de la paz, y deben responder a una injusticia cometida: "La injusticia del enemigo es la causa de que el sabio declare guerras justas".<sup>101</sup> "Los buenos declararían también guerra misericordiosa, si es posible, para acabar con estos vicios reprimiendo esos apetitos licenciosos, que en un imperio justo deben ser extirpados o reprimidos".<sup>102</sup>

En cuanto al simple soldado, su deber es obedecer órdenes. Él mismo no es responsable de los crímenes que puedan cometerse en los casos en que no está claro si las órdenes son justas o injustas.<sup>103</sup> En este sentido, y oponiéndose a las posturas recurrentes en autores anteriores, San Agustín considera que el Nuevo Testamento no ordena a los soldados que entreguen las armas sino que, antes bien, los elogia por su probidad y virtud.

<sup>100</sup> SAN AGUSTÍN, *Epístola* 189, 5.

<sup>101</sup> SAN AGUSTÍN, *La Ciudad de Dios*, XIX, 7.

<sup>102</sup> SAN AGUSTÍN, *Epístola* 138, 14.

<sup>103</sup> SAN AGUSTÍN, *Contra Fausto*, XXII, 75.

"Si la disciplina cristiana condenase todas las guerras, se les hubiese dado en el Evangelio este consejo saludable a los soldados, diciéndoles que arrojasen las armas y dejaran enteramente la milicia. En cambio, se les dijo: *A nadie golpeéis, a nadie calumnéis y contentaos con vuestra paga*. Pues les mandó que se contentasen con su propia paga, sin duda no les prohibió la milicia".<sup>104</sup>

Aunado a la anterior afirmación, en la Epístola 189, San Agustín hace compatible el ejercicio militar con el cristianismo, poniendo como ejemplos al rey David, al centurión romano presente en el Evangelio y a los soldados a quienes Juan Bautista predicó.<sup>105</sup> Ciertamente que la reflexión de San Agustín tiene, de nuevo, un lado crítico: no cualquier guerra es justa, es decir, no se puede hacer guerra por cualquier capricho sino sólo en función de la defensa contra los actos injustos. Sin embargo, pierde la radicalidad del pensamiento cristiano anterior, reflejada en su clara vocación de realizar la paz terrena y la oposición a la guerra y al uso de la violencia.

#### IV. CONCLUSIÓN

La solidaridad propuesta por el cristianismo primitivo consiste en un principio que fundamenta la convivencia social, posibilitando que la libertad y la igualdad sean vividas en circunstancias históricas concretas, tomando en cuenta las asimetrías sociales, y no como meros principios abstractos que propician discursos ideologizantes.

Se ha visto a través de diversos textos antiguos que, en parte, el significado de la solidaridad consiste en que el destino del grupo se convierte en destino asumido en su totalidad por cada uno de sus miembros; sin embargo, la solidaridad del cristianismo primitivo no se quedaba ahí e iba más allá de la *filia* aristotélica, la cual sólo estaba pensada para un pequeño grupo, de varones y ciudadanos libres, que constituía la aristocracia ateniense. En cambio, la solidaridad del cristianismo antiguo no es una solidaridad cerrada, sectarista, de tipo

<sup>104</sup> SAN AGUSTÍN, *Epístola* 138, 15.

<sup>105</sup> SAN AGUSTÍN, *Epístola* 189, 4.

sociológica, que sólo se ocupe de un grupo determinado. Es una solidaridad abierta a la universalidad, pero sin caer en las abstracciones de cierto concepto de "naturaleza" o de una "ley sociológica"; más bien, se trata de la acción libre de los seres humanos que construyen un proyecto común desde abajo, desde donde los menos favorecidos son los más favorecidos, pero considerando a todos los miembros como auténticas personas libres e iguales, evitando caer en paternalismos que a la larga no cambian las estructuras de dominación.

En la modernidad, la solidaridad suele ser reducida a un sentimiento moral, a diferencia de la libertad y la igualdad que se han logrado establecer hasta cierto punto como exigencias éticas y jurídicas. Pero en el cristianismo primitivo, la solidaridad era una cuestión requerida, pues sin ella la pertenencia a la comunidad cristiana era imposible. Ser solidario no era una cuestión de elección, pues la libertad se ejercía en decidir pertenecer o no a la comunidad, en asumir o no la fe cristiana. La transformación social propuesta desde abajo consideraba a la solidaridad como una exigencia y no sólo una excepción moral realizada por personas extraordinarias.

En términos de filosofía jurídica, la solidaridad propuesta en el cristianismo primitivo constituye un principio fundamental para la construcción de una sociedad donde imperen los derechos humanos. La presencia de la solidaridad, con su carga ética y normativa, evita caer en el individualismo que ha provocado la proclamación de la libertad desde el subjetivismo moderno, y puede lograr aplicar el principio de igualdad en situaciones concretas. También evita caer en posturas colectivas, pues la solidaridad requiere forzosamente del reconocimiento del *otro*, y especialmente reconocer en la víctima al *otro inequívoco*.

Según el cristianismo primitivo, la construcción de una sociedad verdaderamente justa y solidaria no se realiza desde el poder estatal. No es una manera espiritualista de evasión de la realidad sino, al contrario, se trata de ser conscientes de las limitaciones del Estado y de su lógica violenta. Tampoco significa ser indiferente a las acciones y deberes del Estado, ni de proponer su "adelgazamiento" como expresan las posturas liberales, pues pueden existir mediaciones estatales que faciliten las acciones solidarias. Más bien consiste en comprender que la construcción de una sociedad justa deberá venir desde abajo, desde la lucha por una solidaridad que afirme los derechos

que satisfagan las necesidades esenciales y sociales, aun en confrontación con el poder estatal.<sup>106</sup>

En efecto, no es necesario que Moisés se haga Faraón o que Jesús de Nazaret ocupe el trono del César. Tampoco se necesita crear partidos políticos con "inspiración cristiana" ni formar líderes cristianos que en un futuro ejerzan el poder. Esto, se ha visto, es parte de la perversión del pensamiento político agustiniano. El mensaje de diversos Padres de la Iglesia testimonia que es desde ahora y desde abajo como deben afirmarse los derechos elementales, estableciendo relaciones humanas justas y solidarias; así lo hicieron el pueblo hebreo y las primeras comunidades cristianas. Son inicios humildes y periféricos, como luchar por el derecho de los pueblos indígenas a conservar su cultura, por el derecho del campesino a disponer de su tierra y conseguir un precio justo por sus productos, por el derecho del migrante a no ser discriminado por estar fuera de su país, o por el derecho de todos a ejercer gozosamente la sexualidad. Son acciones concretas y limitadas, muy humildes si se quiere, no comparables con las inmensas e impresionantes obras del Imperio Romano y demás obras portentosas del ejercicio del poder, pero que significan la manera de crear un nuevo orden desde abajo. Acciones semejantes al grano de mostaza que el Nazareno comparó con el reinado de Dios. Pues este reinado no se identifica con ninguna estructura política o religiosa, sino que se trata de ese ámbito donde los seres humanos se dignifican, se vuelven solidarios e iguales, no bajo el imperio de los poderes políticos, económicos y religiosos de este mundo, sino por la libertad gratuita de ser hijos de Dios.

<sup>106</sup> Cabe anotar que la Biblia muestra diversos ejemplos de personajes (José, Ester, Daniel) que ejercieron funciones estatales, pero su principal valor no estuvo en el ejercicio del poder sino en que sus acciones permitieron al pueblo de YHWH continuar con su misión.

## LA CRÍTICA DE HANS Kelsen A LA DOCTRINA DEL DERECHO NATURAL (II)<sup>1</sup>

José Antonio SENDÍN MATEOS

SUMARIO: IV. *La crítica a la doctrina del derecho natural.* 1. *La irreductibilidad lógica entre el ser y el deber ser.* A. *La naturaleza del hombre como fuente del derecho natural: los instintos humanos.* B. *Derecho natural y sentimientos humanos: el origen del derecho natural en el sentimiento del derecho y en el sentimiento de la justicia.* 2. *La separación de razón y voluntad: la crítica al concepto de razón práctica.* 3. *De nuevo sobre el fundamento teológico de la doctrina del derecho natural.* 4. *Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural.* 5. *Derecho natural e historia: la crítica a las teorías del derecho natural variable.* 6. *La inevitable "desnaturalización" del derecho natural.* 7. *La respuesta de Kelsen: el relativismo de los valores y sus implicaciones en el terreno científico.* El monismo iuspositivista. V. *Reconsideración final.*

<sup>1</sup> Ésta es la segunda parte del trabajo de investigación publicado en el núm. 29 (2005) de la *Revista de Investigaciones Jurídicas* de la Escuela Libre de Derecho. El grueso del trabajo me sirvió para obtener el 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 Educación y Ciencia. Quiero dar mi agradecimiento más sincero a la directora del trabajo, la profesora María 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.

RELACIÓN DE ABREVIATURAS<sup>2</sup>

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 Ángeles (1957).

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.

NLLP: "Natural Law Doctrine and Legal Positivism", *General Theory of Law and State* (append.), Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1945.

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, Turín, 1985.

TPD2: *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 3a. ed., 1963.

"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 Ángeles, 1957.

<sup>2</sup> Aquí se incluyen únicamente las obras de Kelsen más frecuentemente citadas en la segunda parte del trabajo.

## IV. LA CRÍTICA A LA DOCTRINA DEL DERECHO NATURAL

Una vez hemos esbozado lo que para Kelsen es la doctrina del derecho natural, el paso siguiente es exponer los principales argumentos que esgrime en su contra. Es menester señalar que junto a los argumentos invocados con mayor insistencia, y que podríamos calificar de fundamentales (el argumento de la irreductibilidad lógica entre ser y deber ser, la crítica al concepto de razón práctica, y la relativa a las contradicciones en que a menudo incurre la doctrina iusnaturalista), hay otros argumentos de menor significación, bien porque se dirigen a un sector doctrinal muy concreto dentro de la doctrina iusnaturalista (como su crítica a la teoría del derecho natural variable o al intento de deducir preceptos de derecho natural a partir del llamado "sentimiento del derecho"), bien porque se trata de cuestiones a las que Kelsen presta atención tan sólo en algún momento muy concreto de su producción (como la tesis de la necesaria "desnaturalización" del derecho natural, que desarrolla tempranamente).

Por otra parte, al hilo del examen de la argumentación de Kelsen contra la teoría iusnaturalista, tendremos ocasión de enlazar nuevamente con algunos puntos pendientes relativos a su visión de la misma, insistiendo una vez más en el origen teológico del derecho natural. Finalmente, explicaré con algo más de detalle en qué consiste el relativismo de los valores que se sitúa en la base de la Teoría pura del derecho, y que le sirve a Kelsen para confrontar su visión sobre la justicia con la concepción objetivista que la teoría del derecho natural defendió durante siglos.

## 1. La irreductibilidad lógica entre el ser y el deber ser

El argumento de la irreductibilidad lógica entre el ser y el deber ser es el elemento central de la crítica de Kelsen a la doctrina del derecho natural. Este argumento se basa en la imposibilidad de deducir, a partir de los hechos acaecidos en el mundo del ser (Sein), normas que expresan un deber ser (Sollen).

Deducir normas a partir de hechos significa incurrir en el error lógico denunciado por D. Hume y que desde G. E. Moore se conoce

como "falacia naturalista".<sup>3</sup> Aunque el derecho pertenece al mismo tiempo al mundo del ser y al del deber ser,<sup>4</sup> y a pesar de que determinados hechos pueden ser condición de la validez de las normas, éstos nunca pueden fundamentar dicha validez, lo que significa que de la naturaleza no es posible extraer normas.

La irreductibilidad lógica de las categorías de ser y deber ser constituye, junto a la distinción entre la ciencia del derecho y la política jurídica, uno de los pilares básicos de la teoría pura del derecho.<sup>5</sup> La primera referencia de Kelsen a la antinomia fundamental que separa Sein y Sollen tiene lugar en su primera obra importante, los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssätze* (1911), situando su origen en la filosofía de Kant. Posteriormente, la antinomia es reelaborada por los autores de la escuela neokantiana alemana-sudoccidental (de Baden), y en concreto por Windelband y Simmel, a quienes Kelsen confiesa seguir en este punto.<sup>6</sup> Kelsen (al igual que Simmel) considera que el Sollen es una categoría lógica originaria e irreductible en relación con el Sein,<sup>7</sup> y

<sup>3</sup> En relación con esta falacia lógica, véase TS, 141; QJ, 73; QTPD, 14; TPD2, 105.

<sup>4</sup> IDN, 26; NLLP, 394. A pesar de que Sein y Sollen son categorías lógicamente irreductibles, cuando se trata de normas jurídicas hay dos momentos: el de su promulgación y el de su eficacia posterior.

En que el Sollen depende ineludiblemente del Sein. Para Kelsen, las normas positivas sólo pueden ser resultado de un acto de voluntad producido en el plano del Sein. En esto consiste precisamente su positividad. Por otra parte, Kelsen insiste en que la eficacia general del orden jurídico como sistema de normas es una condición de su validez, lo que determina que la validez y, por ende, el sentido del deber ser de las normas positivas, dependa de ciertos hechos acontecidos en el mundo del ser. Véase LOSANO, M. G., *Teoría pura del derecho. Evolución y puntos cruciales*, Temis, Bogotá, 1992, p. 140.

<sup>5</sup> Algunos autores han visto en esta antinomia un "principio axiomático" de la Teoría pura del derecho.

Véase ERRÁZURIZ MACKENNA, C. J., *La Teoría pura del derecho de Hans Kelsen. Visión crítica*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1986, p. 395.

<sup>6</sup> PCTJE, XL.

<sup>7</sup> Para Simmel y los neokantianos de Baden, el Sollen posee tres rasgos principales. En primer lugar, es un modo específico del pensar, una categoría del pensamiento no susceptible de definición. En segundo lugar, se mantiene estrictamente separado del Sein. Finalmente, como señala A. KITZ (*Sein und Sollen. Abriss einer philosophischen Einleitung in des Sitten, und Rechtsgesetz, Frankfurt am Main, 1864*), es una categoría inanalizable: hay un Sein y un Sollen (y sólo uno), sin que sea posible su división. Véase PCTJE, 7 y ss; también LOSANO, M. G., *Teoría pura del derecho. Evolución y puntos cruciales*, cit., pp. 94 y ss.

que sea posible tender un puente entre ambas.<sup>8</sup> Es precisamente en la irreductibilidad lógica del Sollen al Sein donde se expresa la autonomía del derecho como fenómeno normativo, dando lugar a su método específico y a la jurisprudencia como ciencia normativa.<sup>9</sup> Frente al método explicativo que caracteriza a las ciencias causales (y que siguen las ciencias de la naturaleza y la sociología jurídica) se sitúa el método normativo que caracteriza a la ciencia del derecho. Para Simmel (y Kelsen), todo intento de tender un puente sobre el abismo que separa al Sein del Sollen conduce a adoptar el punto de vista explicativo que caracteriza a las ciencias del Sein.<sup>10</sup> En el campo del derecho, esto hace precisamente la sociología jurídica, que, al asumir el método causal, considera únicamente el aspecto fáctico del derecho, mostrándose incapaz para dar cuenta de su aspecto puramente normativo. Para Kelsen, en cambio, si cabe la ciencia del derecho como algo diferente de la sociología jurídica, sólo puede ser en la forma de una ciencia normativa.

Centrémonos ya en la cuestión que nos ocupa principalmente: ¿qué papel cumple el postulado de la irreductibilidad lógica del Sein y el Sollen en la crítica kelseniana a la doctrina del derecho natural? Kelsen cree que la teoría iusnaturalista incurre en el error de ignorar las diferencias existentes entre la naturaleza y el derecho, entre la legalidad causal y la legalidad normativa.<sup>11</sup> Las leyes de la naturaleza son enunciados hipotéticos que obedecen al esquema: si A es, entonces es (o será) B. El nexo que une condición y consecuencia expresa una relación de necesidad causal. También las normas jurídicas son estructuralmente enunciados hipotéticos, que conectan dos fenómenos como condición y consecuencia, aunque dicha conexión es distinta: su esquema no es si A es, entonces es (o será) B, sino: si A es, entonces debe ser B. La relación entre condición y consecuencia no es una relación de necesidad causal, sino más bien una suerte de necesidad normativa, que Kelsen denomina "imputación" (Zurechnung).<sup>12</sup> En

<sup>8</sup> PCTJE, 8.

<sup>9</sup> PCTJE, 6.

<sup>10</sup> Véase PCTJE, pp. 41-42.

<sup>11</sup> IDN, 25; TPD2, 51-52; DNPJ, 122.

<sup>12</sup> Véase DNPJ, 124.



zar que se puedan deducir normas a partir de la naturaleza: puesto que ésta carece de voluntad, no cabe obtener de ella normas. Únicamente presuponiendo normas es posible valorar los hechos naturales como justos o injustos, en función de si son conformes o no a las normas presupuestas.<sup>19</sup> Para Kelsen, ésta es, en realidad, la forma habitual de proceder de la doctrina iusnaturalista, que no deduce las normas inmediatamente a partir de la naturaleza, sino que las presupone y se sirve de ellas para valorar los hechos naturales de los que extraer normas.

La referencia a la naturaleza humana como fuente del derecho natural es una constante en la concepción kelseniana sobre la doctrina iusnaturalista. En sus primeros trabajos (*Die Idee des Naturrechts* y *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*) Kelsen sitúa el origen del derecho natural en la naturaleza, en Dios o en la razón indistintamente y sin mayores precisiones. Esta tendencia se aprecia en otras obras posteriores, como *General Theory of Law and State*,<sup>20</sup> (1945) o *The Metamorphoses of the Idea of Justice*<sup>21</sup> (1947).

Sin embargo, es en los escritos de su etapa intermedia donde comienza a poner el énfasis en la naturaleza humana como fuente del derecho natural. Dos buenos ejemplos son *The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science*, 1949, y *A "Dynamic" Theory of Natural Law*,<sup>22</sup> 1956, donde dirige una crítica frontal a los intentos de obtener preceptos de derecho natural a partir de las tendencias e instintos humanos. Estas obras contribuyen significativamente al desarrollo del argumento central de la crítica de Kelsen a la teoría del derecho natural: la imposibilidad de obtener normas a partir del análisis de los hechos naturales, argumento que ya estaba presente en los *Hauptprobleme* de 1911.

<sup>19</sup> JDN, 103; DNPJ, 125.

<sup>20</sup> Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1945. Existe traducción española: *Teoría general del derecho y del Estado*, UNAM, México, 1958.

<sup>21</sup> *Interpretations of Modern Legal Philosophies. Essays in Honour of Roscoe Pound*. Oxford University Press, 1947, pp. 390-418. Existe traducción española: *Las metamorfosis de la idea de justicia. El actual pensamiento jurídico norteamericano*, Losada, Buenos Aires, 1951, pp. 247-299.

<sup>22</sup> *Louisiana Law Review*, 16 (1956), pp. 597-620. Citamos por la edición de *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science* (DTNL).

Aunque todas estas obras suponen un avance, quizás la exposición más detallada y sistemática de cuantas realizara Kelsen sobre el error iusnaturalista de obtener normas de conducta a partir de simples hechos naturales, es la que se contiene en *Justice et Droit Naturel*. Además, Kelsen insiste —y éste es otro argumento que preside toda su exposición— en que la teoría iusnaturalista no obtiene preceptos normativos a partir de la naturaleza, sino que más bien los presupone de antemano. Lo que se entiende por “naturaleza” se construye en realidad a partir de un derecho natural que supuestamente se deduce de ella.

La teoría del derecho natural incurre así en un problema de circularidad. Ahora bien, ¿a qué hechos naturales y a qué naturaleza apelan las teorías del derecho natural para obtener normas? Según Kelsen, las doctrinas iusnaturalistas manejan distintas nociones de “naturaleza”.<sup>23</sup> Algunas contemplan la naturaleza en general, como un conjunto de hechos vinculados por el principio de causalidad; otras, en cambio, entienden por “naturaleza” la naturaleza humana en su doble vertiente racional e instintiva, de forma que pueden considerarse fuente del derecho natural tanto la razón humana como los instintos, deseos y sentimientos de los hombres.

Me referiré a continuación a los intentos iusnaturalistas de obtener los preceptos de derecho natural a partir de los instintos y sentimientos humanos. De la otra cuestión, relativa a la obtención de normas a partir de la razón, lo haré más adelante, al hilo de la crítica kelseniana al concepto de razón práctica.

#### *A. La naturaleza del hombre como fuente del derecho natural: los instintos humanos*

La primera objeción que Kelsen opone a la tentativa iusnaturalista de obtener normas de derecho natural a partir de los instintos humanos consiste, como ya sabemos, en el argumento central de que de los

<sup>23</sup> Véase SENDÍN MATEOS, J. A., “La crítica de Hans Kelsen a la doctrina del derecho natural”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 29, Escuela Libre de Derecho, México, 2005, pp. 471-472.

hechos naturales (y los instintos humanos lo son, pues no son otra cosa que hechos psicológicos) no se puede deducir normas. Kelsen expresa este argumento de la manera siguiente:

“[...] del ser no puede deducirse un deber, de los hechos no pueden deducirse normas. Si la naturaleza del hombre es su naturaleza empírica, su constitución de hecho, [...] entonces no cabe deducir de esta naturaleza real cuál será el comportamiento ideal del hombre, es decir, cómo el hombre debe comportarse; no cabe concluir que deba comportarse como se comporta de hecho ni tampoco que deba hacerlo de modo diferente”.<sup>24</sup>

A esto habría que añadir una segunda objeción que Kelsen vincula a la anterior: deducir normas a partir de los instintos humanos, además de ser imposible desde el punto de vista lógico, carece de sentido: si los hombres ya se comportan de acuerdo con las determinaciones de sus instintos, es absurdo ordenarles la conducta que ya realizan de hecho sin necesidad de imperativos.

Esa norma sería superflua.<sup>25</sup> Por otra parte —y esto nos conduce a una crítica de mayor significación— es evidente que los instintos humanos son diferentes entre sí, y a menudo contradictorios. Según Kelsen, la contradicción entre los instintos humanos puede producirse en dos niveles: en primer lugar en el individuo aislado, cuya conducta es con frecuencia el resultado de una pugna entre instintos que operan en direcciones opuestas; y en segundo lugar en los instintos del individuo en sus relaciones con los demás. En ambos casos se llega al mismo resultado: la teoría del derecho natural tiene en cuenta sólo ciertos instintos a la hora de determinar qué comportamiento debe realizar el hombre, excluyendo otros que están igualmente presentes en su naturaleza. Desarrollaré a continuación esta crítica de Kelsen.

### a. Buenos y malos instintos. La paradoja de las dos naturalezas

Para Kelsen, el intento de obtener normas de derecho natural a partir de los instintos humanos plantea dificultades. La variedad de instin-

<sup>24</sup> JDN, 110. *Cursivas mías.*

<sup>25</sup> JDN, 111.

tos existentes en los hombres hace que estos instintos a menudo se contradigan, lo cual puede suceder tanto en el individuo aislado como en las relaciones entre individuos.<sup>26</sup> Un ejemplo de instintos contradictorios en el individuo aislado son el instinto de autoconservación, que induce a preservar por todos los medios la propia vida, y el instinto de autodestrucción que, bajo ciertas circunstancias, puede llevar a ponerle fin. Es innegable que ambos instintos están presentes en la naturaleza del hombre.<sup>27</sup> Por esta razón, Kelsen critica a quienes desde el iusnaturalismo han considerado como “natural” tan sólo el instinto humano de autoconservación, ignorando el instinto de autodestrucción. Señala como ejemplo a Santo Tomás de Aquino,<sup>28</sup> que deducía a partir del instinto de autoconservación el precepto de derecho natural que prohibía atentar contra la propia vida.<sup>29</sup> Para Kelsen, en cambio, tanto el instinto de conservación como el que

<sup>26</sup> JDN, 110. Esta idea aparece desarrollada con anterioridad a *Justice et Droit Natural*, en *A “Dynamic” Theory of Natural Law*, Kelsen insiste en la imposibilidad de fundamentar normas de derecho natural en las tendencias y deseos humanos. Se apoya en que éstos no pueden ser compartidos por todos los hombres. Pone un ejemplo: torturar a otros hombres puede ser una tendencia natural de ciertos individuos; para la teoría iusnaturalista, sin embargo, esta actitud sólo puede ser el resultado de una deformación. Véase DTNL, 188.

<sup>27</sup> JDN, 112; véase también DNPJ, 128.

<sup>28</sup> Dice Santo Tomás: “Y así encontramos, ante todo, en el hombre una inclinación que le es común con todas las sustancias, consistente en que toda sustancia tiende por naturaleza a conservar su propio ser. Y de acuerdo con esta inclinación pertenece a la ley natural todo aquello que ayuda a la conservación de la vida humana e impide su destrucción”. Véase *Suma de Teología*, I-II, c. 94, a. 2. Citamos por la edición de la B.A.C., Madrid, 1989.

<sup>29</sup> Para Santo Tomás de Aquino, el suicidio es ilícito por tres razones: en primer lugar, porque todo ser “se ama naturalmente a sí mismo, y a esto se debe el que todo ser se conserve naturalmente en la existencia y resista, cuando sea capaz, a lo que podría destruirle”. De nuevo Santo Tomás enuncia la tendencia natural a la autoconservación del hombre, y añade: “Por tal motivo, el que alguien se dé muerte va contra la inclinación natural y contra la caridad por la que uno debe amarse a sí mismo; de ahí que el suicidarse sea siempre pecado mortal por ir contra la ley natural y la caridad”. La segunda razón por la que se prohíbe el suicidio es porque el hombre es una parte del todo que representa la comunidad; de esta manera, “todo lo que él es pertenece a la sociedad”. El suicidio es una injuria a la comunidad, y su prohibición una exigencia de orden público. Finalmente, el suicidio es ilícito porque la vida “es un don divino dado al hombre y sujeto a la divina potestad, que da la muerte y la vida. Y, por tanto, el que se priva a sí mismo de la vida peca contra Dios, [...] pues sólo a Dios pertenece el juicio de la muerte y de la vida”. Véase *Suma de Teología*, II-II, c. 64, a. 5.

induce a los hombres a quitarse la vida deberían ser reconocidos como pertenecientes a la naturaleza:

“El instinto que impulsa al hombre a conservar su vida sólo puede ser considerado como “natural” [...] en la medida en que es algo realmente existente. Del mismo modo hay que considerar también como natural el instinto que impulsa al hombre a poner fin a su propia vida [...]. Si, partiendo del hecho de que el hombre tiene el instinto de conservar su vida en ciertas circunstancias, se concluye que el hombre debe conservar su vida en esas circunstancias, no cabe a su vez oponerse a que, partiendo del hecho irrefutable de que el hombre siente a veces el instinto de poner fin a su vida, deba establecerse la norma según la cual el hombre debe a veces poner fin a su propia vida. Significa todo esto que [...] no cabe deducir norma alguna unívoca de derecho natural relativa al comportamiento del hombre con respecto a su propia vida”.<sup>30</sup>

Si ambos instintos —autoconservación y autodestrucción— son naturales, no tiene sentido afirmar que del primero se pueda deducir una norma de derecho natural y del segundo no. Si para la teoría iusnaturalista sólo es “natural” el instinto de autoconservación, que se considera un “buen instinto”, es porque parte de una idea preconcebida acerca de lo que se considera “natural”. Esta crítica de Kelsen aparece ya en el artículo “A ‘Dynamic’ Theory of Natural Law”. En él explica que la distinción entre el bien y el mal sólo es posible presuponiendo de antemano una norma que ordene a los hombres comportarse según ciertos instintos que se juzgan “naturales”. Se incurre así en una *petitio principii*.<sup>31</sup> Pone un ejemplo: la doctrina del derecho natural puede considerar como bueno el sacrificio de la propia vida para alcanzar la victoria sobre el enemigo en la guerra; por otra parte, piensa que el suicidio es malo. En ambos casos se presuponen sendas normas de derecho natural: la que establece el deber de sacrificar la vida para derrotar al enemigo y la que prohíbe a los hombres suicidarse.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> JDN, 112. Cursivas mías.

<sup>31</sup> DTNL, 181.

<sup>32</sup> DTNL, 184.

Ocurre algo muy similar en el otro campo señalado, el que se refiere a los instintos de los hombres en las relaciones con otros individuos. También aquí hay instintos de dos tipos, que Kelsen cataloga como “instintos altruistas” e “instintos egoístas”.<sup>33</sup> Por regla general, unos y otros están dados en los seres humanos, pero la doctrina iusnaturalista sólo reconoce como “naturales” a los primeros, y los considera “buenos instintos”. El resto son “malos instintos” o, en palabras de Kelsen, “distorsiones” o “deformaciones”<sup>34</sup> de las tendencias naturales humanas. Un instinto “altruista” es el instinto de caridad; un instinto “egoísta” es el de agresión. Si se admite que ambos existen en la naturaleza, y que a partir de ésta es posible deducir normas, ello daría lugar, a su vez, a dos tipos de mandatos, que Kelsen denomina “mandatos de caridad” y “mandatos de agresión”.<sup>35</sup> Sin embargo, ninguna teoría iusnaturalista ha llegado a esta conclusión, sino que, por el contrario, todas ellas distinguen instintos de los que cabe deducir normas e instintos de los que no cabe deducir normas, es decir, “buenos” y “malos” instintos. El problema es que la diferencia entre lo bueno y lo malo no se contiene en esos instintos, sino que, una vez más, hay que presuponerla.<sup>36</sup>

Como resultado de lo anterior, el concepto de naturaleza experimenta un importante cambio de significado, produciéndose un efecto paradójico. Como es innegable que tanto los instintos de autoconservación y autodestrucción como los de caridad y agresión están, todos ellos, presentes en la naturaleza, la teoría iusnaturalista se ve obligada a distinguir dos naturalezas humanas: una naturaleza propiamente “natural”, que se identifica con la naturaleza real, y una naturaleza “no natural”, es decir, ideal.<sup>37</sup> De esta manera, la naturaleza real, que es, cede su puesto a una naturaleza ideal, que debe ser según el derecho natural. Cuando la teoría iusnaturalista afirma poder extraer normas a partir de la naturaleza, lo que hace en realidad es configurar una naturaleza ideal a partir de un derecho que denomi-

<sup>33</sup> DTNL, 196; JDN, 113.

<sup>34</sup> DTNL, 184.

<sup>35</sup> JDN, 113-114.

<sup>36</sup> JDN, 115.

<sup>37</sup> *Idem*. Véase también TPD2, 106.

na "natural" y que dicha teoría presupone.<sup>38</sup> Con ello se enreda en un círculo vicioso.

Para Kelsen, la teoría del derecho natural es consciente de esta objeción y ha intentado superarla, tratando de deducir las normas de derecho natural a partir del comportamiento humano que se considera "normal". Sin embargo, esta nueva tentativa de la teoría iusnaturalista termina siendo, como veremos a continuación, igualmente objetable.

#### b. Lo natural como comportamiento "normal"<sup>39</sup>

Para Kelsen, hablar de un comportamiento humano "normal" sólo es posible si admitimos que los hombres, como regla general, se comportan de una manera determinada bajo ciertas circunstancias. Sin embargo —señala—, no se puede constatar una regularidad de comportamiento semejante, sobre todo si tenemos en cuenta que las costumbres humanas son demasiado distintas y cambiantes como para que se pueda hablar de un comportamiento "normal". Pero, aun en el caso de que fuera posible constatar esta regularidad, y de que existieran unas pocas reglas que los hombres obedecieran siempre, tampoco sería posible obtener normas a partir de dichos comportamientos, pues ello conduciría, una vez más, a incurrir en la falacia naturalista.<sup>40</sup>

Acto seguido, Kelsen examina cómo la teoría iusnaturalista ha tratado de sustraerse a esta objeción, aunque al precio de convertirse en

<sup>38</sup> JDN, 115-116; DNPI, 128-129. A la misma conclusión llega WELZEL, H., *Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material*, 2a. ed., Aguilar, Madrid, 1979, p. 59. Señala: "si no todas las inclinaciones naturales son "naturales", en sentido axiológico, sino sólo las buenas, libres de vicio, es evidente que el concepto de naturaleza pierde su capacidad para servir de criterio de distinción entre el bien y el mal. Lo "natural" no sirve para definir el contenido concreto de lo bueno, sino que, al contrario, es lo bueno lo que tiene que decidir qué es lo natural.

De esta manera se cae en la típica *petitio principii* iusnaturalista: lo que se tiene primero como bueno es presentado como lo "natural", utilizándolo después como criterio de conocimiento de lo bueno".

<sup>39</sup> Esta crítica de KELSEN es desarrollada en *Justice et Droit Naturel*. Véase JDN, 116-118.

<sup>40</sup> JDN, 117.

una doctrina religiosa o teológica. Pero antes de exponer esta argumentación, convendría volver la vista atrás sobre la distinción kelseniana entre teorías idealistas y teorías realistas, formulada en *Justice et Droit Naturel*.<sup>41</sup> Recordemos que las teorías idealistas defendían un dualismo jurídico al distinguir entre un derecho real (positivo) y un derecho ideal, inmutable y justo, entre los que había una cierta relación jerárquica, en la medida en que la validez del primero dependía de su concordancia material con una norma de justicia que poseía valor absoluto. Frente a esto, las teorías realistas defendían un relativismo de los valores, rechazando una vinculación necesaria entre el derecho y la justicia, entendida como valor absoluto. Para una teoría jurídica positivista y realista —como la teoría pura del derecho— una norma de justicia sólo puede tener un valor relativo, pues los valores absolutos exceden el límite de lo cognoscible.

Por esta razón, desde el relativismo de Kelsen la posibilidad de una justificación incondicional del orden jurídico es descartada. La validez de dicho orden no puede basarse en una norma de justicia, dado que el valor absoluto que la teoría del derecho natural (como teoría idealista) asigna a esas normas, si es que existe, no es accesible a la capacidad de conocimiento de los hombres.

Dicho esto, no es difícil comprender la exposición de Kelsen sobre los intentos de cierto sector del iusnaturalismo de obtener preceptos normativos a partir de la conducta que se considera "normal" en el ámbito del ser. El modo de hacerlo es presuponiendo una norma de justicia que obligue a cada cual a comportarse como lo hacen la mayoría de los individuos que pertenecen a un mismo grupo social. Sólo así se puede sostener que el comportamiento debido es el que se corresponde con el de la mayoría, y que dicho comportamiento es justo.<sup>42</sup> El mero hecho de presuponer esa norma es ya indicativo de que nos hallamos ante una teoría idealista. El problema principal que observa Kelsen es que el valor de la norma de justicia que ordena comportarse como lo hace la mayoría es tan relativo como el de cualquier otra. Para que a esta norma se la pueda considerar una au-

<sup>41</sup> Véase JDN, 98 y ss; Sendín Mateos, J. A., "La crítica de Hans Kelsen...", *cit.*, pp. 479 y ss.

<sup>42</sup> JDN, 118.

téntica norma de derecho natural deben cumplirse dos condiciones: que se constate que, en efecto, la mayoría de los hombres se comporta de un modo determinado, y que esa norma de justicia tenga valor absoluto. De entrada, para Kelsen, la primera condición es ya empíricamente irrealizable, y para que la segunda lo fuera, la norma en cuestión tendría que proceder forzosamente de una voluntad divina.<sup>43</sup>

Por otro lado, si se piensa que la naturaleza del hombre se manifiesta en el comportamiento regular de la mayoría, parece que se está afirmando que la naturaleza humana es buena como regla general y mala por excepción. Kelsen vincula estas ideas a una teoría iusnaturalista de carácter teológico a la que sin embargo no identifica.<sup>44</sup> En realidad, salvo por esta referencia mínima, su crítica carece de un apoyo sólido en la teoría del derecho natural; no menciona, ni tan siquiera vagamente, ninguna corriente doctrinal que haya tratado de deducir preceptos de derecho natural a partir de la naturaleza humana "normal". En todo caso, su tesis es que en la medida en esta deducción sólo es posible presuponiendo una norma de justicia cuyo valor es absoluto y que, por tanto, sólo puede tener su origen en una voluntad divina, todo intento de fundamentar el derecho natural sobre la naturaleza del hombre "normal" termina conduciendo forzosamente a una doctrina religiosa o teológica del derecho natural.<sup>45</sup> De esta manera, se observa que esta teoría iusnaturalista que Kelsen critica se mantiene en una oscilación constante entre la falacia naturalista y su continua apelación a la metafísica.

*B. Derecho natural y sentimientos humanos: el origen del derecho natural en el sentimiento del derecho y en el sentimiento de la justicia*

Otro aspecto de la crítica de Kelsen a la teoría del derecho natural alude al intento, por parte de un sector de la misma, de extraer nor-

<sup>43</sup> *Idem.*

<sup>44</sup> Según Kelsen, a esta doctrina habría que enfrentar otra línea de pensamiento igualmente teológica inspirada en San Agustín, que defendía la tesis de que la naturaleza humana, que estaba corrompida por el pecado original, era mala como regla general. Véase *idem.*

<sup>45</sup> *Idem.*

mas de derecho natural a partir de ciertos sentimientos humanos. No es difícil adivinar cuál es el argumento central de esta crítica que, una vez más, es desarrollada en *Justice et Droit Naturel*: los sentimientos humanos, al ser hechos psicológicos, no son aptos para obtener preceptos normativos, pues ello conduciría nuevamente a incurrir en la falacia naturalista. En este punto la crítica de Kelsen no se refiere a los sentimientos en general, sino a un sentimiento concreto: Kelsen critica sobre todo la doctrina de H. Coing,<sup>46</sup> para quien los preceptos del derecho natural se podrían inferir a partir del llamado "sentimiento del derecho" (Rechtsgefühl).<sup>47</sup> Este sentimiento presenta además dos variantes en función del significado otorgado a la palabra "derecho". "Derecho" puede significar tanto "derecho positivo" (en cuyo caso se habla con propiedad de "sentimiento del derecho") como "justicia", dando lugar al "sentimiento de la justicia". Pero en ambos casos —opina Kelsen— lo que hay en el fondo del "sentimiento del derecho" es una actitud psicológica de desaprobación o de aprobación. La actitud de desaprobación surge como reacción ante un trato ilegal (en el caso del sentimiento del derecho) o injusto (si lo que está en juego es el sentimiento de la justicia) que afecta a uno mismo o a otras personas; la actitud de aprobación consiste en una reacción favorable que tiene lugar cuando el trato dado a uno mismo o a otros se considera legal o justo.<sup>48</sup>

Los argumentos que Kelsen esgrime contra Coing son los mismos que opone a otros intentos iusnaturalistas de obtener normas de conducta a partir de la naturaleza humana. Por un lado, tanto el sentimiento del derecho como el sentimiento de la justicia presuponen sendas normas (de derecho positivo y de justicia) que se conocen previamente. Dice Kelsen: "la norma es conocida por el individuo que reacciona con su sentimiento; no es que la sienta, sino que la conoce, la sabe".<sup>49</sup> Por tanto, a partir de un sentimiento de aprobación o desaprobación no es posible inferir normas de derecho natu-

<sup>46</sup> En *Die obersten Grundsätze des Rechts. Ein Versuch zur Neugründung des Naturrechts*, Heidelberg, 1947. Véase JDN, 135 y ss.

<sup>47</sup> JDN, 136.

<sup>48</sup> Véase JDN 136-138.

<sup>49</sup> JDN, 137.

ral; más bien al contrario, las normas presuntamente inferidas son presupuestas de antemano, prescribiendo la obediencia, bien de una norma de justicia (si lo que está en juego es el sentimiento de la justicia), bien de una norma positiva (cuando la norma se infiere a partir del sentimiento del derecho propiamente dicho).

Pero un sentimiento tampoco puede ser fuente del derecho natural por una segunda razón, que vale no sólo para el sentimiento del derecho o de la justicia, sino de forma general para todos los sentimientos humanos: éstos son demasiado diferentes en cada sociedad y dentro de una misma sociedad como para que se pueda afirmar su universalidad.<sup>50</sup> Los sentimientos quedan sujetos a variaciones temporales y espaciales en función de las circunstancias de cada sociedad y de cada individuo. Pero si no hay universalidad en los sentimientos éstos nos pueden servir para tratar de obtener normas de validez universal a partir de ellos. Finalmente, retomando el argumento central de Kelsen, todo sentimiento es un hecho psíquico natural, un ser, del que no cabe derivar un deber ser.<sup>51</sup>

## 2. La separación de razón y voluntad: la crítica al concepto de razón práctica

La teoría del derecho natural, además de no distinguir suficientemente el ser y el deber ser, incurre en el error de no separar claramente dos facultades humanas bien distintas, la razón y la voluntad. Por este motivo critica Kelsen a la teoría del derecho natural racionalista, que situaba la naturaleza del hombre en su razón, y creía que a partir de ella se podían deducir normas de conducta.

Desde una posición inequívocamente voluntarista, Kelsen está convencido de que la creación de normas es una función específica de la voluntad, mientras que la razón está orientada al conocimiento. Una razón capaz de producir normas sólo sería posible si se admite que es al mismo tiempo conocimiento y voluntad, es decir, razón práctica. Entre quienes defienden esta idea de *ratio practica* hemos

<sup>50</sup> JDN, 139.

<sup>51</sup> JDN, 141.

de destacar a Aristóteles, Santo Tomás de Aquino y Kant, cuya concepción de la ética se basaba en este concepto. Para Kelsen, en cambio, la existencia de una razón práctica es lógicamente imposible, pues es una contradicción admitir que la razón es capaz de conocer y de querer al mismo tiempo.

El desarrollo de esta crítica es más tardío que el de la anterior. Antes de *Justice et Droit Naturel* el número de escritos en los que Kelsen se refiere a este tema es muy reducido. Un ejemplo es *Was ist Gerechtigkeit?*<sup>52</sup> (1953), donde hace hincapié, aunque muy brevemente, en la idea de que la función de la razón no consiste en prescribir determinadas conductas a los hombres, sino en conocer y describir la realidad. Lo cierto es que todo cuanto dice Kelsen al respecto en esta obra se reduce al pasaje siguiente:

“Normas que prescriban la conducta humana pueden tener su origen únicamente en la voluntad y esta voluntad puede ser sólo humana si se excluye la especulación metafísica. La afirmación de que el hombre debe conducirse de una determinada manera —aun cuando quizás él no se conduzca realmente de esta forma—, puede ser formulada por la razón humana únicamente suponiendo que por un acto de voluntad humana se haya establecido una norma que prescribe dicha conducta. La razón humana puede comprender y describir pero no prescribir. Pretender encontrar en la razón normas es una ilusión semejante a la de querer obtener tales normas de la Naturaleza”.<sup>53</sup>

El desarrollo posterior de esta crítica aparece en *Justice et Droit Naturel*, aunque también es digna de destacar la exposición más concisa de la doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico, donde la claridad expositiva es superior en algunos momentos. Finalmente, en la etapa final de su producción surgen dos nuevas contribuciones en las que Kelsen reafirma algunas ideas anteriores sin introducir apenas novedades. Se trata de *Die Grundlage der*

<sup>52</sup> Wien, F. Deuticke. Citamos por la traducción española hecha por Ernesto Garzón Valdés (QJ).

<sup>53</sup> QJ, 73-74.

<sup>54</sup> Wien: Manz, 1979. Citamos por la traducción italiana: Teoria generale delle norme (TGN).

*Naturrechtslehre* (1962) y de la obra póstuma *Allgemeine Theorie der Normen* (1979).<sup>54</sup>

Para Kelsen, la idea de una razón que pueda ser cognoscitiva y volitiva al mismo tiempo es inviable. Desde el punto de vista de la psicología empírica, la única función que puede cumplir la razón es conocer la realidad,<sup>55</sup> mientras que la creación de normas es competencia exclusiva de la voluntad. Una razón capaz de conocer y de querer no puede existir en la esfera de la realidad empírica, pues ello supondría una contradicción desde el punto de vista lógico:

“[...] crear normas es una función de la voluntad, no del conocimiento. Una razón que crea normas es una razón que conoce y al mismo tiempo que quiere, es a la vez conocer y querer. Ésta es la noción contradictoria de la razón práctica que desempeña un papel decisivo no solamente en la Teoría del derecho natural, donde se presenta como teoría del derecho de la razón, sino también en la ética. Esta noción de razón práctica es de origen religioso o teológico”.<sup>56</sup>

La única razón práctica, es decir, la única razón capaz de conocer y de querer al mismo tiempo, es la razón divina, pues sólo en Dios coinciden razón y voluntad. La razón práctica divina es la única capaz de distinguir el bien del mal:<sup>57</sup> Dios, que conoce esta diferencia (lo cual es una función de la razón), quiere (función de la voluntad) que se haga el bien y se evite el mal.<sup>58</sup>

Sólo en Dios coinciden razón y voluntad. Por otra parte —dice Kelsen—, las normas de derecho natural, que pretenden ser absolutamente válidas, sólo pueden ser inmanentes a la naturaleza, que es la manifestación de la voluntad divina. Esto determina su valor abso-

<sup>55</sup> JDN, 119; DNPJ, 129; BTDN, 579.

<sup>56</sup> JDN, 119. Cursivas del autor. Véase también DNPJ, 129.

<sup>57</sup> Así se desprende del mito del árbol de la ciencia del bien y del mal, que Kelsen evoca en alguna ocasión: “Y dio Dios al hombre el siguiente mandato: puedes comer de todos los árboles del jardín, mas del árbol de la ciencia del bien y del mal no comerás en modo alguno, porque, el día en que comieres, ciertamente morirás”. Después la mujer es engañada por la serpiente: “la serpiente dijo a la mujer: ‘¡No, no moriréis! Antes bien, Dios sabe que en el momento en que comáis se abrirán vuestros ojos y seréis como dioses, conocedores del bien y del mal’”. (Génesis II, 16-17 y III, 4-5). Véase JDN, 125; DNPJ, 130.

<sup>58</sup> JDN, 125; DNPJ, 130.

luto y su inmutabilidad, haciendo que los juicios sobre el deber ser (Soll-Urteil) referidos a estas normas posean la misma objetividad que los juicios sobre el ser (Seins-Urteil).<sup>59</sup> El trasfondo teológico de la idea de razón práctica determina que el legislador moral supremo sea Dios y no el hombre, de forma que la razón humana sólo es una razón práctica en la medida en que el hombre, al haber sido creado a imagen y semejanza de Dios, participa de la razón divina.<sup>60</sup> Así ocurre, por ejemplo, en Cicerón, para quien el derecho natural no puede ser producto de la razón humana empírica, sino de la razón que debe ser, la *recta ratio*, que se encamina a hacer el bien y a evitar el mal.<sup>61</sup> Para Cicerón (*De Republica*), el derecho es la *recta ratio* en armonía con la naturaleza. Pero esta naturaleza se identifica con Dios, que es el creador del derecho divino e inmutable, inmanente a su divina razón.<sup>62</sup>

Según Kelsen, algo parecido sucede en Santo Tomás de Aquino,<sup>63</sup> que admite la existencia de la razón práctica como razón divina de la que participa el hombre. Santo Tomás distingue entre *ratio speculativa* y *ratio practica*,<sup>64</sup> y señala que imperar, prescribir una conducta, es un acto de voluntad que presupone un acto de la razón.<sup>65</sup> Esta razón es

<sup>59</sup> JDN, 125.

<sup>60</sup> JDN, 121; DNPJ, 130; BTDN, 579; TGN, 9.

<sup>61</sup> Véase JDN, 120.

<sup>62</sup> CICERÓN pone en voz de Cayo Lelio: “Existe una ley verdadera y es la *recta ratio*, conforme a la naturaleza, común para todos, inmutable, eterna, que impulsa al cumplimiento del deber con sus mandatos, y aparta del mal con sus prohibiciones. [...] Esta ley no puede sustituirse por otra, no es lícito ni derogarla parcialmente ni abrogarla por completo”. Añade: “Dios [es] autor de la ley, juez y legislador, quien no le obedece huirá de sí mismo y despreciará la naturaleza del hombre, por lo cual sufrirá las más grandes penas”. Véase *Sobre la República*, III, XXII, 33. Citamos por la traducción de José Guillén, Tecnos, Madrid, 1986, p. 101.

<sup>63</sup> Véase JDN, 121-122.

<sup>64</sup> Para Santo Tomás de Aquino, tanto en el ámbito de la razón especulativa como en el de la razón práctica se ha de distinguir el acto, que en las operaciones de la razón consiste en entender y en discurrir, de lo que produce ese acto: “Hablando de la razón especulativa, este producto es triple: primero, la definición; segundo, la enunciación; tercero, el silogismo o argumentación”. Así como en la razón especulativa las proposiciones se orientan a la conclusión, respecto de la razón práctica: “debemos encontrar [...] algo que sea respecto de la operación lo que en la razón especulativa son las proposiciones respecto de la conclusión. Y estas proposiciones universales de la razón práctica, ordenadas a la operación, son precisamente la ley”. Para Santo Tomás, por tanto, la ley es el criterio de lo que debe hacerse con arreglo a la razón. Véase *Suma de Teología*, I-II, c. 90, a. 1.

<sup>65</sup> Véase *Suma de Teología*, I-II, c. 17, a. 1. “Imperar no es mover de cualquier modo, sino con una intimación indicadora. Y esto es propio de la razón”. Insiste más adelante:

la razón práctica. Para Santo Tomás, las leyes, como criterio de lo que se debe hacer,<sup>66</sup> no son producto de la voluntad, sino de la razón. Pero dicha razón no puede ser la razón humana, incapaz de crear leyes por sí sola. La razón humana sólo puede ser una razón legisladora en la medida en que la razón divina, que es la única razón práctica por sí sola, opera en ella. Santo Tomás toma de San Agustín la doctrina estoica de que la razón divina gobierna el mundo según los dictados de la ley eterna.<sup>67</sup> Pero el hombre creado a imagen de Dios participa también de la razón divina, que le conduce a comportarse conforme a la ley eterna a través de la ley natural, que es la participación de la ley eterna en los seres racionales.<sup>68</sup> De esta manera, la razón de la que emana la ley natural es en última instancia la razón divina que, como señala Kelsen,<sup>69</sup> en Santo Tomás se identifica con la voluntad divina.

"El poder de mover que tiene la razón lo recibe de la voluntad". Y añade: "Pero para que el querer de la voluntad [...] tenga valor de ley, es necesario que esté regulado por la razón. Y en este sentido hay que entender aquello de que la voluntad del príncipe tiene fuerza de ley. De lo contrario, la voluntad del príncipe, más que ley, sería iniquidad". Véase *Suma de Teología*, I-II, c. 90, a. 1.

<sup>66</sup> Véase *infra*, nota 66.

<sup>67</sup> *Suma de Teología*, I-II, c. 91, a. 1. "Dado que el mundo está regido por la divina providencia, [...] es manifiesto que toda la comunidad del universo está gobernada por la razón divina. Por tanto, el designio mismo de la gobernación de las cosas que existe en Dios como monarca del universo tiene naturaleza de ley. Y como la inteligencia divina no concibe nada en el tiempo sino que su concepto es eterno, [...] síguese que la ley en cuestión debe llamarse eterna".

<sup>68</sup> *Suma de Teología*, I-II, c. 90, a. 2. "Como todas las cosas que se encuentran sometidas a la divina providencia están reguladas y medidas por la ley eterna, [...] es manifiesto que participan en cierto modo de [ella], a saber, en la medida en que, bajo la impronta de esta ley se ven impulsados a sus actos y fines propios". En relación con la participación de los seres humanos en la ley eterna dice: "la criatura racional se encuentra sometida a la divina providencia de una manera muy superior a las demás. [...] Por lo mismo, hay también en ella una participación de la razón eterna en virtud de la cual se encuentra naturalmente inclinada a los actos y fines debidos. Y esta participación de la ley eterna en la criatura racional es lo que se llama la ley natural".

<sup>69</sup> La visión de Kelsen es simplista. Para Santo Tomás, la voluntad divina se identifica con la divina esencia tan sólo en un primer sentido, en cuanto voluntad misma; por ello no está sujeta al gobierno de Dios ni de la Ley eterna, sino que se identifica con esa Ley. En un segundo sentido, en cuanto a lo que quiere Dios en relación con las criaturas, la voluntad divina sí se somete a la Ley eterna, "puesto que su razón directriz es la divina sabiduría". Concluye: "En este segundo sentido la voluntad divina puede llamarse razonable;

Kelsen concluye su particular repaso de los autores que han defendido la idea de razón práctica refiriéndose a Kant,<sup>70</sup> cuya doctrina de la autonomía moral se fundamentaba precisamente sobre esta noción. Kelsen, sin embargo, cree que este esfuerzo fue infructuoso, pues Kant, al igual que Cicerón y Santo Tomás, termina dando un soporte teológico a la idea de razón práctica.<sup>71</sup> Así, en la *Crítica del juicio* se refiere a Dios "no sólo como inteligencia legisladora de la naturaleza, sino también como legislador supremo en el reino moral de los fines". Insiste en estas ideas en *La religión dentro de los límites de la mera razón*,<sup>72</sup> y en su *Opus Posthumum*, donde señala: "En la razón práctico-moral se encuentra el imperativo categórico de considerar todos nuestros deberes como mandatos divinos". Con ello, Kant reconoce el origen divino del imperativo categórico como principio formal determinante de la autonomía moral. Según Kelsen, fue precisamente en este terreno, en la ética, donde Kant abandonó el método de la lógica trascendental, lo cual se debió, en parte, a las profundas convicciones religiosas que siempre profesó este autor.<sup>73</sup>

Según Kelsen, el objetivismo moral de Kant, que le acerca a posiciones iusnaturalistas, justifica que este autor admita la idea de razón práctica, y que la considere idéntica a la voluntad. Pero, por otro lado, Kelsen reconoce que es un error considerar a Kant un iusnaturalista, pues siempre se enfrentó a la metafísica que caracterizaba a la teoría del derecho natural. Kelsen es consciente de esto, y subraya que para Kant el fundamento de la obligatoriedad de las normas "no debe buscarse en la naturaleza humana ni en las circunstancias del universo que rodean al hombre, sino *a priori*, exclusivamente

mientras que en el sentido primero, o como voluntad en sí, más bien debe decirse que se identifica con la razón misma". Véase *Suma de Teología*, I-II, c. 93, a. 4.

<sup>70</sup> Véase JDN, 126 y ss.

<sup>71</sup> DNPJ, 130; TGN, 131 y, en especial, JDN, 130-131 (nota 93).

<sup>72</sup> Dice KANT: "La moral conduce ineludiblemente a la religión, [...] a la idea de un legislador moral poderoso en cuya voluntad es fin último aquello que al mismo tiempo puede y debe ser el fin último del hombre". Y más adelante: "La religión es (considerada subjetivamente) el conocimiento de todos nuestros deberes como mandatos divinos". Citamos por la traducción de F. Martínez Marzoa, Alianza Editorial, Madrid, 1986, pp. 22 y 150.

<sup>73</sup> Véase SENDÍN MATEOS, J. A., "La crítica de Hans Kelsen...", *cit.*, pp. 501-502.

en los conceptos de la razón pura".<sup>74</sup> En cualquier caso, la tesis de que la razón prescribe al hombre la ley moral sólo se puede mantener si se identifican razón y voluntad. Esto es reconocido abiertamente por Kant:

"Sólo un ser racional posee la facultad de obrar por la representación de las leyes, esto es, por principios, pues posee una voluntad. Como para derivar las acciones a partir de las leyes es necesaria la razón, resulta que la voluntad no es otra cosa que la razón práctica".<sup>75</sup>

Pero en otras ocasiones —advierte Kelsen— razón y voluntad aparecen en Kant como si fueran dos facultades humanas claramente diferenciadas: la una como facultad de conocer y la otra como facultad de apetecer. Así, en la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* señala que la voluntad está determinada por la razón,<sup>76</sup> lo cual no podría ser admitido si razón y voluntad fueran una misma cosa. El mismo pensamiento aparece en *Crítica de la razón práctica*, en cuya introducción dice Kant que la razón se ocupa de los motivos que determinan la voluntad.<sup>77</sup>

Con independencia de la forma como Kant conciba la relación entre las nociones de razón y voluntad, las diferencias entre él y Kelsen son insalvables. Para Kant no existe más que una única e idéntica razón, que se distingue sólo por su uso, teórico o práctico.<sup>78</sup> Para

<sup>74</sup> *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Espasa Calpe, Madrid, 12a. ed., 1996, p. 46.

<sup>75</sup> *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, cit., p. 80.

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 74.

<sup>77</sup> "Con el uso práctico de la razón todo es muy distinto. En éste la razón se ocupa de los fundamentos que determinan a la voluntad, la cual supone o bien una capacidad para producir objetos que se corresponden con las representaciones, o bien una capacidad para autodeterminarse hacia la realización de dichos objetos". Citamos por la traducción de Roberto Rodríguez Aramayo, Alianza, Madrid, 2000, p. 69. *Cursivas mías*.

<sup>78</sup> "Verdaderamente, no hay para tal metafísica [de las costumbres] otro fundamento [...] que el de la razón pura práctica, igual que para la metafísica que la crítica de la razón especulativa. Ahora bien, por un lado, aquella no es de tan extrema necesidad como ésta, porque, en lo moral, la razón humana, incluso en el más común de los entendimientos, puede ser conducida a mayor exactitud y precisión, mientras que en el uso teórico (pero puro) es perfectamente dialéctica, y por otro lado yo exigiría para una crítica de la razón pura práctica, si ha de ser completa, poder presentar su unidad con la razón especulativa

Kelsen, el único uso posible de la razón es el uso teórico, y su única aplicación la de conocer, distinguiéndose, si acaso, por el objeto de conocimiento:<sup>79</sup> la razón es teórica cuando conoce hechos reales, es decir, el ser; y es razón práctica cuando conoce normas que establecen que algo debe ser. En cualquier caso —y ésta es la principal crítica que Kelsen le dirige a Kant—, si la razón es una e idéntica, no podrá conocer como razón teórica y querer como razón práctica, puesto que reconocer un uso cognoscitivo y otro prescriptivo de la razón sólo es posible quebrantando el principio lógico de no contradicción. Para Kelsen, en definitiva, la idea de razón práctica sólo puede ser el resultado de una confusión entre dos facultades humanas esencialmente distintas, que el mismo Kant se ocupa de diferenciar.<sup>80</sup>

### 3. De nuevo sobre el fundamento teológico de la doctrina del derecho natural

Hemos examinado cómo, en opinión de Kelsen, la doctrina del derecho natural, en cualquiera de sus variantes, sólo es sostenible desde presupuestos teológicos, tanto si se pretende extraer normas a partir de la naturaleza como a partir de la razón. Kelsen profundiza en estos argumentos en *Justice et Droit Naturel*, donde trata de mostrar cómo la teoría del derecho natural se ha manifestado como un conjunto de doctrinas de origen teológico. Cuando esta teoría trata de obtener preceptos de derecho natural a partir del análisis de la naturaleza, pueden ocurrir dos cosas:<sup>81</sup> que a partir de los hechos naturales y de las leyes que rigen el ámbito del ser (*Seins-Regeln*) se intenten obtener normas de deber ser (*Soll-Normen*), o que se interprete a la naturaleza como un conjunto de hechos ordenados conforme a fines (como sucede en Aristóteles y Tomás de Aquino, que utilizaban un concepto teleológico de naturaleza), entendiendo por "fin" aquello

en un principio común a ambas, porque al fin y al cabo no pueden ser más que una y la misma razón que sólo se distinguen en lo que atañe a su aplicación". Véase *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, cit., pp. 49-50. *Cursivas mías*.

<sup>79</sup> JDN, 134.

<sup>80</sup> JDN, 133; TGN, 130.

<sup>81</sup> Véase JDN, 104-105.

que, dado su valor, debe ser realizado. Para Kelsen, la teología cristiana ha contemplado ambas posibilidades, dando lugar a sendas doctrinas de carácter religioso. En el primer caso, las leyes de la naturaleza se consideran mandatos divinos: la naturaleza obedece las órdenes de Dios.<sup>82</sup> En el segundo, nos hallamos ante una teoría religiosa vinculada a un concepto teleológico de naturaleza, que interpreta a ésta como un todo ordenado conforme a fines, y presupone que existe una autoridad trascendente que impone esos fines. Esa autoridad no puede ser otra que Dios Creador.<sup>83</sup>

La consideración de la teoría del derecho natural como una doctrina de carácter religioso o teológico es una constante en el pensamiento de Kelsen. De sus primeras obras (sobre todo *Die Idee des Naturrechts*) se desprende que la necesidad interior que se supone que conduciría a los individuos a obedecer el derecho natural sólo puede justificarse en el valor absoluto de sus normas, que depende, a su vez, de su procedencia divina. Kelsen es más explícito en obras posteriores: en *The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science* (1945) y *Why should the Law be obeyed?*<sup>84</sup> (1957) señala que la obtención de normas a partir de la naturaleza sólo es posible en una superstición animista o considerando que la naturaleza es una creación de la voluntad divina. Sin embargo, es en *Justice et Droit Naturel* y *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico* donde desarrolla con mayor amplitud estas ideas, e insiste en que toda teoría iusnaturalista se revela, en el fondo, como una doctrina de carácter teológico. Otra obra que cabría destacar es *Die Grundlageder Naturrechtslehre*, presentada como conferencia en el marco de una reunión de autores cristianos celebrada en Salzburgo en 1962. En ella sintetiza algunas ideas anteriores, al tiempo que critica determinados aspectos doctrinales de autores católicos de la importancia de V. Cathrein o J. Messner, que reconocían abiertamente el trasfondo teológico de la teoría iusnaturalista.

Kelsen trata de mostrar el trasfondo teológico de la teoría iusnaturalista haciendo un breve (e incluso superficial) recorrido por

<sup>82</sup> JDN, 105.

<sup>83</sup> *Idem*.

<sup>84</sup> *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science, Collected Essays*, University of California Press, Berkeley-Los Angeles (1957), pp. 257-265.

la doctrina de algunos de sus representantes históricos. Santo Tomás de Aquino fue el heredero de esta doctrina: identifica la ley eterna con la razón divina que gobierna el mundo estoicismo clásico, como Crisipo, que veía a Zeus como la "naturaleza común de todas las cosas, su destino y necesidad",<sup>85</sup> o Cicerón, para quien el derecho natural era eterno e inmutable, en contraste con las leyes positivas de Roma y Atenas.<sup>86</sup> El estoicismo influyó en la doctrina de la *lex aeterna* de San Agustín, de la que deriva la ley natural, que era la "razón o voluntad divinas, que nos manda observar el orden natural y nos prohíbe perturbarlo".<sup>87</sup> San Agustín insiste en señalar el evidente origen divino de la ley natural: "¿Quién sino Dios ha inscrito la ley natural en los corazones de los hombres?",<sup>88, 89</sup> y a continuación concibe la ley natural como la participación de la ley eterna en el hombre,<sup>90</sup> cuyos preceptos se deducen de las tendencias naturales que Dios ha inculcado en él. Por esta razón, estos preceptos, que ordenan hacer lo bueno (de acuerdo con las tendencias naturales humanas) y prohíben hacer lo malo, son invariables e irreformables, y gozan de validez absoluta.

Ahora bien, Kelsen señala que dentro de la teoría del derecho natural se ha producido también algún atisbo de disidencia, y se ha tratado de emancipar al derecho natural de su base teológica. Así, por ejemplo, H. Grocio<sup>91</sup> insiste en *De Iure Belli ac Pacis* en que el

<sup>85</sup> DNPJ, 126.

<sup>86</sup> JDN, 105-106; DNPJ, 126. Dice Cicerón de la ley natural: "Esta ley no puede sustituirse con otra, no es lícito ni derogarla parcialmente, ni abrogarla por completo. Ni el Senado ni el pueblo pueden eximirnos de ella. No es necesario buscar a Sexto Elio (el famoso intérprete) para explicarla, ni interpretarla". Y añade: "No habrá una ley en Roma; otra, en Atenas; una, hoy; otra, mañana; sino que una ley única, eterna e inmutable, regirá a todas las naciones y en todos los tiempos". Véase *Sobre la República*, III, XXII, 33, *cit.*, p. 101.

<sup>87</sup> *Contra Faustum*, XXII, § 27: "*Lex vero aeterna est ratio divina vel voluntas Dei ordinem naturalem conservari iubens et perturbari ventans*". Véase JDN, 106; DNPJ, 126.

<sup>88</sup> De serm. Dei in monte, II, § 9, n. 32: "*Quis enim scripsit in cordibus hominum naturalem legem nisi Deus?*". Véase JDN, 106.

<sup>89</sup> JDN, 107; DNPJ, 127.

<sup>90</sup> *Suma de Teología*, I-II, c. 90, a. 2.

<sup>91</sup> En cierto sentido, Grocio sigue el camino marcado por los escolásticos españoles, quienes ya antes habían progresado en la desvinculación del derecho natural respecto de

derecho natural seguiría teniendo validez aun en el caso de que Dios no existiera. Sin embargo, a continuación se apresura a señalar que esto no podría admitirse sin caer en el más grave delito,<sup>92</sup> y añade que el derecho natural, aunque emana de la esencia íntima del hombre, ha de referirse en último término a Dios, que ha querido que esa esencia exista.<sup>93</sup> En opinión de Kelsen, Grocio, sin embargo, no fue capaz de desvincular la validez del derecho natural de su origen divino, lo cual se debe, en buena parte, a que al igual que otros muchos representantes de la doctrina iusnaturalista, profesaba profundas creencias cristianas, en contraposición al agnosticismo de Kelsen.<sup>94</sup>

su base teológica. Así, Francisco de Vitoria aseguraba que Dios no podía cambiar la naturaleza de las cosas, y que no dependía de él lo que por su propia naturaleza era bueno o malo. En el mismo sentido se manifiesta Luis de Molina, para quien la obligatoriedad del derecho natural surgía de la naturaleza del objeto mismo. Para Welzel, sin embargo, fue el jesuita Gabriel Vázquez quien avanzó el paso decisivo en esta secularización. Para Vázquez, lo malo y lo pernicioso lo era por su propia esencia, y no porque Dios así lo hubiera conocido. Va más lejos que Vitoria y Molina afirmando que ni la voluntad ni la razón divinas son el primer criterio de lo bueno y lo malo, sino más bien la naturaleza de las cosas mismas, y ello antes de toda voluntad y todo mandato. En ese sentido, Dios únicamente se limita a interpretar o prescribir lo que ya se encuentra en la naturaleza racional del hombre. Véase WELZEL, H., *Introducción a la filosofía del derecho*, cit., pp. 95 y ss.

<sup>92</sup> "Ciertamente, lo que hemos dicho tendría lugar, aunque admitiésemos algo que no se puede hacer sin cometer el mayor delito, como es el de aceptar que Dios no existe o que Éste no se preocupa de lo humano. Pero la razón y una tradición continua nos han hecho pensar lo contrario, o sea, su existencia". Seguidamente, Grocio señala el deber de obedecer los mandatos divinos: "Luego a Dios Creador, a quien nosotros le debemos todo, nosotros mismos y todas nuestras cosas, tenemos que obedecerle sin reserva alguna, sobre todo cuando se ha manifestado ante nosotros tan sumamente bueno y todopoderoso. Hasta tal punto, que a los que le obedecen puede darles los mayores premios, y también los eternos". Y añade: "Esto es algo que los cristianos creemos totalmente convencidos por la fe de los testimonios". Véase *El derecho de la paz y de la guerra. Prolegómenos*, § 11, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, p. 36. Véase también WELZEL, H., *Introducción a la filosofía del derecho*, cit., pp. 130 y ss.

<sup>93</sup> "Pero también aquel derecho del que hemos tratado, o sea, el derecho natural [...], aunque haya surgido de principios internos del hombre, puede con toda razón ser referido a Dios, toda vez que él mismo ha querido que tales principios existiesen en nosotros". Véase *El derecho de la paz y de la guerra. Prolegómenos*, § 12, cit., p. 36.

<sup>94</sup> Aunque Kelsen no se refiere a ello expresamente, el paso decisivo en el proceso de secularización que sigue la doctrina del derecho natural viene de la mano del iusnaturalismo protestante y de quien fue su fundador, S. Pufendorf, que trató de desvincular definitivamente a la teoría iusnaturalista del camino marcado por la Escolástica española. Pufendorf niega que el bien y el mal sean ideas eternas e independientes de la voluntad de Dios, que

Finalmente, en *Die Grundlage der Naturrechtslehre*, Kelsen busca confirmar su tesis de la inevitable base teológica de la doctrina del derecho natural en las filas de los iusnaturalistas católicos contemporáneos, fijándose para ello en la obra de autores como V. Cathrein o J. Messner. En *Moralphilosophie*, Cathrein muestra, en clave teológica, un voluntarismo no muy diferente del de Kelsen, y señala que las normas de derecho natural no son otra cosa que el sentido de los actos de la voluntad divina,<sup>95</sup> y en ningún caso constituyen un derecho de la razón. Para Cathrein, pensar que la vinculatoriedad de los mandatos divinos brota espontáneamente de la razón es un gran error; más bien habría que pensar que hay una voluntad suprema que dicta esos mandatos. El derecho natural aparece entonces como un conjunto de mandatos que Dios dirige a los hombres como súbditos suyos. En este sentido, la función que cumple la razón no es otra que la de informar acerca de las exigencias divinas.<sup>96</sup>

Ahora bien, Cathrein no se limita a fundamentar el derecho natural en clave teológica; también proporciona una base teológica al derecho positivo: Dios quiere el bien de la sociedad, pero éste es inalcanzable sin el auxilio del derecho positivo.<sup>97</sup> Es Dios mismo quien confiere a las autoridades humanas la potestad de crear normas; lue-

gozarían de validez aun en el caso de que éste no existiera. En realidad, no existe lo bueno y lo malo "en sí", sino sólo en relación con un sujeto cuyas acciones son buenas o malas. Bien y mal no son, por tanto, más que una consecuencia de la condición de la naturaleza humana, la cual dista de ser racional y se manifiesta como una creación contingente de la voluntad divina. El voluntarismo de Pufendorf es evidente. Lo que pretende este autor es negar, en contra de la tradición anterior, el concepto racional de la naturaleza del hombre, desmantelando así el fundamento del derecho natural propio de la filosofía escolástica. Véase WELZEL, H., *Introducción a la filosofía del derecho*, cit., pp. 139 y ss.

<sup>95</sup> BTDN, 582. Tanto para Kelsen como para Cathrein, los actos por los que se dictan las normas son "actos con sentido", que en el caso del derecho positivo emanan de la autoridad humana, y en el caso del derecho natural de la voluntad de Dios. Pero en ambos supuestos el sentido del acto por el que se crea la norma es el mismo: se impone un deber ser, que en las normas positivas tiene validez relativa dependiente de la norma fundamental, y que en el derecho natural posee un valor absoluto e incondicionado, dependiente de su contenido. Kelsen insiste en el voluntarismo de Cathrein en su obra póstuma *Allgemeine Theorie der Normen*. Véase TGN, 8.

<sup>96</sup> BTDN, 583.

<sup>97</sup> *Ibidem*. Un rasgo común de la teología cristiana es reconocer que las leyes se orientan al bien de la sociedad. El ejemplo más claro es quizás Tomás de Aquino, para quien las leyes siempre se ocupan del bien común. Véase *Suma de Teología*, I-II, c. 90, a. 2.

go, para Cathrein, la base del derecho positivo hay que buscarla tanto en la voluntad del hombre como en la propia voluntad de Dios.

J. Messner llega a la misma conclusión, aunque parte de la idea de que el derecho natural se fundamenta en la naturaleza del hombre. No obstante, al ser éste la imagen de Dios, su naturaleza se manifiesta ella misma como obra divina. El derecho natural tiene, por tanto, su fundamento último en Dios. La voluntad de Dios —y no su razón— es, para Messner, la *causa prima* del derecho natural.<sup>98</sup>

#### 4. Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural

Un tercer argumento que, pese a no tener la fuerza de los dos anteriores es invocado por Kelsen en múltiples ocasiones, es el relativo a la pluralidad de resultados, algunos de los cuales se contradicen entre sí, a los que han llegado las diversas doctrinas iusnaturalistas a lo largo de su historia. El hecho de que no se haya llegado a un acuerdo sobre cuál es el contenido del derecho natural parece probar la inconsistencia de dicha teoría, lo cual redundaría indirectamente en favor del positivismo jurídico, que tiene claro que el único derecho válido y existente es el derecho positivo.

Algunas de las contradicciones iusnaturalistas ya nos son conocidas:<sup>99</sup> la teoría del derecho natural distinguía un derecho natural perfecto y un derecho positivo imperfecto, cuya validez dependía de su concordancia material con el primero. Pero si realmente fuera posible obtener preceptos de derecho natural mediante la razón o el análisis de los hechos naturales, la creación de normas de derecho positivo carecería de sentido, y sería un despropósito equiparable al de emplear iluminación artificial a pleno sol.<sup>100</sup> Sin embargo, en opinión de Kelsen, todos los iusnaturalistas importantes han insistido en la necesidad del derecho positivo junto al derecho natural. Esta contradicción se vincula a una segunda: para la doctrina iusnaturalista el

<sup>98</sup> BTDN, 584.

<sup>99</sup> Véase SENDÍN MATEOS, J. A., *La crítica de Hans Kelsen...*, cit., pp. 466 y 487.

<sup>100</sup> TPD2, 106.

derecho natural se fundamenta en la naturaleza bondadosa del hombre; en cambio, el derecho positivo es un orden coactivo cuyas medidas se justifican en la maldad humana. Pero si admitimos que la naturaleza humana es perversa, no sería posible obtener preceptos de derecho natural a partir de la naturaleza humana que es, sino de la naturaleza tal como debería ser, de una naturaleza “ideal” en contraposición a la naturaleza real.<sup>101</sup> Estas son contradicciones internas de la teoría del derecho natural, a las que habría que añadir otras relativas a los resultados divergentes a los que han llegado las doctrinas más representativas al abordar cuestiones tan importantes como el derecho de propiedad privada o los límites al poder del gobierno. A continuación efectuaré un breve repaso de las contradicciones iusnaturalistas que Kelsen considera más significativas.

En *Justice et Droit Naturel*, Kelsen otorga una importancia menor al tema de las contradicciones en que incurre la teoría del derecho natural, dedicándole tan sólo una pequeña sección. Es en *The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science* y en la edición francesa de la *Reine Rechtslehre* (1953) donde desarrolla esta crítica con mayor amplitud, insistiendo en que la existencia de teorías del derecho natural que enuncian principios de justicia contradictorios es algo que resta consistencia a la idea del derecho natural considerada como conjunto.

Las diferencias doctrinales internas a la tradición del derecho natural se explican, según Kelsen, por el juicio de valor subjetivo que hay detrás de toda consideración de una conducta como “natural”.<sup>102</sup> Por eso no existe sólo una única teoría iusnaturalista basada en una norma de justicia única, sino que hay múltiples normas de justicia que dan lugar a otras tantas teorías iusnaturalistas; Hobbes, en cambio, cree que el poder es absoluto e ilimitado, lo que implica excluir en la práctica todo posible derecho de resistencia.

Estas contradicciones pueden producirse al abordar las materias más diversas. Por ejemplo, en materia de filosofía política, Locke asegura que el único orden justo es el que se instaura con el consen-

<sup>101</sup> *Ibidem*. Recordemos que para Kelsen lo natural “ideal” se deduce a partir de un derecho natural que se presupone de antemano. Véase JDN, 115-116; DNPJ, 128-129.

<sup>102</sup> TS, 151; TPD2, 109; JDN, 141.

timiento de todos;<sup>103</sup> R. Filmer piensa que lo natural es la monarquía absoluta.<sup>104</sup> También hay diferencias en lo concerniente a los límites al poder del gobierno: para Locke ese poder era limitado.<sup>105, 106</sup>

Otra cuestión que ha sido fuente de importantes desacuerdos es la de la propiedad privada. Muchos iusnaturalistas han defendido que este derecho es absoluto e ilimitado,<sup>107</sup> otorgándole una relevancia incluso mayor que la que se concedía al derecho a la vida. Kelsen piensa sobre todo en Locke, para quien el derecho positivo podía imponer a los ciudadanos el deber de sacrificar su vida en defensa del Estado, pero no podía, en cambio, establecer impuestos sin el

<sup>103</sup> TS, 153; TPD2, 109; JDN, 142. "Aquello que da inicio y constituye en realidad una sociedad política no es más que el consenso de un grupo de hombres libres capaces de formar una mayoría para unirse e incorporarse a tal sociedad. Y esto y sólo esto es lo que dio o pudo dar principio a cualquier gobierno legítimo del mundo". Véase Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil, § 99. Citamos por la traducción de J. Abellán, Espasa Calpe, Madrid, 2a. ed., 1997, p. 275.

<sup>104</sup> Esta tesis es el objeto de su obra *Patriarcha* (1680). Existe otro escrito, inédito en su tiempo, en el que Filmer vuelve sobre los mismos argumentos. Véase "The Necessity of the Absolute Power of all Kings", *Patriarcha and Other Writings*, Cambridge University Press, 1999, pp. 172-183.

<sup>105</sup> TS, 141-142; TPD2, 109. "El poder legislativo, no importa que sea depositado en una o varias personas que sea perpetuo o que sólo se mantenga durante ciertos intervalos, está, en todo caso, sujeto también a ciertas condiciones, y ello pese a que constituye el poder supremo de cualquier república". Entre estos límites están la vida y fortuna del pueblo, así como su libertad (pues el poder soberano no puede tratar de esclavizar ni de empobrecer deliberadamente a sus súbditos) y el bien público de la sociedad. Véase Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil, § 135, *cit.*, pp. 301-302.

<sup>106</sup> "Así pues, es manifiesto que en toda república hay un único hombre o una única asamblea o curia que tenga con derecho tanto poder sobre cada uno de los ciudadanos como fuera de la república tiene cada uno de ellos sobre sí mismo, es decir, un poder supremo o absoluto, que no está limitado más que por las fuerzas de la república. Pues si se limitase su poder, sería necesario que ello fuera por un poder mayor, pues el que prescribe límites ha de tener un poder mayor que aquel al que se constriñe imponiéndole límites. Y de este modo el poder que constriñe o no tiene límites o a su vez es constreñido por otro poder mayor; y así se llega a un poder sin otro límite que el límite último (*terminus ultimus*) de las fuerzas unidas de todos los ciudadanos. [...] En fin, si hay alguien que con derecho puede hacer cualquier acción que no sea lícita a ningún ciudadano, ni al conjunto de los ciudadanos, excepto a él, ése tiene el poder soberano (*summum imperium*) en la república, pues aquello que no pueden hacer con derecho ningún ciudadano ni ningún conjunto de ciudadanos, sólo la república puede hacerlo". Véase De Cive, Cap. 6, § 18.

<sup>107</sup> Kelsen cita como ejemplos a Grocio y Kant, a quien sigue considerando un iusnaturalista. Véase TS, 153 y ss; TPD2, 110.

consentimiento de los contribuyentes ni expropiar bienes sin conceder a cambio una indemnización.<sup>108</sup>

Pero no todos los iusnaturalistas defendieron un derecho de propiedad sin límites: un sector del iusnaturalismo teológico sostenía que la naturaleza no podía amparar este derecho de propiedad privada sin contradecir las Sagradas Escrituras, en las que se establecía que Dios entregó todas las cosas en común a los hombres. Kelsen señala cómo ciertos autores han tratado de superar este obstáculo mediante la distinción de dos naturalezas humanas: una bondadosa, que es la naturaleza originaria del hombre, y otra corrupta, que se manifiesta al sucumbir el hombre al pecado.<sup>109</sup> La propiedad privada como institución sólo sería necesaria una vez corrompida la naturaleza humana.<sup>110</sup> El siguiente pasaje de Domingo de Soto ilustra esta doctrina: "Así como la posesión o propiedad de las cosas en común, excepto la comunidad de mujeres, era conforme con el estado de inocencia, así también, en el estado actual, después de la caída, es conveniente la división de la propiedad, porque de otra manera sin un milagro el género humano no podría durar por mucho tiempo".<sup>111</sup>

En opinión de Kelsen, el principal problema que plantea la doctrina del derecho natural es de orden metodológico. El método utilizado permite a esta teoría fundamentar juicios de valor contradictorios. Pero este proceder no es exclusivo de la teoría del derecho natural, sino que afecta también a otras corrientes de pensamiento. Kelsen señala como ejemplo a A. Comte y H. Spencer: ambos aplican el método sociológico, pero mientras que Comte se muestra partidario del colectivismo social, Spencer apuesta por un individualismo.<sup>112</sup>

<sup>108</sup> TS, 156-157; TPD2, 111.

<sup>109</sup> La teoría estoica de las dos naturalezas humanas es asimilada por el cristianismo a través de San Agustín. Véase SENDÍN MATEOS, J. A., *La crítica de Hans Kelsen...*, *cit.*, pp. 506 y ss.

<sup>110</sup> TPD2, 111. Sin ánimo de ser exhaustivo, además de esta rama del iusnaturalismo teológico, otras doctrinas rechazaron que la propiedad privada pudiera ser "natural", objetando su conformidad con la naturaleza. Algunos autores incluso señalaron a la propiedad privada como la fuente de todos los males y el origen de la maldad humana. Diderot, Morelly y Rousseau, cuyas ideas influyeron en los socialistas utópicos (Fourier) y en el comunismo, son buenos ejemplos. Véase TPD2, 111 y ss.

<sup>111</sup> *De iustitia et iure*, IV, Q. III, a. 1.

<sup>112</sup> TS, 166.

Algo parecido les sucedió a quienes aplicaron el método dialéctico propio de la *Filosofía de la historia* de Hegel: este método, aplicado por el propio Hegel, conducía a una justificación sin reservas del Estado, que se consideraba absolutamente racional y era tal como debía ser. Por el contrario, ese mismo método, empleado por los autores de la izquierda hegeliana (Marx, Engels), propugnaba la abolición del Estado.<sup>113</sup> No debe extrañarnos que para Kelsen todas estas doctrinas, y también la doctrina iusnaturalista, carecieran de valor científico, sirviendo tan sólo como un instrumento intelectual al servicio de ciertos intereses políticos. En ese sentido, la doctrina del derecho natural, al igual que el resto, sólo podía consistir en una suerte de “mentira útil”.<sup>114</sup>

##### 5. Derecho natural e historia: la crítica a las teorías del derecho natural variable<sup>115</sup>

Un importante foco de críticas contra la teoría del derecho natural parte de la objeción de que el derecho natural es un conjunto de normas generales e inmutables que poseen validez en todas las circunstancias. Kelsen examina el intento de la doctrina del derecho natural de sustraerse a la crítica relativa a su insensibilidad ante los cambios históricos, dando lugar a lo que él llama “teoría del derecho natural

<sup>113</sup> Véase TS, 171-172.

<sup>114</sup> En numerosas ocasiones Kelsen establece un paralelismo entre la función que ha cumplido la teoría del derecho natural y la función que Platón, en su diálogo *Las Leyes*, otorga a las mentiras de los gobernantes. Para Platón, las mentiras estaban permitidas si eran útiles al gobernante: se puede enseñar al pueblo que los hombres justos son felices, aunque en muchos casos esto sea contrario a la verdad. Esta mentira es muy útil, pues favorece la obediencia del pueblo al derecho y facilita las tareas del gobierno. Para Kelsen, la teoría del derecho natural cumple un papel semejante: consiste en una mentira útil para la consecución de ciertos fines sociales. Véase TS, 173; TPD2, 112 y, sobre todo, KELSEN, H., *La justicia platónica, La idea de derecho natural y otros ensayos*, Losada, Buenos Aires (1946), pp. 128 y ss.

<sup>115</sup> Véase, sobre los intentos de la doctrina iusnaturalista de configurar un derecho natural variable, DELGADO PINTO, J., “Derecho. Historia. Derecho natural. Reflexiones acerca del problema de la oposición entre la existencia del derecho natural y la historicidad de los órdenes jurídicos”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, IV, 2 (1964), pp. 73-174.

variable”. Esta teoría defiende un derecho natural sujeto a variaciones en función de las circunstancias cambiantes de la sociedad, lo cual supone abandonar los postulados de la inmutabilidad y de la justicia absoluta del derecho natural: en lugar de un único derecho natural inmutable, hay varios derechos naturales, cuya validez se fundamenta en distintas normas de justicia que sólo pueden ser relativas.

La tentativa iusnaturalista de renunciar al postulado de la inmutabilidad es criticada por vez primera en *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, donde Kelsen llama la atención sobre la diferencia que existe entre el carácter absoluto de la validez de las normas de derecho natural y el carácter hipotético-relativo y formal (no dependiente de su contenido material) de la validez de las normas positivas. Para Kelsen, la toma de conciencia de la insensibilidad del derecho natural frente a los cambios sociales es la causa de que se abandone el postulado de la inmutabilidad. En el fondo no hay más que un problema de justificación: el hecho de reconocer un carácter variable y relativo al derecho natural deja a las teorías iusnaturalistas en una mejor situación a la hora de enfrentarse a las modificaciones más profundas que se producen en la sociedad. Una teoría que admita el carácter variable del derecho natural está en mejores condiciones para ofrecer una justificación del derecho positivo, aunque al precio, una vez más, de la “desnaturalización” del derecho natural, que se produce como resultado del oscurecimiento de los límites que separan a ambos sistemas de normas.<sup>116</sup>

Lamentablemente, la exposición de Kelsen al respecto en esta obra es demasiado abreviada. Hay que esperar de nuevo a *Justice et Droit Naturel* para conocer un desarrollo más amplio de esta crítica. Aunque Kelsen nunca llega a profundizar en exceso, en esta obra se distinguen dos versiones de la teoría del derecho natural variable: una a la que Kelsen llama “radical”, y otra que denominaremos “moderada”.

En su versión más radical, la teoría del derecho natural variable sostiene que las normas de derecho natural, en contraste con las leyes físico-naturales, son variables, porque la naturaleza humana cambia en función de cada época y cada sociedad, modificándose de

<sup>116</sup> NLLP, 397.

acuerdo con las transformaciones de la vida social. Es evidente que desde esta perspectiva el derecho natural no puede ser inmutable, y que las normas obtenidas a partir de una naturaleza variable sólo pueden ser igualmente variables.<sup>117</sup>

Para empezar, Kelsen formula contra esta teoría la misma objeción que contra la teoría del derecho natural "inmutable": también en este caso se deducen, a partir de las leyes imperantes en el mundo del ser (Seins-Regeln), normas de deber ser (Soll-Normen).<sup>118</sup> No importa si estas reglas son variables o invariables; lo relevante y lo objetable es que se pretenda obtener normas a partir de ellas. Un segundo argumento, señalado más arriba, hace referencia a la imposibilidad de obtener un único derecho natural a partir de una naturaleza humana variable, pues lo razonable sería obtener distintos derechos naturales, incluso contradictorios.<sup>119</sup> Pero una contradicción entre dos normas de derecho natural sólo es posible si ambas se fundamentan sobre normas de justicia diferentes, originando valores relativos. Se adopta así el punto de vista relativista, y se rechaza entonces la idea de una justicia absoluta.<sup>120</sup> Según Kelsen, esto tiene como consecuencia que la teoría del derecho natural termine disolviéndose: admitir la existencia de un derecho natural relativo y cambiante es algo que acerca la teoría del derecho natural al terreno del positivismo jurídico.<sup>121</sup>

Pero el análisis de Kelsen resulta algo superficial: el único autor que cita como ejemplo de una doctrina del derecho natural variable es H. Coing, para quien el sentimiento del derecho (a partir del cual se pretendía obtener normas de derecho natural) era cambiante, quedando sometido a la evolución social.<sup>122</sup>

Para Kelsen, el punto de vista de Coing no era muy distinto del punto de vista que caracterizaba al positivismo relativista.

<sup>117</sup> JDN, 143; véase también DNPJ, 135.

<sup>118</sup> JDN, 143.

<sup>119</sup> JDN, 144.

<sup>120</sup> DNPJ, 135.

<sup>121</sup> Kelsen incluso afirma que en la teoría del derecho natural variable coinciden el derecho natural y el derecho positivo. Ambos constituyen un mismo orden. Véase DNPJ, 135.

<sup>122</sup> Véase JDN, 144 (nota 110).

La teoría del derecho natural variable posee también una versión más moderada. La diferencia principal respecto de la anterior consiste en que separa dos capas o estratos diferenciados en la naturaleza humana, deduciendo a partir de ellos dos tipos distintos de derecho natural. La primera capa es de naturaleza no variable, y sirve de base al derecho natural inmutable; la segunda configura el estrato variable de la naturaleza del hombre, y da lugar al derecho natural variable.<sup>123</sup> Según Kelsen, para esta variante moderada de la teoría, los estratos variables del derecho natural tienen su origen en el estrato invariable, lo que determina que las normas inmutables estén implícitas en las normas del derecho natural variable.

A la teoría del derecho natural variable en su versión moderada también le es aplicable, como no podría ser menos, la objeción general de incurrir en la falacia naturalista. En cambio, es inmune a la segunda de las objeciones, la de caer en el relativismo propio del positivismo jurídico. Pero admitir que las normas del derecho natural absoluto se integran en el derecho natural variable desvirtúa la teoría. Si, como señala Kelsen, las normas inmutables del derecho natural ya se contienen en las normas variables, esta distinción carece de sentido.<sup>124</sup>

Resumiendo: para Kelsen, la teoría del derecho natural variable tan sólo puede consistir, en cualquiera de sus variantes, en un intento poco habilidoso por parte de la doctrina iusnaturalista de escapar del dogma del valor absoluto y de la inmutabilidad de las normas de derecho natural. En el fondo, lo que se pretende es encontrar una forma más sencilla y menos exigente de justificar el derecho positivo.

## 6. La inevitable "desnaturalización" del derecho natural

A continuación desarrollaré la tesis de Kelsen de que la aplicación del derecho natural en la resolución de conflictos conduce, paradójicamente, a su "desnaturalización" y a su conversión en derecho positivo. Explicaré también cómo Kelsen incurre en un error al confundir,

<sup>123</sup> JDN, 147.

<sup>124</sup> JDN, 148.

de forma simplista, el problema de la individualización de las normas de derecho natural con el problema de su eficacia y su capacidad para generar un orden social efectivo.

Antes de nada, quisiera recordar que para Kelsen una de las diferencias más importantes entre el derecho natural y el derecho positivo es que mientras el primero es un sistema estático de normas, que son válidas y se justifican en virtud de su contenido, el segundo es un sistema dinámico en el que la validez es determinada por una norma fundamental, sin tener en cuenta otro aspecto distinto del meramente formal, y obviando toda referencia a un contenido de justicia material. Ahora bien, Kelsen insiste en que ninguno de estos sistemas es un sistema puro, pues ambos incorporan, hasta cierto punto, el principio de validez que caracteriza al otro.<sup>125</sup> En el derecho positivo el principio dinámico tiene su punto final en una norma fundamental que no es una norma positiva, sino una presuposición necesaria del pensamiento jurídico, que permite dotar de validez y significación normativa a lo que de otro modo serían meros actos de voluntad que dan lugar a un orden de fuerza. Pero además, según Kelsen, el principio estático accedería al sistema de derecho positivo por una segunda vía: la constitución y las leyes también pueden imponer límites al contenido de las normas inferiores, que son tenidas en cuenta por las autoridades delegadas en el proceso de creación del derecho.<sup>126</sup>

Pero tampoco el derecho natural es un sistema estático puro, pues no puede permanecer como un principio abstracto de justicia, sino que, al ser un orden de conducta que se dirige a la sociedad y pretende resolver problemas concretos que afectan a los ciudadanos, ha de ser individualizado y aplicado a casos concretos y situaciones particulares. Ahora bien, toda individualización de normas generales exige la intervención de autoridades instituidas al efecto.

De este modo, según Kelsen, el proceso de aplicación de las normas generales del derecho natural tiene como consecuencia la transformación necesaria del derecho natural en derecho positivo y su consiguiente “desnaturalización”: el principio determinante de la

<sup>125</sup> NLLP, 401.

<sup>126</sup> *Ibidem*. Véase SENDÍN MATEOS, J. A., *La crítica de Hans Kelsen...*, cit., pp. 485-486.

validez del derecho natural —el principio estático— es sustituido por el principio dinámico que caracteriza al derecho positivo.<sup>127</sup>

Kelsen desarrolla la tesis de la necesaria “desnaturalización” del derecho natural únicamente en sus primeras obras: *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, pero sobre todo *Die Idee des Naturrechts*, que dedica casi monográficamente a esta cuestión. La pregunta central de *Die Idee des Naturrechts* es si es posible un derecho natural “en cuanto tal” y, en definitiva, si el “puro” derecho natural puede ser efectivo como orden de conducta, entendiéndose como tal un orden abstracto de normas que participan internamente del principio de justicia que les otorga validez: la norma fundamental del derecho natural.<sup>128</sup> ¿Un orden de conducta que responde al principio estático es posible en la práctica? Su respuesta es negativa: el derecho natural, al ser aplicado en casos particulares, no puede mantenerse permanentemente dissociado de la positividad.

Todo sistema de derecho (natural o positivo) que vaya a ser aplicado en la resolución de los conflictos que afectan directamente a los particulares, ha de ser necesariamente concretado. Cuando las normas objeto de concreción son normas generales de derecho positivo, esto no plantea ningún problema: el proceso da como resultado un segundo grado de normas, las normas individuales, que permiten resolver el conflicto. Estas normas son igualmente normas positivas producidas por órganos específicos (los jueces y tribunales) autorizados para ello. Para Kelsen, la concreción de las normas generales del derecho natural es más problemática. La aplicación de estas normas a casos concretos significa su transformación en normas positivas, pues el segundo grado del derecho natural, al igual que el segundo grado del derecho positivo, es también derecho positivo.<sup>129</sup>

Kelsen distingue tres momentos en el proceso de concreción de las normas generales: a) un momento inicial en el que se establecen

<sup>127</sup> NLLP, 412. Esta crítica de Kelsen está estrechamente emparentada con su crítica a las teorías del derecho natural variable. El resultado al que se llega en ambos casos es el mismo: el derecho natural termina convirtiéndose en derecho positivo.

<sup>128</sup> Véase IDN, 29.

<sup>129</sup> Véase IDN, 35; NLLP, 397.

objetivamente los hechos del caso y se precisa si se cumplen las condiciones previstas en alguna norma general para aplicar una consecuencia jurídica; b) un segundo momento en el que se establece dicha consecuencia; y c) un tercero en el que tiene lugar la ejecución.<sup>130</sup> Ahora bien, para que el derecho natural pueda mantenerse en su forma "pura" es necesario que sean los individuos implicados los que, en cada caso, realicen en su integridad ese proceso de concreción. Para Kelsen, esto resulta muy problemático por una doble razón relativa al alcance limitado de las facultades humanas: la capacidad de conocimiento de los hombres es muy limitada, y no permite identificar de forma inequívoca qué ordena el derecho natural en cada caso y cuál es la consecuencia jurídica aplicable a los hechos. Estas carencias se evidencian también en el plano de la voluntad: no todos los hombres poseen la buena voluntad de aplicarse a sí mismos esa consecuencia. Admitir lo contrario sería una utopía en la que todos son igualmente capaces de conocer lo justo, y en la que, del mismo modo, todos son igualmente justos y bondadosos, siempre dispuestos a cumplir con su deber.<sup>131</sup> Evidentemente, no todos los hombres tienen la misma capacidad de conocimiento, ni poseen la rectitud de voluntad necesaria para aplicarse a sí mismos una norma contraria a sus intereses.

Finalmente, tampoco son capaces de evitar que esos intereses interfieran en la objetividad de sus juicios. Por todas estas razones —señala Kelsen—, si queremos que las normas generales tengan eficacia, debemos presuponer, aunque sea de forma provisional, que ciertos individuos sí reúnen esas capacidades en alguna medida, de modo que ellos se ocupen de aplicar las normas a los demás, y de forzar, llegado el caso, su cumplimiento.<sup>132</sup> Cuando se atribuye a una o varias personas la facultad de determinar inequívocamente qué deben hacer los individuos con arreglo a derecho, y al mismo tiempo hay un aparato coactivo cuya función es imponer con eficacia las normas vigentes en la comunidad, en ese momento pasamos de un sistema normativo estático no institucionalizado a un sistema normativo dinámico institucionalizado.<sup>133</sup>

<sup>130</sup> IDN, 40.

<sup>131</sup> Véase IDN 36-37; NLLP, 398.

<sup>132</sup> IDN, 43-44.

<sup>133</sup> Véase IDN, 49.

Kelsen señala además que la conversión del derecho natural en derecho positivo tiene consecuencias específicas que afectan al desarrollo de la técnica jurídica propia del derecho natural.<sup>134</sup> La más significativa es el abandono de la técnica de motivación directa empleada por el derecho natural, que se basaba en una especie de necesidad interior que impulsaría a los individuos a cumplir sus normas. En el momento en que se atribuye a ciertos órganos la función de imponer a los individuos las consecuencias jurídicas que derivan de sus actos, ello supone la asimilación de la técnica de motivación indirecta que caracteriza al derecho positivo, y que consiste en el ejercicio de la coacción por parte del Estado.<sup>135</sup>

¿Qué valoración merece esta tesis? Para empezar, Kelsen comete un error al defender que la concreción de las normas generales ha de producirse necesariamente mediante un acto de aplicación de normas por una autoridad.

Es evidente que esto no es necesario, y que la individualización de las normas generales puede realizarse mediante un simple acto de pensamiento. Así ocurre con las normas morales y con el derecho natural, cuya aplicación puede ser llevada a cabo por cada individuo sin que ello conduzca al derecho positivo.<sup>136</sup> Por tanto, la aplicación del derecho natural a casos concretos no tendría necesariamente que conducir a su "desnaturalización". Simplemente habría que decir que una gran mayoría de teóricos iusnaturalistas ven en el derecho positivo un complemento necesario del derecho natural.

Como señalé al comienzo, el error de Kelsen es confundir el problema de la individualización de las normas de derecho natural y el problema de su eficacia y su capacidad para producir un orden efectivo. Kelsen advierte, con razón, que dada la peculiar forma de ser de los seres humanos, las normas que integran el derecho natural son insuficientes por sí solas para generar un orden social, por lo que se hace necesaria la creación de normas de derecho positivo.

<sup>134</sup> IDN, 44 y ss.

<sup>135</sup> Véase SENDÍN MATEOS, J. A., *La crítica de Hans Kelsen...*, cit., pp. 472 y ss.

<sup>136</sup> Así lo señala J. LOCKE: "en el estado de naturaleza, lo normal es que no exista un juez conocido e imparcial, con autoridad para dictaminar en los conflictos de acuerdo a la ley establecida. Pues, dado que, en ese estado, cada uno es juez y ejecutor de la ley natural". Véase Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil, cit. Cap. IX, § 125, p. 294.

Pero esta insuficiencia del derecho natural ha sido ampliamente admitida por la tradición iusnaturalista, que insiste en la necesaria complementación entre el derecho natural y el derecho positivo. La insuficiencia de la ley natural fue ya señalada, por ejemplo, por Santo Tomás de Aquino.<sup>137</sup> En la modernidad John Locke vuelve sobre ello, al hilo de la discusión sobre las deficiencias del estado de naturaleza, y alegando argumentos semejantes a los esgrimidos por Kelsen. Concluiré citando un breve pasaje de Locke:

“El fin supremo y principal de los hombres al unirse en repúblicas y someterse a un gobierno es la preservación de sus propiedades, algo que en el estado de naturaleza es muy difícil de conseguir. Primero, porque falta una ley establecida, firme y conocida, recibida y aceptada por un consenso común, que sea el modelo de lo justo y lo injusto, y la medida común que decida en todas las controversias que puedan surgir entre ellos. Pues aunque la ley natural sea clara e inteligible para todas las criaturas racionales, con todo, al ser los hombres parciales a favor de sus propios intereses, además de ignorantes por falta de estudio de la misma, no son capaces de reconocerla como una norma obligatoria cuando ha de aplicarse a la resolución de sus casos particulares”.<sup>138</sup>

### 7. La respuesta de Kelsen: el relativismo de los valores y sus implicaciones en el terreno científico. El monismo iuspositivista

Concluiré esta parte refiriéndome a la propuesta que Kelsen presenta como alternativa al objetivismo moral,<sup>139</sup> sobre el que se apoya la

<sup>137</sup> Véase *Suma de Teología*, I-II, c. 91, a. 3, y c. 95, a. 1.

<sup>138</sup> *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, cit., Cap. IX, § 124, pp. 294-295. *Cursivas mías.*

<sup>139</sup> Entre los estudiosos de la metaética “objetivismo” y “relativismo” se han utilizado con diferentes significados. En el caso de Kelsen, el objetivismo moral vendría representado por un conjunto de teorías (de las cuales la teoría iusnaturalista comprendería sólo una parte) que creen posible dar una solución definitiva, objetiva, al problema de la justicia. Tal como lo entiende Kelsen, el relativismo se identificaría, en cambio, con el punto de vista de quienes rechazan la existencia de valores absolutos, aceptando sólo valores relativos. Desde esta perspectiva, lo “justo” sólo podría ser determinado relativamente, en

teoría del derecho natural. El relativismo de Kelsen se manifiesta en gran número de escritos: en *Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics*<sup>140</sup> (1948), señala que la base de la oposición entre el objetivismo y el relativismo ético se sitúa en sendas concepciones que afectan de modo más amplio a toda la especulación filosófica. El objetivismo (o absolutismo) filosófico lo integran una serie de doctrinas cuyo denominador común es la creencia en una realidad objetiva situada más allá de la experiencia (la “cosa en sí” o el “verdadero ser” trascendente del que habla Platón). La teoría de la imagen<sup>141</sup> (*Abbildtheorie*) es quizás el mejor ejemplo de absolutismo filosófico. El relativismo filosófico, en cambio, rechaza que la metafísica pueda ser materia de reflexión filosófica, y se resiste a reconocer como objeto de conocimiento todo lo que sobrepase los límites de lo puramente sensible.<sup>142</sup>

En materia ética, el relativismo kelseniano sigue las pautas marcadas por el relativismo filosófico. Kelsen parte de la creencia de que no existen valores absolutos, y de que, en particular, la justicia sólo puede ser relativa. Sin embargo —señala—, el carácter relativo de los valores y, por ende, de la justicia, no ha sido obstáculo para los intentos de realizar la eterna aspiración humana, manifestada sin cesar a través de la historia, de hallar una justificación absoluta de la propia conducta.<sup>143</sup> Distintas teorías han tratado de dar una respuesta definitiva, unívoca, al problema de la justicia, empleando para ello las fórmulas más diversas. Para Kelsen, éste es un camino equivocado, pues desde el punto de vista del conocimiento racional no hay una justicia absoluta. Así lo señala en *Justice et Droit Naturel*:

“[...] la ciencia puede mostrar que el problema no puede ser resuelto así, porque no hay y no puede haber justicia absoluta para un conocimiento racional, y que se trata en realidad de un problema insoluble para el conoci-

función de las circunstancias específicas de cada sociedad y de cada individuo. Véase, JDN, 159 y ss.

<sup>140</sup> *The American Political Science Review*, 42, pp. 906-914. Citamos por la edición de *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, cit., pp. 198-208 y 388.

<sup>141</sup> Véase SENDÍN MATEOS, J. A., *La crítica de Hans Kelsen...*, cit., pp. 493 y ss.

<sup>142</sup> *Ibidem*, p. 479 (nota 115).

<sup>143</sup> QJ, 32; JDN, 159.

miento humano: hay, pues, que excluir este problema del ámbito del conocimiento. La misión del conocimiento científico no consiste solamente en responder a las preguntas que nosotros le dirigimos, sino también en enseñarnos qué preguntas podemos juiciosamente dirigirle”.<sup>144</sup>

La imposibilidad de dar una solución racional al problema de la justicia es la causa de que se acuda a la religión o a la metafísica en busca de respuesta, remitiendo la cuestión de la justicia a la esfera trascendente.<sup>145</sup> Así se señala en *Was ist Gerechtigkeit?* (1953), donde Kelsen distingue dos tipos de teorías de la justicia: un primer grupo que denomina “teorías metafísico-religiosas”<sup>146</sup> y un segundo grupo de “teorías pseudo-racionalistas”.<sup>147</sup> Pero los resultados son

<sup>144</sup> JDN, 160. Cursivas mías.

<sup>145</sup> QJ, 38.

<sup>146</sup> Kelsen señala como ejemplos de teorías metafísico-teológicas la doctrina platónica del bien absoluto y la doctrina cristiana del amor de Dios. Es sabido que la teoría de la justicia de Platón gira en torno a su concepción del bien absoluto. Sin embargo, Platón se muestra incapaz de definir con precisión esta idea, llegando a resultados no definitivos. Finalmente, Platón admite que la idea del bien absoluto, que se identifica con la idea de justicia, supera los límites del conocimiento racional, y que, a lo sumo, es posible tener una representación de dicha idea como una suerte de vivencia mística que sólo logran quienes gozan de la gracia divina. Véase QJ, 41 y ss; JDN, 93 y ss; KELSEN, H., *La justicia platónica...*, cit., pp. 137 y ss. La doctrina que Kelsen llama “del amor de Dios”, llega a resultados parecidos. Esta doctrina proclama una verdadera justicia basada en el principio del amor. Así lo admite San Pablo, para quien el amor que Jesús predica supera todo conocimiento racional y toda realidad social, y es uno de los muchos misterios de la fe. Véase QJ, 44 y ss; JDN, 95 y ss; KELSEN, H., “The Idea of Justice in the Holy Scriptures”, *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science, Collected Essays*. University of California Press, Berkeley-Los Ángeles (1957), pp. 25 y ss.

<sup>147</sup> Las teorías racionalistas tratan de resolver el problema de la justicia apelando a la razón humana, aunque sus resultados son igualmente insatisfactorios. Kelsen critica —probablemente siguiendo a Perelman— las normas de justicia obtenidas de este modo, considerándolas tautológicas y carentes de significado. Un ejemplo es la fórmula “*suum cuique*”, según la cual lo “justo” es dar a cada uno lo suyo, aunque no se precisa qué es lo que pertenece a cada cual. Sucede lo mismo con las normas de justicia basadas en el principio de igualdad (el principio de retribución, el de igualdad ante la ley, y el principio de justicia marxista “de cada uno según sus capacidades, a cada uno según sus necesidades”). Ninguna de estas fórmulas determina qué podemos considerar “igual”. El imperativo categórico kantiano y la fórmula aristotélica de mesótes tampoco dan solución. El imperativo categórico (“condúcese de modo que la máxima de tu conducta pueda convertirse en una ley universal”) no dice qué normas podemos querer que sean obligatorias para todos. Según la fórmula de mesótes, la virtud (y la justicia es la principal virtud) ocupa el

insatisfactorios en ambos casos: o bien se llega a una solución metafísica, ajena a la experiencia, o bien se terminan enunciando fórmulas abstractas y vacías de contenido. Por otra parte —señala—, quienes siguen confiando en una solución racional se engañan a sí mismos,<sup>148</sup> pues la única verdad acerca de la justicia es que la razón humana sólo puede conocer valores relativos. Desde el punto de vista del conocimiento sólo hay intereses humanos en conflicto, cuya solución pasa, según Kelsen, bien por la satisfacción de alguno de ellos en detrimento del resto, bien por el establecimiento de un compromiso entre los intereses en juego. En cualquier caso, no se puede demostrar objetivamente que exista una única solución justa.<sup>149</sup>

Para la teoría pura del derecho, que se define como una teoría “realista” y científica, la validez del derecho positivo no puede depender de su conexión con la justicia. Esto sólo sería posible si existiera una única norma de justicia aceptada por todos, excluyendo la posibilidad de normas de justicia similares.<sup>150</sup> Además, el necesario origen trascendente de esta norma de justicia no sintoniza con los fundamentos del positivismo kelseniano, que rechaza a la metafísica como forma válida de conocimiento.<sup>151</sup> Es natural que desde estas premisas los únicos valores que Kelsen esté dispuesto a aceptar sean relativos.

En la medida en que estos valores son diferentes de unos individuos a otros y de unos grupos a otros, no pueden servir para fundamentar un orden social, pues cada individuo tiene su propia visión sobre la justicia. Por esta razón, el único fundamento posible de la validez de las normas de derecho positivo es de carácter formal (en

punto intermedio entre dos vicios, uno por exceso y otro por defecto. Conocer la virtud implicaría conocer con certeza cuáles son esos vicios, pero esto es algo que la fórmula de mesótes no está en condiciones de aclarar. Véase QJ, 47 y ss; JDN, 42 y ss; KELSEN, H., “La Política de Aristóteles y la política heleno-macedónica”, *La idea de derecho natural y otros ensayos*, Losada, Buenos Aires, 1946, pp. 152 y ss; “Aristotle’s Doctrine of Justice”, *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science, Collected Essays*, University of California Press, Berkeley-Los Ángeles (1957), pp. 117 y ss. Véase también PERELMAN, CH., *De la Justicia*, Centro de Estudios Filosóficos, UNAM, México, 1964, pp. 17 y ss.

<sup>148</sup> QJ, 39.

<sup>149</sup> QJ, 78.

<sup>150</sup> JDN, 99.

<sup>151</sup> *Idem*.

función del modo en que las normas han sido creadas) e hipotético-relativo, apoyándose en la norma fundamental hipotética.<sup>152</sup>

Por otra parte, que la teoría pura del derecho defienda un relativismo de los valores no significa, frente lo que algunos han señalado,<sup>153</sup> que considere el enjuiciamiento crítico del derecho positivo carente de sentido. Simplemente se reconoce que los criterios de enjuiciamiento son relativos a cada época y cada sociedad,<sup>154</sup> de forma que cada uno puede decidir qué es justo y que no, sin delegar en ninguna entidad suprasensible, como una divinidad absolutamente racional o una razón trascendente. En esto radica, según Kelsen, la idea de la autonomía moral: lo "justo" es aquello que cada uno considere como tal, con arreglo a valores elegidos por el propio individuo. Además, esta elección no es racional, sino más bien emotiva.<sup>155</sup>

"Esta elección, sólo nosotros mismos, cada uno de nosotros, puede hacerla, nadie más, ni Dios, ni la naturaleza, ni siquiera la razón en cuanto autoridad objetiva, puede hacerlo por nosotros. Éste es el verdadero significado de la autonomía de la moral. Quienes no desean cargarse con esta responsabilidad y quieren dejar a Dios, a la naturaleza o a la razón, el cuidado de esa elección, tienen la sensación de que el relativismo no les presta ninguna ayuda. En vano recurren a la teoría del derecho natural. En efecto, cuanto se trata de elegir, las diversas teorías del derecho natural aportan tantas respuestas diferentes como el positivismo relativista. El individuo no puede librarse así de la elección. Ahora bien, las teorías iusnaturalistas dan al hombre la ilusión de que la norma de justicia por él escogida procede de Dios, de la naturaleza o de la razón y que, por tanto, es absolutamente váli-

<sup>152</sup> Véase SENDÍN MATEOS, J. A., *La crítica de Hans Kelsen...*, cit., pp. 478-479.

<sup>153</sup> Véase D'ENTREVÈS, A. P., *Natural Law. An Introduction to Legal Philosophy*, Hutchinson University Library, Londres, 1961, pp. 97 y ss.

<sup>154</sup> KELSEN señala que el hecho de que los valores sean relativos no significa necesariamente que cada individuo posea su propio sistema de valores; más bien al contrario, muchos individuos coincidirán en sus valoraciones. Pero que una sociedad reconozca ciertos valores como parte de su orden moral es compatible con que esos valores tengan un carácter relativo y subjetivo. Por otra parte, que los individuos coincidan en sus juicios de valor no prueba que éstos sean verdaderos. Véase QJ, 29-30.

<sup>155</sup> KELSEN asegura que los conflictos de valores no pueden ser resueltos a través del conocimiento racional. Cualquier juicio sobre lo justo está determinado por factores emocionales, subjetivos, y es válido únicamente para quien formula el juicio. Es, por tanto, relativo. Véase QJ, 19.

da, no resultando posible considerar válida ninguna otra norma de justicia opuesta a aquella; y muchos compran esta ilusión al precio de cualquier "sacrificium intellectus".<sup>156</sup>

El relativismo es la base del rechazo de Kelsen a los intentos de ofrecer una justificación categórica del orden social. No obstante, el fundamento de la validez de las normas positivas descansa, en última instancia, en una norma que ya no es positiva, y que la ciencia del derecho tiene que presuponer. Esta peculiaridad ha sido aprovechada por quienes han criticado a la teoría pura del derecho, acusándola de ser una doctrina iusnaturalista más, y caracterizando a la norma fundamental kelseniana como si se tratara de una suerte de norma de justicia velada.<sup>157</sup> Para estos autores, la función de la norma fundamental no sería distinta, en esencia, de la función desempeñada por los preceptos del derecho natural en la tradición iusnaturalista: determinar el contenido de las normas de derecho positivo, cuya validez dependía de su concordancia material con esos preceptos.<sup>158</sup> Kelsen se defiende de estas críticas argumentando que, si bien es cierto que la norma fundamental hipotética no es una norma positiva, más allá de este hecho no guarda ninguna similitud con las normas de justicia que las doctrinas iusnaturalistas establecían como base del sistema de derecho natural. Además, la respuesta que daba la teoría del derecho natural a la pregunta por el fundamento de la validez normativa

<sup>156</sup> JDN, 160-161. *Cursivas mías.*

<sup>157</sup> En *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, el mismo KELSEN, aludiendo al modo de validez de la norma fundamental, reconoce que ésta, prescindiendo de que sólo vale hipotéticamente, posee la validez propia de una norma de derecho natural: "[...] la validez de la norma fundamental constitutiva de un orden jurídico positivo no descansa en el principio dinámico. Pues es sólo en ella o con ella como se erige ese principio. La norma fundamental misma no es una norma puesta, sino supuesta, no es derecho positivo, sino sólo la condición del derecho positivo. Ya en eso se manifiesta claramente un límite a la idea de positividad del derecho. La norma fundamental no vale por haber sido puesta de un determinado modo, sino que se presupone que es válida en virtud de su contenido. Así pues, prescindiendo de que sólo vale hipotéticamente, la norma fundamental vale como una norma de derecho natural". Véase NLLP, 401. *Cursivas mías.*

<sup>158</sup> JDN, 161. KELSEN cita a D'ENTREVÈS, A. P., *Natural Law. An Introduction to Legal Philosophy*, cit., p. 108. "El reconocimiento de que la razón última de la validez del derecho está más allá del derecho mismo, no es sino una proposición del derecho natural".

era categórica: esa validez dependía de la correspondencia de contenido entre las normas positivas y los preceptos del derecho natural que, en la medida en que se deducían lógicamente a partir de la norma de justicia que hacía las veces de la norma fundamental del derecho natural, se reconocían como absolutamente justas.

En cambio, la respuesta que la teoría pura del derecho da a la cuestión del derecho justo es hipotético-relativa y condicionada: la norma fundamental no es un precepto jurídico positivo, pero tampoco una norma de justicia, sino que se trata más bien de una presuposición normativa: es la condición lógico-trascendental necesaria para poder interpretar ciertos fenómenos normativos como fenómenos jurídicos.<sup>159</sup> De esta presuposición depende la validez de la primera norma positiva del sistema: la primera constitución histórica. Según Kelsen, lo que determina que la teoría pura del derecho sea, a diferencia de la teoría del derecho natural, una teoría monista, es que la norma fundamental no es una norma de justicia. En este sentido, el único derecho existente es el derecho positivo, que tiene en la norma fundamental hipotética el fundamento necesario y último de su validez. Concluiré citando un fragmento del párrafo final de *Justice et Droit Naturel*, donde Kelsen sintetiza las diferencias esenciales que separan a la teoría pura del derecho de las teorías iusnaturalistas:

“La teoría del derecho natural es una teoría dualista del derecho: existe, según ella, un derecho natural junto al derecho positivo. La “teoría pura del derecho” es una teoría monista del derecho: según ésta, no hay más que un derecho, el derecho positivo. La norma fundamental no es un derecho diferente del derecho positivo, es solamente su fundamento de validez, la condición lógica trascendental de su validez”.<sup>160</sup>

## V. RECONSIDERACIÓN FINAL

Llega el momento de hacer una valoración general de la caracterización y crítica de Kelsen a la doctrina del derecho natural. El valor

<sup>159</sup> JDN, 163.

<sup>160</sup> *Idem*.

inmenso de esta crítica ha sido puesto de relieve por un gran número de teóricos del derecho, que la consideran la crítica más dura, más articulada y más atinada de cuantas se han dirigido contra la teoría del derecho natural en el siglo XX. A mi juicio, sin embargo, estos reconocimientos hay que tomarlos con cierta cautela, pues es indudable que la crítica de Kelsen presenta flancos débiles. De entrada, no posee el grado de articulación de otras piezas de su pensamiento: Por un lado, la crítica al derecho natural no se apoya en una caracterización adecuada de la doctrina iusnaturalista. Kelsen, al igual que otros muchos autores positivistas (Bergbohm, Stahl) que han criticado a la teoría del derecho natural, no realiza un estudio pormenorizado de su historia, razón por la cual la visión que tiene de la misma ha de ser extraída al hilo de sus argumentaciones críticas.

Por otro lado, la crítica de Kelsen no es todo lo sistemática que cabría esperar, pues la va construyendo gradualmente desde finales de los años veinte hasta comienzos de los sesenta, a lo largo de más de treinta años en los que el número de argumentos esgrimidos se va ampliando: sigue desarrollando los ya existentes, al tiempo que otros argumentos, tesis y presupuestos se quedan en el camino, sin que, una vez expuestos, Kelsen vuelva sobre ellos. Dos buenos ejemplos son su caracterización del dualismo religioso-metafísico, que él sitúa en la base del dualismo entre el derecho natural y el derecho positivo, y la tesis de que la individualización y la aplicación de las normas generales del derecho natural en la resolución de conflictos conduce al derecho natural a convertirse en derecho positivo y, por consiguiente, a su “desnaturalización”. Estos temas son tratados en los escritos de finales de los años veinte (*Die Idee des Naturrechts y Die Idee des Naturrechts y Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*), siendo después abandonados, de modo que el peso final que tienen en la visión general de Kelsen sobre el tema termina siendo inseguro.

Aun así, y pese a todo, es posible referirse a un conjunto de argumentos que son desarrollados de forma sistemática y reiterada, conformando el núcleo principal de la crítica de Kelsen a la teoría del derecho natural. El primero de ellos, sobre el que más se ha insistido, es la acusación de que esta teoría cae en la falacia naturalista al pretender deducir, a partir de enunciados descriptivos, enunciados prescriptivos o valorativos. También es vital la crítica al concepto de

razón práctica, que lleva a Kelsen a defender el papel estrictamente teórico de la razón, rechazando que pueda llegar a constituirse como fuente autónoma de principios prácticos orientadores de la acción. Además, son recurrentes y acertadas sus observaciones sobre los resultados contradictorios a los que han llegado las diversas teorías iusnaturalistas a propósito de instituciones como la esclavitud, la propiedad privada, etc. Finalmente, Kelsen comparte con Welzel el argumento de que la doctrina iusnaturalista, al determinar el contenido del derecho natural, incurre en una *petitio principii*: se deduce "lo bueno" a partir de "lo natural", pues se parte de una idea *a priori* de lo que es bueno, correcto o justo, y a eso se le denomina lo "natural".<sup>161</sup>

En estas páginas finales intentaré ofrecer una valoración de la crítica de Kelsen teniendo en cuenta no tanto sus logros como sus fallos y carencias. No pretendo entrar en un examen detallado, pues me interesa ante todo detectar cuáles son las fuentes de estas deficiencias. La crítica de Kelsen no es siempre todo lo rigurosa que cabría desear, por una doble razón: en primer lugar, Kelsen parece querer minimizar el hecho de que se está dirigiendo a una tradición que cuenta con más de dos mil años de antigüedad, en la que participan corrientes muy diversas, lo que hace que su concepción del iusnaturalismo a menudo no se ajuste a ninguna de las corrientes principales. Su crítica, pues, no se apoya en una caracterización suficientemente depurada de su objeto. En segundo lugar, y en parte por la misma razón, Kelsen no puede evitar caer en simplificaciones injustificadas, siendo muy difícil determinar cuándo éstas son intencionadas y cuándo se deben a su conocimiento insuficiente de la teoría iusnaturalista. Mi objetivo en esta reconsideración de la crítica de Kelsen es desenmarañar algunas de estas simplificaciones en la medida de lo posible y sin ser muy exhaustivo. Para ello, las he dividido en dos grupos: a) las relativas a su caracterización de la teoría del derecho natural; y b) las que tienen que ver con su argumentación crítica.

a) Kelsen incurre en una importante simplificación al acusar a la teoría del derecho natural de caer en un dualismo jurídico inacepta-

<sup>161</sup> Véase WELZEL, H., *Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material*, cit., p. 59.

ble. Siguiendo la descripción de Kelsen, la teoría del derecho natural fijaría sus cimientos sobre la base de un dualismo religioso-metafísico cuyo origen se sitúa en la filosofía platónica, y en cuya virtud se distinguen los planos contrapuestos de realidad e idea, del mundo sensible y del mundo trascendente que se sitúa más allá de los sentidos. Ahora no es momento de recordar las simplificaciones de Kelsen en su repaso de las manifestaciones del dualismo religioso-metafísico, ni de la forma en que sus diversas variantes influyen en el *pathos* humano.<sup>162</sup> Sin embargo, la mención del dualismo religioso-metafísico es importante en la medida en que es la base de otro dualismo específico que se produce en el terreno iusfilosófico, a saber: el dualismo entre el derecho natural y el derecho positivo.

Kelsen no es el único autor que acusa a la doctrina del derecho natural de incurrir en ese dualismo; por el contrario, esta acusación ha gozado de gran popularidad entre los teóricos del derecho afines al positivismo jurídico.<sup>163</sup> Sin embargo, es muy discutible que este dualismo se pueda atribuir sin más a toda la teoría iusnaturalista, pues algunos autores evitan caer en él. Aristóteles, por ejemplo, distinguía entre lo justo natural y lo justo legal;<sup>164</sup> pero posteriormente, cuando Santo Tomás de Aquino establece una identidad entre el derecho y lo justo, la distinción aristotélica cobra un nuevo sentido: se distingue entre el derecho natural y el derecho positivo, aunque no se puede afirmar que entre estos dos órdenes de conducta exista una relación jerárquica, sino que se trata más bien de una distinción interna al orden jurídico vigente en una comunidad concreta.

b) La tendencia de Kelsen a la simplificación se manifiesta también en su exposición de los argumentos críticos contra la teoría del derecho natural. Me referiré a dos de ellos: la acusación de que la teoría iusnaturalista no tiene en cuenta la variabilidad histórica y la afirmación de que esta teoría incurre en la falacia naturalista.

<sup>162</sup> Véase SENDÍN MATEOS, J. A., "La crítica de Hans Kelsen...", cit., pp. 499-500.

<sup>163</sup> En ese mismo sentido se manifiesta PECES-BARBA, G., *Introducción a la filosofía del derecho*, Debate, Madrid, 1983, p. 236.

<sup>164</sup> Dice ARISTÓTELES: "La justicia política se divide en natural y legal; natural, la que tiene en todas partes la misma fuerza, independientemente de que lo parezca o no, y legal la de aquello que en un principio da lo mismo que seas así o de otra manera". Véase *Ética a Nicómaco*, Cap. V, § 7. Citamos por la traducción de María Araujo y Julián Marías (edición bilingüe), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1970, p. 81.

Para Kelsen, admitir un derecho natural variable significa, en el fondo, adoptar el relativismo axiológico que está en la base del positivismo jurídico: el derecho natural relativo no puede considerarse verdadero derecho natural, pues ello significaría ignorar el postulado de la inmutabilidad, que es consustancial a las normas de derecho natural. Esta posición de Kelsen se basa en una visión reductiva de las posibilidades de manifestación del iusnaturalismo, pues parece tomar como referencia la visión, fuertemente constructiva, del iusnaturalismo moderno, ignorando las peculiaridades de la teoría clásica del derecho natural, la cual, recordemos, distinguía un saber teórico o epistémico y un saber práctico o fronético.<sup>165</sup> El saber práctico se orienta a educar cívicamente a los ciudadanos; pero es evidente que el comportamiento cívico no puede ser desvinculado de un determinado contexto práctico. Por eso, frente a la acusación de rigidez y de falta de conexión con la historia, el iusnaturalismo clásico, aunque asentado sobre una conciencia histórica aún escasamente desarrollada, estaría abierto en principio a la diversidad cultural y la variabilidad histórica. Más allá del carácter absoluto e inmutable de sus primeros principios, la aplicación del derecho natural a casos concretos y en circunstancias variables permitiría una adaptación al cambio histórico que Kelsen parece ignorar.

La segunda gran simplificación de Kelsen tiene que ver con la reiterada afirmación de que la teoría del derecho natural incurre en el error lógico de la falacia naturalista, tratando de deducir enunciados valorativos o prescriptivos a partir de enunciados descriptivos. Siendo más precisos: para Kelsen, el error del enfoque iusnaturalista es pretender deducir lo que debe ser, lo justo, a partir de aquello que se considera natural en los hombres. Habría que comprobar si esta acusación puede ser atribuida con justicia a la teoría iusnaturalista, lo cual no está nada claro. Es dudoso que las dos teorías más representativas, la teoría clásica y la teoría moderna del derecho natural, incurran en dicha falacia.<sup>166</sup> A continuación expondré las razones.

<sup>165</sup> Véase SENDÍN MATEOS, J. A., "La crítica de Hans Kelsen...", *cit.*, p. 445.

<sup>166</sup> Véase sobre este tema DELGADO PINTO, J., *De nuevo sobre el problema del derecho natural*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982.

En referencia al iusnaturalismo clásico, sus representantes, y en especial los estoicos y escolásticos con Santo Tomás de Aquino al frente, consideraban al derecho natural como un conjunto de principios y reglas de conducta que se derivaban de ciertas tendencias inmanentes a la naturaleza del hombre. Pero esto no significa necesariamente que el iusnaturalismo clásico incurra en la falacia naturalista. Frente a lo que creen algunos autores, es muy dudoso que Santo Tomás de Aquino fuera consciente del error lógico que supone derivar normas de deber ser, prescripciones, a partir de meras descripciones, y que, en consecuencia, tratara por todos los medios de evitarlo.<sup>167</sup> En todo caso, no me parece que la teoría clásica del derecho natural corra peligro de incurrir en la falacia naturalista. El carácter metafísico de su estrategia teórica impide, como veremos a continuación, que pueda producirse ese riesgo. La teoría iusnaturalista maneja un concepto metafísico-teleológico (no empírico) de naturaleza, que tiene una fuerte carga deóntica. Desde Aristóteles en adelante, la naturaleza de un ser aparece como un telos, como un fin que es la perfección de ese ser, su entelequia. En la Edad Media este concepto adquiere notorias connotaciones religiosas gracias a la incorporación por Santo Tomás de Aquino de la doctrina agustiniana de la ley eterna. Para Santo Tomás, la ley eterna es la ley que rige el universo, conforme a la cual Dios ha creado todas las cosas. La ley eterna conduce a todos los seres a su perfección, incluyendo a los seres racionales, al hombre, que llega a ella a través de la ley natural, que es la participación que los seres humanos poseen de la ley eterna. Con semejante concepto de naturaleza, en el que están imbricadas las dimensiones ontológica y deontológica, no debe extrañar que cuando se afirma que algo es natural no estemos ante un mero enunciado descriptivo, pues ese enunciado incorpora el enunciado valorativo que considera eso como "lo bueno" y lo que favorece el logro de la perfección. De esta manera, lo que es por naturaleza coincide con lo que debe ser.<sup>168</sup> La noción de "naturaleza" del iusnaturalismo clásico está, por tanto,

<sup>167</sup> Véase GEORGE, R. P., "Kelsen y Santo Tomás sobre la doctrina de la Ley Natural", *Persona y derecho*, 42, Universidad de Navarra, Pamplona (2000), p. 75.

<sup>168</sup> Véase DELGADO PINTO, J., *De nuevo sobre el problema del derecho natural*, *cit.*, p. 22.

“cargada” axiológica y deónticamente, lo que hace imposible distinguir el derecho que es del derecho que debe ser y, por ende, la teoría del derecho y la teoría de la justicia. Por esta razón, la teoría iusnaturalista clásica ni incurre ni puede incurrir en la falacia naturalista. El aspecto discutible de la teoría clásica del derecho natural no me parece, pues, su supuesta recaída en el error de la falacia naturalista, sino el carácter metafísico de su enfoque teórico.

Pero tampoco el iusnaturalismo moderno cae en semejante error. Esta corriente establece una identidad entre lo “natural” y lo “no convencional”. Se cree que la validez de las normas de derecho natural es objetiva y universal, y que su fundamento se encuentra en la razón. La naturaleza no es aquello de lo que se deriva el contenido de las normas, sino que su papel consiste en aportar los datos y condicionantes objetivos e invariantes necesarios para poder crear normas racionalmente fundadas. Esto significa romper con la filosofía práctica tradicional, pues no se busca en la naturaleza los principios o reglas que rigen la convivencia, sino los condicionantes a tener en cuenta en la elección de los principios sobre los que debe basarse el orden social. Es muy característico de los enfoques contractualistas el recurso a la idea de un “estado de naturaleza”, cuya descripción permite identificar los problemas a los que se enfrenta la vida humana en un marco no político. Es la consideración de los intereses generales de los hombres lo que, a la luz de esta información, lleva a la elección de los principios básicos de un orden social y político adecuado.

Pese a la importancia de estas simplificaciones, probablemente la raíz de las discrepancias de Kelsen con la teoría iusnaturalista reside en el relativismo y escepticismo ético sobre el que se basa su teoría. En ese aspecto Kelsen está en sintonía con gran parte de las tendencias filosófico-morales y jurídicas que dominaban en Europa desde mediados del siglo XIX. Como es sabido, ésta es una posición que en las últimas décadas se puede decir que está ya en franca retirada. En la crítica al derecho natural, Kelsen proyecta su escepticismo ético en especial contra la idea de razón práctica. Para ello se apoya en una visión de la razón práctica que ha sido ampliamente superada por una serie de teorías morales recientemente elaboradas a partir de una revisión de la ética kantiana (pienso en la ética del discurso de Apel y Habermas, el constructivismo moral de Rawls y el enfoque de las buenas razones de Toulmin y Baier), que ponen en funcionamiento

una idea procedimental de racionalidad práctica que parece muy fecunda. Sin embargo, una discusión sobre la crítica de Kelsen a la idea misma de razón práctica excede ampliamente las pretensiones de este trabajo, y deberá esperar otro momento.

En resumen: la crítica de Kelsen a la teoría del derecho natural no es lo rigurosa que debiera, a diferencia del rigor que sí caracteriza a la exposición de su teoría del derecho. En cualquier caso, es muy encomiable su perspicacia al elegir los argumentos esgrimidos, así como su gran capacidad de desarrollo e inagotable perseverancia, lo que no le impide caer en las simplificaciones que se han señalado. Me parece especialmente significativa la que acusa a la teoría del derecho natural de incurrir en la falacia naturalista, pues este argumento es el que tiene mayor significación y el que con más frecuencia invoca Kelsen; y porque, según ha quedado demostrado, las dos manifestaciones principales de la doctrina del derecho natural quedan sustraídas a esta crítica, por lo que, más que ante una mera simplificación, nos encontramos ante lo que parece ser un importante error de Kelsen. Cosa diferente es determinar en qué medida esta circunstancia es suficiente para desposeer a la crítica de Kelsen a la teoría del derecho natural de todo o de parte del valor que tiene.

# LENGUA Y DERECHO EN MÉXICO. EVOLUCIÓN Y ACTUALIDAD DE LOS DERECHOS LINGÜÍSTICOS DE LA POBLACIÓN INDÍGENA<sup>1</sup>

César SERRANO

SUMARIO: I. *La construcción del Estado-nación mexicano en el siglo XIX: el siglo perdido.* II. *La Constitución social de 1917: los olvidados por la Revolución.* III. *1992: el despertar de la memoria.* IV. *La Reforma Indígena de 2001: entre el triunfo y la decepción.* V. *Lengua y derecho: derechos lingüísticos.*

## I. LA CONSTRUCCIÓN DEL ESTADO-NACIÓN MEXICANO EN EL SIGLO XIX: EL SIGLO PERDIDO

Durante la mayor parte de la historia del México independiente, las constituciones callaron sobre cuestiones tan importantes como la composición multicultural y plurilingüística del país.

Es paradójico que durante la Colonia, las lenguas indígenas fueran más valoradas:<sup>2</sup> en el virreinato los frailes misioneros pugnaron por el uso de las lenguas indígenas para evangelizar a los nativos, elabo-

<sup>1</sup> El presente trabajo se inserta en uno mayor sobre la cuestión de los derechos lingüísticos de los indígenas en México, y que será defendido como tesis doctoral en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

<sup>2</sup> Aun así, el ánimo no era generalizado: "En México, para dar un ejemplo, el arzobispo Lorenzana, más tarde cardenal en Toledo, ordenó a su clero que se abstuviera de emplear lenguas indígenas en los oficios religiosos porque era falta de respeto dirigirse a Dios en ellas". LEÓN-PORTILLA, Miguel, "Pluralidad de lenguas: ¿problema o riqueza?", en *La Jornada*, miércoles 29 de diciembre de 2004.

rando así obras tendientes a su aprendizaje. De acuerdo con León-Portilla: "Como nunca antes en la historia universal, se desarrolló entonces una extraordinaria empresa lingüística dirigida a captar y describir las características fonológicas, léxicas y estructurales de centenares de idiomas nativos. En tal empresa participaron conjuntamente propios hablantes y un buen número de frailes misioneros, franciscanos, dominicos, agustinos y jesuitas. Resultado de tales esfuerzos fue la elaboración de numerosas "artes" o gramáticas, así como de vocabularios de dichas lenguas".<sup>3</sup> A pesar de los esfuerzos de la Corona, y de las cédulas reales de Carlos I, Felipe IV y Carlos III, que pretendían la imposición del castellano a los indígenas, la situación en la Nueva España era otra: "La gran mayoría de éstos mantenían su lengua propia y buen número se comunicaba asimismo en náhuatl. Además de que en no pocos conventos se seguían enseñando gramática, lectura y escritura sobre todo en náhuatl, en 1642 se instituyeron en la Real y Pontificia Universidad cátedras de las lenguas mexicana (náhuatl) y otomí".<sup>4</sup>

Una de las pocas, si no la única, mención a la cuestión indígena fue hecha en la Constitución de 1824, al establecer, en su artículo 50, fracción XI, como una de las facultades del Congreso la de "arreglar el comercio con las naciones extranjeras entre los diferentes estados de la federación y tribus de indios".<sup>5</sup> Esta disposición fue producto de la irreflexiva imitación del texto constitucional de los Estados Unidos, por lo que probablemente la mención a las "tribus de indios" se haya tratado de un descuido, más que de una disposición

<sup>3</sup> LEÓN-PORTILLA, Miguel, "El destino de las lenguas indígenas de México", en Ignacio GUZMÁN BETANCOURT, Pilar MÁYNEZ y Ascensión H. de LEÓN-PORTILLA (coords.), *De historiografía lingüística e historia de las lenguas*, Universidad Nacional Autónoma de México, Siglo XXI editores, México, 2004, pp. 51-70.

<sup>4</sup> LEÓN-PORTILLA, Miguel, "El destino de las lenguas indígenas de México", en Ignacio GUZMÁN BETANCOURT, Pilar MÁYNEZ y Ascensión H. de LEÓN-PORTILLA (coords.), *op. cit.*, pp. 51-70. El extendido uso del náhuatl se mantuvo hasta los últimos años de la Corona, así LEÓN-PORTILLA explica: "Consta que en la segunda mitad del siglo XVI y parte del XVII había en lugares muy apartados del centro de México escribanos que redactaban numerosos escritos en náhuatl. De ello son prueba los escritos en náhuatl, no pocos ya publicados, procedentes de varios pueblos de los actuales estados de Jalisco, Zacatecas, Colima, Durango, Guerrero, Chiapas, Tabasco, Campeche y aun de Guatemala y otras poblaciones de América Central", *op. cit.*, p. 58.

<sup>5</sup> TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-1998*, p. 174.

planeada.<sup>6</sup> A pesar de este intencional silencio, las lenguas indígenas se mantenían aún vivas, producto del impulso recibido durante la Colonia: "En vísperas ya del siglo XIX y del movimiento emancipador de México la gran mayoría de los indígenas mantenía vivas sus lenguas. Ni siquiera había prosperado un deseado bilingüismo. El náhuatl, eso sí, estaba perdiendo su carácter de *lingua franca*".<sup>7</sup> Esta situación no se mantendría por mucho tiempo. El nuevo Estado mexicano lograría lo que no lograron los conquistadores, colonizadores y evangelizadores.

La cuestión lingüística nunca apareció en ninguno de los textos constitucionales producidos durante el siglo XIX. Ni aun para imponer al español o castellano como lengua única de la "nación". El derecho constitucional en México sirvió como un elemento de *construcción nacional* a costa de la cultura, tradiciones, usos, costumbres y lengua de cientos de pueblos y comunidades indígenas asentados históricamente en el territorio que habría de ocupar el Estado mexicano, actitud en la que también se reflejaban, vedada o abiertamente, el racismo y el etnocentrismo de mestizos y criollos.<sup>8</sup> Con Santos:

"En el Estado moderno, lo que pasa por universalismo, es de hecho en su génesis una especificidad, un particularismo, la diferencia de un grupo so-

<sup>6</sup> Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, artículo I, sección 8. *The Congress shall have Power to: (3) To regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes.*

<sup>7</sup> LEÓN-PORTILLA, Miguel, "El destino de las lenguas indígenas de México", en Ignacio GUZMÁN BETANCOURT, Pilar MÁYNEZ y Ascensión H. de LEÓN-PORTILLA (coords.), *op. cit.*, pp. 51-70.

<sup>8</sup> "A menudo, en efecto, el Estado posee su propia lengua oficial, es decir, la lengua que emplean los poderes públicos y que los ciudadanos deben utilizar en sus relaciones con tales poderes. Esta lengua oficial puede ser, para empezar, una lengua vehicular". PIERRÉ-CAPS, Stéphane, "El derecho de las minorías", en ROULAND, Norbert (dir.), *Derecho de minorías y de pueblos autóctonos*, p. 236. En África y América Latina se recurrió a la lengua del colonizador como el medio de alcanzar una unidad nacional, al igual como se recurrió al francés en la Revolución para lograr el tránsito de *campesinos a ciudadanos* de la República. De acuerdo con Winock la escuela primaria gratuita, obligatoria hasta los 13 años, permitió la realización del viejo anhelo revolucionario de unificar lingüísticamente el país. En la época de la Revolución, de 20 millones de habitantes en Francia, 12 o 13 ignoraban el francés. Esta política educativa pretendía finalmente, inculcar la moral, el espíritu cívico y especialmente, el patriotismo. Véase WINOCK, Michel, *Les nationalismes français*, pp. 4-5.

cial, de clase o étnico, que consigue imponerse muchas veces por la violencia frente a otras diferencias de otros grupos sociales y con esto logra universalizarse. La identidad nacional reposa así en la identidad de la etnia dominante. Las políticas culturales y muchas otras del Estado buscan naturalizar esas diferencias bajo la forma de un universalismo, y en consecuencia transmutar el acto de violencia impositiva en un principio de legitimidad y de consenso social. La mayoría de los nacionalismos y de las identidades nacionales del Estado nacional fueron construidos sobre esa base y, por lo tanto, apoyándose en la supresión de identidades rivales que no tuvieron recursos para imponerse en la lucha por las identificaciones hegemónicas. Cuanto más marcado es este proceso, más nos encontramos frente a un nacionalismo radicalizado o, mejor, frente a un racismo nacionalizado".<sup>9</sup>

Liberales y conservadores del siglo XIX ignoraron y despreciaron a los indígenas y a sus lenguas, como símbolo de retraso cultural y subdesarrollo. Sus enfrentamientos, constantes en el siglo XIX mexicano, llevaron a la reforma en 1835 de la Constitución, estableciéndose por medio de las Leyes Constitucionales de 1836 un régimen centralista, eliminando todos los fundamentos federalistas, suprimiéndose por lo tanto la única referencia a la población indígena del país. Diversos artículos otorgaban la ciudadanía a aquellos que gozaran de una renta mínima anual (artículo 7o., fracción I, de la Primera Ley Constitucional), y decretaban la suspensión de la misma por poseer el estado de sirviente doméstico o por no saber leer ni escribir (artículo 10, fracciones II y IV, de la Primera Ley Constitucional). En la práctica, pueden deducirse fácilmente los sujetos a quienes dichas disposiciones iban dirigidas, de acuerdo con López Bárcenas, "(d)ichas alusiones estaban dirigidas de manera evidente hacia los campesinos, y a nuestros pueblos indígenas en particular, pues eran los que en su mayoría se encontraban en esas condiciones".<sup>10</sup>

Las Bases Orgánicas de 1843, centralistas y conservadoras, no mejoraron la situación. Mantuvieron como requisitos para la ciudadanía la renta mínima y saber leer y escribir (artículo 18), y no realizaron mención alguna a la realidad indígena. Los fracasos de los

<sup>9</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa, *La caída del Angelus Novus: Ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política*, p. 138.

<sup>10</sup> LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco, *Legislación y derechos indígenas en México*, p. 15.

regímenes centralistas y conservadores, aunados a las derrotas militares y diplomáticas que le costaron al México la pérdida de la mitad de su territorio, ayudaron al inminente cambio de régimen político.<sup>11</sup>

Incluso Juárez, indígena zapoteca y paladín del liberalismo mexicano, una vez en la presidencia, nada hizo por la población indígena del país.<sup>12</sup> 1857, en un Estado recién independizado, implicaba la asunción a ojos cerrados de los grandes dogmas del siglo XIX: el liberalismo y el Estado-nación. La llegada de los liberales al gobierno mexicano implicó de hecho, un retroceso para los pueblos y comunidades indígenas. La Ley de Desamortización de Bienes de 1856, durante la presidencia de Ignacio Comonfort distribuyó las tierras comunales bajo la modalidad de propiedad privada entre los propios indígenas. La privatización de la propiedad de la tierra afectó gravemente a las comunidades indígenas y campesinas y llevó a la consolidación del latifundio.<sup>13</sup> Esta actitud es explicable. Hacía menos de cuarenta años que el Estado mexicano había nacido y aún se encontraba en la etapa de construcción nacional, intentando unificar a los mexicanos bajo una sola bandera, o, para seguir el viejo aforismo del nacionalismo, bajo *una lengua, una nación, un Estado*.

<sup>11</sup> En 1836 se produciría la separación de Texas del Estado mexicano, permaneciendo como república independiente aproximadamente seis años. Eventualmente Texas se anexaría a los Estados Unidos. En 1848, mediante el Tratado de Guadalupe-Hidalgo, México "cedió" a los Estados Unidos los estados de California, Nuevo México, Arizona, Nevada, Utah y Colorado.

<sup>12</sup> Si bien es cierto que Juárez había mantenido una postura favorable a la organización política indígena 10 años antes de acceder a la presidencia: "Por este motivo, el sistema republicano, representativo, popular, fue bien recibido por los pueblos del Estado y el sistema central que abolió aquellas corporaciones, causó un gran disgusto universal que contribuyó a la caída de ese sistema que nos fue tan fatal. Restablecida la federación, los pueblos no sólo han recobrado sus ayuntamientos y repúblicas, sino el derecho de elegir las conforme a sus antiguas costumbres, quedando así organizada la administración de las municipalidades de una manera, que lejos de obstruir, expedita la marcha de la administración general del Estado". Benito JUÁREZ GARCÍA, *Exposición al Soberano Congreso de Oaxaca*, 2 de julio de 1848.

<sup>13</sup> "Las secuelas de esta y otras leyes y reglamentos en materia agraria condujeron a numerosos levantamientos indígenas durante el siglo XIX. Para fortalecer el poder de los terratenientes criollos y mestizos, el gobierno expidió decretos para organizar la defensa militar contra los indios "bárbaros", es decir no sometidos, en numerosos estados del norte del país así como en el sureste", STAVENHAGEN, Rodolfo, *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*, p. 302.

La inestabilidad política y social de México en este siglo fue la regla general: invasiones continuas, guerras civiles, dos imperios, pérdida de la mitad de su territorio, gobiernos centralistas, gobiernos federales, gobiernos itinerantes y dictadores. Todas estas circunstancias pueden explicar el abandono y silencio del Estado mexicano hacia la cuestión indígena durante el siglo XIX y aún durante el XX, pero no justificarlos.

Dos excepciones existen en este sombrío paisaje decimonónico, provenientes de ambos lados del espectro político.

La primera excepción es encarnada por Ignacio Ramírez “el Nigromante”, constituyente de 1857 y liberal de pura cepa.

Ignacio Ramírez declararía: “Levantemos ese ligero velo de la raza mista que se extiende por todas partes y encontraremos cien naciones que en vano nos esforzaremos hoy por confundir en una sola”.<sup>14</sup> Ignacio Ramírez, desde el ala liberal, puede ser considerado un temprano defensor de los derechos de los indígenas, y su defensa no se quedó en el campo de la retórica: “Entre los estadistas liberales que colaboraron luego con Benito Juárez, es digno de especial mención el escritor y pensador Ignacio Ramírez. Propugnó él por el establecimiento de un sistema educativo en el que se emplearan tanto el castellano como el idioma indígena de las distintas regiones. Sostenía que sólo así podrían los niños aborígenes desarrollar plenamente sus facultades mentales. Llegó incluso a proponer que, en función de las lenguas que se hablaban, se establecieran las distintas jurisdicciones geopolíticas en el país. Sus ideas, como podría esperarse, quedaron en el campo de la utopía”.<sup>15</sup> Los constituyentes, liberales y conservadores consideraron más importante tratar otros temas, y defender sus posiciones y privilegios políticos.

La segunda excepción fue Maximiliano de Habsburgo. Durante su breve sueño de instaurar el segundo imperio en México, tuvo tiempo de crear instituciones de protección a los indígenas, aunque sin relevancia en el ámbito lingüístico.

<sup>14</sup> Citado por LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco, *Legislación y derechos indígenas en México*, p. 16.

<sup>15</sup> LEÓN-PORTILLA, Miguel, “El destino de las lenguas indígenas de México”, en Ignacio GUZMÁN BETANCOURT, Pilar MÁYNEZ y Ascensión H. de LEÓN-PORTILLA (coords.), *op. cit.*, pp. 51-70.

Maximiliano era un liberal, por lo que contrario a los intereses de los conservadores, mantuvo las Leyes de Reforma de Juárez y llamó a liberales moderados a su gabinete, excluyendo a los conservadores.<sup>16</sup> El Segundo Imperio emitió en abril de 1865 el Estatuto Provisional del Imperio Mexicano —que establecía la forma de gobierno (monarquía moderada hereditaria), los ministerios, tribunales y un breve título de garantías individuales que establecía los derechos fundamentales de los habitantes del Imperio—, y mantuvo una “febril actividad legislativa, dirigida a reformar y modernizar el aparato institucional del Estado mexicano”,<sup>17</sup> además de dedicarse a las inaplazables gestiones de organizar una corte.

Asimismo Maximiliano promulgó distintas leyes en materia agraria en beneficio de las comunidades indígenas y la creación de instituciones para su protección. Así se creó la Junta Protectora de las Clases Menesterosas, que “preparó leyes que fueron adoptadas y dibujó una política agraria que de hecho empezó a funcionar y que despertó el mayor interés entre los pueblos...”.<sup>18</sup> Expidió tres leyes

<sup>16</sup> De acuerdo con Jean MEYER: “Maximiliano se configura más como un déspota ilustrado que como liberal. Podemos comprender entonces la oposición de su propio ministro, el liberal Morán y Crivelli, quien le manifestó a este hombre del siglo XVIII que esas leyes eran un retorno a las leyes de Indias. Sin embargo, como lo dice muy bien, ese retorno a las leyes indianas no implicaba la negación del liberalismo. Maximiliano hizo suyo el proyecto liberal de una nación de ciudadanos-propietarios. En ese sentido podríamos decir, cultivando el anacronismo, que Maximiliano inventó el “liberalismo social” cuando pretendió hacer menos dolorosa e injusta para “las clases menesterosas” el tránsito del antiguo al nuevo orden social y económico”, en “La Junta Protectora de las Clases Menesterosas. Indigenismo y agrarismo en el Segundo Imperio”, en Antonio ESCOBAR (coord.), *Indio, nación y comunidad en el México del siglo XIX*, p. 330. En el mismo sentido DEL ARENAL: “México fue concebido por el Emperador como un campo de acción y de experimentación, en muchos casos, y su miseria ancestral y su sociedad profundamente desigual también le brindaron la oportunidad de desplegar ese filantropismo propio de la ilustración y del Estado moderno, que lo llevaría a concebir remedios radicales para mitigar dichas miserias y desigualdad, aun a costa de las tesis del liberalismo económico clásico. Si los remedios provenían de la vieja y al parecer caduca legislación indiana, bueno; si por el contrario, había que tomarlos del socialismo utópico, igualmente bueno...”, DEL ARENAL, Jaime, “La protección del indígena en el Segundo Imperio Mexicano: la Junta Protectora de las Clases Menesterosas”, *Ars Juris*, núm. 6, p. 163.

<sup>17</sup> “Los tres años que Maximiliano gobernó a México son muestras de admirable capacidad legislativa, pero a la vez ejemplo de irresponsabilidad política”, DEL ARENAL, Jaime, “La protección del indígena en el Segundo Imperio Mexicano: la Junta Protectora de las Clases Menesterosas”, *Ars Juris*, núm. 6, pp. 158-159.

<sup>18</sup> MEYER, Jean, *op. cit.*, p. 334.

en materia agraria, una de las cuales concedía fundo legal y ejido a los pueblos que carecían de él, promulgada el día 16 de septiembre de 1866, muy importante ya que el *Decreto sobre el fundo legal*, fue publicado en español y náhuatl; además elaboró legislación protectora del trabajador, y un proyecto de ley de instrucción secundaria a los indígenas, siempre con apoyo del emperador.<sup>19</sup>

La protección que se dio a los pueblos y comunidades indígenas durante el Segundo Imperio, centrada en las materia agraria y laboral, fue más producto de las circunstancias históricas que de un verdadero ánimo de Maximiliano por proteger a las culturas indígenas, de acuerdo con Del Arenal: "Su imagen del indio, entonces, corresponde con la del liberalismo mexicano: un indígena propietario, dueño absoluto de su parcela, transformado en ciudadano y capaz de defender jurídicamente dicha propiedad, como la de cualquier otro criollo o mestizo... pero a diferencia del liberalismo republicano, que dejó y dejaría al indígena a expensas y sin defensa alguna frente al especulador y al hacendado, el Imperio pretendió establecer mecanismos que aseguraran a favor del indígena dicho tránsito. He aquí, pues, el carácter 'proteccionista' de los remedios propuestos y establecidos a favor de las clases menesterosas".<sup>20</sup>

La caída del Segundo Imperio y la Restauración de la República trajeron consigo el triunfo definitivo de los ideales liberales, que se mantuvieron durante el resto del siglo XIX, con todas sus nefastas consecuencias para los pueblos y comunidades indígenas: "En fin, que durante el siglo XIX el Estado y la sociedad mexicanos no sólo negaron la existencia de los pueblos indígenas sino además hicieron todo cuanto estaba a su alcance para que desaparecieran y así quedarse con sus propiedades. Todas las constituciones o proyectos de ellas en esa época, fueran federales o estatales, siguieron la misma línea excluyente, situación que se consolidaría en la Constitución

<sup>19</sup> DE LA TORRE considera: "Dentro de la legislación imperial destaca lo que se refiere a la normatividad indigenista, compuesta por una serie de leyes y decretos proteccionistas en cierto sentido análogos al derecho novohispano, y que son producto de la preocupación de Maximiliano por el mejoramiento del estatus jurídico y económico del indígena". DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, *Lecciones de historia del derecho mexicano*, p. 234.

<sup>20</sup> DEL ARENAL, Jaime, *op. cit.*, p. 163.

Federal de 1857, en la cual privó una visión eminentemente individualista y homogénea... Los indígenas no existían en tal Constitución y si existieran deberían sujetarse a normas inspiradas en valores totalmente ajenos a su cultura".<sup>21</sup> La razón del ataque constante y el abandono a los indígenas se debió a que fueron vistos, durante todo este siglo, como obstáculo para la unidad nacional y el progreso: "Ahora bien, hay que reconocer que en este asunto... del indio la frontera ideológica no pasaba entre conservadores y liberales, sino en medio de cada uno de los dos bandos".<sup>22</sup>

En el siglo XIX las lenguas indígenas siguieron esta inercia: la educación indígena fue descuidada, pues las lenguas se veían como un obstáculo al progreso y un atentado a la unidad nacional. La visión etnocéntrica impedía reconocer todo aquello ajeno a la cultura dominante.<sup>23</sup> De acuerdo con Lagos, "se observa que la diversidad de idiomas indígenas fue considerada como un obstáculo para la difusión de la enseñanza entre los grupos étnicos, de ahí que se adoptaran diversas medidas con las que se pretendió solucionar este asunto y que, con el paso del tiempo, derivaron hacia el interés exclusivo de los 'eruditos' encargados de conservar y estudiar dichos idiomas. La evidente desigualdad en que se encontraban los indígenas... llevó a

<sup>21</sup> LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco, *Legislación y derechos indígenas en México*, p. 30. Respecto de la visión que la sociedad mexicana decimonónica tenía del indígena: "...en parte de la prensa mexicana del siglo XIX los indios aparecieron como personajes ajenos a la sociedad no india, pertenecientes a grupos sociales extraños y casi siempre en rebeldía, alejados de la paz y muy distantes al progreso propugnado por los grupos dominantes. El indio apareció también como personaje histórico de conmemoraciones patrióticas; autor y portador de conocimientos en el campo de las plantas medicinales y alimenticias; víctima de catástrofes naturales, de plagas y enfermedades, de curas y profetas iluminados, de leyes desamortizadoras y de deslindes y despojos de sus territorios; beneficiario eventual de repartos y restituciones de tierras y de esporádicos intentos por apoyar sus culturas y, sobre todo, sus lenguas". LAGOS PREISSER, Patricia, "La prensa decimonónica como fuente para el estudio de la historia de los grupos indígenas", en Antonio ESCOBAR (coord.), *Indio, nación y comunidad en el México del siglo XIX*, p. 367.

<sup>22</sup> MEYER, Jean, *op. cit.*, p. 356.

<sup>23</sup> "Históricamente, los grupos dominantes han considerado con frecuencia a las minorías como "cuerpos extraños" en el seno de la nación. Esta visión etnocrática ha conducido a genocidios, etnocidios, asimilaciones forzadas, expulsiones, reubicaciones, colonización dirigida, y otras numerosas medidas violatorias de los derechos humanos de las minorías víctimas de tales políticas", STAVENHAGEN, Rodolfo, "Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales", en *Isonomía*, núm. 3, octubre de 1995, p. 122.

que los esfuerzos educativos del Estado se dirigieran hacia... incorporarlos a los procesos de producción e instrucción que, a su vez, conducirían no sólo hacia el desarrollo sino hacia la unificación de la nación... las distintas medidas y reformas educativas se convirtieron en un episodio más en el drama de la integración del indígena a la 'cultura nacional' que se quería lograr a través de un colonialismo educativo, pues, además, esa misma 'cultura nacional' sólo los humillaba y los marginaba aún más".<sup>24</sup>

El balance final del siglo XIX mexicano, de acuerdo con León-Portilla, se puede resumir en lo siguiente: "puede decirse que el primer siglo de vida independiente de México en ningún sentido fue favorable a las lenguas indígenas. Si ellas, en su mayoría, perduraron fue paradójicamente gracias a la falta de atención que les concedieron el gobierno y otras instituciones públicas y privadas. Arrinconados los indígenas en regiones poco propicias a su desarrollo económico y cultural, mantuvieron allí vivos los que con desprecio se tenían como 'sus dialectos'".<sup>25</sup>

## II. LA CONSTITUCIÓN SOCIAL: LOS OLVIDADOS POR LA REVOLUCIÓN

La Revolución Mexicana de 1910 fue marcada por dos grandes planes que delinearon los ideales revolucionarios: el Plan de San Luis, de Francisco I. Madero, bajo el lema "Sufragio Efectivo. No Reelección" y el Plan de Ayala, de Emiliano Zapata, bajo el lema "Tierra y Libertad". Sin embargo, ni éstas ni ninguna otra de las distintas facciones revolucionarias hizo defensa de la cuestión indígena, ya que incluso la revolución zapatista lo hizo apenas de manera indirecta. Esta primera revolución zapatista fue eminentemente campesina, y no indígena, por lo que, pese a ser indígenas sus dirigentes, sus reivindicaciones sociales se limitaban a la restitución de la tierra y la abolición de los latifundios.

<sup>24</sup> LAGOS PREISSER, Patricia, *op. cit.*, pp. 370-371.

<sup>25</sup> LEÓN-PORTILLA, Miguel, "El destino de las lenguas indígenas de México", en Ignacio GUZMÁN BETANCOURT, Pilar MÁYNEZ y Ascensión H. de LEÓN-PORTILLA (coords.), *op. cit.*, pp. 51-70.

El 5 de febrero de 1917 fue promulgada la que se considera la primera Constitución emanada de una revolución social que estableciera derechos sociales, sin embargo, ésta se declaró a sí misma, heredera de la tradición liberal: su nombre fue Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que reforma la del 5 de febrero de 1857. Una Constitución social, sí, "(p)ero los indígenas no aparecen en ninguna parte, como si los constituyentes de 1917 (así como antes los liberales de 1857, cuando fue redactada la versión anterior de la Constitución) pudieran, con la estructura jurídica formal, borrar una realidad social y cultural que les era incómoda".<sup>26</sup>

A pesar de disposiciones sociales, como el artículo 3o. referente al derecho a la educación, el 27 referente a la propiedad de la tierra que permitió la propiedad comunal y la erradicación de latifundios, y el 123 referente a los derechos laborales y previsión social, ningún artículo de esta Constitución *social* hizo mención alguna sobre la cuestión indígena. Tal vez la mención más cercana fue hecha por el propio artículo 27, que establecía en su fracción VI: "Los condueñazgos, rancherías, pueblos, congregaciones, tribus y demás corporaciones de población que de hecho o por derecho guarden el estado comunal, tendrán capacidad para disfrutar en común las tierras, bosques y aguas que les pertenezcan, o que se les haya restituido o restituyeren...". Si bien es cierto que, como lo señala Stavenhagen, los "ejidos" y "comunidades", históricamente han sido identificados con los pueblos indígenas, los derechos que la Constitución reconocía a éstos no rebasaban el ámbito del derecho agrario.

La Constitución de 1917 siguió, dentro de su reforma social, la misma línea liberal de la Constitución de 1857, por lo que sus políticas respecto de los indígenas no sufrieron cambios sustanciales; la asimilación cultural siguió siendo un elemento importante de combate al indígena como obstáculo al desarrollo nacional: "El universalismo antidiferencialista se enfrentó a la desigualdad a través de las políticas sociales del Estado providencia. De la misma manera, se opuso a la exclusión a partir de políticas de reinserción social en el caso de los criminales y con base en políticas asimilacionistas en

<sup>26</sup> STAVENHAGEN, Rodolfo, *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*, p. 303.

el caso de los pueblos indígenas, las culturas minoritarias y las minorías étnicas".<sup>27</sup>

Como había pasado con liberales y conservadores en el siglo XIX, en el siglo XX, liberales y marxistas mexicanos pretendieron la asimilación de los indígenas: "En México, tanto la corriente liberal como la marxista favorecieron la pérdida de la identidad étnica de los grupos indígenas. El liberalismo planteaba, desde principios del siglo XIX, que serían imposibles la integración nacional y la viabilidad del país mientras la cultura indígena permaneciera ajena a un proceso de aculturación que permitiera a las comunidades salir de su atraso económico. Para el marxismo, por su parte, la cultura indígena representaba los vestigios de modos de producción precapitalistas; de ahí que la izquierda tradicionalmente se haya pronunciado a favor de la proletarianización de los grupos indígenas, asumiendo que el problema étnico debilitaba al proletariado y favorecía a las clases dominantes. Dada la predominancia de ambas perspectivas ideológicas en el pensamiento intelectual y académico del México contemporáneo, las culturas indígenas estuvieron prácticamente ausentes del discurso cultural y de la creación artística en las instituciones académicas y culturales".<sup>28</sup>

Hasta este momento, en la historia constitucional mexicana no aparece ninguna disposición que establezca derecho alguno a favor de los pueblos y comunidades indígenas, mucho menos en materia lingüística. De hecho, ninguna de las constituciones hizo mención alguna a la oficialidad de lengua alguna, por lo que en teoría no existía lengua oficial. A partir del triunfo de la Revolución, y en específico, durante la presidencia de Lázaro Cárdenas, se arraigó una cultura indigenista, más de corte antropológico, sociológico y asistencial, que jurídico o político, la cual, siguiendo la línea asimilacionista, tendió a desaparecer a los indígenas para incorporarlos a la sociedad

<sup>27</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa, *La caída del Angelus Novus: Ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política*, p. 129.

<sup>28</sup> WALDMAN M. Gilda, "El florecimiento de la literatura indígena actual en México. Contexto social, significado e importancia", en José Emilio Rolando ORDÓÑEZ CIFUENTES (coord.), *El derecho a la lengua de los pueblos indígenas. XI Jornadas Lascasianas*, UNAM, México, 2003, p. 64.

nacional.<sup>29</sup> "Terminada la Revolución mexicana, el nuevo Estado surgido de ella se dio cuenta de que la desaparición de nuestros pueblos había sido una falacia y se propuso hacerla efectiva integrándonos a la cultura nacional, para lo cual impulsó una política de Estado que con el nombre de indigenismo buscaba terminar con nuestra cultura para asimilarnos a la cultura dominante. Para hacerlo se crearon una serie de instituciones de Estado que se dedicarían a atender a nuestros pueblos, sobre todo a partir de una política de asistencialismo social y protección, como menores de edad. En el diseño de estas instituciones no se consultó a los destinatarios sobre sus necesidades, ni se les tomó en cuenta para su administración y funcionamiento; porque no se partía de reconocer que se trataba de pueblos con derechos a una existencia diferenciada dentro del Estado, sino de minorías culturales que con el tiempo deberían desaparecer".<sup>30</sup>

En la etapa posrevolucionaria Manuel Gamio fue el principal promotor del indigenismo, proponiendo ahondar en el conocimiento de las distintas culturas y lenguas indígenas de México: "Su propósito último era proponer al gobierno federal y a los estatales diversas acciones que permitieran a quienes habían mantenido sus diferencias culturales y lingüísticas acceder a la realidad social, económica y política de México. En otras palabras tales formas de acción se dirigían a acabar con la exclusión de los indios de la vida del país. Ello, en el pensamiento de Gamio, no implicó promover el desvanecimiento de las identidades indígenas. Hablando en un foro panamericano, señaló Gamio la necesidad de revisar muchas de las constituciones latinoamericanas ya que en ellas, al no ser tomados en cuenta los indígenas, quedaron excluidos del marco político del país... Siem-

<sup>29</sup> "...limitando nuestro análisis del siglo XX, diremos simplemente que las políticas indigenistas gubernamentales han declarado tradicionalmente tener dos objetivos: promover el desarrollo económico y social de los pueblos indígenas, y acelerar su "integración" a la sociedad nacional... La brecha entre los ideales de la política indigenista y la realidad de los países es grande: los indicadores sociales y económicos demuestran que la situación de los pueblos indígenas de América sigue siendo por lo general catastrófica. Por otra parte, la anhelada "integración" ha significado por lo general la destrucción de las culturas e identidades indígenas a través de políticas asimilacionistas consideradas como etnocidas", STAVENHAGEN, Rodolfo, "Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales", en *Isonomía*, núm. 3, octubre de 1995, p. 112.

<sup>30</sup> LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco, *Legislación y derechos indígenas en México*, p. 32.

pre con la idea de poner fin a la exclusión de que eran objeto los pueblos indígenas, señaló la necesidad de que llegaran a estar representados en el Congreso por legisladores miembros de sus propias comunidades".<sup>31</sup>

Las bases de la política indigenista a nivel continental habían sido puestas por el Primer Congreso Indigenista Interamericano, celebrado en 1940, en Pátzcuaro, Michoacán, México, en el cual, además, se acordó la creación del Instituto Indigenista Interamericano y la creación de institutos indigenistas nacionales que cumplieran las políticas definidas en los sucesivos congresos interamericanos.<sup>32</sup>

Como consecuencia del Primer Congreso Indigenista, en 1948 se crearía en México, el Instituto Nacional Indigenista, organismo público descentralizado, dependiente de la Secretaría de Educación Pública (Ministerio de Educación), encargada del diseño de políticas públicas en materia indígena: "En México existía desde hacía varios años el Departamento Autónomo de Asuntos Indígenas, que fue sustituido en 1948 por el Instituto Nacional Indigenista, con personalidad jurídica propia. Su tarea era coordinar las acciones del gobierno en las zonas indígenas, en los campos de la promoción económica, la infraestructura básica, la agricultura, la educación, etc. Pero en realidad el INI pronto llegó a convertirse en un organismo que desarrollaba sus propios programas y proyectos, a veces en coordinación con otras entidades gubernamentales".<sup>33</sup>

<sup>31</sup> LEÓN-PORTILLA, Miguel, "El destino de las lenguas indígenas de México", en Ignacio GUZMÁN BETANCOURT, Pilar MÁYNEZ y Ascensión H. de LEÓN-PORTILLA (coords.), *op. cit.*, pp. 51-70.

<sup>32</sup> "Desde el primer congreso se evidenció la importancia que los Estados americanos con población indígena atribuían a los problemas educativos de las comunidades indias y a la labor educativa como instrumento de cambio social y cultural. Se recomendó ampliamente el uso de la lengua nacional en la enseñanza de las poblaciones indígenas y la necesidad de las campañas de alfabetización; mas al mismo tiempo se reafirmaba el respeto a la personalidad indígena y a su cultura y se reconocía la importancia de las lenguas nativas. El sexto congreso recomendó el empleo de maestros bilingües, por lo menos hasta el tercer grado de primaria. El noveno congreso, realizado en 1985, ya fue más lejos, al resolver... I. Que se diseñe y se instrumente un modelo de educación bilingüe-bicultural propio para las comunidades indígenas, con la participación de los pueblos y profesionales indios...", STAVENHAGEN, Rodolfo, *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*, p. 109.

<sup>33</sup> STAVENHAGEN, Rodolfo, *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*, pp. 117-118.

La política estatal posrevolucionaria de asimilación indígena tuvo dos rubros principales de aplicación: la escolarización y alfabetización en español, sin hacer consideración alguna hacia las lenguas indígenas y, posteriormente, a través de la alfabetización e impartición de los primeros años de educación primaria en lengua indígena, para posteriormente pasar al español, es decir, aplicando un bilingüismo transicional. Ninguna de estas políticas educativas estatales se encontró prevista en ley alguna, derivándose de programas de los organismos e instituciones encargados de la educación indígena.<sup>34</sup> Durante los años cincuenta y sesenta el INI sería considerado como un modelo en su género.<sup>35</sup> En 1992, el Instituto Nacional Indigenista dejaría de depender de la Secretaría de Educación Pública y pasaría a la Secretaría de Desarrollo Social. Años más tarde sufriría una renovación total y se transformaría en la Comisión Nacional de Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI).

Hasta aquí, el Estado mexicano siguió a pie juntillas uno los principios fundamentales del Estado-nación: la homogeneidad. Ésta implicaba necesariamente la asimilación del diferente a la masa nacional o su exclusión, utilizando a la lengua como un instrumento privilegiado: "Del mismo modo, la gestión controlada de los procesos de exclusión parece haber fracasado. En el Estado moderno domina la ideología del universalismo antidiferencialista y en algunos Estados, por ejemplo en Francia, éste fue llevado al extremo. La ciudadanía

<sup>34</sup> "Esta vertiente de política educativa prevaleció en los medios indigenistas a partir de la década de los cincuenta (aunque las primeras iniciativas fueron tomadas en la década de los treinta a sugerencia de un grupo de lingüistas y antropólogos). La enseñanza en lengua materna no constituía una finalidad en sí misma, sino que era considerada simplemente como un paso adecuado para facilitar luego la enseñanza en español. Esta modalidad de la educación indígena no está basada, sin embargo, en ningún instrumento jurídico; no existe una ley que defina en estos términos los objetivos de la educación. La adopción y aplicación de esta vertiente fue sencillamente el resultado de decisiones pedagógico-administrativas tomadas por los responsables de la política indigenista en determinados momentos", STAVENHAGEN, Rodolfo, *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*, p. 314.

<sup>35</sup> En 1951, el INI creó el Programa de Promotores Bilingües, y en 1964 la Secretaría de Educación Pública lo hace suyo como política educativa, creando así el Subsistema de Educación Indígena con el Servicio de Promotores Culturales Bilingües. En 1978, se crea la Dirección General de Educación Indígena (DGEI) que hasta hoy se encarga de la elaboración de los programas de educación indígena.

política es concebida como justificación de la negación de los particularismos, de las especificidades culturales, de las necesidades y de las aspiraciones vinculadas a microclimas culturales, regionales, étnicos, raciales o religiosos. La gestión de la exclusión se da pues por medio de la asimilación llevada a cabo por una amplia política cultural orientada hacia la homogeneización y la homogeneidad. La homogeneidad comienza desde luego por la asimilación lingüística, no sólo porque la lengua nacional es, al menos, la lengua vehicular, sino porque también la pérdida de la memoria lingüística acarrea la pérdida de la memoria cultural".<sup>36</sup>

El fin del siglo XX vendría a cambiar un poco este panorama. A partir de los años setenta, las políticas educativas del Estado mexicano se modificaron paulatinamente, reconociendo el carácter multiétnico del país, el respeto a las lenguas y culturas indígenas, fortaleciendo la educación bilingüe durante toda la primaria e integrando los valores y cultura indígenas a los programas educativos. Esta política fue resultado de "las presiones ejercidas por los propios grupos indígenas a través de sus organizaciones y de los análisis críticos efectuados por pedagogos, científicos sociales y lingüistas", inclinándose hacia "la educación bilingüe-bicultural y el etnodesarrollo".<sup>37</sup> Esta nueva política educativa indígena y el etnodesarrollo padecieron del mismo problema que las políticas de educación asimilacionista: carecen de fundamento jurídico, no había ley ni autoridad que se encargara de su observancia y cumplimiento.

### III. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1992: EL DESPERTAR DE LA MEMORIA

El conjunto de reformas constitucionales llevadas a cabo en 1992, bajo la presidencia de Carlos Salinas, en pleno auge neoliberal, y atendiendo a la presión generada por las protestas indígenas en Lati-

<sup>36</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa, *La caída del Angelus Novus: Ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política*, p. 136.

<sup>37</sup> STAVENHAGEN, Rodolfo, *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*, p. 314.

noamérica en virtud del 500 aniversario del descubrimiento de América, trajo nuevamente, la paradoja del reconocimiento de la cuestión indígena. La primera disposición en materia indígena fue producto de una reforma constitucional al artículo 4o., publicada el 28 de enero del mismo año en el *Diario Oficial de la Federación*, y por primera vez en la historia constitucional mexicana se hizo referencia expresa a los pueblos indígenas y sus derechos. Esta reforma adicionó un primer párrafo:

Artículo 4. La nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado. En los juicios y procedimientos agrarios en que aquéllos sean parte, se tomarán en cuenta a sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley.

La lengua es reconocida así, finalmente, dentro de un contexto de proteccionismo propio de la sociedad y Estado mexicanos hacia los indígenas. Pero nada en dicho texto permite interpretar el reconocimiento de un derecho, ni individual ni colectivo, a los pueblos indígenas. En el ámbito lingüístico apenas se reconoce que las lenguas indígenas serán protegidas y desarrolladas por la ley. Con este antecedente, ese mismo año fue reformado el Código de Procedimientos Penales de la Federación y del Distrito Federal, reconociendo el derecho de uso de intérpretes a los hablantes de lenguas indígenas que no dominaran el español en los procedimientos penales.

En este tenor de tímidos reconocimientos, en 1993, seis meses antes del levantamiento armado en Chiapas, se publicó la Ley General de Educación, la cual contenía pocas menciones a la situación de las lenguas indígenas. Entre sus fines se encontraba el de promover la enseñanza de la lengua nacional como idioma común sin perjuicio de *proteger y promover* el desarrollo de las lenguas indígenas. La protección y promoción —que la ley depositaría en manos de las autoridades estatales conforme al artículo 13 de la propia ley—, dejan de lado el reconocimiento de derechos, ni siquiera el derecho a recibir enseñanza de la lengua materna es reconocido. Más impor-

tante fue la disposición del artículo 38, aunque tampoco se reconoce algún derecho:

Artículo 38. La educación básica, en sus tres niveles, tendrá las adaptaciones requeridas para responder a las características lingüísticas y culturales de cada uno de los diversos grupos indígenas del país, así como de la población rural dispersa y grupos migratorios.

Este primer reconocimiento constitucional y legal de la diversidad cultural, étnica, lingüística y de cosmovisión fue tímido e insuficiente, pero reflejó los primeros pasos del Estado mexicano a la renuncia de la falsa homogeneidad cultural y al reconocimiento pleno del pluralismo, que con ayuda desde las montañas del sur, haría años después: "Sólo cuando se reconoce, o, mejor, cuando se toma en serio el fenómeno del pluralismo (concretamente del pluralismo cultural), es cuando se advierte la imposibilidad de mantener como idénticos el derecho a la cultura en el sentido genérico de acceso al bien de la cultura y el derecho a la identidad cultural, que aparecen confundidos en el planteamiento de homogeneidad cultural propio de los Estados nacionales prácticamente hasta ayer, pues se da por hecho que el Estado es monocultural, que compartimos una cultura".<sup>38</sup>

#### IV. LA REFORMA INDÍGENA DE 2001: ENTRE EL TRIUNFO Y LA DECEPCIÓN

La segunda gran reforma en materia indígena fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de agosto de 2001, casi diez años después de la primera reforma y teniendo como ineludible marco de referencia el levantamiento zapatista, los Acuerdos de San Andrés, y la gran marcha zapatista que en marzo de 2001 tomara el Zócalo de la Ciudad de México, centro mítico de la vida política y social mexicana y llevara a los indígenas zapatistas, el día 28 de dicho mes, a la mismísima tribuna de la Cámara de Diputados del Con-

<sup>38</sup> DE LUCAS, Javier, "¿Qué quiere decir tener derecho a la cultura?", en V. ABRAMOVICH, M. J. AÑÓN y Ch. COURTIS (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, pp. 297-319.

greso de la Unión para defender la iniciativa de la Cocopa, acontecimientos que marcaron de manera definitiva a la sociedad mexicana.

La reforma constitucional no sólo reconocía a los pueblos indígenas como parte fundante de la nación, sino que además, por primera vez en la historia constitucional mexicana, se les reconocían derechos colectivos: "En otras palabras, no se trataba de un proceso para reformar una ley que otorgara más derechos individuales a las personas que pertenecen a un pueblo indígena, sino de reconocerlos como nuevos sujetos de derecho, con derechos específicos".<sup>39</sup> El reconocimiento constitucional de los derechos indígenas en México haría realidad, lo que ya se veía como una solución desde tiempo atrás: "Si el derecho constitucional y el derecho internacional logran elaborar un catálogo de derechos que el grupo debe gozar como tal, podrán dar satisfacción a una parte significativa de las demandas de las poblaciones indígenas... Otras cuestiones más complejas, entre ellas el reconocimiento de la personalidad legal del grupo y, cuando ello sea pertinente, el derecho de algunos grupos a la autodeterminación, seguramente provocarán intensa discusión, en relación con el nuevo convenio de la OIT".<sup>40</sup>

La reforma aprobada no fue, sin embargo, la misma iniciativa presentada por la Cocopa, y el presidente en turno, Vicente Fox, quien había prometido respetar los Acuerdos de San Andrés, se limitó a enviar la iniciativa de ley al Senado el 5 de diciembre de 2000, abandonándola a su suerte.<sup>41</sup> El Senado modificaría la iniciativa de reforma, abandonando el espíritu de los Acuerdos de San Andrés, y la aprobaría el 25 de abril de 2001. La Cámara de Diputados haría lo propio tres días después, enviándose a los estados para su aprobación. El 18 de julio de 2001 la Comisión Permanente del Congreso de la Unión realizó el cómputo de las votaciones de las legislaturas

<sup>39</sup> LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco, "Reforma constitucional y derechos indígenas en México: entre el consenso y la ilegitimidad", en varios autores, *Los derechos indígenas y la Reforma Constitucional en México*, p. 14.

<sup>40</sup> LERNER, Natán, *op. cit.*, pp. 148-149.

<sup>41</sup> La iniciativa de reforma constitucional había sido encomendada a la Cocopa por el EZLN y el gobierno federal. La iniciativa de la Cocopa, que recogía el contenido de los Acuerdos de San Andrés y se fundaba en el Convenio 169 de la OIT, fue presentada en noviembre de 1996 con el aval del EZLN y la negativa del gobierno federal a aceptarla.

locales, y declaró aprobado el Decreto de Reformas Constitucionales en Materia Indígena, ordenando su remisión al presidente de la República para su promulgación y publicación. El 14 de agosto de 2001 se publicaría en el *Diario Oficial de la Federación* el Decreto de Reforma Constitucional en Materia de Derechos y Cultura Indígena.<sup>42</sup> Más de 300 municipios indígenas del país, inconformes con la reforma y con el incumplimiento de los acuerdos recurrieron a la Suprema Corte, recibiendo por respuesta un portazo de legalismos en las narices.<sup>43</sup>

Más allá de las críticas y objeciones que pueda merecer la reforma constitucional, sólo quiero dejar constancia que a partir de dicha reforma se ha abierto un nuevo panorama de regulación constitucional y legal de las lenguas indígenas en México. Los dos instrumentos de esta regulación son el artículo 2o. de la Constitución federal, y la Ley

<sup>42</sup> Casi tan relevante como el contenido de la ley, fueron los artículos transitorios:

Artículo primero. El presente decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*.

Artículo segundo. Al entrar en vigor estas reformas, el Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas deberán realizar las adecuaciones a las leyes federales y constituciones locales que procedan y reglamenten lo aquí estipulado.

Artículo tercero. Para establecer la demarcación territorial de los distritos electorales uninominales deberá tomarse en consideración, cuando sea factible, la ubicación de los pueblos y comunidades indígenas, a fin de propiciar su participación política.

Artículo cuarto. El titular del Poder Ejecutivo Federal dispondrá que el texto íntegro de la exposición de motivos y del cuerpo normativo del presente decreto, *se traduzca a las lenguas de los pueblos indígenas del país y ordenará su difusión en sus comunidades*.

<sup>43</sup> La Corte decidió, por mayoría de ocho votos, que la controversia constitucional en cuestión no era procedente en contra del procedimiento de reforma constitucional, puesto que el artículo 105 constitucional "no prevé entre los sujetos que pueden ser parte de una controversia al órgano reformador que lleva a cabo este procedimiento". El órgano reformador, o constituyente permanente, es una figura doctrinal, del texto constitucional no se deriva la existencia de un órgano con tal nombre; por el contrario, lo que se establece es un procedimiento de reforma constitucional en el que participan el Congreso de la Unión (las dos cámaras) y las legislaturas de los Estados, es decir, los órganos constituidos y que sí pueden ser parte en una controversia constitucional. Cabe señalar que la Procuraduría General de la República en su carácter de parte natural en los juicios constitucionales, había manifestado que el *poder constituyente* no es un órgano creado por la Constitución, sino que es un término académico, y por lo tanto que no es un órgano especial ni diverso a los señalados en la propia Constitución. Incluso aceptó que era correcto que la demanda se hubiera interpuesto en contra de los actos que correspondían a cada uno de los órganos que intervenían en el procedimiento de reforma constitucional.

General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas, respecto de los cuales me limitaré a mencionar sus aspectos más sobresalientes, en materia lingüística, claro está, glosándolos brevemente.

El actual artículo 2o. de la Constitución mexicana fue reformado en su totalidad, constituyéndose en todo un desarrollo de los derechos y facultades de los pueblos indígenas. El texto actual de dicho artículo, deja ver con claridad el contraste entre el silencio histórico y este nuevo ánimo de reconocimiento. El núcleo constitucional de la regulación lingüística es el siguiente:

Artículo 2. La nación mexicana es única e indivisible.

La nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas.

Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres.

El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas, las que deberán tomar en cuenta, además de los principios generales establecidos en los párrafos anteriores de este artículo, criterios etnolingüísticos y de asentamiento físico.

a. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:

I. Decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural.

IV. *Preservar y enriquecer sus lenguas*, conocimiento y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad.

VIII. Acceder plenamente a la jurisdicción del Estado. Para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta Constitución. *Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura.*

b. La federación, los estados y los municipios, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier practica discriminatoria, establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos.

Para abatir las carencias y rezagos que afectan a los pueblos y comunidades indígenas, dichas autoridades, tienen la obligación de:

II. *Garantizar e incrementar los niveles de escolaridad, favoreciendo la educación bilingüe e intercultural*, la alfabetización, la conclusión de la educación básica, la capacitación productiva y la educación media superior y superior. Establecer un sistema de becas para los estudiantes indígenas en todos los niveles. Definir y desarrollar programas educativos de contenido regional que reconozcan la herencia cultural de sus pueblos, de acuerdo con las leyes de la materia y en consulta con las comunidades indígenas. Impulsar el respeto y conocimiento de las diversas culturas existentes en la nación.

VI. Extender la red de comunicaciones que permita la integración de las comunidades, mediante la construcción y ampliación de vías de comunicación y telecomunicación. Establecer condiciones para que los pueblos y las comunidades indígenas puedan adquirir, operar y administrar medios de comunicación, en los términos que las leyes de la materia determinen.

Podemos, distinguir con claridad derechos individuales de las personas pertenecientes a pueblos y comunidades indígenas, así como derechos colectivos de los propios pueblos y comunidades indígenas, derechos derivados de su autonomía y de su reconocimiento como nuevos sujetos de derecho: "El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional... Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía... Las constituciones y leyes de las entidades federativas establecerán las características de libre determinación y autonomía que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de los pueblos indígenas en cada entidad, así como las normas para el reconocimiento de las comunidades indígenas como entidades de interés público".

Dicha autonomía, en materia lingüística, nos ofrece un panorama general y ambiguo. Tratándose de derechos colectivos, la ley los fa-

culta para *preservar y enriquecer sus lenguas, conocimiento y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad*. No existe mención alguna a la autorregulación educativa, a la creación de programas de estudio y de normalización lingüística, no establece siquiera el derecho individual de todo indígena a recibir educación bilingüe: la mención de estas facultades y derechos en materia lingüística parecería reducirse a una mera declaración retórica.

No obstante estas facultades podrían encontrarse implícitas haciendo una interpretación integradora del apartado a) del artículo 2o.: si los pueblos y comunidades indígenas, en ejercicio de sus derechos colectivos, están facultados constitucionalmente para decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural, para elegir a sus propias autoridades políticas por medios tradicionales, y para aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, es decir, para aplicar la justicia indígena, no podemos menos que concluir que para *preservar y enriquecer sus lenguas*, pueden, por lo menos, dictar reglas de uso público de la lengua indígena, de aplicación territorial, imponiéndoselas a los individuos que se encuentren dentro de su jurisdicción, sin perjuicio de crear sus propias instituciones culturales y educativas.

El apartado b) del artículo 2o. constitucional no nos ofrece más. Si bien señala la obligación de la federación, estados y municipios de establecer instituciones y determinar políticas necesarias para garantizar los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades —políticas que deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con los propios pueblos y comunidades indígenas—, y obliga igualmente a garantizar e incrementar los niveles de escolaridad, favoreciendo la educación bilingüe e intercultural, la alfabetización, la conclusión de la educación básica, la capacitación productiva y la educación media superior y superior; estas obligaciones se reducen a repetir lugares comunes que en nada contribuyen a determinar cuál es el ámbito de competencia de los pueblos y comunidades indígenas en materia lingüística y cómo debe llevarse a cabo la regulación. La educación bilingüe e intercultural ni siquiera se reconoce como derecho individual, y se relega a la posibilidad de ser favorecida por las políticas educativas.

Los derechos lingüísticos de carácter individual reconocidos por la Constitución se limitan a uno solo: Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura.<sup>44</sup>

En materia de derechos lingüísticos la reforma constitucional se queda corta y no cumple con los Acuerdos de San Andrés, en específico, en lo que se refiere a dar a las lenguas indígenas el mismo valor social que el español, promover el desarrollo de prácticas que impidan su discriminación en los trámites administrativos y legales, reconocer el derecho fundamental a la educación bilingüe e intercultural de los pueblos indígenas y en el alcance de los derechos de debido proceso legal que los Acuerdos de San Andrés otorgan a los indígenas. La Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas parece dar respuesta a algunas de las carencias constitucionales.

La amplia disposición constitucional requería, ante su silencio casi absoluto, mayor reglamentación respecto de los derechos lingüísticos de los pueblos indígenas. La visión de abandono de los pueblos indígenas en sus derechos fue reconocida finalmente por el propio Estado mexicano. La iniciativa de ley que crearía el Instituto Nacional de Lenguas Indígenas reconoció en su exposición de motivos lo que ya se sabía: "Haciendo una revisión de nuestra historia legislativa después del establecimiento del Estado mexicano, desde la independencia, pasando por el periodo de la Reforma y la Revolución, el uso de las lenguas indígenas, quedaron fuera de las leyes, lo que provocó una fuerte erosión de la riqueza lingüística de nuestra nación".

Tras un largo camino que se iniciara en 1999, cuando el Consejo Directivo de la Organización de Escritores en Lenguas Indígenas presentara ante la Comisión de Asuntos Indígenas de la Cámara de Diputados una propuesta de Iniciativa de Ley de Derechos Lingüísticos

<sup>44</sup> Afortunadamente, el cambio constitucional y legal se ha visto acompañado de cambios igualmente importantes. LEÓN-PORTILLA señala: "Otro cambio que se está produciendo es el del creciente cultivo literario de lenguas que habían permanecido del todo marginadas. Existe hoy literatura —poesía, narrativa, teatro, lírica— en lenguas como el náhuatl, zapoteco, mixteco, purépecha, otomí, maya yucateco, tzeltal, tzotzil y varias otras". LEÓN-PORTILLA, Miguel, "El destino de las lenguas indígenas de México", en Ignacio GUZMÁN BETANCOURT, Pilar MÁYNEZ y Ascensión H. de LEÓN-PORTILLA (coords.), *op. cit.*, pp. 51-70.

de los Pueblos y Comunidades Indígenas, y tras cuatro años de iniciativas, paneles y foros, el 13 de marzo de 2003 fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* la Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas (LGDLPI), ley que en su artículo primero declara tener dos objetivos: regular el reconocimiento y protección de los derechos lingüísticos de los pueblos indígenas, y regular su uso y desarrollo. Este mismo artículo reconoce asimismo a los derechos lingüísticos como una doble realidad: como derechos individuales y como derechos colectivos:

Artículo 1. La presente Ley es de orden público e interés social, de observancia general en los Estados Unidos Mexicanos y tiene por objeto regular el reconocimiento y protección de los derechos lingüísticos, *individuales y colectivos* de los pueblos y comunidades indígenas, así como la promoción del uso y desarrollo de las lenguas indígenas.

Los artículos 4o. (las lenguas indígenas que se reconozcan en los términos de la presente Ley y el español son lenguas nacionales por su origen histórico, y tienen la misma validez en su territorio, localización y contexto en que se hablen) y el 7o. (las lenguas indígenas serán válidas, al igual que el español, para cualquier asunto o trámite de carácter público, así como para acceder plenamente a la gestión, servicios e información pública. Al Estado corresponde garantizar el ejercicio de los derechos previstos en este artículo), prometen un desarrollo legislativo y una expectativa de reconocimiento de derechos lingüísticos, individuales y colectivos. Estos artículos establecen los principios fundamentales de la co-oficialidad lingüística entre el español y las lenguas indígenas en sus ámbitos territoriales, pues obligan al Estado mexicano, dependencias, instituciones y organismos públicos de los tres niveles de gobierno,<sup>45</sup> a la atención de las personas que hablen lenguas indígenas y a otorgar pleno acceso a servicios públicos.<sup>46</sup>

<sup>45</sup> Artículo 5o. El Estado a través de sus tres órdenes de gobierno —federación, entidades federativas y municipios—, en los ámbitos de sus respectivas competencias, reconocerá, protegerá y promoverá la preservación, desarrollo y uso de las lenguas indígenas nacionales.

<sup>46</sup> A grandes rasgos, la oficialidad de una lengua implica, fundamentalmente, su reconocimiento como medio normal de comunicación entre el Estado y los gobernados, con

Esta co-oficialidad se ve regulada de la siguiente manera por el propio artículo 7o.:

a) En el Distrito Federal y las demás entidades federativas con municipios o comunidades que hablen lenguas indígenas, los gobiernos correspondientes, en consulta con las comunidades indígenas originarias y migrantes, determinarán cuáles de sus dependencias administrativas adoptarán e instrumentarán las medidas para que las instancias requeridas puedan atender y resolver los asuntos que se les planteen en lenguas indígenas.

b) En los municipios con comunidades que hablen lenguas indígenas, se adoptarán e instrumentarán las medidas a que se refiere el párrafo anterior, en todas sus instancias.

La federación y las entidades federativas tendrán disponibles y difundirán a través de textos, medios audiovisuales e informáticos: leyes, reglamentos, así como los contenidos de los programas, obras, servicios dirigidos a las comunidades indígenas, en la lengua de sus correspondientes beneficiarios.<sup>47</sup>

El resto de la LGDLPI es francamente decepcionante y vuelve sobre la tradición paternalista y centralista. El capítulo II de la ley (artículos 9 a 12), que trataría sobre los derechos de los hablantes de lenguas indígenas, es limitado e insuficiente.

Es rescatable el artículo 9, que enuncia el derecho absoluto de todo mexicano —que no toda persona—, a comunicarse en su lengua materna, *sin restricciones*, en el ámbito público y privado. El artículo 10 se limita a reconocer los derechos de debido proceso legal —defensores e intérpretes en su propia lengua—, aunque, efectivamente, reconoce el derecho de los pueblos y comunidades indígenas a tener acceso a la jurisdicción de su Estado en su propia *lengua*

plena validez y efectos jurídicos. En el caso que nos ocupa, implica pues, no sólo el derecho del ciudadano de usar la lengua indígena, sino también la obligación de la administración y órganos del Estado de darle respuesta en ella al gobernado.

<sup>47</sup> Las disposiciones, reiteradas, en el sentido de ordenar la publicación de leyes en lenguas indígenas, caen en el ámbito de lo políticamente correcto, cuando no en el de la pura demagogia. La alfabetización de los indígenas ha sido tradicionalmente en español, aun bajo la pretendida educación bilingüe, así que la persona que es capaz de leer en lengua indígena lo es porque lee en español, el monolingüismo indígena es en su totalidad analfabeta, por lo que, si bien existen indígenas que sólo hablen su lengua, no existen indígenas que sólo lean y escriban su lengua materna.

*indígena nacional*.<sup>48</sup> Por su parte, el artículo 11 establece la garantía del derecho a la educación de la población indígena, la cual será *obligatoria, bilingüe e intercultural*,<sup>49</sup> mientras que el 12 establece una difusa corresponsabilidad de “la sociedad y en especial los habitantes y las instituciones de los pueblos y las comunidades indígenas... en la realización de los objetivos de esta Ley...”, reconociendo al menos que estos entes son “participantes activos en el uso y la enseñanza de las lenguas en el ámbito familiar, comunitario y regional para la rehabilitación lingüística”.

El capítulo III, en su único artículo, el 13, centra la “distribución, concurrencia y coordinación de competencias” en el monopolio estatal de las mismas a cargo de sus “distintos órdenes de gobierno” y en sus “respectivos ámbitos de competencia”. La última fracción de dicho artículo, la decimocuarta, que da competencias y atribuciones al Estado, finalmente da participación a los verdaderos interesados: “Propiciar y fomentar que los hablantes de las lenguas indígenas nacionales participen en las políticas que promuevan los estudios que se realicen en los diversos órdenes de gobierno, espacios académicos y de investigación”.

El capítulo IV, último de la LGDLPI, crea el Instituto Nacional de Lenguas Indígenas (INALI),<sup>50</sup> el cual se encuentra conformado por

<sup>48</sup> Artículo 10. El Estado garantizará el derecho de los pueblos y comunidades indígenas el acceso a la jurisdicción del Estado en la lengua indígena nacional de que sean hablantes. Para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, *individual o colectivamente*, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>49</sup> Artículo 11. Las autoridades educativas federales y de las entidades federativas, garantizarán que la población indígena tenga acceso a la educación obligatoria, bilingüe e intercultural, y adoptarán las medidas necesarias para que en el sistema educativo se asegure el respeto a la dignidad e identidad de las personas, independientemente de su lengua. Asimismo, en los niveles medio y superior, se fomentará la interculturalidad, el multilingüismo y el respeto a la diversidad y los derechos lingüísticos.

<sup>50</sup> Artículo 14. Se crea el Instituto Nacional de Lenguas Indígenas, como organismo descentralizado de la administración pública federal, de servicio público y social, con personalidad jurídica y patrimonio propio, sectorizado en la Secretaría de Educación Pública, cuyo objeto es promover el fortalecimiento, preservación y desarrollo de las lenguas indígenas que se hablan en el territorio nacional, el conocimiento y disfrute de la riqueza cultural de la nación, y asesorar a los tres órdenes de gobierno para articular las políticas públicas necesarias en la materia.

un director general y un Consejo Nacional, el cual, fiel reflejo del paternalismo estatal, se encuentra compuesto de 13 miembros, representantes de la administración pública federal, de escuelas, instituciones de educación superior y universidades indígenas, y de instituciones académicas y organismos civiles, pero sin incluir representantes de los pueblos y comunidades indígenas. La ley establece que el director general, *preferentemente*, deberá ser hablante nativo de una lengua indígena, sin que sea un requisito realmente necesario, claro está.

Las atribuciones del Instituto Nacional de Lenguas Indígenas parecen otorgarle facultades limitadas, reduciéndolo al papel de órgano de consulta e investigación, siendo una de las más importantes la de *elaborar y promover la producción de gramáticas, la estandarización de escrituras y la promoción de la lectoescritura en lenguas indígenas nacionales*. El artículo 20 es la única disposición de la ley que les da participación a los pueblos y comunidades indígenas, en relación con la creación de un catálogo de lenguas indígenas.

La clase política mexicana se sintió satisfecha con la LGDLPI, al grado de considerar que su expedición era suficiente. Casi dos años después de su publicación, el 21 de febrero de 2005, en el marco del Día Internacional de la Lengua Materna, fue presentado el primer director general del INALI, bajo protestas de organizaciones indígenas que pedían el nombramiento de una persona de origen indígena. El Catálogo de Lenguas Indígenas, una de las primeras actividades del INALI marcadas por la propia LGDLPI, e instrumento fundamental para la realización de políticas lingüísticas y educativas, no ha sido aún elaborado.<sup>51</sup>

<sup>51</sup> Artículo 20: El Consejo Nacional del Instituto Nacional de Lenguas Indígenas, previa consulta a los estudios particulares de los institutos Nacional de Antropología e Historia y Nacional de Estadística, Geografía e Informática, a propuesta conjunta de los representantes de los pueblos y comunidades indígenas, y de las instituciones académicas que formen parte del propio Consejo, hará el catálogo de las lenguas indígenas; el catálogo será publicado en el *Diario Oficial de la Federación*.

El transitorio Tercero de la ley establecería que el catálogo "deberá hacerse dentro del plazo de un año siguiente a la fecha en que quede constituido el Consejo Nacional del Instituto Nacional de Lenguas Indígenas". El transitorio Segundo establece que el Consejo Nacional del Instituto Nacional de Lenguas Indígenas deberá constituirse dentro de los seis meses siguientes a la publicación de este Decreto en el *Diario Oficial de la*

Finalmente, y para complementar a la LGDLPI, en la misma fecha, 13 de marzo de 2003, se publicó la reforma de la fracción IV del artículo 7o. de la Ley General de Educación, que ahora establece como fin de la educación que imparte el Estado, la de "promover mediante la enseñanza el conocimiento de la pluralidad lingüística de la nación y el respeto a los derechos lingüísticos de los pueblos indígenas. Los hablantes de lenguas indígenas, tendrán acceso a la educación obligatoria en su propia lengua y español".

## V. LENGUA Y DERECHO: DERECHOS LINGÜÍSTICOS

A partir de la breve glosa realizada sobre el marco jurídico de regulación lingüística existente, concluiremos dejando de manifiesto que en México hay un régimen lingüístico, constitucional y legal, que reconoce derechos lingüísticos, individuales y colectivos, es decir, derechos lingüísticos cuyos titulares son individuos, comunidades y pueblos indígenas.

Por la vía indirecta, este régimen lingüístico también se encuentra garantizando y protegiendo la llamada lengua "nacional": el español o castellano. Toda la regulación lingüística a favor de la población indígena no hace sino confirmar, de una u otra manera, que el español o castellano mantiene su valor y vigencia en las comunidades y pueblos indígenas, estableciendo así, en la práctica, un régimen bilingüe. No olvidemos tampoco la disposición, absoluta, clara y generosa, del artículo 9 de la LGDLPI, que expresa en toda su amplitud la esencia y necesidad de establecer, por fin, una relación entre lengua y derecho: "Es derecho de todo mexicano comunicarse en la lengua de la que sea hablante, sin restricciones en el ámbito público o privado, en forma oral o escrita, en todas sus actividades sociales, económicas, políticas, culturales, religiosas y cualesquiera otras".

*Federación*. Esto es, el Consejo Nacional debió constituirse antes del 14 de septiembre de 2003, y, por lo tanto, el catálogo de lenguas indígenas debió salir a la luz en septiembre de 2004. Al día de hoy, 1o. de mayo de 2006, no se ha llevado a cabo.

## EL PROCESO DE RATIFICACIÓN DEL TRATADO CONSTITUCIONAL EUROPEO. SU ALCANCE Y EFECTOS

Teresa Dolores SILVA

“...La Unión Europea es al mismo tiempo una unión de pueblos y una unión de Estados. ¡Es la clave de su originalidad y de su ambigüedad! Si se siente como una unión de Estados, los derechos de los Estados deben ser iguales. Si se percibe como una unión de pueblos, son los derechos de los ciudadanos los que deben ser iguales: derechos a una representación igual y a un acceso equivalente a las diferentes funciones de la Unión”.

Valery GISCARD D'ESTAING<sup>1</sup>

SUMARIO: I. Introducción. II. El proceso de ratificación del Tratado Constitucional. 1. Alternativas que se presentan en el supuesto caso de que el Tratado Constitucional no sea ratificado por unanimidad. 2. Solución planteada por el Consejo Europeo. III. El papel que cumple el Tratado Constitucional en el proceso de integración de la UE. 1. Instituciones, ampliación y constitución: evolución histórica. IV. El Tratado Constitucional. ¿Un tratado, una Constitución o una nueva figura jurídica? V. ¿Ante el supuesto de que no se obtenga la unanimidad en el proceso de ratificación del Tratado Constitucional, podemos considerarlo una ruptura del proceso de constitucionalización de la UE? 1. El carácter intergubernamental de la toma de decisiones en el ámbito de la UE y el referéndum. 2. Demos Europeo. 3. Acquis Communautaire. VI. Conclusión.

<sup>1</sup> GISCARD D'ESTAING, Valery, “La convención sobre el futuro de Europa, en su ecuador”, artículo publicado en *El País*, 14 de enero de 2003.

## I. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo es realizar un análisis de las posibles consecuencias que pudiera traer aparejado el hecho de que el “Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa”<sup>2</sup> (Tratado Constitucional), no fuera ratificado por unanimidad por los Estados miembros de la Unión Europea (UE).

A partir de lo cual, trataremos de analizar si este hecho se puede interpretar como una ruptura parcial o total del proceso de constitucionalización de la UE o como una crisis que luego del periodo de reflexión política instaurado por los representantes de los Estados miembros, seguirá su curso. A fin de poder resolver estos interrogantes, los siguientes temas serán analizados:

- i) El procedimiento de ratificación del Tratado Constitucional.
- ii) El papel que cumple el Tratado Constitucional en el proceso de integración de la UE. Donde partiremos de la base de que el proceso de constitucionalización es un paso necesario del proceso de integración.
- iii) El Tratado Constitucional, ¿es un tratado, una Constitución o una nueva figura?
- iv) Conceptualización de la posible “ruptura” y sus diferentes variantes. Dentro de este aspecto, haremos especial hincapié en el carácter intergubernamental que tiene la toma de decisiones en el ámbito de la UE. Asimismo, nos referiremos a los términos “*demos*” europeo y “*acquis communautaire*”.

## II. EL PROCESO DE RATIFICACIÓN DEL TRATADO CONSTITUCIONAL

El 18 de junio de 2004, los 25 jefes de Estado y de gobierno de los países miembros de la Unión Europea, reunidos en asamblea, adop-

taron en Bruselas la histórica decisión de aprobar el “Tratado por el cual se instituye una Constitución para Europa”, el cual fue suscrito por los representantes de los Estados miembros en la ciudad de Roma el 29 de octubre de 2004. A fin de que dicho documento entre en vigencia en el 2007 deberá ser ratificado por cada país. En algunos de ellos por medio de referéndum, y en otros por medio de sus órganos legislativos. Nos detendremos a analizar cómo se desarrolló el proceso de ratificación en cada país.

*Lituania.* El 11 de noviembre de 2004, Lituania se convirtió en el primer país miembro de la UE en ratificar el Tratado Constitucional. Este país, uno de los últimos en incorporarse a la UE ya que ingresó como miembro a la UE el 1o. de mayo del 2004, realizó el proceso de ratificación constitucional por medio de su parlamento. Este procedimiento fue resuelto con 85 votos a favor, 4 en contra y 3 abstenciones.

*Hungría.* El segundo país en ratificar el Tratado Constitucional fue Hungría quien, el 20 de diciembre de 2004 por medio de su parlamento, logró obtener la mayoría de las dos terceras partes necesarias para llevar a cabo dicho procedimiento (304 votos a favor, 9 en contra, 8 abstenciones y 64 miembros ausentes).

*Eslovenia.* Asimismo, el 1o. de febrero de 2005 Eslovenia fue el tercer país en ratificar el Tratado Constitucional, por medio de su parlamento nacional. El resultado fue: 79 votos a favor, 4 en contra y 7 abstenciones.

*España.* El 20 de febrero de 2005, España se convirtió en el primer país en llevar a cabo un referéndum para ratificar el Tratado Constitucional. Habiendo concurrido el 42.3% del electorado a votar, el Tratado Constitucional se ratificó con el 76.7% de votos a favor, 17.24% en contra y 6% en blanco.<sup>3</sup> Varias han sido las opiniones resultantes de este acontecimiento. Por un lado, el significativo porcentaje de ausentismo en los comicios, en relación a otras elecciones españolas;<sup>4</sup> y, por otro lado, el alto grado de aceptación del Tratado Constitucional entre los votantes.

<sup>3</sup> Datos disponibles en [www.referendum2005.mir.es](http://www.referendum2005.mir.es).

<sup>4</sup> Estas elecciones registraron el índice más alto de abstenciones en la historia democrática española. En las últimas elecciones llevadas a cabo en 2004, hubo un 45% de abstencionismo electoral.

<sup>2</sup> El 18 de junio de 2004, los 25 jefes de Estado y de gobierno de los países miembros de la Unión Europea, aprobaron el “Tratado por el cual se instituye una Constitución para Europa”, el cual fue suscrito en la ciudad de Roma el 29 de octubre de 2004.

Asimismo, el resultado del referéndum español ha dejado una gran carga para los próximos países que se someterán a referéndum. La experiencia española demostró cuan difícil es la tarea de informar a los ciudadanos sobre el contenido y alcance del Tratado Constitucional, así como motivarlos a participar en el proceso de ratificación. Sobre todo en aquellos países como el Reino Unido, Polonia y República Checa que se encuentran reticentes a la ratificación y entrada en vigencia del texto constitucional.<sup>5</sup> Cabe recordar que con carácter previo a esta consulta popular, el 13 de diciembre de 2004 el Tribunal Constitucional Español, en pleno, se pronunció<sup>6</sup> respecto al requerimiento de su gobierno sobre la existencia o no de contradicción entre la Constitución de dicho país y los artículos I-6,<sup>7</sup> II-111<sup>8</sup> y II-112<sup>9</sup> del Tratado Constitucional. En dicho fallo se estableció lo siguiente:

<sup>5</sup> Recordemos que en el mes de enero de 2005, cuando el Parlamento Europeo apoyó el Tratado Constitucional con 500 votos a favor, 137 en contra y 40 abstenciones, los votos en contra fueron en su mayoría del Reino Unido, República Checa y Polonia.

<sup>6</sup> DTC 1/2004.

<sup>7</sup> El artículo I-6 del Tratado Constitucional dice: "La Constitución y el derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el derecho de los Estados miembros".

<sup>8</sup> El artículo II-111 del Tratado Constitucional dice "1. Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que se atribuyen a la Unión en las demás Partes de la Constitución. 2. La presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en las demás Partes de la Constitución".

<sup>9</sup> El artículo II-112 del Tratado Constitucional dice: "1. Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás. 2. Los derechos reconocidos por la presente Carta que se mencionan en otras Partes de la Constitución se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites definidos por ellas. 3. En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el derecho de la Unión conceda una protección más extensa. 4. En la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamen-

"En atención a lo expuesto, el Tribunal Constitucional declara: 1o. Que no existe contradicción entre la Constitución española y el artículo I-6 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004. 2o. Que no existe contradicción entre la Constitución española y los artículos II-111 y II-112 de dicho Tratado. 3o. Que el artículo 93 de la Constitución española es suficiente para la prestación del consentimiento del Estado al Tratado referido".<sup>10</sup>

*Italia.* La Cámara de Diputados de Italia aprobó el 25 de enero de 2005 y el 6 de abril el Senado, obteniendo la ratificación necesaria para su entrada en vigencia.<sup>11</sup> El resultado de la votación arrojó una abrumadora diferencia a favor de la ratificación del Tratado Constitucional, lo que puede apreciarse claramente en el resultado de la cámara alta que fue de 217 votos a favor y 16 en contra.

*Grecia.* El martes 19 de abril de 2005, Grecia se convirtió en el sexto país en ratificar el Tratado Constitucional.<sup>12</sup> El proceso de ratificación se llevó a cabo por medio de su parlamento nacional. La votación contó 268 votos a favor y 17 en contra.

*Eslovaquia.* Eslovaquia utilizó similar procedimiento ratificatorio que el de Grecia, el 11 de mayo de 2005. El resultado de la votación fue de 116 votos a favor, 27 en contra y 4 abstenciones.

tales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones. 5. Las disposiciones de la presente Carta que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas. Sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos. 6. Se tendrán plenamente en cuenta las legislaciones y prácticas nacionales según lo especificado en la presente Carta. 7. Las explicaciones elaboradas para guiar en la interpretación de la Carta de los Derechos Fundamentales serán tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros".

<sup>10</sup> Con el voto en disidencia de los magistrados Javier Delgado Barrio, Roberto García-Calvo, y Ramón Rodríguez Arribas.

<sup>11</sup> El Tratado entrará en vigencia, una vez que todos los Estados miembros lo ratifiquen, ya sea por medio de referéndum o por sus parlamentos nacionales.

<sup>12</sup> El primero en ratificarlo fue Lituania el 11 de noviembre de 2004; Hungría el 20 de diciembre de 2004; Eslovenia el 1o. de febrero de 2005 que lo realizaron por medio de sus parlamentos nacionales y España el 20 de febrero de 2005, que fue el primer país que ratificó el documento por medio de un referéndum. El 6 de abril de 2005, Italia se convirtió en el quinto país de la UE en ratificar el Tratado Constitucional.

*Austria.* El 11 de mayo de 2005, la cámara baja del parlamento austriaco ratificó casi por unanimidad el Tratado Constitucional, con un único voto de en contra y el 25 de mayo de 2005 también lo hizo la cámara alta, aprobando de esta manera la ratificación del Tratado Constitucional.

*Alemania.* El 12 de mayo de 2005 la cámara baja del parlamento alemán (*Bundestag*) respaldó la ratificación del Tratado Constitucional, con 569 a favor, 23 en contra y dos abstenciones. Luego de lo cual, el 27 de mayo de 2005 la cámara alta alemana (*Bundesrat*), completó satisfactoriamente el proceso ratificatorio.

*Letonia.* El 2 de junio de 2005 Letonia se convirtió en el décimo país en ratificar el Tratado Constitucional por medio de su parlamento nacional. La votación contó con 71 votos a favor, cinco en contra y seis abstenciones.

*Francia y Holanda.* En Francia el 29 de mayo de 2005 y en Holanda el 1o. de junio de 2005, se llevaron a cabo los respectivos referéndum sobre la aceptación o no del Tratado Constitucional. En ambos países la consulta popular arrojó resultados desfavorables, que han llevado a una crisis dentro del ámbito de la Unión Europea. La crisis planteada no sólo se refiere al proceso de constitucionalización, sino también a problemas políticos internos de algunos de los países miembros.<sup>13</sup>

*Chipre.* El 30 de junio de 2005, Chipre ratificó el Tratado Constitucional, por medio de su parlamento nacional. La votación contó con 30 votos a favor, 19 en contra y una abstención.

*Malta.* El 6 de julio de 2005, el parlamento maltés ratificó el Tratado Constitucional por unanimidad.

*Luxemburgo.* El 10 de julio de 2005 Luxemburgo ratificó el Tratado Constitucional por medio de referéndum,<sup>14</sup> convirtiéndose en el

<sup>13</sup> Como es el caso de Francia en que el resultado del referéndum ha sido interpretado como una manifestación popular a las políticas de Estado, que llevó a la renuncia de su primer ministro luego de que diera a conocer el resultado del plebiscito. Entre otras noticias periodísticas al respecto, ver: [http://news.bbc.co.uk/go/pr/fr//hi/spanish/international/newsid\\_4439000/4439979.stm](http://news.bbc.co.uk/go/pr/fr//hi/spanish/international/newsid_4439000/4439979.stm) o [http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/international/newsid\\_4595000/4595517.stm](http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/international/newsid_4595000/4595517.stm).

<sup>14</sup> Cabe mencionar que es el cuarto país que se sometió a un referéndum para ratificar el Tratado Constitucional. De los cuales, dos arrojaron resultados positivos (España y Luxemburgo) y dos con resultados negativos (Francia y Holanda). De aquellos países que ratificaron el Tratado Constitucional por medio de sus parlamentos nacionales, todos ratificaron el documento constitucional.

país 13 que aprueba el texto constitucional europeo. El resultado de la consulta popular arrojó 56.52% de votos a favor y 43.48% en contra.

*Bélgica.* El 8 de febrero de 2006 Bélgica se convirtió en el decimocuarto país de la UE en ratificar el Tratado Constitucional. La votación arrojó 81 votos a favor, 29 en contra y una abstención. Luego de lo cual, el gobierno federal debe realizar la promulgación oficial de dicha ratificación parlamentaria.

*Estonia.* El 9 de mayo de 2006 Estonia se convirtió en el decimoquinto país en ratificar el Tratado Constitucional.

Luego de varios meses de silencio a partir de los resultados desfavorables del referéndum constitucional en Francia y Holanda,<sup>15</sup> ha resurgido en el ámbito de la Unión Europea, la polémica y el diálogo político sobre el Tratado Constitucional. Al respecto, mencionaremos a continuación, algunas de las opiniones de los representantes políticos de los Estados miembros.

La canciller federal<sup>16</sup> de Alemania, Ángela Merkel, se manifestó partidaria de adjuntar al Tratado Constitucional, una declaración sobre la dimensión social de Europa. Ello, con la finalidad de conformar al electorado francés y holandés en sus reclamos y a su vez, resucitar el documento original. Asimismo, consideró que la presidencia alemana de la UE<sup>17</sup> que tendrá lugar la primera mitad del año 2007 cumplirá un papel fundamental en reavivar el proceso de ratificación del Tratado Constitucional.<sup>18</sup>

El primer ministro de Portugal manifestó que: "...El proyecto de Tratado Constitucional fue firmado por los 25 Estados miembros y no sería correcto olvidarlo".<sup>19</sup> De esta manera, estableció su com-

<sup>15</sup> En Francia el 29 de mayo de 2005 y en Holanda el 1o. de junio de 2005, se llevaron a cabo los respectivos referéndum sobre la aceptación o no del Tratado Constitucional. En ambos países la consulta popular arrojó resultados desfavorables.

<sup>16</sup> Denominación que se utiliza en Alemania, para referirse al jefe de gobierno.

<sup>17</sup> La presidencia de la UE será ejercida por Austria durante el primer semestre de 2006, Finlandia en la segunda mitad de 2006, Alemania durante los primeros seis meses de 2007 y Portugal en los últimos seis meses de 2007.

<sup>18</sup> Traducción libre del inglés del artículo publicado en: [www.euobserver.com](http://www.euobserver.com), del día 19 de diciembre de 2005, titulado "Merkel to present plan to save EU constitution".

<sup>19</sup> Traducción libre del inglés del artículo publicado en: [www.euobserver.com](http://www.euobserver.com), del día 21 de diciembre de 2005, titulado "Portugal backs bid to put EU constitution back on track".

promiso de llevar adelante el diálogo político para lograr la ratificación del Tratado Constitucional de todos los Estados miembros, durante la presidencia portuguesa de la Unión Europea que se llevará a cabo durante la segunda mitad de 2007.

El jefe de gobierno de Austria, Wolfgang Schussel, se expresó a favor de reavivar la discusión sobre el Tratado Constitucional y manifestó: “[L]a nueva Constitución será mejor que el conglomerado de fragmentos de varios textos que tenemos en la actualidad”.<sup>20</sup>

El presidente francés, Jacques Chirac, manifestó su intención de impulsar la ratificación parcial del Tratado Constitucional durante la presidencia austriaca de la UE. De esta manera, lograr entre los Estados miembros: “[C]ooperación en asuntos de seguridad interna, justicia, relaciones exteriores y una mejor participación de los parlamentos nacionales en la toma de decisiones...”.<sup>21</sup> Al respecto cabe mencionar que el gobierno austriaco se pronunció en contra de la propuesta francesa, ya que ello desequilibraría el proceso de constitucionalización de la UE, al hacer efectivas partes del Tratado Constitucional y dejar a la deriva otras.<sup>22</sup>

### 1. Alternativas que se presentan en el supuesto caso de que el Tratado Constitucional no sea ratificado por unanimidad

La posibilidad de que la unanimidad no pueda conseguirse, nos hace pensar que la etapa de ratificación podría presentar mayores complicaciones que las previstas hasta el momento.<sup>23</sup> Diferentes soluciones se plantean ante esta hipótesis:

- La realización de un segundo referéndum en el o los países que no lograron la ratificación por medio de sus procedimien-

<sup>20</sup> Traducción libre del inglés del artículo publicado en: [www.euobserver.com](http://www.euobserver.com), del día 9 de enero de 2006, titulado “Austrian presidency to revive EU constitution debate”.

<sup>21</sup> Traducción libre del inglés del artículo publicado en: [www.euobserver.com](http://www.euobserver.com), del día 11 de enero de 2006, titulado “France and Germany at odds over constitution”.

<sup>22</sup> Traducción libre del inglés del artículo publicado en: [www.euobserver.com](http://www.euobserver.com), del día 11 de enero de 2006, titulado “France and Germany at odds over constitution”.

<sup>23</sup> Con relación a este tema ver entre otros, Jo SHAW, “What happens if the constitutional Treaty is not ratified?”, publicado en el reporte correspondiente al mes de septiembre de 2004, del grupo de estudio *European Policy Brief* de *The Federal Trust. For education and research*.

tos nacionales. Como ha sucedido en Dinamarca con la ratificación del Tratado de Maastrich de 1992 y en Irlanda con el Tratado de Niza de 2002.<sup>24</sup> En ambos casos se volvió a realizar un referéndum arrojando resultados favorables. Esta alternativa puede ser negada por aquellos Estados miembros reticentes de que el Tratado Constitucional sea ratificado y entre en vigencia. Tal es el caso del Reino Unido, República Checa y Polonia, quienes pueden utilizar el resultado negativo del referéndum, como un mecanismo de presión respecto al resto de los Estados miembros.

- Se deje de lado el Tratado Constitucional y los tratados actuales mantengan su vigencia, cuya determinación debería tomarse en el ámbito de una nueva Conferencia Intergubernamental (CIG).
- Se vuelva a designar una CIG, a fin de presentar modificaciones al texto constitucional para que contemple los deseos y expectativas de los pueblos de los Estados miembros que no lo ratificaron.
- Los Estados miembros que no obtuvieron la ratificación, voluntariamente se alejen de la UE y el Tratado Constitucional entre en vigencia entre los países que lo ratificaron. Algo semejante ocurrió cuando el 22 de enero de 1972, se firmó el Tratado de Adhesión de Noruega, para ingresar a la UE, el cual luego fue rechazado por los ciudadanos noruegos por medio de un referéndum el 26 de septiembre de 1972.
- Los Estados miembros que ratificaron el Tratado Constitucional se pongan de acuerdo para que éste entre en vigencia sólo para los Estados miembros que lo ratificaron y no para aque-

<sup>24</sup> Ver el trabajo titulado: “EU referenda and Communicating the Nice Treaty in Ireland”, que fuera presentado en la “Ministerial Conference on Communicating Europe”, Druids Glen, Wicklow, el 7 y 8 de abril de 2004, por Brigid Laffan, profesora en Políticas Europeas de University College Dublin, del programa Jean Monnet. En dicho trabajo, B. Laffan manifiesta que en junio del año 2001, el resultado del referéndum que se desarrolló en Irlanda por la firma del Tratado de Niza, sin que hubiese una campaña informativa por parte del gobierno, se manifestó en contra de su ratificación. Luego de lo cual y tras una campaña promovida por una sociedad civil llamada “The Irish Alliance for Europa”, se llamó a un segundo referéndum, que tuvo resultados positivos para la ratificación del Tratado por parte de este país.

llos que no lograron la ratificación, permaneciendo ambos grupos de países como miembros de la Unión Europea. En este caso, se estaría modificando el texto constitucional sin que se llevara a cabo una CIG<sup>25</sup> (procedimiento utilizado hasta el momento) y dejando los avances obtenidos por la Convención sobre el Futuro de Europa.<sup>26</sup>

- Se aplique la declaración núm. 30 anexa al Tratado Constitucional que dice: "Si transcurridos dos años desde la firma del Tratado que instituye una Constitución para Europa, cuatro quintas partes de los Estados miembros lo hubieran ratificado y si uno o más Estados miembros hubieran tenido dificultades en proceder con la ratificación, el asunto será enviado al Consejo Europeo". En este caso, el texto del Tratado Constitucional sólo se refiere al hecho de que "el asunto será enviado al Consejo Europeo, pero se presenta el problema que no está estipulado cuáles competencias y funciones tendrá esta institución para afrontar este asunto."<sup>27</sup>

## 2. Solución planteada por el Consejo Europeo

Durante la Cumbre de jefes de Estado y de gobierno que representan a los Estados miembros de la UE, que se llevó a cabo en Bruselas durante los días 16 y 17 de junio de 2005, éstos acordaron extender el plazo para ratificar el Tratado Constitucional hasta mediados del año 2007 y otorgarle libertad a cada país para suspender o continuar

<sup>25</sup> Por medio de las Conferencias intergubernamentales los Estados miembros de la UE negocian o enmiendan un tratado de la UE.

<sup>26</sup> En diciembre de 2001, el Consejo Europeo, se reunió en la ciudad belga de Laeken, con el mandato expreso de preparar la Conferencia Intergubernamental (CIG). Se resolvió la creación de la "Convención sobre el Futuro de la Unión Europea", presidida por el ex presidente francés Valéry Giscard d'Estaing, que empezó sus trabajos el 28 de febrero de 2002. Su misión fue examinar las cuestiones esenciales que planteaba el futuro desarrollo de la UE y culminó con la decisión de sancionar la "Constitución Europea", como marco jurídico de la UE y sintetizar en un solo texto los tratados existentes.

<sup>27</sup> PHINEMORE, David, "The Treaty establishing a Constitution for Europe: An overview", publicado por "The Royal Institute of International Affairs, European Programme", en junio de 2004, p. 19.

con el proceso de ratificación programado hasta la fecha. Esta solución planteada tiene como objeto crear un ámbito de reflexión en los países que aún no han ratificado el Tratado Constitucional, y también para Francia y Holanda que deberán plantearse la posibilidad de realizar un segundo referéndum.

## III. EL PAPEL QUE CUMPLE EL TRATADO CONSTITUCIONAL EN EL PROCESO DE INTEGRACIÓN DE LA UE

En primer lugar trataremos de determinar el papel que cumple el Tratado Constitucional en el proceso de integración de la UE, como uno de los elementos centrales de análisis de una posible ruptura del proceso de constitucionalización de la UE en caso que no se logre obtener la unanimidad de los Estados miembros en la ratificación del texto constitucional.

La Unión Europea (UE) nació como una organización internacional, a partir de la *unión entre los pueblos de Europa*, instrumentada por medio de tratados internacionales celebrados entre los Estados miembros.<sup>28</sup> Estos Estados soberanos y democráticos, voluntariamente delegaron el ejercicio parcial de sus derechos soberanos, pero no sus soberanías en sí mismas.<sup>29</sup> La finalidad de ello ha sido establecer un ordenamiento supranacional, por el cual, los Estados miembros limitaron sus soberanías a un campo determinado, creando un cuerpo normativo que obliga tanto a las naciones como a la UE,<sup>30</sup> otorgándole de esta manera cierta peculiaridad al sistema. Los Estados ceden parte de sus derechos soberanos a instituciones independientes que representan a la vez los intereses comunitarios, los nacionales y de los ciudadanos. Asimismo, por medio de la representación que los Esta-

<sup>28</sup> MANCINI, G. F., "Democracy and Constitutionalism in the European Union", Oxford, Portland, Oregon, 2000, p. 1.

<sup>29</sup> SADURSKI, Wojciech, "Constitutionalization of the EU and the sovereignty concerns of the new accession states: The role of the Charter of Rights", EU1 working papers law No. 2003/11, Department of Law, European University Institute, Florencia, p. 18.

<sup>30</sup> WITTE, Bruno de, "The Impact of Enlargement on the Constitution of the European Union" en el libro *The Enlargement of the European Union*, Oxford University Press, 2003.

dos miembros tienen en las diferentes instituciones de la UE, ejercen el debido control de las cesiones de soberanía realizadas.

La tendencia de la UE a ampliarse, es un proceso estructural. Es la consecuencia necesaria del proceso de integración instaurado desde la firma del Tratado de Maastricht de 1992, como búsqueda de la perfección de la UE.<sup>31</sup> Tanto el Tratado de la Unión Europea y el Tratado que estableció la Comunidad Europea hicieron referencia expresa en sus preámbulos, del proceso de ampliación de la UE. De esta manera, se dio origen a una comunidad con una duración ilimitada, compuesta por sus propias instituciones.

Asimismo, la evolución de la integración europea se caracteriza por la interacción entre varios procesos. Por un lado la creación y mejoras en sus instituciones y por otro lado las ampliaciones. Como producto de estos procesos, surgió la necesidad de crear una Constitución con la finalidad de otorgarle personería jurídica a la UE<sup>32</sup> y organizar los instrumentos legales existentes, a fin de fortalecer la estructura legal europea ante el proceso de ampliación de la UE.

Es de destacar que el proceso de ampliación y el de constitucionalización, representan el punto estratégico básico para el futuro de la UE. Estos procesos no siempre se han ido desarrollando en forma conjunta, ni son necesarios uno para la existencia del otro. El proceso constitucional es un proceso dinámico que constantemente invita a realizar cambios, a dar opiniones e intercambio de roles normativos, que tiene una finalidad orientada y abierta. En dicho proceso, las decisiones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea,<sup>33</sup>

<sup>31</sup> RUBIO LLORENTE, Francisco, "El constitucionalismo de los Estados integrados de Europa", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 48, Madrid, 1996.

<sup>32</sup> Como surge del informe CONV 305/02 del presidente del Grupo III "Personería Jurídica" de la Convención Europea, de fecha 1/10/02, p. 6: "La atribución explícita de una personalidad jurídica de la Unión refuerza su notoriedad en el mundo. De esta manera, se convierte en sujeto de derecho internacional, junto a los Estados miembros y sin perjudicar el propio carácter de sujetos de derecho internacional de éstos. Con ello la Unión podrá servirse del conjunto de medios de acción internacional y asumir su propia responsabilidad internacional. La atribución explícita de la personalidad jurídica única de la Unión no conlleva en sí ninguna modificación del reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros, ni sobre el reparto de competencias entre la Unión y las Comunidades actuales".

han ido creando antecedentes que dejaron asentada la naturaleza constitucional de los tratados constitutivos de la UE. Mientras que la ampliación es un proceso condicionado,<sup>34</sup> donde las reglas de adhesión son congeladas en un momento particular de la historia, en el cual significa "entrar o salir" de la UE.<sup>35</sup>

Pero estos sucesos no son coincidencias, ya que podemos considerar que la ampliación de la UE ha sido una de las razones de mayor influencia, para que se produzca la constitucionalización de la UE. Como manifestó Bruno de Witte: "la ampliación fue la que armó la agenda constitucional de la Unión Europea".<sup>36</sup>

El paralelismo entre la constitucionalización de los derechos y la ampliación, le otorgó la posibilidad a la UE de ser lo que es, brindándole la oportunidad de incrementar su importancia y aumentar su legitimación. Los verdaderos ideales constitucionales que facilitaron el proceso de ampliación, han sido cruciales para la estructura de la UE, creando una identidad y valores comunes. Como ejemplo de estos valores e ideales comunes, podemos hacer referencia al discurso de la presidencia irlandesa de la UE del 10 de mayo de 2004, que fue el día oficial de la integración a la UE de los 10 nuevos miembros (República Checa, Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta y Polonia). Del texto de dicho discurso destacamos:

<sup>33</sup> Entre otros, ver sentencia de julio de 1964 en los autos *Costa vs. ENEL*, declarando la supremacía del derecho comunitario y sentencia de abril de 1986 en los autos "Los Verdes" C294/83 y Dictamen 1/91 del 14 de diciembre de 1991 sobre "Espacio Económico Europeo", que dejaron centrada la naturaleza constitucional de los Tratados constitutivos de la UE.

<sup>34</sup> En 1993 los jefes de gobierno de los Estados miembros reunidos en Copenhague, determinaron los requisitos básicos que deberían cumplir aquellos países que desearan ingresar a la UE. Éstos son: 1) Instituciones estables que garanticen el sistema democrático. 2) Estado de Derecho, respeto y protección de los derechos humanos y las minorías. 3) Economías de mercado en funcionamiento. 4) Capacidad para hacer frente a las fuerzas del mercado y a las presiones de la competencia dentro de la UE. 5) Capacidad para hacer frente a las obligaciones que lleva consigo la condición de miembro de la UE.

<sup>35</sup> SADURSKI, Wojciech, "Constitutionalization of the EU and the sovereignty concerns of the new accession states: The role of the Charter of Rights", EU1 working papers law No. 2003/11, Department of Law, European University Institute, Florencia, p. 1.

<sup>36</sup> WITTE, Bruno de, "The Impact of Enlargement on the Constitution of the European Union", en el libro *The Enlargement of the European Union*, Oxford University Press, 2003, pp. 209-228.

“...El día en que demos la bienvenida a nuestra Unión Europea a diez nuevos miembros...no debemos olvidar nunca que: De la guerra hemos creado paz. Del odio hemos creado respeto. Estos valiosos logros no se consiguieron sin esfuerzo. Europa ha sufrido terriblemente de la tiranía y la guerra. Pero la destrucción, la división y el dolor han inspirado la búsqueda de una fórmula mejor. Y esta fórmula ha conducido a la creación de la Unión Europea. Nuestra Unión Europea es verdaderamente única. No puede compararse con nada de lo que la haya precedido. Nuestros Estados-nación son democracias fuertes. Nos hemos unido libremente. Actuamos unos con otros en cooperación y solidaridad. La ampliación de hoy es el mejor testimonio del éxito que representa la Unión Europea”.<sup>37</sup>

### 1. Instituciones, ampliación y Constitución: evolución histórica

A fin de constatar la hipótesis planteada respecto al papel fundamental que cumple el proceso de constitucionalización, en el proceso de integración de la UE, haremos referencia a la evolución histórica de estos procesos, los cuales fueron formando el espíritu comunitario a través de los años.<sup>38</sup>

La idea “unión de Estados” que caracteriza a la UE y que es el eje central de la Constitución Europea, viene de antaño. Podemos remontarnos a un documento del Renacimiento, llamado “el Tractatus” redactado en 1464 por el rey de Bohemia. Como Bernard Cassen señala, ante la amenaza de un imperio otomano conquistador, este documento intentaba crear un tipo de pacto de no-agresión entre los pueblos de la cristiandad de oriente y occidente, con una jurisdicción competente y una especie de parlamento de los Estados miembros cuyos representantes tendrían mandato de cinco años.<sup>39</sup>

<sup>37</sup> Discurso de la presidencia irlandesa titulado: “Declaración para una jornada de bienvenidas”, con motivo de la incorporación de 10 nuevos países a la UE. Dublín, 10 de mayo de 2004.

<sup>38</sup> Con relación al concepto del espíritu comunitario, ver CHALMERS, Damián, “Europe’s Existential Question”, *European Law Review*, 2004, 29 (4), pp. 435-436.

<sup>39</sup> CASSEN, Bernard, “Una Europa cada vez menos europea”, <http://www.monde-diplomatique.es/2003/01/cassen.html>.

En 1713 y 1717 el abad de Saint Pierre propuso un proyecto de unión para conseguir la paz perpetua en Europa y entre los soberanos cristianos. Luego, en 1782 fue Jean Jacques Rousseau quien continuaría con esta idea de crear una federación o confederación de príncipes, para poder conseguir dicha paz. Pero fue Emmanuel Kant quien en 1795 realizó avances considerables respecto a la idea de que los regímenes republicanos podrían garantizar la paz perpetua.<sup>40</sup> En su obra *Proyecto de Paz Perpetua* mencionaba: “Si la fortuna consiente que un pueblo poderoso e ilustrado se constituya en una república, que por natural tendencia ha de inclinarse hacia la idea de paz perpetua, será ese pueblo un centro de posible unión federativa de otros Estados, que se juntarán con él para afirmar la paz entre ellos, conforme a la idea del derecho de gentes, y la federación irá poco a poco extendiéndose mediante adhesiones semejantes hasta comprender en sí a todos los pueblos”.<sup>41</sup>

En 1814 las ideas de Kant fueron recogidas por Claude Henri de Saint-Simon en su obra *De la organización de la sociedad europea*, donde proponía un eje franco británico, bajo la forma de una confederación con tendencia a ampliarse a otros regímenes parlamentarios, creando un parlamento europeo que reunificara el viejo continente.

En 1849, Víctor Hugo realizó un discurso en el congreso de la paz reunido en París, en el cual utilizó la expresión “Estados unidos de Europa”, alentando la puesta en marcha de un gran senado soberano europeo. Previo a ello, en 1843 Giuseppe Manzini fundó la asociación “Joven Europa”, la que en 1857 estableció una carta de la futura “Europa de las Naciones”.

En los primeros años del siglo XX, la idea de Europa Unida tuvo como principal precursor a Richard Coudenhove-Kalergi quien en su discurso dado en Viena en 1923 al referirse a la creación de Paneuropa,<sup>42</sup> dijo: “...Si se quiere que un mundo organizado sustituya

<sup>40</sup> MONCAYO, Guillermo R., “Hacia una Constitución Europea”, *Boletín de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, año XVII, núm. 187, abril/mayo de 2002, pp. 36-40.

<sup>41</sup> KANT, Emmanuel, “Segundo artículo definitivo de la paz perpetua”, capítulo del libro *La paz perpetua* (1795).

<sup>42</sup> Era un movimiento europeo que tenía como objetivo lograr una unión europea.

ya a un mundo anárquico, los Estados tienen que agruparse primero en un superestado... la unidad europea será asimismo una etapa necesaria en el camino de la unificación del mundo... la creación de los Estados europeos sobre el modelo de los Estados Unidos de América coronaría los intentos paneuropeos".<sup>43</sup>

En 1924, Richard Coudenhove-Kalergi, publicó el *Manifiesto Paneuropeo*, en el que alentaba a buscar una unión de los pueblos de Europa bajo la forma de una federación. El 10. de octubre de 1926 se celebró en Viena el Primer Congreso Paneuropeo, ante 2,000 representantes de diferentes Estados y en el cual se aprobó un manifiesto. En 1927 se nombró a Aristides Briand, como el presidente honorario de la Unión Paneuropa, quien el 5 de septiembre de 1929 ante la X Asamblea de la Sociedad de las Naciones, presentó su proyecto de "Asociación Europea" y en su discurso manifestó: "Pienso que entre los pueblos que están geográficamente agrupados como están los pueblos de Europa, debe existir una especie de lazo federal; estos pueblos han de tener a todo momento la posibilidad de entrar en contacto, de discutir sus intereses, de adoptar resoluciones comunes, de establecer entre sí un vínculo de solidaridad que les permita enfrentarse en el instante preciso, con circunstancias graves, si de pronto surgiesen... el lazo federal, sin afectar las soberanías de ninguna de las naciones que podrían formar parte de tal asociación, puede ser beneficioso".

Tres años después, en Berlín se dio origen al proyecto de pacto europeo para los "Estados Federales de Europa".

Casi diez años después, en octubre de 1943, Bélgica, Luxemburgo y Holanda, celebraron un acuerdo con el objeto de poner en marcha una convención aduanera, que entró en vigor el 10. de enero de 1948.

Luego de la Segunda Guerra Mundial, Winston Churchill pronunció un discurso en la Universidad de Zurich el 19 de septiembre de 1946, a favor de la creación de los Estados Unidos de Europa, donde manifestó:

<sup>43</sup> TRUYOL y SERRA, *La integración europea. Análisis histórico-institucional con textos y documentos. I: Génesis y desarrollo de la Comunidad Europea (1951-1979)*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 153-154.

"...Si Europa se uniera, compartiendo su herencia común, la felicidad, prosperidad y la gloria que disfrutarían sus tres o cuatrocientos millones de habitantes no tendría límites... es volver a crear la familia europea, o al menos todo lo que se pueda de ella, y dotarla de una estructura bajo la cual pueda vivir en paz, seguridad y libertad... la estructura de los Estados Unidos de Europa, si se constituyen bien y de verdad, será de tal manera que haga menos importante la fuerza material de un Estado. Las pequeñas naciones contarán tanto como los grandes y ganarán su honor por su contribución a la causa común... ¡Levantemos Europa!"<sup>44</sup>

Durante 1947 fueron varios los acontecimientos de considerable relevancia, entre otros podemos nombrar: i) la creación en París de la "Unión de Federalistas Europeos"; ii) con la influencia de Churchill, el 14 de mayo de 1947 se dio origen al movimiento "Europa Unida", contrario a los órganos supranacionales, pero a favor de la cooperación intergubernamental; iii) atento a la difícil situación económica que atravesaba Europa luego de la Segunda Guerra Mundial y la imposibilidad financiera de comprar productos norteamericanos, se dio origen a un plan de ayuda americana a Europa llamado el Plan Marshall. Los representantes de los países europeos y de Estados Unidos se reunieron en una Conferencia en París en septiembre de 1947. Dicha conferencia tenía varios objetivos, por un lado, impedir que los países europeos se vuelvan insolventes, prevenir la expansión del comunismo en Europa y el fortalecimiento de los regímenes democráticos. Para su aplicación demandaba una coordinación previa de los países europeos, rechazado por la URSS y sus Estados satélites; iv) el Congreso de la Unión Federalista Europea, se llevó a cabo entre los días 27 y 31 de agosto en Montreaux (Suiza); v) las organizaciones de federalistas y unionistas se reunieron el 13 y 14 de diciembre en el "Comité de Coordinación Internacional de Movimientos para Unificación Europea". En dichos acontecimientos comenzó a hacerse evidente el surgimiento de dos corrientes que pregonaban conceptos diferentes de la unidad europea: por un lado la "unionista que se basaba en la cooperación entre los Estados sobe-

<sup>44</sup> BRUGMANS, Henri, *La idea europea, 1920-1970*, Editorial Moneda y Crédito, Madrid, 1972, pp. 367-371.

ranos (recogía las ideas de Coudenhove-Kalergi y Briand); y por otro lado la "federalista" que implicaba la creación de instituciones supranacionales y la delimitación de las soberanías de los Estados.<sup>45</sup>

El 16 de abril de 1948 se celebró el Tratado de Creación de la Organización Europea de Cooperación Económica (OECE), entre Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Grecia, Islandia, Italia, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Portugal, Gran Bretaña, Suecia, Suiza, Turquía, Alemania Occidental y Estados Unidos, para facilitar la distribución de la ayuda americana del Plan Marshall.

Del 7 al 11 de mayo de ese mismo año, se celebró en La Haya el Congreso Europeo, presidido por Winston Churchill, cuyo resultado fue la recomendación de crear una Asamblea Deliberativa Europea y un Consejo Especial Europeo, a fin de preparar la integración política y económica de los países europeos. Asimismo, consideraron conveniente la aprobación de una Carta de los Derechos Humanos y de un Tribunal de Justicia, que garantice el respeto de la misma.

El 4 de abril de 1949 se firmó el Tratado de la Organización del Atlántico Norte (OTAN) en Washington. Los Estados firmantes fueron: Estados Unidos, Canadá, Francia, Gran Bretaña, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Dinamarca, Islandia, Italia, Noruega y Portugal.

El 5 de mayo de ese año, también se firmó el Tratado Constitutivo del Consejo Europeo, compuesto originariamente por Francia, Gran Bretaña, Benelux, Dinamarca, Irlanda, Italia, Noruega y Suiza. Entre el 8 y el 10 de junio, realizó la primera Asamblea Constitutiva.

El 9 de junio de 1950, el ministro de Asuntos Exteriores de Francia, Robert Schuman, a propuesta de Jean Monnet, realizó una importante declaración, en la cual se determinó la puesta en común de los recursos de carbón y acero de Francia y de la República Federal Alemana, en una organización supranacional, abierta al resto de los países europeos. Ésta dio origen al llamado Tratado de París, firmado el 18 de abril de 1951, suscrito por Bélgica, Francia, Luxemburgo, Italia, Holanda, Alemania, que instituyó la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (CECA). Son de gran importancia las palabras vertidas en el preámbulo del mismo: "...Europa no se hará de golpe

<sup>45</sup> CASSEN, Bernard, "Una Europa cada vez menos europea", <http://www.monde-diplomatique.es/2003/01/cassen.html>.

ni en una construcción de conjunto: se hará mediante realizaciones concretas, creando primero una solidaridad de hecho para la primera etapa de la Federación Europea". Este hecho puede considerarse como el punto de partida de la Europa comunitaria al realizar el primer paso para la reconciliación y paz en Europa luego de las guerras mundiales.<sup>46</sup> En esa época la elección del carbón y del acero tenía un contenido simbólico muy importante, ya que era una industria fundamental y básica para la protección de un país. Asimismo, la puesta en común de estos recursos, mostraba el final del antagonismo existente entre ambos países luego de las guerras mundiales. Es de destacar las palabras de Schuman, al decir:

"...La puesta en común de las producciones de carbón y del acero garantizará inmediatamente la creación de bases comunes de desarrollo económico, primera etapa de la federación europea y cambiará el destino de esas regiones... la solidaridad de producción que así se cree pondrá de manifiesto que cualquier guerra entre Francia y Alemania no sólo resulta impensable, sino materialmente imposible. De este modo se llevará a cabo la fusión de intereses indispensables para la creación de una comunidad económica y se introducirá el fermento de una comunidad más amplia y más profunda entre los países que durante tanto tiempo se han enfrentado en divisiones sangrientas..."<sup>47</sup>

El Tratado de París esencialmente aseguraba: i) la libre circulación de los productos y el libre acceso a las fuentes de producción; ii) vigilancia permanente del mercado para evitar disfunciones que hagan necesaria la instauración de cuotas de producción, por medio del respeto de las reglas de la competencia y la transparencia de los precios; y iii) apoyo a la modernización del sector y a la reconversión.

Al respecto, en 1952, en cabeza del presidente del Consejo de Ministros francés, René Pleven, se intentó la creación de un proyecto de ejército europeo denominado "Comunidad Europea de Defensa"

<sup>46</sup> FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L., y SCOTTI, Luciana B., "Europa: una historia de desafíos", <http://www.eldial.com.ar/suplementos/privado/doctrina/ip040528-c.aspwww>.

<sup>47</sup> FONTAINE, Pascal, *Una nueva idea para Europa. La declaración Schuman (1950-2000)*, Oficina de publicaciones oficiales de las comunidades europeas, Luxemburgo, 2000, pp. 36-37.

(CED),<sup>48</sup> que debía ir acompañada de una “Comunidad Europea Política” (CEP). El 24 de octubre de ese año en París, Plevén realizó una declaración sobre la creación de un ejército europeo, donde manifestó: “...el gobierno francés propone la creación para la defensa común, de un ejército europeo, integrado en las instituciones políticas de la Europa unida. Esta sugerencia se inspira directamente en la recomendación adoptada el 11 de agosto de 1950 por la Asamblea del Consejo de Europa, pidiendo la creación inmediata de un ejército europeo unificado, destinado a cooperar con las fuerzas americana y canadiense en la defensa de la paz”.<sup>49</sup>

Pero ambos proyectos fueron abandonados el 30 de agosto de 1954, como consecuencia de la negativa de la Asamblea Nacional Francesa de autorizar la ratificación del tratado.

Los esfuerzos de reactivar la construcción de una Europa unida luego del fracaso de la CED y la CEP, comenzaron a tomar forma nuevamente en la Conferencia de Mesina que se desarrolló durante los días 1.º y 2 de junio de 1955. En esta conferencia los representantes de los países miembros de la CECA, con el objetivo de analizar la conveniencia de crear un mercado común para los productos y la energía nuclear, llevaron a la firma el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE) y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEa) llamado Euratom.

En la declaración de los ministros de Asuntos Exteriores de los Estados miembros de la CECA se dijo: “...ha llegado el momento de franquear una nueva etapa en el camino de la construcción europea... ésta debe ser realizada primero en el campo económico... hay que perseguir el establecimiento de una Europa unida mediante el desarrollo de instituciones comunes, la fusión progresiva de las economías nacionales, la creación de un mercado común y la armonización progresiva de sus políticas sociales”.<sup>50</sup>

<sup>48</sup> El artículo 1 dice: “...Por el presente Tratado de las Altas Partes Contratantes, crean entre ellas una Comunidad Europea de Defensa, de carácter supranacional, que comprenda instituciones comunes, fuerzas armadas comunes y un presupuesto común”.

<sup>49</sup> BRUGMANS, Henri, “La idea europea, 1920-1970”, Editorial Moneda y Crédito, Madrid, 1972, pp. 378-383.

<sup>50</sup> Disponible en [www.let.leidenuniv.nl/history/rtg/res1/messina.htm](http://www.let.leidenuniv.nl/history/rtg/res1/messina.htm).

Dichos convenios fueron firmados el 25 de marzo de 1957 en Roma por Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y Holanda.

El mercado común de la CECA debía permitir experimentar una fórmula que se pudiera extender progresivamente a otros ámbitos económicos y con la finalidad ulterior de construir una Europa política.

El objeto de la CEE era establecer un mercado común, fundado en la libertad de circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, y en la aproximación progresiva de las políticas económicas. Para ello se dotó de cuatro instituciones: la Comisión, el Consejo de Ministros, la Asamblea Parlamentaria y el Tribunal de Justicia.

En cambio, el objetivo del Euratom era coordinar los programas de investigación ya iniciados por los diferentes Estados o que éstos se disponían a lanzar, para la utilización pacífica de la energía nuclear.

La CECA, la CEE y el Euratom tenían en común la necesidad de comprometer a los Estados europeos en al necesidad y conveniencia de crear un destino común, para superar los retos del futuro. El 1.º de enero de 1958, entraron en vigencia los tratados de Roma y al mismo tiempo, la CEE y el Euratom comienzan sus trabajos en Bruselas. La Asamblea Parlamentaria y el Tribunal de Justicia establecidos en Luxemburgo, eran instituciones comunes a las tres comunidades.<sup>51</sup> El 8 de junio de 1959 Grecia solicitó su asociación a la CEE y Turquía el 31 de julio del mismo año.

El 4 de enero de 1960, en el marco de la Convención de Estocolmo, se instituyó la Asociación Europea de Libre Cambio (AELC), integrada por Gran Bretaña, Suecia, Noruega, Dinamarca, Austria, Suiza, Islandia y Portugal.

El 14 de diciembre de 1960 se firmó el Tratado de París, que estableció la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), ex OECE, ampliada a Estados Unidos y Canadá.

En la Cumbre Europea de Bonn del 18 de julio de 1961, el grupo de los seis manifestó su voluntad de crear una unión política, denominada Unión de Estados Europeos y encargaron a una comisión intergubernamental la presentación de propuestas relativas al estatu-

<sup>51</sup> Quedaban por fusionarse los ejecutivos, que se llevó a cabo a través del convenio firmado el 9 de abril de 1965. A partir de esa fecha, se destacó la primacía de la CEE sobre la CECA y la CEEa.

to político europeo, a cargo del embajador francés Christian Fouchet. El Plan Fouchet, se basaba en el respeto de la personalidad de los Estados miembros, pero rechazando la opción federal. Varios fueron los problemas que hicieron fracasar las negociaciones, por un lado la incertidumbre sobre la postura británica, los conflictos generados sobre la creación de una defensa europea independiente a la Alianza Atlántica y el carácter excesivamente gubernamental de las instituciones propuestas, que podría haber puesto en peligro la sustancia supranacional de las instituciones comunitarias existentes.

El 31 de julio y el 10 de agosto de 1961, Irlanda, Dinamarca y el Reino Unido, presentaron sus solicitudes de adhesión a la comunidad europea y el 30 de abril lo hizo Noruega. En 1962 la Asamblea Parlamentaria pasó a denominarse Parlamento Europeo (PE).

En agosto de 1964, se debía afrontar la tercera etapa de la transición<sup>52</sup> para la creación del mercado común, así como cambiar las modalidades de votación en el seno del Consejo (pasando de la unanimidad a la mayoría calificada en determinados temas), momento en el cual se produjo una crisis política de gran trascendencia entre los Estados comunitarios en el Consejo, que llevó a Francia a dejar de participar en las reuniones comunitarias de mayor importancia (política de la silla vacía). Para volver exigió un acuerdo político sobre la función de la Comisión y la votación mayoritaria, que al mismo tiempo implicaba una revisión del sistema de los tratados.<sup>53</sup>

Respecto a las modificaciones institucionales, la primera fue con la firma del "Tratado por el que se Constituye un Consejo Único y una Comisión Única de las Comunidades Europeas" que se llevó a cabo en Bruselas el 8 de abril de 1965. Se instituyeron un Consejo y una Comisión únicos de las comunidades europeas (CECA, CEE y

<sup>52</sup> El artículo 8 del Tratado de Roma contemplaba la realización de un mercado común, durante un periodo transitorio de 12 años dividido en tres etapas, cuya conclusión se preveía para fines de 1969. La Primera etapa referida a la unión aduanera y que consistía en la ampliación de los contingentes y a la desaparición progresiva de las aduanas interiores, se realizó con mayor rapidez que la esperada, finalizando el 1.º de julio de 1968. En igual plazo, se adoptó un arancel aduanero común, respecto a los países terceros.

<sup>53</sup> El 29 de enero de 1966 se firmó el Compromiso de Luxemburgo, por el cual Francia volvió a ocupar su lugar en el Consejo, a cambio de que se mantenga el voto por unanimidad en la toma de decisiones del Consejo de Ministros.

CEE) e instauró la unidad presupuestaria. En su introducción establecía que "...Resueltos a progresar por la vía de la unidad europea, decididos a proceder a la unificación de las tres comunidades, conscientes de la contribución que representa para esta unificación la creación de instituciones comunitarias únicas; han decidido crear un Consejo Único y una Comisión Única de las Comunidades Europeas...".<sup>54</sup>

Luego se realizaron nuevas modificaciones, entre otras: i) el Acuerdo de Luxemburgo del 29 de enero de 1966 antes mencionado, que delimitó las relaciones de la Comisión y del Consejo; ii) el Tratado de Luxemburgo del 22 de abril de 1970 que concedió al PE determinados poderes presupuestarios y iii) Tratado de Bruselas del 22 de julio de 1975 por el cual el PE tuvo derecho a rechazar el presupuesto y conceder la aprobación de la gestión de la Comisión en la ejecución del mismo. De igual manera, instauró el organismo de control contable y gestión financiera, que comenzó a funcionar el 25 de octubre de 1977.

En la cumbre de La Haya que se celebró los días 1 y 2 de diciembre de 1969, los jefes de Estado y de gobierno decidieron analizar cuál sería la mejor manera de realizar progresos para la unificación política de Europa, respecto a la apertura de las negociaciones sobre la ampliación, el comienzo de la etapa de las negociaciones para la aceptación del Reino Unido, Irlanda, Dinamarca y Noruega y el régimen de finanzas comunitarias.

El Consejo encomendó a un comité de expertos presidido por Pierre Werner, que elaborara propuestas para la creación de una unión económica y monetaria europea. Asimismo, le confirió a otra Comisión en cabeza de Etienne Davignon, la creación de propuestas sobre colaboración política.

El informe Davignon, adoptado por los Ministros de Asuntos Exteriores en octubre de 1970, constituyó la base de la CEE, hasta la entrada en vigor del Acta Única Europea.

El 22 de marzo de 1971 se adoptó por medio del Consejo el Plan Werner de mejora de la coordinación de las políticas económicas con

<sup>54</sup> El Tratado para la Fusión de los Ejecutivos Europeos, fue suscrito por Bélgica, República Federal Alemana, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos.

el propósito de que los Estados tomaran medidas tendientes a armonizar sus políticas presupuestarias y reducir el margen de fluctuación de sus monedas.

El 22 de enero de 1972, se firmó el Tratado de Adhesión de Gran Bretaña, Irlanda Dinamarca y Noruega. Pero el 26 de septiembre de 1972, los ciudadanos noruegos por medio de referéndum, rechazaron la adhesión. En el resto de los países, los referéndums arrojaron resultados favorables, para quienes el tratado entró en vigencia el 1o. de enero de 1973.

Durante los días 19 y 20 de octubre de 1972 se realizó la Cumbre de París, donde los jefes de Estado y de gobierno acordaron la implementación de nuevas políticas regionales, de medio ambiente, asuntos sociales, crecimiento industrial y energía. Asimismo, se ratificó que la unión económica y monetaria, entraría en vigencia en 1980.

En la Cumbre de París del 9 al 10 de diciembre de 1974 los jefes de Estado y gobierno, por iniciativa del entonces presidente francés Valery Giscard d'Estaing, resolvieron que la elección de los miembros del PE se realizaría por medio del sufragio universal directo y la institucionalización de las reuniones tres veces al año, para tratar los asuntos comunitarios y la cooperación política en materia internacional. Se le encomendó al primer ministro belga Leo Tindemans, la elaboración de un informe sobre la UE, el cual fue presentado el 29 de diciembre de 1975 y comprendía un conjunto de propuestas sobre las relaciones exteriores, política económica y monetaria, pero no aportó reformas concretas.<sup>55</sup>

Durante el Consejo Europeo de Bruselas que se desarrolló los días 4 y 5 de diciembre de 1978 se determinó la creación del sistema monetario europeo, basado en una unidad monetaria llamada ECU (European Currency Unit). Tomaron la determinación de crear un Comité de sabios, integrado por Barend Biesheuvel, Edmond Dell y

<sup>55</sup> En el punto II, manifestó: "Las razones que tienen nuestros Estados para presentarse unidos ante los grandes debates mundiales derivan de las distintas relaciones de fuerzas y de las dimensiones de los diferentes problemas. Dichas razones son, además, muy sentidas por nuestros pueblos: nuestra vulnerabilidad y nuestra relativa impotencia están presentes en el espíritu de todos. La unión de estos factores hace que las relaciones exteriores sean una de las motivaciones principales de la construcción europea".

Robert Marjolin, cuya finalidad, era realizar reflexiones sobre las adaptaciones de los mecanismos y procedimiento de las instituciones, a fin de poder garantizar el funcionamiento armonioso de las comunidades y los progresos para la creación de la UE. Éstos se limitaron a aportar propuestas prácticas sobre la organización del trabajo del Consejo y las relaciones con la Comisión y el PE.

El 13 de marzo de 1979, entró en vigencia el Sistema Monetario Europeo. Durante el mismo año, entre los días 7 y 10 de junio de 1979, se realizaron las primeras elecciones del PE por sufragio universal directo y el 17 de julio del mismo año se celebró la sesión inaugural del PE en Estrasburgo.

El 14 y 15 de diciembre de 1980 se llevó a cabo la Cumbre de Copenhague, en la cual los Estados miembros decidieron llevar a cabo una política energética común, en atención a la crisis de petróleo existente en esos momentos.

El 1o. de enero de 1981, el ECU sustituyó a la unidad de cuenta europea. Asimismo, en dicha fecha se efectuó el ingreso de Grecia a la comunidad.

En el Consejo Europeo de Londres de 1981, los ministros de Asuntos Exteriores de Alemania e Italia, Genscher y Colombo, presentaron un proyecto de Acta Europea, sobre diversos temas, entre otros, cooperación política, cultura, derechos fundamentales, armonización de la legislación. En esa oportunidad manifestaron: "Nuestros pueblos esperan que el proceso de unificación europea progrese y engendre una solidaridad y una acción común siempre más amplia. Con este fin, la construcción europea debe orientarse sobre todo en función de sus objetivos políticos y contar con estructuras de decisión más eficaces como también con un marco político jurídico que a la vez, integre los elementos existentes y sea susceptible de desarrollarse. La Unión Europea que debe realizarse por etapas constituye una unión siempre más estrecha de pueblos y de Estados europeos basada en una solidaridad real y eficaz y en intereses comunes, que repose en la igualdad de los derechos y obligaciones de sus miembros..."<sup>56</sup>

<sup>56</sup> Informe GENSCHER-COLOMBO: "Iniciativa Germano-Italiana de refuerzo de la cooperación política europea a través del proyecto de creación de una Acta Europea", primera parte: Principios, punto 1, presentado en el Consejo Europeo de Londres, el 27 de noviembre de 1981.

Nunca fue adoptada, pero algunos de sus temas formaron parte de la "Declaración Solemne sobre la Unión Europea", adoptada el 19 de junio de 1983.

En julio de 1981 el PE creó una Comisión de Asuntos Institucionales, coordinada por el diputado europeo Altiero Spinelli, con la misión de elaborar un proyecto de modificación de los tratados vigentes, que se aprobó por mayoría el 14 de febrero de 1984.<sup>57</sup>

El Consejo Europeo de Fontainebleau de junio de 1984, resolvió la creación de un comité *ad hoc* denominado Comité Dodge,<sup>58</sup> encargado de presentar sugerencias sobre el funcionamiento del sistema comunitario y la cooperación política. En diciembre de 1984 presentaron su informe ante el Consejo Europeo de Dublín, donde se decidió que debería continuar con el análisis de las propuestas, luego de lo cual, en el Consejo Europeo desarrollado en la ciudad italiana de Milán durante los días 28 y 29 de junio de 1985, se aprobó el Libro Blanco de la Comisión y se convocó a una Conferencia Intergubernamental (CIG) para la revisión del Tratado de Roma y la codificación de la cooperación política bajo la forma del Tratado.

En el Consejo Europeo de Luxemburgo que se llevó a cabo los días 1o. y 2 de diciembre de 1985, se llegó a un acuerdo sobre el texto propuesto por la CIG, sobre el Acta Unica Europea (AUE). El 1o. de enero de 1986, se hizo efectiva la adhesión de España y Portugal a la Comunidad.

El 17 de febrero de 1986 se firmó el Acta Única Europea que luego fue suscrita también por Dinamarca, Italia y Grecia, ratificada por los Estados miembros durante 1986 y entró en vigencia el 1o. de julio de 1987. Constituyó, la primera modificación sustancial de los Tratados de Roma. Los objetivos principales eran: i) creación de un mercado interior para principios de 1993; ii) incrementar el papel del PE, iii) mejorar la capacidad de decisión del Consejo. Asimismo, reemplazó la regla de la unanimidad en cuatro competencias: i) modificación del arancel aduanero común; ii) libre prestación de servi-

<sup>57</sup> El Proyecto de Tratado Relativo a la Fundación de la Unión Europea, preveía la transferencia de nueva competencia en ámbitos fundamentales.

<sup>58</sup> El Comité *ad hoc*, estaba compuesto por representantes personales de los jefes de Estado y de gobierno. El nombre del Comité hace referencia a su presidente.

cios; iii) libre circulación de capitales y iv) política común de transportes marítimos y aéreos. En este sentido, determinaron nuevas competencias para asuntos de mercado interior, política social, cohesión económica y social, investigación y desarrollo tecnológico y medio ambiente.<sup>59</sup> De esta manera quedaron reforzados los poderes del PE.

El 14 de abril de 1987 el gobierno turco solicitó oficialmente la adhesión a las Comunidades Europeas y Austria el 17 de julio de 1989.

El 18 de mayo de 1990 el Consejo de Ministros, la Comisión y el PE se reunieron por primera vez en forma conjunta en Estrasburgo, para definir el futuro de la Europa unida. En dicha oportunidad, coincidieron en la necesidad de realizar una segunda CIG, para poder llevar a cabo la unión política.

En la Cumbre Europea de Luxemburgo que se llevó a cabo durante los días 28 y 29 de junio de 1991, la presidencia presentó una propuesta de tratado que versaba sobre los siguientes temas: i) la reforma de los tratados constitutivos, ii) la política exterior y de seguridad, y iii) la cooperación interna y judicial. Luego de lo cual, el 9 y 10 de diciembre de 1991 se llevó a cabo el Consejo Europeo de Maastricht, donde se arribó a un acuerdo sobre la Unión Europea basado en los tres pilares: Comunidad Europea, Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) y Cooperación Judicial y en Asuntos Interiores (CJAI). Es de destacar, que estos últimos forman parte de la cooperación política y sus decisiones escapan al derecho comunitario. Como producto de ello, el 7 de febrero de 1992 se firmó en Maastricht el Tratado de la Unión Europea (TUE),<sup>60</sup> que determinó una nueva etapa en el proceso de creación de una unión cada vez más estrecha entre los países miembros.

De esta manera la estructura de la UE quedó integrada por tres pilares fundamentales: i) las comunidades europeas, en el marco de las cuales los Estados miembros, por medio de sus instituciones comunitarias ejercían conjuntamente su soberanía en los ámbitos contemplados por los tratados; ii) política exterior y de seguridad común prevista en el Título V del Tratado de la UE; iii) cooperación en los

<sup>59</sup> El Parlamento Europeo: Fichas técnicas, "1.1.2. Evolución hasta el Acta Única", del 16 de noviembre de 2000.

<sup>60</sup> El cual entró en vigencia el 1o. de noviembre de 1993.

ámbitos de la justicia y de asuntos interiores, es prevista en el Título VI del Tratado de la UE.<sup>61</sup>

El PE ratifica el Tratado el 2 de julio de 1992, mientras que en los países miembros<sup>62</sup> se llevaban a cabo los correspondientes referéndum de aprobación por medio de sus parlamentos nacionales, del mismo.

El 31 de enero de 1993 Austria, Finlandia y Suecia comienzan las negociaciones para su ingreso en la UE y firman un acuerdo con Rumania y Bulgaria, extendiéndose luego a los países de Europa Central y Oriental.

En el Consejo Europeo de Copenhague celebrado el 21 y 22 de junio de 1993, se determinó la lista de países de Europa Central y Oriental con vocación a la adhesión a la UE y se establecieron los criterios que deberían cumplir los mismos en forma previa.<sup>63</sup>

El 29 de octubre de 1993 se celebró en Bruselas el Consejo Europeo, donde se declaró la entrada en vigencia del TUE y se confirmó que la segunda etapa de la unión económica y monetaria se llevaría a cabo el 1.º de enero de 1994.

El 10 y 11 de diciembre de 1993 se celebró en Bruselas la primera reunión del Consejo Europeo de la Unión, en la cual se comenzó a

<sup>61</sup> Los Títulos V y VI del Tratado de la UE contienen disposiciones relativas a la cooperación intergubernamental utilizada por las instituciones comunitarias, dotada de algunos elementos supranacionales como la asociación de la Comisión y la consulta del PE.

<sup>62</sup> Por ejemplo, el caso de Dinamarca que en el referéndum del 2 de junio de 1992 el 50.7% de los votantes daneses rechazan el Tratado de la UE, luego de lo cual se sometió la decisión a un nuevo referéndum con resultado favorable el 18 de mayo de 1993. El 18 de junio de 1992 Irlanda obtuvo resultado favorable en el referéndum, Francia el 20 de septiembre de 1992, mientras que el 20 de julio de 1993 el parlamento del Reino Unido lo ratificó y el 12 de octubre de 1993 el Tribunal Constitucional alemán dio vía libre para su ratificación.

<sup>63</sup> Las negociaciones de adhesión evalúan la capacidad de los candidatos de respetar todas las obligaciones de los Estados miembros y de aplicar el acervo comunitario en el momento de su adhesión. En especial las medidas tendientes a garantizar la extensión del mercado único, que deberán ponerse en práctica inmediatamente. Dichas negociaciones se llevan a cabo por medio de conferencias intergubernamentales bilaterales. Los resultados de las negociaciones se incluyen en un proyecto de tratado de adhesión, el cual deberá ser aprobado por la Unión y ratificado por los Estados miembros y los países candidatos. En 1993 el Consejo Europeo que se reunió en la ciudad de Copenhague, estableció las condiciones que deben cumplir los países que quieran ingresar a la UE. Entre ellas encontramos: i) estabilidad en sus instituciones, ii) democracia, iii) estado de derecho, iv) protección y respeto de los derechos humanos, y v) protección y respeto de las minorías.

evaluar las futuras modificaciones a las instituciones de la UE tras las futuras ampliaciones a Finlandia, Suecia, Noruega y Austria. Delegan en la CIG de 1996<sup>64</sup> el estudio de estos temas, en especial los relativos al número de miembros de la Comisión y la ponderación de los votos de los Estados miembros en el Consejo.

El 31 de marzo de 1994 Hungría y Polonia presentaron su solicitud formal de adhesión a la UE y con fecha 4 de junio de 1994 el PE prestó su conformidad sobre la adhesión de Austria, Finlandia, Suecia y Noruega.<sup>65</sup> Los tres primeros ingresan a la UE el 1.º de enero de 1995 y la entrada en vigor del nuevo reparto de votos en el Consejo de Ministros.<sup>66</sup>

El 17 de enero de 1995 el PE cuenta con 626 miembros, incluidos los nuevos diputados procedentes de Austria, Suecia y Finlandia. El día 22 de junio de ese año Rumania suscribió su aplicación para integrar la UE. Durante el mes de marzo de dicho año, la UE y Turquía firman un acuerdo de unión aduanera, que entró en vigencia el 1.º de enero de 1996. Más tarde, el 2 de junio, se constituyó en Messina el grupo de reflexión encargado de preparar la CIG de 1996.

Letonia solicita la adhesión a la UE el 27 de octubre de mismo año, al igual que Estonia el 27 de noviembre, Lituania el 12 de diciembre y el 14 de diciembre se formaliza la candidatura de Bulgaria.

En el Consejo Europeo de Madrid que se desarrolló a mediados del mes de diciembre de 1995, se fija un calendario para las ampliaciones de Chipre y Malta a partir del año 2000. Se determinó que la futura moneda europea se llamaría Euro y el calendario de su puesta en circulación.<sup>67</sup>

<sup>64</sup> En el segundo párrafo del artículo N del Tratado de Maastrich se había establecido convocar a una CIG en 1996, para examinar las disposiciones de los tratados pendientes de revisión. Estos temas fueron ampliados, en las reuniones del Consejo de Europa de Bruselas de octubre de 1993 y Corfu de junio de 1994, incluyéndose las cuestiones institucionales planteadas por el proceso de ampliación de la UE.

<sup>65</sup> El 16 de octubre de 1994 Finlandia aprueba por medio de referéndum su adhesión a la UE, Suecia lo hace el 13 de noviembre de 1994 y los noruegos rechazan el ingreso de su país a la UE el 28 de noviembre de 1994.

<sup>66</sup> El nuevo reparto de votos en el seno del Consejo de Ministros, estaba compuesto de la siguiente manera: Alemania, Francia, Italia y Reino Unido 10 votos; España 8 votos; Bélgica, Grecia, Holanda y Portugal 5 votos; Austria y Suecia 4 votos; Dinamarca, Irlanda y Finlandia 3 votos y Luxemburgo 2 votos.

<sup>67</sup> La primera etapa comenzó el 1.º de enero de 1999 y la segunda a partir del 1.º de julio de 2002 momento en el cual sustituyó a las monedas nacionales.

El informe del grupo de reflexión tuvo una acogida favorable en lo relativo a la revisión del TUE y se tomó la decisión de comenzar la CIG el 29 de marzo de 1996 en Turín.

El 17 de enero de 1996, la República Checa solicita su adhesión a la UE. El 29 de marzo de 1996, en Turín, comenzaron los trabajos de la CIG y el Consejo Europeo consideró que ésta debería centrarse en analizar la forma de acercar la UE a los ciudadanos, de fortalecer las instituciones democráticas y la capacidad de actuación de la UE. El 10 de junio del mismo año, Eslovenia solicitó la adhesión a la UE.

En el Consejo Europeo de Amsterdam que se desarrolló durante los días 16 y 17 de junio de 1997, se dio origen al Tratado de Amsterdam.<sup>68</sup> Este tratado contenía avances en la estructura constitucional de la UE, así como sobre el proceso de democratización, abriendo la vía hacia la denominada Europa de varias velocidades.<sup>69</sup> Pero por otro lado, no contenía las reformas institucionales necesarias para la ampliación, y tampoco lo relativo a la extensión de la mayoría cualificada, la reponderación de los votos en el Consejo y la composición de la Comisión (cuestiones que fueron tema de debate en la CIG del año 2000 a las que nos referiremos más adelante). Se ampliaron las competencias de la Unión, se fortaleció el PE y el principio de subsidiariedad fue recogido en un Protocolo al respecto.

Durante el Consejo Europeo celebrado en Luxemburgo los días 12 y 13 de diciembre de 1997, se acordó iniciar la quinta ampliación de la UE. La misma estaba integrada por Chipre, Polonia, Hungría, República Checa, Estonia y Eslovenia y se aplazaron las negociaciones con Lituania, Letonia, Rumania, Bulgaria y Eslovaquia.

En la Conferencia Europea de Bruselas sobre el Euro llevada a cabo los días 1-3 de mayo de 1998, se resolvió que Alemania, Austria, Bélgica, España, Finlandia, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos y Portugal, cumplieran las condiciones necesarias para que adopten la moneda única el 1.º de enero de 1999, momento en el cual, el Euro se convierte en la moneda oficial de dichos países.

<sup>68</sup> El tratado se firmó el 2 de octubre de 1997.

<sup>69</sup> El Tratado de Amsterdam introdujo la posibilidad de diferentes ritmos de integración por medio de las "cooperaciones reforzadas". Lo cual le otorgaba una posibilidad de crecimiento a los Estados miembros que tenían voluntad y capacidad para avanzar más rápidamente que el resto.

El Consejo Europeo de Cardiff de los días 16 y 17 de junio de 1998 determinó la necesidad de realizar determinadas reformas antes que las ampliaciones se hicieran efectivas.<sup>70</sup>

El 1.º de mayo de 1999, entró en vigencia el Tratado de Amsterdam. Durante los días 3 y 4 de junio de ese mismo año, el Consejo Europeo se reúne en Colonia y adoptan la primera estrategia común de la UE sobre Rusia y una declaración de refuerzo de la política europea común de seguridad y defensa. Asimismo, se adopta el pacto europeo sobre el empleo, se estableció el mandato de la próxima CIG y se decidió la elaboración de una Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

Entre los días 10 y 13 de junio de 1999 se celebraron las elecciones del PE en todos los países miembros. Durante los días 28 y 29 de dicho mes, se aprueba la Declaración de Río, como resultado de la primera cumbre de jefes de Estado y de gobierno de la UE, de los países de América Latina y del Caribe.

El PE votó y aprobó la nueva Comisión, el 15 de septiembre de 1999. Un mes más tarde, el Consejo Europeo extraordinario se reúne en Tampere, donde se llega a un acuerdo sobre ciertas orientaciones y prioridades políticas de la UE (entre otras, el derecho de asilo, la inmigración, el acceso a la justicia, la lucha contra la delincuencia, etcétera), y también se determinaron las modalidades de elaboración del proyecto de la Carta de los Derechos Fundamentales.

Los días 10 y 11 de diciembre de 1999 el Consejo Europeo se reunió en Helsinki, donde se decidió la apertura de las negociaciones de adhesión con Rumania, Eslovaquia, Letonia, Lituania, Bulgaria y Malta, y también, aceptar a Turquía como país candidato y convocar en febrero de 2000 a una CIG, con la finalidad de revisar los tratados existentes.

El 14 de febrero de 2000 se inauguró la CIG en Bruselas, con la finalidad de realizar reformas en la estructura constitucional de la

<sup>70</sup> El Protocolo sobre las Instituciones del Tratado de Amsterdam establecía que en caso de adhesión de hasta cinco Estados, la Comisión estaría compuesta por un nacional de cada uno de los Estados miembros, siempre y cuando no se haya modificado la ponderación de votos en el Consejo, hasta ese momento, cuestión que entorpecía la situación frente a las nuevas ampliaciones.

UE, para lo cual, la Comisión Europea aprobó el 10. de marzo el Libro Blanco que contenía dichas reformas.

Entre los días 19 y 20 de junio de 2000 se realizó la reunión del Consejo Europeo en Santa María da Fera, donde se adoptaron las orientaciones generales de la política económica de los Estados miembros y la Comunidad para el año 2000, así como la estrategia común para la región mediterránea. Asimismo, se aprobó la entrada en vigencia del Euro en Grecia.

El 8 de noviembre del mismo año, la Comisión entregó al Consejo el informe global sobre la ampliación de la UE, con informes provisionales que evaluaron la preparación de los países candidatos y se hizo especial referencia a los requisitos que Turquía debía cumplir para poder comenzar las negociaciones de adhesión.

Los presidentes del PE, el Consejo Europeo y la Comisión proclaman la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE el 7 de diciembre de 2000.

Durante el Consejo Europeo de Niza llevado a cabo entre los días 7 y 9 de diciembre de 2000, se llegó a un acuerdo sobre la creación del Tratado de Niza, para poder adaptar la estructura institucional a la UE ampliada. La Declaración de Niza sobre el futuro de la Unión, determinó cuatro grandes ámbitos para el debate sobre las reformas necesarias: i) cómo establecer una delimitación más precisa de las competencias entre la Unión y sus Estados miembros; ii) la Carta de los Derechos Fundamentales; iii) la simplificación de los tratados y iv) el papel de los parlamentos nacionales en la estructura europea. Dicho Tratado se firmó el 26 de febrero de 2001, modificando el Tratado de la Unión Europea y los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas.

A partir de entonces comenzaron sus procedimientos de ratificación por parte de los Estados miembros. Cabe mencionar que el referéndum irlandés llevado a cabo el 8 de junio de 2001 arrojó un resultado negativo, debiendo someterse más tarde a otra consulta popular con resultados favorables para la puesta en vigencia del Tratado.<sup>71</sup>

<sup>71</sup> Trabajo titulado: "EU referenda and Communicating the Nice Treaty in Ireland", que fuera presentado en la "Ministerial Conference on Communicating Europe", Druids Glen, Wicklow, el 7 y 8 de abril de 2004, por Brigid Laffan, profesora en Políticas Euro-

En diciembre de 2001, el Consejo Europeo se reunió en la ciudad belga de Laeken, con la finalidad de preparar la CIG del año 2004 (que fue adelantada para fines de 2003), que tomaría las decisiones definitivas sobre la reforma de los tratados de la UE.

Para ello se resolvió la creación de la "Convención sobre el Futuro de la Unión Europea", presidida por el ex presidente francés Valery Giscard d'Estaing, la cual comenzó sus trabajos el 28 de febrero de 2002 y su objetivo era la creación del proyecto constitucional.

El 13 de junio y 10 de julio de 2003 la Convención Europea adoptó por consenso el "Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa", que fue presentado al presidente del Consejo Europeo el 18 de julio de 2003.

La CIG se inauguró en Roma el 4 de octubre de 2003, donde se analizaron los preceptos establecidos en el proyecto constitucional antes mencionados.<sup>72</sup> Debido a la aparición de divergencias, entre diversos países, no se logró acuerdo para la sanción de la misma y se suspendió la CIG.

El 10. de mayo de 2004 fue el día oficial de la integración a la UE de los 10 nuevos países (República Checa, Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta y Polonia).

De enero hasta junio de 2004 la presidencia de la UE fue ejercida por Irlanda, que tuvo en sus manos las negociaciones entre los países miembros, para que el Tratado Constitucional pudiera ser aprobado.

El 18 de junio se adoptó en Bruselas, el Primer Tratado Constitucional de la UE. Para su entrada en vigencia en 2007 (fecha estipulada por los jefes de Estado y gobierno de la UE),<sup>73</sup> deberá ser ratificado

peas de University Collage Dublín, del programa Jean Monnet. En dicho trabajo, B. Laffan manifiesta que en junio de 2001, el resultado del referéndum que se desarrolló en Irlanda por la firma del Tratado de Niza, sin que hubiese una campaña informativa por parte del gobierno, se manifestó en contra de su ratificación. Luego de lo cual y tras una campaña promovida por una sociedad civil llamada "The Irish Alliance for Europa", se llamó a un segundo referéndum, que tuvo resultados positivos para la ratificación del Tratado por parte de este país.

<sup>72</sup> SILVA, Teresa Dolores, "Distribución de competencias en el proyecto constitucional para la Unión Europea", Suplemento de Derecho Constitucional del Diario de Doctrina y Jurisprudencia de *El Derecho*, 20 de febrero de 2004, pp. 3-5.

<sup>73</sup> SILVA, Teresa Dolores, "Referéndum, ampliación y posibles reformas constitucionales en la Unión Europea", Suplemento de Derecho Constitucional de *El Derecho*, 18 de junio de 2004.

por cada país. En algunos de ellos, por medio de referéndum y en otros por medio de sus parlamentos nacionales.

Como podemos observar, estos procesos se caracterizaron por una continua evolución de las instituciones de la UE y el ingreso de nuevos Estados miembros, que llevaron a la necesidad de crear una Carta Magna.

#### IV. EL TRATADO CONSTITUCIONAL. ¿UN TRATADO, UNA CONSTITUCIÓN O UNA NUEVA FIGURA JURÍDICA?

Otro de los temas importantes a analizar, es determinar si el Tratado Constitucional es un tratado, una Constitución u otra figura jurídica. El resultado de dicho análisis puede ayudarnos a determinar la trascendencia de la posible ruptura del proceso de constitucionalización.

Como una primera aproximación al tema, cabe mencionar que el Tratado Constitucional reviste la forma de un tratado internacional que contiene preceptos constitucionales, por lo tanto no estamos frente a una Constitución típica, fruto de un poder constituyente originario y constitutivo de un orden jurídico que formaliza un poder soberano. La Constitución Europea estará compuesta por competencias conferidas por los Estados miembros, estados cuya existencia seguirá trayendo causa jurídica de las constituciones nacionales y a los que se les reconoce la competencia originaria, fijando como base del ordenamiento, el principio de atribución ejercido con arreglo de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

Son muchas las teorías a favor o en contra de proclamar una Constitución europea en el sentido formal del término. Algunos dicen que sólo es un tratado internacional con características peculiares. Como expresa el académico español, Manuel Jiménez de Parga y Cabrera: "La denominada Constitución europea dista mucho de ser una Magna Carta...no podrá ser otra cosa que un tratado internacional. Si quiere hacerse de ella otra cosa, será necesario el salto cualitativo de la emergencia de un nuevo sujeto soberano, encarnado en un *demos* de Europa en el que se confundan los pueblos que hoy son soberanos en este continente".<sup>74</sup>

<sup>74</sup> Excmo. Dr. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, "De la Constitución de España a la Constitución de Europa", discurso con motivo de la clausura sobre el 25 aniversario de

Para profundizar el tema, podríamos comenzar determinando si este Tratado constitucional, cuenta con los elementos necesarios para considerarlo una Carta Magna. Utilizando el concepto de Constitución racional-normativa, correspondiente a la ideología del Estado liberal,<sup>75</sup> una Constitución debe contar con elementos formales y materiales. Los elementos formales son:

- *Ley escrita.* El Tratado constitucional de la UE aprobado por la CIG en julio de 2004 y firmado por los representantes de los gobiernos de los Estados miembros en octubre de 2004, es una norma escrita.
- *Sancionada por el titular del poder constituyente o por un órgano que lo ejerce en su nombre y con su consentimiento.* Podemos decir que este requisito ha sido cumplimentado, con las peculiaridades del caso, ya que la Declaración sobre el Futuro de Europa adoptada en Niza en el año 2000 abrió el proceso de reforma que culminaría con la CIG del año 2004. La Declaración de Laeken de 2001, determinó que el instrumento para garantizar el debate para las reformas estructurales de la UE, fuera la "Convención sobre el Futuro de Europa" (Convención). Esta Convención estuvo compuesta por los representantes de cada uno de los jefes de Estado y gobierno de los Estados miembros, representantes de los parlamentos nacionales, miembros del parlamento europeo y de la Comisión. El proyecto constitucional fue adoptado por consenso por la Convención Europea el 13 de junio y 10 de julio de 2003, presentado al presidente del Consejo Europeo el 18 de julio de 2003, aprobado en la CIG de junio de 2004 y firmado por los representantes de los gobiernos de los Estados miembros en octubre de 2004. Para su entrada en vigencia, deberá ser ratificado por cada Estado miembro según los mecanismos constitucionales nacionales.

la Constitución española, organizado por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de España, p. 8.

<sup>75</sup> BIDEGAIN, Carlos María, *Curso de derecho constitucional*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, pp. 21-22.

- *Reformada por procedimientos que dificultan su reforma.* Conforme indica el texto del Tratado Constitucional, es necesario contar con la unanimidad de los votos de los representantes de los Estados miembros del Consejo Europeo, para poder reformar el Tratado Constitucional.<sup>76</sup>

Por otra parte, los elementos materiales son:

- *Debe contener normas de organización del Estado y repartir el poder entre órganos distintos: en nuestro caso bajo análisis, el Tratado Constitucional regula los diferentes organismos de gobierno de la UE. A saber: el Parlamento Europeo (artículo I-19), el Consejo Europeo (artículo I-20), el Consejo de Ministros (artículo I-22), la Comisión Europea (artículo I-25) y la Corte de Justicia (artículos I-28 y III-281.3 y I-28).*
- *Debe tener jerarquía suprema.* Conforme surge de los artículos I-1, I-3, I-5, I-6, etc., el Tratado Constitucional tiene supremacía dentro del ordenamiento de la UE.
- *Que necesariamente debe reconocer los derechos fundamentales de las personas y garantizar su ejercicio.* El Tratado Constitucional contiene la normativa relacionada a los derechos fundamentales y su ejercicio en su artículo I-2 y en el Título II.
- *En su conjunto debe configurar un gobierno democrático.* El artículo I-2 específicamente hace mención a la forma democrática de gobierno que se adopta por medio del Tratado Constitucional.

Del análisis realizado podemos considerar que se da cumplimiento a los requisitos formales y materiales, para poder considerarla una Constitución propiamente dicha. No obstante ello, existen ciertas características únicas, propias del sistema comunitario europeo, que nos demuestran que estamos frente a una nueva noción de Constitución, diferente en sus raíces a las conocidas hasta la fecha. Podemos destacar su diferencia en los siguientes aspectos: i) el Tratado Cons-

<sup>76</sup> Artículos IV-443 y IV-444 del Tratado Constitucional.

titucional se origina en la voluntad de varios países y sus pueblos de tener una estructura constitucional supranacional. En segundo lugar, la carencia de elementos revolucionarios y bélicos que le dieran origen. En tercer lugar, el reconocimiento de las constituciones y soberanías de los Estados que la integran.

Por otro lado, si utilizamos la definición del *Diccionario Jurídico Blacks'*—texto de referencia internacional—, la Constitución es “La ley orgánica y fundamental de una nación o Estado, que puede ser escrita o no, que establece el carácter y concepción de su gobierno, sentando los principios básicos en los cuales se conforma la vida interna de sus diferentes dependencias determinando los límites y maneras del ejercicio de los poderes soberanos. Es una norma de gobierno, cuya autoridad deriva de los gobernados, el instrumento escrito acordado por las personas de la Unión (la Constitución de los Estados Unidos) o de un Estado en particular, como una regla absoluta de acción y decisión de todos sus poderes y funcionarios de gobierno, con relación a todos los asuntos alcanzados por ella. La que debe ser respetada hasta que sea modificada por la autoridad que la estableció...”.<sup>77</sup> Si tratamos de analizar esta definición desde la óptica del Tratado Constitucional, nos puede surgir el interrogante sobre si el Tratado Constitucional puede asemejarse a la Constitución de un Estado. Para lo cual, debemos partir de la base de que ciertos elementos esenciales que son necesarios para un sistema completo de gobierno y que caracterizan al Estado, no forman parte de la estructura del sistema comunitario. La UE no tiene independencia soberana, sino que está compuesta de poderes conferidos por los Estados miembros y son éstos quienes le delegan su autoridad. La UE tampoco mantiene control sobre las personas o cosas, fuera de sus fronteras, ni tiene capacidad para declarar la guerra o la paz.<sup>78</sup> Sólo puede concluir acuerdos internacionales sobre ciertas materias, sobre las cuales comparte poderes con los Estados miembros. Frente a lo cual, podemos utilizar las ideas de Jean Claude Piris<sup>79</sup> y sostener que la

<sup>77</sup> Traducción libre del diccionario jurídico en inglés, *Blacks Law Dictionary, Definitions of the terms and phrases of American and English Jurisprudence*, 6a. ed., 1990.

<sup>78</sup> No tiene ejército, ni defensa común y no participa de alianzas militares.

<sup>79</sup> PIRIS, Jean Claude, “Does the European Union Have a Constitution? Does it need one?”, Harvard Jean Monnet Working Paper 5/00, 2000, Harvard Law School.

UE no tiene y no necesita una Constitución como la de los Estados, simplemente porque no es un Estado y sus poderes derivan de los Estados miembros y no directamente de los ciudadanos.

Las corrientes doctrinarias sobre la interpretación del carácter del Tratado Constitucional se dividen en tres grandes grupos: i) los que interpretan el documento como un Tratado Internacional; ii) quienes sostienen que es una Constitución; y, iii) quienes creen que a partir de este documento se crea un nuevo ordenamiento supranacional con características propias.

Quienes sostienen que es un Tratado, consideran que el documento es un acuerdo entre los Estados miembros en el marco de una Conferencia Intergubernamental.<sup>80</sup> Asimismo, el proceso de ratificación se realizará de igual manera a la que se viene utilizando para la puesta en vigencia de los anteriores tratados celebrados en el marco de la Unión Europea. Se le aplicarán las normas del derecho internacional público, inclusive las disposiciones de la Convención de Viena sobre los tratados.<sup>81</sup> Y por último, señalan, que está conformado por declaraciones y protocolos, como los demás tratados de la Comunidad Europea y Unión Europea.<sup>82</sup>

Los que consideran el documento como una Constitución, sostienen que el texto establece un nuevo orden legal, con una nueva estructura institucional que regirá la vida de los ciudadanos europeos y los poderes políticos de la UE. Convirtiéndose de esta manera en la norma básica y fundacional del ordenamiento legal europeo, en el cual el resto del ordenamiento legal comunitario deberá establecerse de conformidad con los estándares establecidos en la Constitución. Asimismo, expresa de forma precisa y básica el ejercicio del poder y los derechos de los ciudadanos en el ámbito de la UE. Las palabras "simplificación", "uniformidad", y "coherencia", son las claves de la estructura de la Constitución Europea que incrementarán la posibilidad de simplificar la compleja estructura legal que se venía dando hasta el momento. Esta corriente de pensamiento, considera que

<sup>80</sup> Es el ámbito dentro de la UE, donde los gobiernos de los Estados miembros negocian las modificaciones de los tratados.

<sup>81</sup> Suscrito en Viena el 23 de mayo de 1969.

<sup>82</sup> ELEFTHERAIDIS, Paulos, "Constitution or Treaty", [www.fedtrust.co.uk/eu\\_constitution](http://www.fedtrust.co.uk/eu_constitution).

la UE es un proyecto histórico y que la Constitución es un símbolo e instrumento de la integración europea. Como dice Van Gerven: "Si el proyecto constitucional no se aprueba y ratifica por los Estados miembros, la Convención al menos ha demostrado que una Constitución coherente puede hacerse...esto prueba que ese sueño puede ser cierto cuando uno realmente cree que eso puede suceder y se esfuerza para que suceda...".<sup>83</sup> Para esta visión idealista, el constitucionalismo europeo generalmente ha encontrado su justificativo en la representación del Destino Histórico Europeo<sup>84</sup> de llegar a ser una unidad y que la integración europea es una responsabilidad moral relacionada con la historia que une a los países que integran la UE.<sup>85</sup>

Frente a estas dos posturas que interpretan al documento como un tratado o como una Constitución, encontramos una tercera, sostenida entre otros, por Joseph Weiler<sup>86</sup> y Jo Shaw,<sup>87</sup> quienes sostienen una postura intermedia entre las mencionadas precedentemente. Consideran que el Tratado Constitucional llevará a un nuevo orden legal constitucional supranacional, diferente a los existentes hasta el momento.

#### V. ¿ANTE EL SUPUESTO DE QUE NO SE OBTENGA LA UNANIMIDAD EN EL PROCESO DE RATIFICACIÓN DEL TRATADO CONSTITUCIONAL, PODEMOS CONSIDERARLO UNA RUPTURA DEL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA UE?

Antes de poder continuar con nuestro análisis, debemos recordar que tradicionalmente la idea de que los países redactan sus propias constituciones, se ha desarrollado por olas sucesivas de movimientos re-

<sup>83</sup> VAN GERMEN, "Book Review", publicado en *CML*, núm. 40 de 2003, p. 1281.

<sup>84</sup> Sobre este concepto, ver FISCHER, Joschka, "From Confederacy to Federation: Thoughts on the finality of European Integration", *What kind of constitution for what kind of polity*, de JOERGES, C., MENY, Y. y WEILER, J. H. H., del año 2000.

<sup>85</sup> HABERSMAS, Jungen, "Why Europe needs a constitution?", publicado en *New Left Review*, núm. 11 correspondiente a los meses de septiembre y octubre de 2001, p. 16.

<sup>86</sup> WEILER, Joseph J., *The Constitution of Europe*, Cambridge University Press, 1999.

<sup>87</sup> SHAW, Jo, "What happens if the Constitutional Treaty is not ratified?", *Boletín del European Policy Brief*, The Federal Trust, 6 de septiembre de 2004.

volucionarios o de guerras.<sup>88</sup> Esta es la primera vez que un grupo de países se une en forma pacífica y voluntaria, para aprobar una Constitución supranacional, que les otorgará personalidad jurídica propia, sin dejar de lado sus soberanías nacionales. Su originalidad se sostiene en la naturaleza dual del sistema propuesto: "Unión de los pueblos y la Unión de los Estados".<sup>89</sup>

Estamos frente a una innovación jurídica de enorme trascendencia fundacional. El solo hecho de conferir personalidad jurídica propia a una coalición de naciones y lograr que todas se unan bajo una misma Carta Magna, excede nuestra concepción jurídica actual.<sup>90</sup>

A fin de considerar de si el hecho de que no se obtenga la unanimidad en el proceso de ratificación del Tratado Constitucional puede ser considerado una ruptura del proceso de constitucionalización de la UE, debemos definir qué entendemos en este caso por "ruptura". Consideramos que podemos analizarla desde dos ópticas diferentes.

Por un lado, la ruptura o desintegración del proceso constitucional de la forma que se ha dado hasta la actualidad en el seno de la UE, en caso que no se obtenga la unanimidad necesaria como ha ocurrido en el caso de algunos de los tratados (Dinamarca con la ratificación del Tratado de Maastrich de 1992 y en Irlanda con el Tratado de Niza de 2002, en los cuales se debió recurrir a una segunda vuelta de referéndum dado que los primeros arrojaron resultados negativos). Como sostiene Andrew Duff, si varios países dicen "no" a la entrada en vigencia del texto constitucional, esto puede llevar a un fraccionamiento de la UE y por lo tanto a una crisis constitucional europea.<sup>91</sup>

Por otro lado, podemos pensar que estamos frente a una ruptura del proceso en sentido restringido, si por consecuencia de la falta de

<sup>88</sup> HAURIU, Andre, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Barcelona, 1971, Ariel, p. 97.

<sup>89</sup> GISCARD D'ESTAING, Valery, informe oral presentado al Consejo Europeo de Salónica, el 20 de junio de 2003.

<sup>90</sup> SILVA, Teresa Dolores, "Constitución de la UE: nuevo proceso de integración supranacional", ponencia presentada en el "Primer Seminario Italo-Argentino de Derecho Constitucional y Congreso Internacional sobre Descentralización del Poder en el Estado Contemporáneo", Córdoba, 3 al 6 de septiembre de 2003.

<sup>91</sup> DUFF, Andrew, artículo editorial, *Newsletter EU Constitution de The Federal Trust. For Education and Research*, julio de 2004, pp. 1 y 3.

unanimidad, algunos de los países miembros deciden apartarse de la UE (Tratado de Adhesión de Noruega, para ingresar a la UE, el cual luego fue rechazado por los ciudadanos noruegos por medio de un referéndum el 26 de septiembre de 1972). Más allá de que el proceso continúe para los Estados miembros que siguen perteneciendo a la UE, el alejamiento de algunos de los Estados miembros puede ocasionar una ruptura del proceso de integración y más profundamente, una ruptura en el *demos* europeo y en el *acquis communautaire*. Estos conceptos los desarrollaremos a continuación.

En el caso de la UE, la idea de ruptura también se desarrollaría de forma original, ya que en ningún caso estaría relacionada con la noción de ruptura-revolucionaria, ni con ruptura-institucional, sino una ruptura en los objetivos y la dirección comunitaria dentro de una etapa pre-constituyente (ya que el Tratado Constitucional necesita de la ratificación para su entrada en vigencia), que al mismo tiempo tiene una realidad constitucional previa a su entrada en vigencia (ya que los tratados de la UE, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la jurisprudencia nacional de cada país miembro y la armonización de los ordenamientos legales de los Estados miembros con los de la UE, vienen creando un orden constitucional de la UE previo al Tratado Constitucional). Quizás podríamos considerarla una ruptura ideológica,<sup>92</sup> que traería aparejada una crisis en el sistema de la UE.

Pero frente a estas alternativas, ante todo consideramos apropiado darle tiempo a la UE para adaptarse a los cambios que produce contar con un Tratado Constitucional, sin que ello se considere como la ruptura del sistema. El hecho de que el proceso de ratificación haya continuado luego del resultado desfavorable del referéndum en Francia y Holanda, y que luego el Tratado Constitucional haya sido ratificado por Letonia, Chipre, Malta, Luxemburgo, Bélgica y Estonia, es un claro ejemplo de ello. Asimismo, cabe mencionar que también Finlandia ha dado comienzo al proceso de ratificación parlamentaria de dicho Tratado.

<sup>92</sup> Entiendo el concepto "ideológico" como conjunto de ideas fundamentales que caracterizan la UE, su proceso de integración y constitucionalización.

### 1. El carácter intergubernamental de la toma de decisiones en el ámbito de la UE y el referéndum

La UE no es una organización internacional clásica, pero tampoco es un Estado, sino que podemos caracterizarla como una organización *sui generis*. Compuesta por tres modelos de gobierno: el internacional o intergubernamental, el supranacional y el infranacional. En el ámbito internacional, los Estados son los jugadores clave y los gobiernos sus actores clave. La unión es el contexto donde los Estados y gobiernos interactúan. En el ámbito supranacional, los Estados son los jugadores privilegiados, la unión-comunidad no es sólo el marco principal, sino también el principal jugador compuesto por los gobiernos de los Estados y las instituciones de la comunidad.

En lo que respecta al Tratado Constitucional, su creación, modificación y negociación se centró dentro del marco del intergubernamentalismo, en cuyo ámbito no podríamos hablar de "ruptura" en caso de que no se obtenga la unanimidad requerida, ya que la esfera de competencia de las negociaciones estaría siempre englobada en el mismo ámbito. Inclusive, tampoco en lo que respecta a la ratificación por parte de los parlamentos nacionales, ya que de alguna manera la relación intergubernamental seguiría en juego. No obstante ello, atento a que varios de los países miembros han optado por ratificar el Tratado Constitucional por medio de referéndum, el carácter intergubernamental cede frente a la decisión popular y se cambian estratos de poder.

### 2. Demos Europeo

El concepto *demos* dentro del ámbito de la UE se refiere a la idea de la identidad europea, en el cual se sustenta el proceso de integración de la UE. Esta identidad, debe ser vista como una identidad constructiva y múltiple, que va produciendo cambios graduales en las identidades nacionales, ya que los ciudadanos de la UE no sólo tienen su identidad nacional, sino también la europea.<sup>93</sup> Esta idea de

<sup>93</sup> Podemos encontrar una postura contraria a la existencia del *demos europeo*, en la decisión del caso "Manfred Brunner vs. European Union Treaty" 2 Bur 2134/92 y 2159/

identidad múltiple europea, que se va gestando junto al proceso de integración, va allanando el camino del proceso de constitucionalización. En este sentido, Weiler define el *demos* europeo en términos de valores supranacionales.<sup>94</sup>

Este concepto está determinado por la historia y la cultura, que comparten los ciudadanos de los Estados miembros y por los valores comunes como resultado del proceso de integración. Como surge del preámbulo del Tratado de la CEE, del Tratado Constitucional y del artículo I del TEU, la UE se establece en una unión cada vez más cercana de personas, quienes van creando la identidad europea.

### 3. *Acquis Communautaire*

El *acquis communautaire* es el cuerpo legal de derecho europeo en su conjunto, el cual incluye los tratados, las regulaciones y directivas emanadas de las instituciones de la UE, así como también la jurisprudencia de la Corte de Justicia Europea. Fue incorporado a los tratados fundacionales de la UE, como un núcleo central constitucional del orden legal comunitario (artículos 2 y 3 del TEU, también aparece en las previsiones de cooperación del artículo 43 del TEU y en el protocolo de aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad).<sup>95</sup>

Este concepto juega un papel fundamental en el proceso de ampliación, ya que los países que desean ingresar a la UE, deben armonizar su ordenamiento legal con el *Acquis Communautaire*, asimilando de esta manera el cuerpo de normas, principios y decisiones políticas de la UE.<sup>96</sup> Ello así, la UE mantiene una coherencia en el sistema y asimismo permite la inclusión de nuevos miembros.

92, de fecha 12 de octubre de 1994, C.M.L. Rep.57. En este caso, se le otorgó absoluta prioridad a la identidad nacional.

<sup>94</sup> WEILER, Joseph J., *The Constitution of Europe*, Cambridge University Press, 1999, p. 346.

<sup>95</sup> WEATHERILL, S., "Safeguarding the *Acquis Communautaire*", *The European Union after Amsterdam. A legal analysis*, de HEUKELS, T., BLOKKER, R. y BRUS, M., La Haya, Kluwer Law Internacional, 1998, p. 153.

<sup>96</sup> GIALDINO, C., "Some reflections on the *Acquis Communautaire*", *Common Market Law Review*, 1995, pp. 1089-1121.

Las instituciones de la UE no sólo actúan con las limitaciones de poderes conferidas por los tratados, sino también con los límites determinados por los objetivos asignados por ellos mismos. Como ejemplo de ello, podemos citar el artículo 2 del TEU, que determina entre otros objetivos: i) promover el progreso económico y social de la UE, creando áreas sin fronteras internas, con una unión económica y monetaria y una moneda única; ii) una identidad europea a nivel internacional, implementada por medio de políticas exteriores y de seguridad, a fin de lograr una defensa común; iii) reasegurar la protección de los derechos humanos y el interés de las naciones de introducir la ciudadanía de la UE, etcétera. Estos objetivos se llevan a cabo por medio de políticas y acciones comunes en diferentes áreas donde la integración necesita ser complementada. Estos progresos económicos y sociales son un ejemplo sintetizado de los objetivos generales de la UE, los que a su vez determinan importantes aspectos de su carácter supranacional.

De este modo el *acquis communautaire* comprende el cuerpo de normas y los principios fundamentales derivados de ellas que deben ser respetados dentro del ámbito de la UE, como un concepto dinámico que contiene y envuelve los principios, valores y objetivos que marcan las aspiraciones fundacionales de la UE. De esta manera el *acquis* es comunitario en tanto que expresa el deseo comunitario de integración. Desde esta perspectiva, comunitario se entiende no como una determinación geográfica o legal, sino como un principio fundacional o como una razón fundamental de su existencia.<sup>97</sup> De lo cual surge la visión de la Constitución de la UE, como un proceso de acomodación gradual de varios intereses en una unión cada vez más unida, gobernada por principios, objetivos y valores que deben ser respetados por sus miembros.<sup>98</sup>

Estos dos conceptos descritos precedentemente, comprenden la estructura sobre la cual se ha ido construyendo la UE, tanto desde el

<sup>97</sup> Para profundizar el tema, ver BROEDKMAN, J., *A Philosophy of European Union Law*, Leuven.

<sup>98</sup> Con relación a este tema ver entre otros, VERHOEVEN, Amaryllis, *The European Union in Search of a Democratic and Constitutional Theory*, La Haya, Kluwer Law International, 2002, p. 147.

punto de vista sociológico, político, económico, así como desde el legal, dentro del cual encontramos el derecho constitucional. Es por ello que los hemos incluido en el análisis del concepto de posible ruptura, ya que si no se logra ratificar el Tratado Constitucional por unanimidad, las consecuencias del mismo van a poder repercutir tanto en el *demos* como en el *acquis communautaire*.

## VI. CONCLUSIÓN

El proceso de integración europea se basa en el deseo comunitario de la unión de pueblos (*demos*) y Estados, así como en el respeto y cumplimiento de su estructura legal (*acquis communautaire*). Este proceso, necesita la ratificación del Tratado Constitucional, para darle personería jurídica propia a la UE; simplificar la compleja estructura legal existente y mejorar el sistema democrático comunitario (otorgándole mayor participación al PE; la implementación de sesiones públicas del Consejo cuando actúe en su función legislativa; un papel más relevante para los parlamentos nacionales ejerciendo el control del principio de subsidiariedad; reducción del derecho de veto en la toma de decisiones en el ámbito institucional). Partiendo de estos preceptos (el *demos* y el *acquis communautaire*), podemos considerar que existe la posibilidad de ruptura total o parcial del proceso de constitucionalización de la UE, en caso que no se obtenga la ratificación por unanimidad de los Estados miembros, ya que ello podría implicar una crisis en los objetivos del proceso de integración si algunos de los países miembros deciden alejarse de la UE o el proceso de constitucionalización se paraliza por la falta de ratificación.

Asimismo se podría sostener en este caso, que basándonos en la declaración núm. 30 anexa al Tratado Constitucional, que la ratificación o no del Tratado Constitucional volvería a estar dentro del ámbito intergubernamental y que el Consejo Europeo podría resolver la cuestión ratificando el Tratado Constitucional si éste ha sido previamente ratificado por cuatro quintas partes de los Estados miembros. Es decir, que el Tratado Constitucional podría ser ratificado por el Consejo Europeo pese a que cinco Estados miembros se hayan opuesto (lo que implica que el Tratado Constitucional debe haber sido ratificado por 20 Estados).

No obstante ello, no debemos olvidar que el texto constitucional no define qué competencias y funciones tendrá el Consejo Europeo para afrontar el problema. De mantenerse esta postura, ¿qué pasará con la decisión popular de aquellos países que no aceptaron el Tratado Constitucional? ¿El Tratado Constitucional tendrá validez legal y sería obligatorio en aquellos países que no lo aceptaron ya que fue ratificado por el Consejo Europeo? Con lo cual el tema de la ruptura no deja de tener vigencia, como una alternativa posible.

Desde sus comienzos, la Unión Europea (UE) surgió como una organización internacional, a partir de la *unión entre los pueblos de Europa*, instrumentada por medio de tratados internacionales celebrados entre los Estados miembros.<sup>99</sup> Estos Estados soberanos y democráticos, voluntariamente delegaron el ejercicio parcial de sus derechos soberanos, pero no sus soberanías en sí mismas.<sup>100</sup> La finalidad de ello ha sido establecer un ordenamiento supranacional, por el cual, los Estados miembros limitaron sus soberanías a un campo determinado, creando un cuerpo normativo que obliga tanto a las naciones como a la UE,<sup>101</sup> otorgándole de esta manera cierta peculiaridad al sistema.

Asimismo, consideramos oportuno mencionar, que la tendencia de la UE a ampliarse, es un proceso estructural. Es la consecuencia necesaria del proceso de integración instaurado desde la firma del Tratado de Maastricht de 1992, como búsqueda de la perfección de la UE.<sup>102</sup> Tanto el Tratado de la Unión Europea y el Tratado que estableció la Comunidad Europea hicieron referencia expresa en sus preámbulos, al proceso de ampliación de la UE. De esta manera, se dio origen a una comunidad con una duración ilimitada, compuesta por sus propias instituciones. Asimismo, la evolución de la integra-

<sup>99</sup> MANCINI, G. F., *Democracy and Constitutionalism in the European Union*, Oxford Portland Oregon, 2000, p. 1.

<sup>100</sup> SADURSKI, Wojciech, "Constitutionalization of the EU and the sovereignty concerns of the new accession states: The role of the Charter of Rights", EU1 working papers law No. 2003/11, Department of Law, European University Institute, Florencia, p. 18.

<sup>101</sup> WITTE, Bruno de, "The Impact of Enlargement on the Constitution of the European Union", *The Enlargement of the European Union*, Oxford University Press, 2003.

<sup>102</sup> RUBIO LLORENTE, Francisco, "El constitucionalismo de los Estados integrado de Europa", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 48, Madrid, 1996.

ción europea se caracteriza por la interacción entre varios procesos. Por un lado la creación y mejoras en sus instituciones y por otro lado las ampliaciones. Como producto de estos procesos, surgió la necesidad de crear una Constitución con la finalidad de otorgarle personería jurídica a la UE<sup>103</sup> y organizar los instrumentos legales existentes, a fin de fortalecer la estructura legal europea ante el proceso de ampliación de la UE. Pero estos sucesos no son coincidencias, ya que podemos considerar que la ampliación de la UE ha sido una de las razones de mayor influencia, para que se produzca la constitucionalización de la UE. Como manifestó Bruno de Witte: "...la ampliación fue la que armó la agenda constitucional de la Unión Europea...".<sup>104</sup>

Es por ello, que los contratiempos que están surgiendo durante el proceso de ratificación del Tratado Constitucional, repercuten en el proceso de integración de la UE. Cabe destacar que tanto en Francia como en Holanda, uno de los temas de mayor descontento entre el electorado ha sido la posibilidad de que Turquía ingrese a la UE y por otro lado, la inestabilidad económica de sus países frente a la ampliación que se realizó en mayo de 2004.<sup>105</sup>

Asimismo, no podemos dejar de mencionar que dentro del proceso de integración europea no es la primera vez que surgen obstáculos similares al de la ratificación del Tratado Constitucional y que justamente la superación de éstos ha fortalecido el sistema. La pri-

<sup>103</sup> Como surge del informe CONV 305/02 del Presidente del Grupo III "Personería Jurídica" de la Convención Europea, de fecha 1/10/02, p. 6: "...La atribución explícita de una personalidad jurídica de la Unión refuerza su notoriedad en el mundo. De esta manera, se convierte en sujeto de derecho internacional, junto a los Estados miembros y sin perjudicar el propio carácter de sujetos de derecho internacional de éstos. Con ello la Unión podrá servirse del conjunto de medios de acción internacional y asumir su propia responsabilidad internacional...La atribución explícita de la personalidad jurídica única de la Unión no conlleva en sí ninguna modificación del reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros, ni sobre el reparto de competencias entre la Unión y las Comunidades actuales...".

<sup>104</sup> WITTE, Bruno de, "The Impact of Enlargement on the Constitution of the European Union", *The Enlargement of the European Union*, Oxford University Press, 2003, pp. 209-228.

<sup>105</sup> BRENDAN, Donnelly y MARKUS, Wagner, "What do French Voters want from the European Constitution", publicado en el reporte del 26 de abril de 2005, del grupo de estudio *European Policy Brief* perteneciente a la organización *The Federal Trust. For Education and Research*.

mera crisis que se presentó en un procedimiento de ratificación de tratados, fue en relación a la creación de la Comunidad Europea de Defensa en 1954, donde la Asamblea General Francesa se opuso a su entrada en vigencia. En este caso, el Tratado fue dejado sin efecto, pero éste dio lugar al Tratado de Roma de 1957 que estableció la Comunidad Económica Europea y ha sido uno de los pilares de la estructura y la integración europea.<sup>106</sup> La segunda y tercera crisis que se plantearon, tuvieron lugar durante el proceso de ratificación del Tratado de Maastricht de 1992 en Dinamarca y del Tratado de Niza de 2002 en Irlanda. En ambos casos el primer referéndum arrojó resultados desfavorables y luego de un segundo referéndum dichos tratados entraron en vigencia.<sup>107</sup>

Desde sus comienzos, el sistema comunitario ha evolucionado a través de pequeños pasos marcados por intentos fallidos, que han dado lugar a grandes cambios y mejoras. Entre otros, tal es el caso del *Informe Davignon*, adoptado por los ministros de Asuntos Exteriores en octubre de 1970, que constituyó la base de la Comunidad Económica Europea hasta la entrada en vigencia del Acta Única Europea; o el informe presentado por los ministros de Asuntos Exteriores de Alemania e Italia en el Consejo Europeo de Londres de 1981 que sirvió de base para la "Declaración Solemne sobre la Unión Europea", adoptada el 19 de junio de 1983; o el proyecto constitucional de Altiero Spinelli de febrero de 1984, que preveía una modificación de los tratados vigentes, el cual ha sido un precedente directo del actual Tratado Constitucional.

<sup>106</sup> Recordemos que esta no ha sido la primera vez que Francia ha ejercido actos de presión política para la prosecución de fines determinados. En agosto de 1964, cuando se debía afrontar la tercera etapa de la transición para la creación del mercado común, así como cambiar las modalidades de votación en el seno del Consejo (pasando de la unanimidad a la mayoría calificada en determinados temas). La posición francesa, produjo una crisis política de gran trascendencia entre los Estados en el Consejo Europeo, que llevó a Francia a dejar de participar en las reuniones comunitarias de mayor importancia (política de la silla vacía). Para volver exigió un acuerdo político sobre la función de la Comisión y la votación mayoritaria, que también implicaba una revisión del sistema de los tratados.

<sup>107</sup> SILVA, Teresa Dolores, "Ratificación constitucional por parte de Alemania, Austria y Letonia. Consecuencias y alternativas que se plantean a partir del resultado desfavorable del referéndum constitucional en Francia y Holanda", publicado en el Suplemento de Derecho Constitucional de *El Derecho*, 27 de julio de 2005.

Por lo expuesto, consideramos apropiado darle tiempo a la UE para adaptarse a los cambios que produce contar con un Tratado Constitucional. La historia comunitaria europea ha demostrado que frente a la diversidad y a las crisis, ellos encuentran la forma de unirse y crecer. Quizás este proyecto de constitucionalización tome más tiempo que el previsto o el tiempo le dé una forma diferente, pero es claro que esta piedra en su camino no es la ruptura de un sistema que lleva más de cincuenta años. Como dijo el presidente de la UE en 2004: "...No debemos olvidar nunca que: De la guerra hemos creado paz. Del odio hemos creado respeto... Estos valiosos logros no se consiguieron sin esfuerzo. Europa ha sufrido terriblemente de la tiranía y la guerra... Pero la destrucción, la división y el dolor han inspirado la búsqueda de una fórmula mejor. Y esta fórmula ha conducido a la creación de la Unión Europea... Nuestra Unión Europea es verdaderamente única. No puede compararse con nada de lo que la haya precedido... Nuestros Estados-nación son democracias fuertes. Nos hemos unido libremente. Actuamos unos con otros en cooperación y solidaridad... La ampliación de hoy es el mejor testimonio del éxito que representa la Unión Europea".<sup>108</sup>

<sup>108</sup> Discurso de la presidencia irlandesa titulado: "Declaración para una jornada de bienvenidas", con motivo de la incorporación de 10 nuevos países a la UE. Dublín, 1o. de mayo de 2004.

El objeto de este trabajo es el análisis, tanto del proceso normativo como de las normas que reconocen los derechos de los pueblos indígenas en México. Este análisis lo hacemos teniendo como base los Acuerdos de San Andrés y desde la perspectiva de la sociología jurídica de Pierre Bourdieu.

El hecho de que, hoy en México, los derechos de los indios sean abordados, por fin, con preocupación y seriedad, es consecuencia de la presión que ha ejercido la rebelión de Chiapas. Y es que la insurrección del Ejército Zapatista de Liberación Nacional, del 10. de enero de 1994, dejó al descubierto muchas deficiencias de nuestro sistema social, político y económico, e incluso ha revelado una carencia ética fundamental de la sociedad mexicana dominante, la criolla y mestiza, para relacionarse con el *otro*, con el indio. Desde nuestro punto de vista, podemos decir que el movimiento insurreccional

El hecho de que, hoy en México, los derechos de los indios sean abordados, por fin, con preocupación y seriedad, es consecuencia de la presión que ha ejercido la rebelión de Chiapas. Y es que la insurrección del Ejército Zapatista de Liberación Nacional, del 10. de enero de 1994, dejó al descubierto muchas deficiencias de nuestro sistema social, político y económico, e incluso ha revelado una carencia ética fundamental de la sociedad mexicana dominante, la criolla y mestiza, para relacionarse con el *otro*, con el indio. Desde nuestro punto de vista, podemos decir que el movimiento insurreccional

El objeto de este trabajo es el análisis, tanto del proceso normativo como de las normas que reconocen los derechos de los pueblos indígenas en México. Este análisis lo hacemos teniendo como base los Acuerdos de San Andrés y desde la perspectiva de la sociología jurídica de Pierre Bourdieu.

## LOS ACUERDOS DE SAN ANDRÉS: EL DERECHO DE DECIR EL DERECHO

Jesús Antonio DE LA TORRE RANGEL

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los Acuerdos de San Andrés*. III. *La Iniciativa de Reforma Constitucional de la Cocopa*. IV. *Los pueblos indígenas como sujeto de derechos y de derecho*. V. *Aspectos generales y comentarios a la Iniciativa de Reforma Constitucional de la Cocopa*. VI. *Congreso de Nurio y Marcha Zapatista*. VII. *Sentido de la Reforma Constitucional*. VIII. *Rechazo a la Reforma en materia indígena*. IX. *Análisis de la Reforma Constitucional en materia indígena*. X. *Vivir la autonomía: dos ejemplos*. XI. *La sobrevivencia de los Acuerdos de San Andrés*. XII. *El derecho de decir el derecho*.

### I. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo es el análisis, tanto del proceso normativo como de las normas que reconocen los derechos de los pueblos indígenas en México. Este análisis lo hacemos teniendo como base los Acuerdos de San Andrés y desde la perspectiva de la sociología jurídica de Pierre Bourdieu.

El hecho de que, hoy en México, los derechos de los indios sean abordados, por fin, con preocupación y seriedad, es consecuencia de la presión que ha ejercido la rebelión de Chiapas. Y es que la insurrección del Ejército Zapatista de Liberación Nacional, del 10. de enero de 1994, dejó al descubierto muchas deficiencias de nuestro sistema social, político y económico, e incluso ha revelado una carencia ética fundamental de la sociedad mexicana dominante, la criolla y mestiza, para relacionarse con el *otro*, con el indio. Desde nuestro punto de vista, podemos decir que el movimiento insurreccional

chiapaneco, al cuestionar la organización toda de nuestra convivencia, ha implicado un fuerte sacudimiento de toda la juridicidad.<sup>1</sup>

Esta incapacidad ética para reconocer al *otro* como *otro*, nos impide ver, también, por un lado la violación sistemática —por sistema— de que son objeto los derechos de los indios, y por otro lado su capacidad para cuestionar nuestro modo de vida, aun cuando sea con el muy cuestionable camino de las armas. Nos ha tomado por sorpresa aquello que no supimos ver que venía: las condiciones de hambre y miseria de nuestras comunidades indias a la par de su toma de conciencia en cuanto a sus derechos más elementales, tenían que producir una insurrección.

Las condiciones de vida de los pueblos indios nos muestran, al desnudo, *la ausencia de todo derecho*, quiero decir la nulidad de todo ejercicio real y eficaz de los derechos humanos básicos o elementales, la impracticabilidad de la justicia y la total ineficacia de nuestra normatividad o derecho objetivo en cuanto a sus pretensiones de postular derechos y fundar relaciones justas entre los hombres.

La dura realidad del indio mexicano en general, y del chiapaneco en particular, constituye la negación misma del *derecho a la vida digna*, expresión que bien puede sintetizar todos los derechos humanos. Esto en virtud de que las condiciones de vida —¿o habrá que decir de muerte?— a que han sido llevados los pueblos indios mexicanos, son en sí mismas negadoras de lo que Joaquín Herrera llama *el derecho a tener derechos*, “como ‘contenido esencial’ de los derechos humanos”, ya que “constituye el núcleo del valor de la *dignidad humana*”.<sup>2</sup>

Entendemos el derecho, la juridicidad, como un fenómeno social complejo, que no se agota en las leyes o normas legales, que es el sentido más usual que se da al término “Derecho”. El fenómeno jurídico, el mundo del derecho, está formado, también, por los derechos subjetivos o facultades de las personas o grupos sociales que consti-

<sup>1</sup> Cfr. DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, “Puntos para el diálogo. La insurrección del EZLN y la juridicidad”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 18, Escuela Libre de Derecho, México, 1994.

<sup>2</sup> HERRERA FLORES, Joaquín, *Los derechos humanos desde la Escuela de Budapest*, Tecno, Madrid, 1989, p. 128.

tuyen propiamente los derechos humanos; por las ideas, aspiraciones y concretizaciones de justicia; y por el conocimiento sistemático del propio fenómeno jurídico, que constituye el objeto de la ciencia del derecho.

Hemos dicho que la insurrección del EZLN ha constituido un remezón de toda la juridicidad porque sus demandas, al juridizarse, son reclamos que implican desde las condiciones necesarias para *el derecho a tener derechos* hasta desenvolverse en un largo catálogo de los mismos. Las necesidades expresadas se juridizan, se traducen al mundo jurídico, y constituyen así exigencia de reconocimiento y respeto de derechos.

Veamos el pliego de demandas presentado por la representación del Ejército Zapatista de Liberación Nacional en la mesa del diálogo en las llamadas *Jornadas por la paz y la reconciliación* en Chiapas, celebrada en San Cristóbal de Las Casas a fines de febrero y los primeros días de marzo de 1994.

Las demandas decimaquinta y decimacuarta son básicas, van en el sentido de poner las condiciones para ejercer *el derecho a tener derechos*; y son radicales, además, porque su atención conlleva el corregir nuestra relación social fundante, va a la raíz ética de nuestra relación con el *otro*, con el indio, que implica primero no negarlo sino reconocerlo. *La raíz de todo derecho es el reconocimiento de la dignidad del otro como otro*. La formulación de esas demandas es muy simple, pero de radicales repercusiones para la ética, el derecho y la sociedad.

15. Ya no queremos seguir siendo objeto de discriminación y desprecio que hemos venido sufriendo desde siempre los indígenas.

14. Que se respeten nuestros derechos y dignidad como pueblos indígenas tomando en cuenta nuestra cultura y tradición.

## II. LOS ACUERDOS DE SAN ANDRÉS

Con fundamento en la *Ley para el Diálogo, la Conciliación y la Paz Digna en Chiapas*, que tiene por objeto precisamente lo que enuncia su título, comenzaron a desarrollarse las mesas de diálogo de San Andrés *Sacamch'en* entre el Ejército Zapatista de Liberación Nacio-

nal (EZLN) y el gobierno federal. Y si bien el diálogo se interrumpió, la primera mesa, sobre Derechos y Cultura Indígena, sí se concluyó y produjo varios documentos suscritos el 16 de febrero de 1996. En primer lugar, un Informe por medio del cual las partes comunican conjuntamente que han concluido las negociaciones en materia de derechos y cultura indígena, y señalan el acuerdo a que han llegado sobre diversos documentos y acciones que llevarán a cabo. El segundo documento lo denominan *Acuerdo* y en él se manifiesta la aceptación de tres documentos por las partes: un *Pronunciamiento*, unas *Propuestas* y unos *Compromisos*.<sup>3</sup> Veamos los aspectos más importantes de estos documentos de *Acuerdo* o *Acuerdos*.

El primer documento acordado, convenido por las partes, es entonces el *Pronunciamiento conjunto que el gobierno federal y el EZLN enviarán a las instancias de debate y decisión nacional*. Su primera parte se denomina "Contexto de la nueva relación"; en la misma se reconoce "a los pueblos indígenas como nuevos sujetos de derecho",<sup>4</sup> basándose en su origen histórico, en sus demandas, en la naturaleza pluricultural de la nación mexicana y en lo mandado por el *Convenio 169* de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), suscrito y ratificado por el Estado mexicano, y por lo tanto normatividad obligatoria de acuerdo con lo mandado por el artículo 133 constitucional. Este acuerdo es muy importante por sus alcances jurídicos, pues como señala Cossío: "El sujeto histórico, social y político de las reivindicaciones indígenas pasó de ser un ente individual a uno colectivo y, por ende, a partir del último es como deben entenderse las negociaciones de San Andrés, sus resultados y las soluciones jurídicas".<sup>5</sup>

La segunda parte de este documento se titula "Compromisos del gobierno federal con los pueblos indígenas", y comienza diciendo: "Las responsabilidades que el gobierno federal asume como compromisos que el Estado mexicano debe cumplir con los pueblos indígenas en su nueva relación son", y a continuación enuncia y establece

<sup>3</sup> Cfr. *Acuerdos sobre derechos y cultura indígena*, Ed. Frente Zapatista de Liberación Nacional, México, 1997, pp. 1-3.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>5</sup> COSSÍO D., José Ramón, "Análisis jurídico de los Acuerdos de San Andrés Larráinzar", en *Folios de Este País, Este País. Tendencias y opiniones*, núm. 86, México, mayo, 1998, p. 5.

el claro contenido de esas obligaciones gubernamentales. Son en número de ocho y están constituidas del tenor siguiente:

1. *Reconocer a los pueblos indígenas en la Constitución general*. Se trata de un compromiso que implica que: "El Estado debe promover el reconocimiento, como garantía constitucional, del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas", el cual "se ejercerá en un marco constitucional de autonomía asegurando la unidad nacional. Podrán, en consecuencia, decidir su forma de gobierno interna y sus maneras de organizarse política, social, económica y culturalmente".<sup>6</sup>
2. *Ampliar participación y representación políticas*. El Estado cumplirá con esta obligación impulsando "cambios jurídicos y legislativos que amplíen la participación y representación políticas local y nacional de los pueblos indígenas" y esto, entre otras cosas, debe llevar "al reconocimiento de derechos políticos, económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas...".<sup>7</sup>

El compromiso 3 lo escribimos completo, por tratarse de una materia estrictamente jurídica:

3. *Garantizar acceso pleno a la justicia*. El Estado debe garantizar el acceso pleno de los pueblos a la jurisdicción del Estado mexicano, con reconocimiento y respeto a especificidades culturales y a sus sistemas normativos internos, garantizando el pleno respeto a los derechos humanos. Promoverá que el derecho positivo mexicano reconozca las autoridades, normas y procedimientos de resolución de conflictos internos a los pueblos y comunidades indígenas, para aplicar justicia sobre la base de sus sistemas normativos internos, y que mediante procedimientos simples, sus juicios y decisiones sean convalidados por las autoridades jurisdiccionales del Estado.<sup>8</sup>

De los cinco compromisos restantes establecemos los enunciados solamente: 4. Promover las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas; 5. Asegurar educación y capacitación; 6. Garantizar la satisfacción de necesidades básicas; 7. Impulsar la producción y el empleo; y 8. Proteger a los indígenas migrantes.

<sup>6</sup> *Acuerdos*, op. cit., p. 6.

<sup>7</sup> *Idem*.

<sup>8</sup> *Idem*.

La tercera parte trata de los "Principios de la nueva Relación", en donde el gobierno federal hace el compromiso de asumir y acatar los Principios que deben normar la acción del Estado en su nueva relación con los pueblos indígenas. Estos Principios son:

1. *Pluralismo*. Implica "el respeto a sus diferencias, bajo el supuesto de su igualdad fundamental", por lo que "será necesario avanzar hacia la conformación de un orden jurídico nutrido por la pluriculturalidad, que relaje el diálogo intercultural, con normas comunes para todos los mexicanos y respeto a los sistemas normativos internos de los pueblos indígenas".<sup>9</sup>

2. *Sustentabilidad*. Implica asegurar "la perduración de la naturaleza y la cultura".<sup>10</sup> En este punto hay remisión a lo normado por el *Convenio 169* de la OIT, que implica, dado el caso, el derecho de los pueblos y comunidades indígenas "a recibir la indemnización correspondiente cuando la explotación de los recursos naturales que el Estado realice ocasione daños en su hábitat que vulneren su reproducción cultural".<sup>11</sup>

El tercer principio textualmente se establece así:

3. *Integridad*. El Estado debe impulsar la acción íntegra y concurrente de las instituciones y niveles de gobierno que inciden en la vida de los pueblos indígenas, evitando las prácticas parciales que reaccionen las políticas públicas. Debe, asimismo, propiciar el manejo honesto y transparente de los recursos públicos destinados al desarrollo de los pueblos indígenas, a través de una mayor participación indígena en la toma de decisiones y en la contraloría social del gasto público.<sup>12</sup>

La primera parte del cuarto principio se establece de este modo:

4. *Participación*. El Estado debe favorecer que la acción institucional impulse la participación de los pueblos y comunidades indígenas y respete sus formas de organización interna, para alcanzar el propósito de fortalecer su capacidad de ser los actores decisivos de su propio desarrollo.<sup>13</sup>

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>10</sup> *Idem*.

<sup>11</sup> *Idem*.

<sup>12</sup> *Idem*.

<sup>13</sup> *Idem*.

Por último, el quinto principio, de *Libre determinación* lo transcribimos íntegramente por ser el más directamente relacionado con el reclamo del derecho a la autonomía:

5. *Libre determinación*. El Estado respetará el ejercicio de la libre determinación de los pueblos indígenas en cada uno de los ámbitos y niveles en que harán valer y practicarán su autonomía diferenciada, sin menoscabo de la soberanía nacional y dentro del nuevo marco normativo para los pueblos indígenas. Esto implica respetar sus identidades, culturas y formas de organización social. Respetará, asimismo, las capacidades de los pueblos y comunidades indígenas para determinar sus propios desarrollos. Y en tanto se respeten el interés nacional y público, los distintos niveles de gobierno e instituciones del Estado mexicano no intervendrán unilateralmente en los asuntos y decisiones de los pueblos y comunidades indígenas, en sus organizaciones y formas de representación, y en sus estrategias vigentes de aprovechamiento de los recursos naturales.<sup>14</sup>

La cuarta parte se refiere al "nuevo marco jurídico", que se hace necesario por el establecimiento de la nueva relación entre los pueblos indígenas y el Estado que debe implicar a la federación (ámbito nacional) y a las entidades federativas; por lo que el gobierno federal se compromete a diversas acciones.

La número 1: "El reconocimiento en la Constitución Política nacional de demandas indígenas que deben quedar consagradas como derechos legítimos".<sup>15</sup> Y son:

- a) *Derechos políticos*. Para fortalecer su representación política y su participación en las legislaturas y en el gobierno, con respeto a sus tradiciones y para garantizar la vigencia de sus formas propias de gobierno interno.
- b) *Derechos de jurisdicción*. Para que se acepten sus propios procedimientos para designar sus autoridades y sus sistemas normativos para la resolución de conflictos internos, con respeto a los derechos humanos.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>15</sup> *Idem*.

- c) *Derechos sociales*. Para que garanticen sus formas de organización social, la satisfacción de sus necesidades humanas fundamentales y sus instituciones internas.
- d) *Derechos económicos*. Para que se desarrollen sus esquemas y alternativas de organización para el trabajo y de mejora de la eficiencia de la producción.
- e) *Derechos culturales*. Para que desarrollen su creatividad y diversidad cultural y la persistencia de sus identidades.<sup>16</sup>

La número 2 de las acciones es muy importante, pues implica: "El reconocimiento en la legislación nacional de las comunidades como entidades de derecho público, el derecho a asociarse libremente en municipios con población mayoritariamente indígena, así como el derecho de varios municipios para asociarse, a fin de coordinar sus acciones como pueblos indígenas".<sup>17</sup> Su importancia radica en que está haciendo un total reconocimiento de comunidades y pueblos como sujetos plenos de derecho y de derechos, y permite la posibilidad de que a partir del ejercicio jurídico de las comunidades, como *entidades de derecho público*, los pueblos puedan irse reconstituyendo y fortaleciendo.

La tercera acción se formula así: el reconocimiento de que en las legislaciones de los estados de la República deben quedar establecidas las características de libre determinación y autonomía que mejor expresen las situaciones y aspiraciones diversas y legítimas de los pueblos indígenas.

En la determinación del marco jurídico y en la definición de las particularidades de la nueva relación del Estado con los indígenas, el Poder Legislativo será decisivo. El gobierno federal propondrá al Congreso de la Unión que establezca un nuevo marco jurídico nacional para los pueblos indígenas, y a los congresos de los estados que consagren legalmente las especificidades que mejor reflejen las diversas situaciones y aspiraciones de los pueblos indígenas del país.<sup>18</sup>

La acción 4 establece qué artículos de la Constitución de la República deben reformarse; la acción 5 se refiere a otras disposiciones

<sup>16</sup> *Ibidem*, pp. 9 y 10.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>18</sup> *Idem*.

jurídicas normativas que deben adoptarse; y la 6 establece los elementos que las legislaturas de los estados deben tomar en cuenta al reformarse adoptando la nueva relación con los pueblos indígenas. El documento de *Compromisos* termina con esta Conclusión.

El conflicto que se inició el 1o. de enero de 1994 en Chiapas produjo en la sociedad mexicana el sentimiento de que es necesario una nueva relación del Estado y la sociedad con los pueblos indígenas del país.

El gobierno federal asume el compromiso de construir, con los diferentes sectores de la sociedad y en un nuevo federalismo, un nuevo pacto social que modifique de raíz las relaciones sociales, políticas, económicas y culturales con los pueblos indígenas. El pacto debe erradicar las formas cotidianas y de vida pública que generan y reproducen la subordinación, desigualdad y discriminación, y debe hacer efectivos los derechos y garantías que les corresponden: derecho a su diferencia cultural, derecho a su hábitat; uso y disfrute del territorio conforme al artículo 13.2 del Convenio 169 de la OIT, derecho a su autogestión política comunitaria; derecho al desarrollo de su cultura, derecho a sus sistemas de producción tradicionales, derecho a la gestión y ejecución de sus propios proyectos de desarrollo.

La nueva relación entre el Estado mexicano y los pueblos indígenas se basa en el respeto a la diferencia, en el reconocimiento de las identidades indígenas como componentes intrínsecos de nuestra nacionalidad, y en la aceptación de sus particularidades como elementos básicos consustanciales a nuestro orden jurídico, basado en la pluriculturalidad.

La nueva relación entre los pueblos indígenas y el Estado mexicano debe garantizar inclusión, diálogo permanente y consensos para el desarrollo de todos sus aspectos. No serán, ni la unilateralidad ni la subestimación sobre las capacidades indígenas para construir su futuro las que definan las políticas del Estado. Todo lo contrario, serán los indígenas quienes, dentro del marco constitucional y en el ejercicio pleno de sus derechos, decidan los medios y formas en que habrán de conducir sus propios procesos de transformación.<sup>19</sup>

<sup>19</sup> *Ibidem*, pp. 11 y 12.

Otro documento de *Acuerdo* se titula *Propuestas conjuntas que el gobierno federal y el EZLN se comprometen a enviar a las instancias de debate y decisión nacional, correspondientes al Punto 1.4 de las reglas de procedimiento*. En éste, en realidad, se recogen del *Pro-nunciamento*, sobre todo los *Compromisos del Gobierno Federal* y se establecen como *Propuestas conjuntas* de las partes. Se trata, pues, de la misma materia antes acordada, consensada, pero ahora reformulada. Sin embargo, queremos destacar el modo en que se reconoce a los pueblos el derecho al territorio, que está implicado en su autonomía y libre determinación. Lo destacamos por la amplitud y claridad de su reconocimiento, y porque, precisamente, será uno de los puntos por los cuales los pueblos indígenas posteriormente argumentarán incumplimiento de los Acuerdos de San Andrés.

Se propone al Congreso de la Unión y a las legislaturas de los estados de la República reconocer y establecer las características de libre determinación y los niveles y modalidades de autonomía, tomando en cuenta que ésta implica:

a) Territorio. Todo pueblo indígena se asienta en un territorio que cubre la totalidad del hábitat que los pueblos indígenas ocupan o utilizan de alguna manera. El territorio es la base material de su reproducción como pueblo y expresa la unidad indisoluble hombre-tierra-naturaleza.

También resaltamos de este tercer documento de Acuerdo, la adopción de los Principios que deben normar la nueva relación entre los pueblos indígenas y el Estado y el resto de la sociedad, que son los señalados en la tercera parte del Acuerdo de "Compromisos", con una variante, en lugar del principio de *integralidad*, se establece el de *consulta y acuerdo* en estos términos:

*Consulta y acuerdo*. Las políticas, leyes, programas y acciones públicas que tengan relación con los pueblos indígenas serán consultadas con ellos. El Estado deberá impulsar la integridad y concurrencia de todas las instituciones y niveles de gobierno que inciden en la vida de los pueblos indígenas, evitando las prácticas parciales que fraccionen las políticas públicas. Para asegurar que su acción corresponda a las características diferenciadas de los diversos pueblos indígenas y evitar la imposición de políticas y programas uniformadores,

deberá garantizarse su participación en todas las fases de la acción pública, incluyendo su concepción, planeación y evaluación.<sup>20</sup>

Muy importante, también, es como se propone el reconocimiento de la *autonomía indígena*, con los "derechos que son objeto de la misma":

Se propone al Congreso de la Unión y a las legislaturas de los estados de la República que, en el reconocimiento de la autonomía indígena y para la determinación de sus niveles, tomen en consideración los principales derechos que son objeto de la misma, estableciendo las modalidades que se requieran para asegurar su libre ejercicio. Entre dichos derechos podrían destacar los siguientes:

- a) Ejercer el derecho a desarrollar sus formas específicas de organización social, cultural, política y económica.
- b) Obtener el reconocimiento de sus sistemas normativos internos para la regulación y sanción, en tanto no sean contrarios a las garantías constitucionales y a los derechos humanos, en particular de las mujeres.
- c) Acceder de mejor manera a la jurisdicción del Estado.
- d) Acceder de manera colectiva al uso y disfrute de sus recursos naturales salvo aquellos cuyo dominio directo corresponda a la nación.
- e) Promover el desarrollo de los diversos componentes de su identidad y patrimonio cultural.
- f) Interactuar en los diferentes niveles de representación política, de gobierno y de administración de justicia.
- g) Concertar con otras comunidades de sus pueblos o de otros, la unión de esfuerzos y coordinación de acciones para la optimización de sus recursos, el impulso de proyectos de desarrollo regional y en general para la promoción y defensa de sus intereses.
- h) Designar libremente a sus representantes, tanto comunitarios como en los órganos de gobierno municipal, y a sus autoridades como pueblos indígenas de conformidad con las instituciones y tradiciones propias de cada pueblo.
- i) Promover y desarrollar sus lenguas y culturas, así como sus costumbres y tradiciones tanto políticas como sociales, económicas, religiosas y culturales.<sup>21</sup>

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 15.

Termina este Acuerdo con el punto V que se titula "Reformas Constitucionales y Legales", y que trata precisamente de cómo deben ser las reformas a la Constitución. Esta parte, como todo este tercer documento, reitera lo acordado en los otros, respecto al establecimiento de una nueva relación entre los pueblos indígenas y el Estado, que lleva a la "edificación de un nuevo marco jurídico nacional y en las entidades federativas". Por lo que se debe legislar, entre otras cosas, "sobre la autonomía de las comunidades y pueblos indígenas para incluir el reconocimiento de las comunidades como entidades de derecho público"; legislar, también, "para que se garantice la protección a la integridad de las tierras de los grupos indígenas", siguiendo el concepto de integridad territorial contenido en el *Convenio 169* de OIT; y en materia de recursos naturales reglamentar que "se privilegie a las comunidades indígenas en el otorgamiento de concesiones para obtener los beneficios de la explotación y aprovechamiento de los recursos naturales".<sup>22</sup>

### III. LA INICIATIVA DE REFORMA CONSTITUCIONAL DE LA COCOPA

La Comisión de Concordia y Pacificación (Cocopa), creada por la propia Ley para el Diálogo, la Conciliación y la Paz Digna en Chiapas, integrada por miembros del Congreso de la Unión, presentó hacia fines de 1996 a la consideración del Ejecutivo un proyecto de reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la que se traducían legalmente los acuerdos que sobre la autonomía de los pueblos indígenas se había llegado en la primera mesa de San Andrés. El Ejecutivo, a cargo del presidente Ernesto Zedillo, respondió a la Cocopa haciéndole modificaciones a su proyecto, mismas que el EZLN consideró inaceptables por contravenir a lo acordado, no estando apegadas a la amplitud de la autonomía convenida para los pueblos indígenas, lo que implica, según ve el EZLN, un incumplimiento del gobierno federal.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 21.

Después de un largo silencio zapatista, éste fue roto con la V Declaración de la Selva Lacandona, de 17 de julio de 1998, en la que se reitera la necesidad de cumplir con los Acuerdos de San Andrés y se acepta como propuesta de reforma constitucional en relación con los derechos indígenas, la de la Cocopa: aunque no incorpora todos los Acuerdos de San Andrés... la iniciativa de ley elaborada por la Comisión de Concordia y Pacificación es una propuesta de ley que nace del proceso de negociación y, por tanto, está en el espíritu de darle continuidad y razón de ser al diálogo, es una base firme que puede abrir la solución pacífica del conflicto, se convierte en una importante ayuda para anular la guerra y preceder a la paz.<sup>23</sup> El jurista indígena Adelfo Regino escribe:

La tarea de la reconstitución —indígena— va aparejada con el reconocimiento en la Constitución y en las leyes mexicanas de los derechos indígenas que posibilitan una nueva relación entre el Estado y los pueblos indígenas. Y este reconocimiento debe partir incorporando al texto constitucional los Acuerdos de San Andrés, tal como lo plantea la iniciativa de la Cocopa, elaborada el 29 de noviembre de 1996.<sup>24</sup>

Ese proyecto de reforma constitucional nunca fue sometido a las instancias legislativas durante la presidencia de Zedillo.

Para aceptar y entender la autonomía de los pueblos indígenas, se requiere aceptar y entender también el pluralismo jurídico; esto contra el monismo jurídico, que entiende sólo como derecho a las leyes que da el gobierno y que concibe Estado y derecho como realidades unívocas, esto es que son así y no pueden ser de otro modo.

### IV. LOS PUEBLOS INDÍGENAS COMO SUJETO DE DERECHOS Y DE DERECHO

Como dijimos, el proyecto de reformas constitucionales de la Comisión de Concordia y Pacificación (Cocopa), no fue sometido a la con-

<sup>23</sup> EZLN, *Documentos y Comunicados* 4, Era, México, 2003, p. 231.

<sup>24</sup> REGINO MONTES, Adelfo, "Congreso Nacional Indígena", *La Jornada*, México, 9 de octubre de 1998.

sideración del Constituyente Permanente, por la administración del presidente Zedillo. Por otro lado, el 12 de marzo de 1998, los senadores integrantes del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional (PAN), presentaron una Iniciativa de Reformas Constitucionales sobre derechos indígenas. Dos días después, el presidente de la República presentó también al Senado, en cuanto que parte del Constituyente Permanente, una Iniciativa de Reformas constitucionales sobre derechos y cultura indígenas.

Las tres iniciativas pretendían expresar normativamente, a nivel constitucional, los Acuerdos de San Andrés. Creemos que sólo el de la Cocopa lo logra, esto en virtud del reconocimiento de los pueblos indígenas como el sujeto de derecho primordial de los derechos atribuidos colectivamente a los indígenas. Lleva razón Cossío, al analizar jurídicamente los Acuerdos de San Andrés, cuando escribe:

...se habla de los pueblos indígenas, pues se estima que son ellos los sujetos de derecho a través de los cuales se podrán superar las tesis del integracionismo cultural aún prevalecientes.<sup>25</sup>

Roldán Xopa plantea bien la cuestión de la diferencia fundamental entre las iniciativas aludidas:

¿Qué significa jurídicamente que los pueblos indígenas sean sujetos de derecho? Esta es la pregunta central alrededor de la cual giran las distintas propuestas e iniciativas de reforma constitucional en materia de derecho indígena, así como las apreciaciones que se han formulado al respecto.

Se dice, por ejemplo, que la iniciativa presidencial y la del PAN, a diferencia de la propuesta de Cocopa, desconocen a los pueblos indígenas como sujetos de derechos al fijar la comunidad como el ámbito de ejercicio de la libre determinación y por ende de la autonomía.<sup>26</sup>

Es cierto, tanto el texto del PAN como el presidencial, aunque reconocían la existencia de los pueblos indígenas, no los consideraban sujetos de derechos, sino sólo a las comunidades organizadas

<sup>25</sup> COSSÍO, *op. cit.*, p. 5.

<sup>26</sup> ROLDÁN XOPA, José, "Análisis de las Iniciativas sobre Reforma Indígena", en *Lex, Difusión y Análisis* núm. 35, México, mayo de 1998, p. 44.

como municipios. En la "exposición de motivos" de su Iniciativa, el PAN dice que se reivindican "las comunidades indígenas como sujetos de derecho", y que éstas "deben gozar de autonomía expresada y ejercida en el ámbito municipal". Y así, aunque el primer párrafo del artículo 4o. de su proyecto, reconocía a los pueblos indígenas, en el resto de la Iniciativa no se le considera como sujeto jurídico, en sustancia no se les conceden derechos, sólo a las comunidades. El proyecto del presidente de la República, seguía el mismo camino, sólo que concedía un poco más de significación a los pueblos indígenas, al establecer esta fórmula: Con respeto a las demás disposiciones de esta Constitución y a la unidad del Estado mexicano, los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación; la expresión concreta de ésta es la autonomía de las comunidades indígenas.

El jurista mixe Adelfo Regino, admite que la comunidad ha sido el eje de la resistencia de los pueblos, pero sostiene:

Lo que queremos como indígenas es reconstituarnos como pueblos, no permanecer en la expresión mínima desde donde hemos resistido. Sólo como pueblos, no como comunidades, entidades demasiado pequeñas, podemos lograr los fines que la iniciativa presidencial dice que pretende: nuestro desarrollo integral, la preservación y el enriquecimiento de nuestras lenguas.<sup>27</sup>

Como hemos visto, los Acuerdos de San Andrés establecen que el Congreso de la Unión y las legislaturas de los estados deberán tomar en cuenta distintos derechos de los pueblos indígenas con objeto de reconocerles su autonomía.

Cossío se pregunta sobre la posibilidad jurídica de que puedan atribuirse derechos a los pueblos, y por ende, reconocer a éstos como sujetos jurídicos. Su respuesta, desde su análisis inscrito en la dogmática jurídica, es que sí existe la factibilidad para reconocer a los pueblos indígenas como sujetos de derecho y derechos. Lo cito:

Parece que sí es factible que lo hagan pues, por ejemplo, no hay problema en asumir que los miembros de un pueblo pueden nombrar a sus autoridades

<sup>27</sup> PETRICH, Blanche, entrevista, *La Jornada*, México, 20 de marzo de 1998.

mediante sus procedimientos tradicionales, que las autoridades nombradas pueden actuar a nombre del pueblo, y que las instancias de decisión nacionales o estatales deban considerar las manifestaciones de esas autoridades indígenas a fin de tomar las decisiones que recaigan o afecten a los miembros de ese mismo pueblo. La situación descrita tiene tres características: la de no constituir un orden jurídico acabado; la de limitarse a la posibilidad de que los miembros del pueblo designen a sus autoridades mediante sus usos y costumbres, la de lograr que las autoridades designadas actúen respecto a los órdenes jurídicos nacional, estatales o municipales, según corresponda. Visto esto es posible considerar que en los ASL se están reconociendo también los siguientes "derechos" a los pueblos indígenas: a desarrollar sus formas de organización; a promover el desarrollo de los diversos componentes de su identidad; a concertar con otros pueblos los esfuerzos tendientes a la promoción y defensa de sus intereses; a promover y desarrollar sus lenguas y culturas, así como sus costumbres y tradiciones. Los pueblos indígenas pueden ser entonces válidamente considerados como sujetos de derecho.<sup>28</sup>

#### V. ASPECTOS GENERALES Y COMENTARIOS A LA INICIATIVA DE REFORMA CONSTITUCIONAL DE LA COCOPA

A principios de diciembre de 2000, el presidente Vicente Fox Quesada, sometió al Constituyente Permanente la postergada Iniciativa de Reforma Constitucional de la Cocopa, sobre los derechos de los pueblos indígenas. La propuesta incluye la modificación de varios artículos de la Constitución, de manera especial el 4o. y el 115. En la Iniciativa aparece un nuevo *sujeto jurídico* llamado *pueblo indígena* y dice: "Los pueblos indígenas tienen el derecho a la libre determinación y, como expresión de ésta, a la autonomía como parte del Estado mexicano".

No se trata, como tanto se ha dicho, de separación del Estado o independencia plena de los pueblos indígenas, sino de un espacio propio dentro de la complejidad del Estado mexicano.

La *autonomía* de los pueblos, según la propia Iniciativa que comentamos, se manifiesta con el ejercicio de varios derechos, que a continuación referimos:

- a) Decidir sus formas de organización social, económica, política y cultural.
- b) La aplicación de sus sistemas normativos en la regulación y solución de conflictos internos.  
Esta es una de las cuestiones más debatidas, porque se alega que, en muchas ocasiones, la normatividad de los pueblos es opresora y violatoria de derechos. Sin embargo, la Iniciativa establece que la aplicación de esos "sistemas normativos" deberá hacerse "respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, en particular, la dignidad e integridad de las mujeres".
- c) La jurisdicción del Estado convalidará los juicios de la jurisdicción indígena. Y en su caso accederán de mejor manera a la jurisdicción del Estado.
- d) Elección de sus autoridades y ejercer sus formas de gobierno interno, en los ámbitos de su autonomía, debiendo garantizar la participación de las mujeres en condiciones de equidad.
- e) Fortalecer su participación y representación políticas de acuerdo con sus especificidades culturales.
- f) Acceder de manera colectiva al uso y disfrute de los recursos naturales, salvo aquellos cuyo dominio corresponda a la nación.
- g) Preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que configuran su cultura e identidad.
- h) Adquirir, operar y administrar sus propios medios de comunicación.
- i) El Estado deberá establecer las instituciones políticas que garanticen la vigencia de los derechos de los pueblos indígenas y su desarrollo integral, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con dichos pueblos.

La propuesta de reforma al artículo 4o. se cierra de este modo.

Las constituciones y las leyes de los estados de la República, conforme a sus particulares características, establecerán las modalidades pertinentes para la aplicación de los principios señalados, garantizando los derechos que esta Constitución reconoce a los pueblos indígenas.

<sup>28</sup> Cossío, *op. cit.*, p. 27.

Completando lo anterior, son de especial relevancia las propuestas de reforma que contiene la Iniciativa respecto del artículo 115 que se refiere a la organización municipal. En las mismas se refleja la complejidad del Estado mexicano con diversas jurisdicciones y ámbitos de gobierno: federación, estados, municipios; y ahora un espacio para los pueblos indígenas, que deben encajar y tener empatía, precisamente, con los ámbitos federal, estatal y municipal. Cito las propuestas más importantes en ese sentido:

IX. Se respetará el ejercicio de la libre determinación de los pueblos indígenas en cada uno de los ámbitos y niveles en que hagan valer su autonomía, pudiendo abarcar uno o más pueblos indígenas, de acuerdo a las circunstancias particulares y específicas de cada entidad federativa. Las comunidades indígenas como entidades de derecho público y los municipios que reconozcan su pertenencia a un pueblo indígena tendrán la facultad de asociarse libremente a fin de coordinar sus acciones. Las autoridades competentes realizarán la transferencia ordenada y paulatina de recursos, para que ellos mismos administren los fondos públicos que se les asignen. Corresponderá a las legislaturas estatales determinar, en su caso, las funciones y facultades que pudieran transferirseles.

X. En los municipios, comunidades, organismos auxiliares del ayuntamiento e instancias afines que asuman su pertenencia a un pueblo indígena, se reconocerá a sus habitantes el derecho para que definan, de acuerdo con las prácticas políticas propias de la tradición de cada uno de ellos, los procedimientos para la elección de sus autoridades o representantes y para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, en un marco que asegure la unidad del Estado nacional. La legislación local establecerá las bases y modalidades para asegurar el ejercicio pleno de este derecho.

Las legislaturas de los estados podrán proceder a la remunicipalización de los territorios en que estén asentados los pueblos indígenas, la cual deberá realizarse en consulta con las poblaciones involucradas.

La Iniciativa propone reformar otros artículos constitucionales, tales como el 18 para que los indígenas compurguen sus penas preferentemente en los establecimientos más cercanos a sus domicilios; el 26, para que en los planes y programas de desarrollo se tome en cuenta a las comunidades y pueblos indígenas, en sus necesidades y especificidades culturales; el 53, para que al establecerse la demarcación territorial de los distritos uninominales, y las circunscripciones

plurinominales, en materia electoral, se tome en cuenta la ubicación de los pueblos indígenas, con el objeto de asegurar su participación y mejor representación política; el 73, para facultar al Congreso de la Unión a expedir leyes de concurrencia del gobierno federal, de los estados y de los municipios, en el ámbito de sus competencias, respecto de los pueblos y comunidades indígenas, con el objeto de que se cumpla con lo previsto en los artículos 4o. y 115; y el 116, para que en los estados se garantice la representación de los pueblos indígenas en sus legislaturas.

## VI. CONGRESO DE NURIO Y MARCHA ZAPATISTA

Como dijimos, en diciembre de 2000, el presidente de la República sometió al Constituyente Permanente (Congreso de la Unión y legislaturas de los estados) la postergada Iniciativa de Reforma Constitucional de la Cocopa, sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Ante ello, entre febrero y marzo de 2001, se da la marcha hacia la Ciudad de México y su permanencia en ella de los comandantes del EZLN, con el objeto de convencer a los legisladores de aprobar las modificaciones constitucionales en el sentido de la propuesta de la Cocopa que había hecho suya el Ejecutivo Federal.

En el transcurso de la marcha de los zapatistas, contando con la presencia de ellos, se celebra el III Congreso Nacional Indígena, en Nurio, Michoacán. Alrededor de cinco mil delegados, representantes de los pueblos indios, asumieron como propia la propuesta de reforma constitucional de la Cocopa al considerar que “recoge en su espíritu y su letra los Acuerdos de San Andrés, firmados por el gobierno federal y el EZLN el 16 de febrero de 1996, en materia de derechos y cultura indígena”.<sup>29</sup> Y agregan que “debe ser aprobada sin modificaciones, porque lo que para los legisladores es letra muerta, para nosotros es vida”.<sup>30</sup> El documento final del Congreso de Nurio es respaldado por aproximadamente 47 pueblos indígenas del país. La Declaración política del III Congreso Nacional Indígena exige:

<sup>29</sup> VILLALOBOS P., Claudia, “III Congreso Nacional Indígena”, en *Esquila Misional*, núm. 549, México, abril de 2001, p. 17.

<sup>30</sup> *Idem.*

1. El reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indios, conforme a la iniciativa de la reforma constitucional elaborada por la Comisión de Concordia y Pacificación, Cocopa, que nosotros asumimos como nuestra propia iniciativa por ser ésta la que recoge en su espíritu y su letra los Acuerdos de San Andrés, firmados por el gobierno federal y el EZLN el 16 de febrero de 1996, en materia de derechos y cultura indígena.

2. El reconocimiento constitucional de nuestra existencia plena como pueblos indígenas, para que podamos gozar así de nuestro derecho a establecer libremente nuestra condición política y cuidar, proteger y promover nuestro desarrollo económico, social y cultural.

3. El reconocimiento constitucional de nuestro inalienable derecho a la libre determinación expresado en la autonomía, en el marco del Estado mexicano, y ejercer así nuestra capacidad para decidir nuestro destino en todos los ámbitos de la vida cotidiana, tales como la economía, la política, la procuración y administración de justicia, los asuntos territoriales, la cultura y educación y todos los aspectos sociales con una identidad de conciencia propia y con la suficiente capacidad de apertura para relacionarnos con los demás ciudadanos del país y del mundo.

4. El reconocimiento constitucional de nuestros territorios y tierras ancestrales que representa la totalidad de nuestro hábitat, en donde reproducimos nuestra existencia material y espiritual como pueblos para poder conservar los íntegramente y mantener la tenencia comunal de nuestras tierras, pues sólo así es posible preservar nuestra cohesión social, conservar las formas de trabajo gratuito y colectivo en beneficio de toda la comunidad y asegurar el patrimonio y el futuro de las próximas generaciones.

Para nosotros, pueblos indios, nuestra madre tierra es sagrada, así como son sagrados todos los seres que habitan en ella: los animales, las plantas, los ríos, los montes, las cuevas, los valles, los recursos biológicos y el conocimiento que nuestros pueblos tienen sobre ellos. No son una mercancía que se compra o se vende. Por eso no podemos aceptar la destrucción de nuestros territorios por las imposiciones de proyectos y megaproyectos que en diversas regiones indígenas del país están pretendiendo imponer tanto el gobierno federal, como los respectivos gobiernos estatales. No podemos aceptar los planes de desarrollo que impulsan los gobiernos estatal y federal si no se da la participación efectiva de los pueblos indios, no podemos aceptar las legislaciones que se están efectuando en los estados en asuntos federales que afectan a todos los indígenas sin contar con la aprobación de los pueblos. Exigimos la moratoria a todos los proyectos de prospección, exploración sobre biodiversidad (esto es recursos biológicos, minería, agua, etc.) y a todas las actividades de biopiratería que se realizan en todos nues-

tros territorios y en nuestro país, hasta que los pueblos indios hayan discutido en su propio tiempo y condiciones los temas relativos al control de sus recursos.

5. El reconocimiento de nuestros sistemas normativos indígenas y la construcción de un régimen jurídicamente pluralista que armonice las diversas concepciones y prácticas del orden social que configuran la sociedad mexicana.

6. La desmilitarización de todas las regiones indígenas en el país.

7. La liberación de todos los presos indígenas del país que se encuentren privados de su libertad por haber luchado por la defensa de la autonomía y el respeto a nuestros derechos individuales y colectivos.

Para lograr estos grandes objetivos llamamos a nuestros hermanos y hermanas indígenas del país, a todos los pueblos, comunidades y organizaciones, a todo movimiento indígena nacional a unir nuestros corazones y voces en un solo corazón y una sola voz por el reconocimiento constitucional de nuestros derechos colectivos. Primero la reforma constitucional y posteriormente la reforma de las leyes y las instituciones.

¡Nunca más un México sin nosotros!

Nurío, Michoacán, 4 de marzo de 2001.<sup>31</sup>

## VII. SENTIDO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

El Constituyente Permanente conoció de la Iniciativa presidencial, y aprobó unas reformas a la Constitución en materia indígena, distintas a las de la propuesta de la Cocopa. Formalmente, en lugar de modificar y añadir sustancialmente el artículo 4o., adicionar el 18 y reformar el 26, el 53, el 73, el 115 y el 116; adicionó dos párrafos al artículo 1o., reformó el 2o., derogó el párrafo primero del 4o. y adicionó un párrafo al 18 y otro al 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La Reforma constitucional se publicó en el *Diario Oficial* en su edición de 14 de agosto de 2001.

<sup>31</sup> "Declaración Política del II Congreso Nacional Indígena" (Extracto), en *Esquila Misiona*, núm. 549, México, abril de 2001, pp. 19-20.

### VIII. RECHAZO A LA REFORMA EN MATERIA INDÍGENA

Los voceros y asesores del EZLN y del Congreso Nacional Indígena han repudiado la Reforma Constitucional por considerarla no sólo insuficiente, sino incluso, en algunos aspectos, contraria a los intereses de los pueblos indígenas. De manera general, la Reforma a la Constitución ha sido rechazada por lo siguiente:

1. Se considera que aunque se establece formalmente el reconocimiento y garantía de los pueblos y comunidades a la libre determinación y autonomía, está de tal modo normado que se trata de una contrarreforma, en donde lo que se ofrece a los indígenas es "indigenismo" por autonomía, tutela por capacidad de decisión. Programas sociales y asistencia, en lugar de libre determinación.
2. A las comunidades se les designa como "entidades de interés público", en lugar de reconocerlas como "entidades de derecho público", quedando así limitadas en sus acciones y haciéndose más difícil la reconstrucción de los pueblos. En este punto se violan los Acuerdos de San Andrés.
3. La sustitución de las nociones de *tierra* y *territorios* por el de "los lugares que habitan u ocupan", *desterritorializa* a pueblos y comunidades y les quita su base material de vida y desarrollo. También en este punto se trata de una clara violación a los Acuerdos de San Andrés.
4. Se considera que la libre determinación y autonomía queda subordinada a las decisiones y leyes unilaterales de los congresos locales, de cada entidad federativa, por la remisión de la reforma constitucional, a su reglamentación por leyes estatales.
5. Se limita el derecho de las comunidades a asociarse. Se contraviene lo acordado en San Andrés Larráinzar.
6. Se limita la posibilidad de que los pueblos indígenas adquieran sus propios medios de comunicación. También en contra de lo convenido en San Andrés.

Se ha impugnado también la *forma*, el *cómo* se procedió a hacer esta legislación para los pueblos indígenas, sin consultarlos como

parte interesada, como "pueblos interesados", violándose el artículo 6, 1 a) del *Convenio 169* de la Organización Internacional del Trabajo, que manda que, en aplicación del propio Convenio que reconoce derechos de los pueblos indígenas, los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

El rechazo que hicieron los pueblos indígenas a la reforma constitucional, los llevó a emprender acciones políticas y jurídicas. Las segundas consistieron en amparos ante jueces de distrito y controversias constitucionales ante la Suprema Corte de Justicia; estos recursos legales fueron declarados improcedentes por el Poder Judicial Federal. La Corte emitió su fallo el 6 de septiembre de 2002, sustentando que no era competente para revisar reformas a la Constitución.<sup>32</sup>

### IX. ANÁLISIS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA INDÍGENA

A continuación vamos a analizar las reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 2001, que establecen las bases jurídicas para el ejercicio por parte de los pueblos indígenas de sus derechos. Éstas se encuentran principalmente en el artículo 2o. de nuestra Ley Fundamental.

El artículo comienza con la reafirmación de la unidad nacional y reconociendo, sin embargo, la pluralidad de culturas que forman México.

Artículo 2o. La nación mexicana es única e indivisible.

La nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

<sup>32</sup> Cfr. ESPINOZA SAUCEDA, Guadalupe, LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco y ZÚNIGA BALDERAS, Abigail, *Los pueblos indígenas ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Centro de Orientación y Asesoría a Pueblos Indígenas. Convergencia Socialista y Comisión Independiente de Derechos Humanos de Morelos, México, 2002.

Este modo de reconocimiento de los pueblos indígenas es de acuerdo a lo mandado por el *Convenio 169* de la OIT, en su artículo 1.

Continúa el artículo 2o.:

La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas.

El propio artículo, parágrafo 2, del *Convenio 169* de la OIT señala que la conciencia de su identidad indígena deberá considerarse un *criterio fundamental* para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones destinadas a los propios pueblos indígenas. José Ramón Cossío dice que esta disposición cumple dos funciones: “primera, fijar un criterio de pertenencia o adscripción de los individuos como indígenas; segunda, avanza la idea de que existen disposiciones sobre pueblos indígenas, lo que significa, necesariamente, la confirmación de los pueblos como sujetos de derecho”.<sup>33</sup>

Después de haber establecido lo que debe entenderse por pueblos y a quiénes considerar sus miembros, el artículo 2o. se refiere a las “comunidades” como partes o grupos que pertenecen a un “pueblo”:

“Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres”.

Después la norma constitucional se refiere a la facultad de reconocimiento de los pueblos y comunidades como tales, y se la confiere a los órganos de gobierno local por medio de la propia legislación de las entidades federativas:

“El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas, las que deberán tomar en

<sup>33</sup> COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Los problemas del derecho indígena en México*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2002, p. 151.

cuenta, además de los principios generales establecidos en los párrafos anteriores de este artículo, criterios etnolingüísticos y de asentamiento físico”.

El hecho de que se haya remitido el reconocimiento de los pueblos y comunidades a las constituciones y leyes locales, es un punto de objeción por aquellos que no aceptan la reforma, según lo hemos dicho. Se alega que los poderes y cacicazgos locales son frecuentemente contrarios a pueblos y comunidades y que de hecho se está subordinando la libre determinación y la autonomía a las decisiones y leyes unilaterales de los congresos estatales.

Después el artículo 2o. constitucional se abre en dos apartados A y B. El primero referido a establecer las bases de la libre determinación y autonomía de los pueblos y comunidades, y el segundo señalando acciones a la federación, los estados y los municipios a favor de los indígenas.

Antes de analizar el apartado A sobre la libre determinación y autonomía de pueblos y comunidades, vamos a referirnos a los *ejes fundamentales* de los derechos de los pueblos indígenas, según lo señala uno de los precursores del reconocimiento de esos derechos de los pueblos, el ya fallecido intelectual mixe Floriberto Díaz Gómez, quien afirma que cinco derechos forman la columna vertebral de la vida de los pueblos como tales:

El derecho a territorio, esto es la tierra en sentido integral (todo lo que contiene).

A ser pueblo, con su historia, lengua, educación.

A la libre determinación, esto es autonomía dentro del Estado.

A la cultura propia.

A un sistema jurídico propio.<sup>34</sup>

Vamos a ver de qué modo y hasta qué punto esos derechos fundamentales de los pueblos son recogidos por las disposiciones constitucionales.

A continuación transcribiremos íntegro el apartado A y después hacemos los comentarios pertinentes:

<sup>34</sup> Cfr. DÍAZ GÓMEZ, Floriberto, “Derechos humanos y derechos fundamentales de los pueblos indígenas”, *La Jornada Semanal*, núm. 314, México, 12 de marzo de 2001, pp. 4-5.

Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:

I. Decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural.

II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.

III. Elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, garantizando la participación de las mujeres en condiciones de equidad frente a los varones, en un marco que respete el pacto federal y la soberanía de los estados.

IV. Preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad.

V. Conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras en los términos establecidos en esta Constitución.

VI. Acceder, con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra establecidas en esta Constitución y a las leyes de la materia, así como a los derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad, al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades, salvo aquellos que corresponden a las áreas estratégicas, en términos de esta Constitución. Para estos efectos las comunidades podrán asociarse en términos de ley.

VII. Elegir, en los municipios con población indígena, representantes ante los ayuntamientos.

Las constituciones y leyes de las entidades federativas reconocerán y regularán estos derechos en los municipios, con el propósito de fortalecer la participación y representación política de conformidad con sus tradiciones y normas internas.

VIII. Acceder plenamente a la jurisdicción del Estado. Para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta Constitución. Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura.

Las constituciones y leyes de las entidades federativas establecerán las características de libre determinación y autonomía que mejor

expresen la situación y aspiraciones de los pueblos indígenas en cada entidad, así como las normas para el reconocimiento de las comunidades indígenas como entidades de interés público.

El apartado A se abre con una afirmación que contiene un importante reconocimiento y garantía de derechos de los pueblos y comunidades a la libre determinación y autonomía. Y si bien, como sostienen varios juristas que rechazan la reforma constitucional, esa libre determinación y autonomía están llenas de "candados" que no permiten su pleno desarrollo, el reconocimiento de esos derechos es muy importante y debe ser tenido en cuenta y retomarse a pesar de sus limitaciones.

La fracción I desarrolla cómo la autonomía significa la decisión propia de pueblos y comunidades, en cuanto al modo de su convivencia y organización.

La fracción II refiere la autonomía al reconocimiento del sistema normativo propio de pueblos y comunidades, esto es, les reconoce su sistema de derecho. Esto con la salvedad de que se respeten los principios generales de la Constitución, las garantías individuales, y los derechos humanos, en especial los de las mujeres. En cuanto a la primera cuestión de respetar los principios constitucionales es un despliegue lógico de mantener la unidad dentro de la pluralidad, y de que la autonomía se ejerce no como Estado independiente sino como parte integrante de un todo que es el Estado mexicano. La salvedad en cuanto a que el sistema jurídico de pueblos y comunidades debe respetar las garantías individuales y los derechos humanos, aparece pactada desde los Acuerdos de San Andrés, y está en la propia propuesta de la Cocopa y en el *Convenio 169* de la OIT de este modo:

#### Artículo 8.

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimien-

tos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

La fracción III, al referirse a la elección de las autoridades de pueblos y comunidades, reafirma la autonomía como un ámbito dentro de la organización del Estado mexicano, pues señala que esas elecciones deben respetar el pacto federal y la soberanía de los estados. Por otro lado, vuelve a destacar derechos de las mujeres, buscando equilibrar su participación con la de los varones.

La fracción IV reconoce el ámbito de la autonomía en el desarrollo de aquellos aspectos que tienen que ver con la identidad como pueblo y desarrollo de su propia cultura.

Las fracciones V y VII que tienen que ver con el hábitat y la tenencia de la tierra de pueblos y comunidades, se consideran no sólo insuficientes, sino contrarias al desarrollo de la autonomía de esos pueblos y comunidades. En este punto sí existe una diferencia sustancial con lo convenido en San Andrés y con la propuesta de la Cocopa que implicaba un reconocimiento expreso a los pueblos de tierras y territorios "entendidas como la totalidad de su hábitat...". Y esto conforme a lo dispuesto por los artículos 13 y 14 del *Convenio 169* de la OIT.

#### Artículo 13.

1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

2. La utilización del término "tierras" en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.

#### Artículo 14.

1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan.

Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados en utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá presentarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.

2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.

3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

La fracción VII es una norma encaminada a que los pueblos y comunidades tengan representación política en aquellos municipios en donde existe población indígena, sin que sea propiamente municipio indígena.

La fracción VIII se refiere al derecho de individuos indígenas y pueblos indígenas de acceder a la jurisdicción del Estado y de qué modo ese derecho se garantiza.

El último párrafo del apartado A reafirma que serán las constituciones y leyes de las entidades federativas las que establezcan las características de libre determinación y autonomía "que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de los pueblos indígenas de cada entidad" y agrega "así como de las normas para el reconocimiento de las comunidades indígenas como entidades de interés público".

En cuanto a la primera parte de este último párrafo ya hemos visto como se ha repudiado, porque se deja a los congresos locales la reglamentación jurídica de la libre determinación y de la autonomía. Puede ser que tengan razón aquellos que se oponen a esta determinación constitucional. Sin embargo debe tenerse en cuenta esta importante observación que hace Cossío en el sentido de que los órganos locales al determinar la forma de organización de los pueblos indígenas, no pueden disponer, no pueden contrariar los contenidos plasmados en el apartado A: "los contenidos constitucionales deben servir

como mínimo a garantizar por los estados al momento en que elijan la forma de organización de los pueblos".<sup>35</sup>

Por lo que ve a la parte final del párrafo, que dice que las constituciones y leyes locales pondrán las normas de reconocimiento a las comunidades indígenas como entidades de "interés público", es necesario hacer algunos comentarios. En primer lugar hacer notar que este punto de reconocimiento como "entidad de interés público" sólo es referido a las comunidades y no a los pueblos, y ya vimos, como la propia Constitución considera a las comunidades como parte de los pueblos. De tal modo que la parte puede tener reconocimiento de "entidad de interés público", pero no el todo.

En segundo término, el reconocimiento a las comunidades como "entidades de interés público", en lugar de reconocer a comunidades (y pueblos) como *entidades de derecho público*, constituye una limitación a su capacidad jurídica, a su ámbito de ejercicio legal. La Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca y la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas de ese mismo estado, reconocen a pueblos y comunidades *personalidad jurídica de derecho público*, al establecer el artículo 16 de la Constitución que "pueblos y comunidades tienen personalidad jurídica de derecho público y gozan de derechos sociales". Esto es muy importante para la relación que pueblos y comunidades tengan con los gobiernos federal, estatal y municipal, así como con terceras personas. Sin esta personalidad jurídica de derecho público se encuentran muy limitados en el ejercicio de su autonomía.

El apartado B del artículo 2o. constitucional no otorga derechos a favor de los sujetos indígenas (pueblos, comunidades, individuos), sino obligaciones a cargo de las autoridades federales, estatales y municipales a favor de esos sujetos indígenas (se omite su transcripción).

Este apartado B ha sido muy cuestionado por aquellos que sostienen que la reforma constitucional está en contra de los intereses de pueblos y comunidades, pues consideran que se cambia "indigenismo por autonomía, tutela por capacidad de decisión"; programas so-

ciales y asistencia pública por libre determinación. Y llevan razón las críticas al decir esto.

Sin embargo, sin restar importancia a los anteriores cuestionamientos, es pertinente resaltar algunos comentarios de Cossío a este apartado B, en que destaca que, contrario a otros reconocimientos de derechos en la Constitución como "derechos programáticos", esto es como "programas de trabajo a desarrollar por el propio legislador en la medida que las condiciones económicas lo fueran permitiendo", en este caso "no se deja al legislador la determinación de contenidos, y se le impone la realización de acciones concretas", tales como que el Congreso de la Unión, las legislaturas de los estados y los ayuntamientos deben establecer las partidas específicas destinadas al cumplimiento de obligaciones a favor de los sujetos indígenas, en los presupuestos de egresos que aprueben, "así como las formas y procedimientos para que las comunidades participen en el ejercicio y vigilancia de las mismas".<sup>36</sup>

La reforma directamente relacionada con la materia indígena se completa con un último párrafo al artículo 115 que dice: "Las comunidades indígenas, dentro del ámbito municipal, podrán coordinarse y asociarse en los términos y para los efectos que prevenga la ley".

Al estar redactada así, se considera que limita el derecho de asociación de las comunidades, el cual está reconocido de manera amplia en los Acuerdos de San Andrés.

Tenemos también la adición al artículo 18 constitucional, que sin mencionar a los sujetos indígenas los beneficia preferentemente, aunque no sólo a ellos: "Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de readaptación social".

## X. VIVIR LA AUTONOMÍA: DOS EJEMPLOS

Después de la Reforma Constitucional emitida por el Congreso de la Unión actuando como órgano revisor de la Constitución y de la con-

<sup>35</sup> Cossío, *Los problemas...*, op. cit., p. 156.

<sup>36</sup> Cfr. Cossío, *Los problemas...*, op. cit., pp. 166 y ss.

firmación implícita de la Reforma por la Suprema Corte de Justicia, los pueblos indígenas mexicanos no se han dado por vencidos. Como dice López Bárcenas “los zapatistas y gran parte del movimiento indígena... se regresaron a sus comunidades a ejercer en los hechos lo que el Estado les había negado reconocer en sus leyes: el derecho a la autonomía”.<sup>37</sup>

En la zona de influencia zapatista funcionan municipios autónomos rebeldes conducidos por las propias comunidades. En estas experiencias propias de autogobierno, el EZLN no interviene. Se deslinda el campo político administrativo que corresponde a las autoridades municipales y el campo militar; los mandos militares del EZLN no pueden ocupar cargos de autoridad ni en comunidades ni municipios.

En agosto de 2003 las comunidades zapatistas anuncian la instauración de las Juntas de Buen Gobierno “creadas con el fin de contrarrestar el desequilibrio en el desarrollo de los municipios autónomos y de las comunidades; para mediar en los conflictos que pudieran presentarse entre municipios autónomos y entre municipios gubernamentales; para atender las denuncias contra los Consejos Autónomos por violaciones a los derechos humanos, protestas e inconformidades”,<sup>38</sup> y para otras tareas de apoyo y coordinación en relación a los propios municipios autónomos.

Con las Juntas de Buen Gobierno nacen los *Caracoles* como espacios de encuentro político y cultural. Los zapatistas explican: “Serán como puertas para entrarse a las comunidades y para que las comunidades salgan; como ventanas para vernos dentro y para que veamos fuera; como bocinas para sacar lejos nuestra palabra y para escuchar la del que lejos está. Pero sobre todo, para recordarnos que debemos velar y estar pendientes de la cabalidad de los mundos que pueblan el mundo”.<sup>39</sup>

Con fecha 26 de febrero de 1994, el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) dio un comunicado que se conoce como *man-*

<sup>37</sup> LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco, “El largo camino de las autonomías indígenas”, *La Jornada*, México, 13 de agosto de 2003.

<sup>38</sup> MUÑOZ RAMÍREZ, Gloria, *EZLN: 20 y 10 el fuego y la palabra*, Ed. Revista *Rebel- dia* y *Jornada* Ediciones, México, 2003, pp. 247 y 248.

<sup>39</sup> *Ibidem*, pp. 245 y 246.

*dar obedeciendo*, en donde establece sus líneas fundamentales de filosofía política, su concepción del ejercicio del poder y su modo de entender la democracia. Entre otras cosas muy interesantes, se dice:

Fue nuestro camino siempre que la voluntad de los más se hiciera común en el corazón de los hombres y mujeres de mando. Era esa voluntad mayoritaria el camino en el que debía andar el paso del que mandaba. Si se apartaba su andar de lo que era razón de la gente, el corazón que mandaba debía cambiar, por otro que obedeciera. Así nació nuestra fuerza en la montaña, el que manda obedece si es verdadero, el que obedece manda por el corazón común de los hombres y mujeres verdaderos. Otra palabra vino de lejos para que este gobierno se nombrara, y esa palabra nombró “democracia” este camino nuestro que andaba desde antes que caminaran las palabras.<sup>40</sup>

Los municipios autónomos rebeldes y las Juntas de Buen Gobierno tienen esa filosofía política como base. Su tendencia, al ejercer el gobierno, es la de *mandar obedeciendo*.

Otra experiencia de autonomía indígena, aunque no le llamen así, se da en las comunidades indígenas de la Montaña de Guerrero, pertenecientes a los pueblos tlapaneco, mixteco, nahua y amuzgo.

Ante un clima de enorme inseguridad en esta zona, en octubre de 1995, algunos municipios conformados por varias comunidades de estos pueblos, decidieron establecer lo que ha derivado en un Sistema Comunitario de Seguridad, Impartición de Justicia y Reeducción.<sup>41</sup>

Estableciendo un sistema normativo inspirado en sus usos y costumbres, estas comunidades indígenas han creado una Policía Comunitaria que persigue los delitos y procura justicia y un organismo que administra justicia, juzgando e imponiendo sanciones que tienen por objeto no el castigo, sino la reeducación y la reparación del daño. En estas acciones de seguridad, justicia y reeducación se rescata el aspecto sapiencial del derecho; la juridicidad retorna a su sentido original como *jurisprudencia*, ya que la norma se establece y se apli-

<sup>40</sup> *EZLN Documentos y Comunicados* 1, Era, México, 1995, pp. 175 y 176.

<sup>41</sup> Cfr. MARTÍNEZ SIFUENTES, Esteban, *La Policía Comunitaria, un Sistema de Seguridad Pública Comunitaria Indígena en el estado de Guerrero*, Instituto Nacional Indigenista, México, 2001.

ca prudencialmente, buscando equilibrio y equidad.<sup>42</sup> Por otro lado, en este sistema de seguridad, justicia y reeducación, siempre se busca respetar los derechos humanos que ha reconocido la comunidad internacional.

Las comunidades indígenas de la Montaña se han unido y organizado buscando el reconocimiento jurídico por parte del estado de Guerrero, para así evitar conflictos. Se apoyan en el pluralismo jurídico, en los Acuerdos de San Andrés, en el *Convenio 169* de la Organización Internacional del Trabajo y en la propia reforma constitucional repudiada, en aquello que les favorece.<sup>43</sup>

#### XI. LA SOBREVIVENCIA DE LOS ACUERDOS DE SAN ANDRÉS

¿Qué ha pasado con los Acuerdos de San Andrés Larráinzar o *Sacamch'en*? José Ramón Cossío advertía que al proceso de paz que dio origen a los Acuerdos de San Andrés, por parte del gobierno sólo concurrió el Ejecutivo Federal, y éste no tenía ni tiene las facultades para transformar los Acuerdos en normas, sino sólo de participar de algún modo en su proceso de formación impulsando el propio proceso y propiamente en su ejecución una vez dadas las normas con carácter obligatorio. El modo de hacer eficaces los Acuerdos era actuando legislativamente, convirtiéndolos en normas vinculantes.<sup>44</sup>

Ya hemos visto como, a la postre, la Reforma Constitucional en materia de derecho y derechos indígenas, en aspectos fundamentales, contraviene los Acuerdos de San Andrés.

Por lo que, en la actualidad, ¿los Acuerdos de San Andrés constituyen letra muerta?, ¿son simple referencia anecdótica que formó

<sup>42</sup> Cfr. *Documento Preliminar del Reglamento Interno del Sistema Comunitario de Seguridad, Justicia y Reeducación, resultado de la revisión efectuada por las Asambleas Regionales*, inédito.

<sup>43</sup> Cfr. DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, "Sistema comunitario de justicia de la Montaña de Guerrero. Una historia actual de derecho antiguo", en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, XVIII, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, pp. 575-597.

<sup>44</sup> Cfr. COSSÍO, "Análisis jurídico...", *op. cit.*, p. 3.

parte de un proceso político?, ¿vienen a ser sólo parte del grande cúmulo de frustraciones de los pueblos indígenas mexicanos? Insistimos, ¿qué ha sido de los Acuerdos de San Andrés?

Los Acuerdos de San Andrés están vivos, más vivos que nunca, y en cierto sentido constituyen juridicidad, son derecho. No pertenecen al pasado; son actuales en la vida de los pueblos y comunidades indígenas.

Veamos de qué modo están presentes y cómo es que son derecho. Me refiero a hechos concretos. En octubre de 2005, en Pueblo Hidalgo, Guerrero, se celebró el décimo aniversario de la Policía Comunitaria —primer organismo del Sistema Comunitario de Seguridad y Justicia de la Montaña y Costa Chica de Guerrero, que hemos mencionado—, y con ese motivo, los pueblos Me Phaa, Na Savi, Náhuatl y Ñomdaa, junto con la Coordinadora Regional de Autoridades Comunitarias y el Comité Ejecutivo de la Policía Comunitaria, hicieron pública la *Declaración*, la cual, entre otras cosas, dice:

Se necesita enriquecer las experiencias comunitarias orientadas a conocer y poner en práctica los Acuerdos de San Andrés. Nuestro sistema es producto de ejercer la libre determinación de los pueblos y se fundamenta en los Acuerdos de San Andrés; los cuales debemos seguir considerando en nuestra región y ampliarlos a partir de nuestras propias experiencias, lucha y resistencia.<sup>45</sup>

A mayor abundamiento, una de las mesas de trabajo y reflexión que se celebraron en ese evento del décimo aniversario de la Policía Comunitaria, trató de los Acuerdos de San Andrés. Y en esa Mesa 1, respondiendo a la pregunta: "¿cómo puedo crecer la justicia y seguridad comunitaria sin reconocimiento constitucional al derecho de los pueblos?", entre otras cosas se respondió: "Es importante aplicar los Acuerdos de San Andrés por la vía de los hechos y eso sería la mejor manera de respetarlos... Es fundamental dar a conocer los Acuerdos de San Andrés a través de las propias lenguas maternas de las comunidades, realizar talleres para darlos a conocer y que sus integrantes se apropien de ellos".

<sup>45</sup> *Declaración del X Aniversario del Sistema de Seguridad, Justicia y Proceso de Reeducación Comunitaria*, Pueblo Hidalgo, Guerrero, 15 de octubre de 2005.

Otro hecho contundente. El XVI Encuentro de Enlace de Agentes de Pastoral Indígena (EAPI), celebrado del 13 al 16 de febrero de 2006, en la Huasteca Potosina, en la Parroquia de "San Miguel Arcángel" de Tancanhuitz (canao de flores amarillas), San Luis Potosí, con la participación de miembros de los siguientes pueblos: Náhuatl, Me'pha (Tlapanaco), Txeltal, Chol, Zoque, Chontal, Purépecha, Hñahñu, Nñathró, Nñu'hei, Nñuh Sabi (Mixteco), Cuicateco, Mazahua, Queqchi, Ay', Ukjäyë (Mixe), Tenec, Ni'nguiva (Popoluca), Totonaco, Matlazinca, Amuzgo, Cha't', Ña'n (Chatino), Mazateco, Chinanteco, Xi'iuy (Pame), O'dame (Tepehuan) y Kaqchiquel (de Guatemala), tuvo como objetivo la toma de conciencia de los derechos que les corresponden a las pueblos indígenas. En su *Mensaje Final* se dice:

Mucho nos alegra saber que los Acuerdos de San Andrés, aunque no se hicieron ley, sí expresan de manera sustancial *lo que es nuestro*,<sup>46</sup> por lo mismo, los asumimos como norma fundamental de nuestra vida comunitaria, pues nuestros derechos *son más que lo que está escrito en las leyes*.<sup>47</sup>

Esta afirmación es producto de lo trabajado y dicho en las distintas mesas. Los Acuerdos de San Andrés constituyen la base de las relaciones jurídicas de pueblos y comunidades, de su derecho. Tuve oportunidad de participar de los trabajos del EAPI-2006, de tal modo que, como abogado y estudioso del derecho, quedé impresionado de la presencia tan fuerte de los Acuerdos de San Andrés en la juridicidad viva, objetiva, real, de los pueblos y comunidades indígenas.

Quizás la mejor explicación de este hecho, de esta realidad jurídica de *Derecho que nace del pueblo*, la encontremos en algunos conceptos vertidos en la V Declaración de la Selva Lacandona del Ejército Zapatista de Liberación Nacional, de 17 de julio de 1998, que considera que en la reunión de San Andrés "la voluntad de todos los pueblos indios... se hizo colectiva..."<sup>48</sup> Y agrega:

<sup>46</sup> En los idiomas indígenas no existen palabras que traduzcan la palabra *derechos*, lo dicen como *lo nuestro*, el *respeto a lo nuestro*. Cfr. *Respeto a lo nuestro. Derechos fundamentales indígenas*. Enlace de Agentes de Pastoral Indígena, Xalpatláhuac, Gro., 18-22 de abril de 1994.

<sup>47</sup> XVI Encuentro E.A.P.I., *Mensaje Final*, Tancanhuitz, 16 de febrero de 2006.

<sup>48</sup> EZLN, *Documentos y Comunicados 4*, op. cit., p. 229.

Una ley indígena nacional debe responder a las esperanzas de los pueblos indios de todo el país. En San Andrés estuvieron representados los indígenas de México y no sólo zapatistas. Los acuerdos firmados lo son con todos los pueblos indios, y no sólo con los zapatistas. Para nosotros, y para millones de indígenas y no indígenas mexicanos, una ley que no cumpla con San Andrés es sólo una simulación, es una puerta a la guerra y un precedente para rebeliones indígenas que, en el futuro, vendrán a cobrar la factura que la historia presenta regularmente a las mentiras.

Una reforma constitucional en materia de derechos y cultura indígenas no debe ser unilateral, debe incorporar los acuerdos de San Andrés y reconocer así los aspectos fundamentales de las demandas de los pueblos indios: autonomía, territorialidad, pueblos indios, sistemas normativos. En los acuerdos se reconoce el derecho a la autonomía indígena y el territorio, conforme al convenio 169 de la OIT, firmado por el Senado de la República. Ninguna legislación que pretenda encoger a los pueblos indios al limitar sus derechos a las comunidades, promoviendo así la fragmentación y la dispersión que hagan posible su aniquilamiento, podrá asegurar la paz y la inclusión en la nación de los más primeros de los mexicanos. Cualquier reforma que pretenda romper los lazos de solidaridad históricos y culturales que hay entre los indígenas, esta condenada al fracaso y es, simplemente, una injusticia y una negación histórica.<sup>49</sup>

De tal modo, que los Acuerdos de San Andrés están vivos en la memoria histórico-jurídica de los pueblos indígenas como una "voluntad colectiva" participante en la reivindicación de su autonomía, y también como recuerdo de una traición, la de las autoridades del estado.

Además esos Acuerdos están presentes como las normas básicas de su organización interna y como criterios jurídicos inspiradores de su juridicidad; son derecho fundamental de pueblos y comunidades.

En tercer lugar, pero no menos importante, los Acuerdos de San Andrés poseen el poder que da fuerza al derecho y que éste otorga al orden social, el *poder simbólico*, en cuanto que confiere legitimidad. Dice Bourdieu: "El poder simbólico es un poder de construcción de la realidad que aspira a establecer un orden *gnoseológico*: el sentido inmediato del mundo (y en particular del mundo social)..."<sup>50</sup>

<sup>49</sup> *Ibidem*, pp. 230-231.

<sup>50</sup> BOURDIEU, Pierre, *Poder, derecho y clases sociales*, Ed. Desclée de Brower, Bilbao, 2000, pp. 91-92.

Por último, los Acuerdos de San Andrés constituyen también bandera de lucha, jurídico política, frente al Estado, una lucha precisamente por el *poder simbólico*, por la fuerza del derecho.

## XII. EL DERECHO DE DECIR EL DERECHO

La lucha por el poder simbólico que constituye la fuerza del derecho, se traduce en una disputa "por el monopolio del derecho de decir el derecho".<sup>51</sup> Los Acuerdos de San Andrés han formado parte de esa disputa. Para mejor entendimiento de esto, sigamos un poco lo que Bourdieu nos enseña.

Para mejor comprender a Bourdieu, veamos algunos de sus conceptos sociológicos clave.

*Espacio social.* Es un conjunto de relaciones o un sistema de posiciones sociales que se definen las unas en relación con las otras.

*Campo social.* Es un espacio social específico, en el que esas relaciones se definen de acuerdo con un tipo especial de poder o capital específico, detentado por los agentes que entran en lucha o competencia, que "juegan" en ese espacio social.

Los grupos o agentes sociales son concebidos como "jugadores" en competencia, que se mueven en diversos campos sociales y disputan una particular especie de capital, considerado como "energía social" o conjunto de recursos o beneficios puestos en juego. "Quienes hablan de igualdad de posibilidades olvidan que los juegos sociales, como el económico, pero también los culturales (campo religioso, campo jurídico, campo filosófico, etcétera), no son *fair games*: sin estar propiamente amañada, la competencia recuerda una carrera con *handicaps* que se corriera desde hace generaciones, o unos juegos en los que cada jugador dispusiera de las ganancias positivas o negativas de todos sus antecesores, es decir de los tanteos acumulados por sus antepasados".<sup>52</sup>

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 169.

<sup>52</sup> BOURDIEU, Pierre, *Meditaciones pascalianas*, Anagrama, Barcelona, 1999, p. 285.

*Capital:* específico del campo es a la vez la condición de entrada en cada campo social, y el objeto y el arma de la actividad en dicho campo.

Los diferentes tipos de capital o poder que son objeto de lucha, pueden definirse como los recursos que se producen y negocian en el campo y cuyas especies, por eso mismo, varían en función de las distintas actividades (juegos o luchas) de los diversos campos.

El *capital* se presenta de tres maneras fundamentales, como *económico, cultural y social*.

Así el *capital económico* es directa e inmediatamente convertible en dinero, y resulta especialmente indicado para la institucionalización en forma de derechos de propiedad; el *capital cultural* puede convertirse bajo ciertas condiciones en capital económico y resulta apropiado para la institucionalización, sobre todo, en forma de títulos académicos; el *capital social*, que es un capital de obligaciones y "relaciones" sociales, resulta igualmente convertible, bajo ciertas condiciones, en capital económico, y puede ser institucionalizado en forma de títulos nobiliarios.<sup>53</sup>

El *capital simbólico*, que es un conjunto de las especies de capital en cuanto tienen prestigio, reconocimiento, honorabilidad y, sobre todo, legitimidad.

La lucha por el poder simbólico, es por imponer la definición del mundo social: "Lo que está en juego en las batallas simbólicas es la imposición de la visión legítima del mundo social y de sus divisiones, esto es, el poder simbólico como poder *constructor del mundo...*".<sup>54</sup> Es muy claro que el derecho es un poder simbólico, y la lucha por él, es una lucha por la legitimidad. Los Acuerdos de San Andrés de haberse convertido en normatividad del Estado, hubiesen legitimado plenamente los pueblos indígenas. Fueron hechos a un lado por el legislador, por el Constituyente Permanente, pero los pueblos reivindican esos Acuerdos de San Andrés, con ellos legitiman sus sistemas normativos y los oponen como *poder simbólico* al propio Estado, negando la legitimidad de la Reforma Constitucional, porque niega a los pueblos y niega su derecho.

<sup>53</sup> BOURDIEU, *Poder...*, *op. cit.*, pp. 135 y 136.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 124.

El derecho es, sin duda, la forma por excelencia del poder simbólico de nominación que crea las cosas nombradas y, en particular los grupos; el derecho confiere a esas realidades surgidas de sus operaciones de clasificación toda permanencia, la de las cosas, que una institución histórica es capaz de conferir a instituciones históricas.

El derecho es la forma por excelencia del discurso activo, capaz, por su propia virtud, de producir efectos. No es exagerado decir que el derecho *hace* el mundo social, pero con la condición de no olvidar que él es hecho por ese mundo.<sup>55</sup>

El texto actual del artículo 2o. constitucional que hace una determinada nominación de las indígenas, que les otorga determinada definición, es cuestionado por los Acuerdos de San Andrés. Para pueblos y comunidades la legitimación está en esos Acuerdos, y no en la Constitución. Hay una disputa por el poder simbólico: artículo segundo constitucional *versus* Acuerdos de San Andrés; es una disputa por el derecho a decir el derecho. Es el derecho del Estado el que fija los alcances de la autonomía, o son los Acuerdos de San Andrés y la voluntad y fuerza política de los pueblos, los que nominan y dicen el tamaño de su libre determinación.

Siguiendo al propio Bourdieu, sabemos que el Estado, como institución, es el “detentador del monopolio de la violencia simbólica legítima” y “pone, por su propia existencia, un límite a la lucha simbólica de todos contra todos por ese monopolio (es decir, por el derecho a imponer el propio principio de visión), y arrebató así cierto número de divisiones y principios de división de esa lucha”.<sup>56</sup> Y por medio del derecho, “la forma por antonomasia del poder simbólico”, se da “la objetivización de la visión dominante reconocida como legítima”.<sup>57</sup> De acuerdo con esto, el artículo 2o. de la Constitución, como visión del Estado del mundo indígena, constituye la visión legítima.

Sin embargo, se trata de una visión legítima precaria, pues los pueblos indígenas deficientemente nominados oponen una visión diversa que se objetiviza en los Acuerdos de San Andrés. La misma realidad

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 202.

<sup>56</sup> BOURDIEU, *Meditaciones...*, *op. cit.*, pp. 244-245.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 245.

objetiva de los pueblos y el poder simbólico que portan, se opone a la visión del Estado.

En ese sentido los Acuerdos de San Andrés cumplen lo que Bourdieu explica de esta manera:

El imperativo del ajuste realista a las estructuras objetivas que no se impone menos al poder simbólico en su forma profética, herética, anti-institucional, subversiva. Si bien el poder creador de la representación no se manifiesta nunca tan claramente en ciencia, en arte o en política como en los periodos de crisis revolucionaria, la voluntad de transformar el mundo transformando las palabras para designarlo, produciendo nuevas categorías de percepción y apreciación imponiendo una nueva visión de las divisiones y las distribuciones, sólo tiene posibilidades de lograrlo si las profecías, evocaciones creadoras, son también, al menos en parte, previsiones bien fundadas, descripciones anticipadas: si ellas hacen llegar lo que anuncian, nuevas prácticas, nuevas costumbres y, sobre todo, nuevos grupos, es porque anuncian lo que está en vías de llegar, lo que se anuncia; son menos las comadronas que los oficiales del estado civil de la historia.<sup>58</sup>

Esos viejos grupos, pero renovados, que son los pueblos y comunidades indígenas, con nuevas prácticas, con nuevas costumbres, crean derecho; es derecho que nace del pueblo. Constituye un pluralismo jurídico que, como tal, y apoyado en los Acuerdos de San Andrés, disputa el derecho a decir el derecho.

<sup>58</sup> BOURDIEU, *Poder...*, *op. cit.*, pp. 203-204.

## EL PODER DE LOS JUECES

Clemente VALDÉS S.

Las leyes, las constituciones, los gobiernos, las instituciones, y ese ente ambiguo y misterioso al que llamamos "el Estado", ninguno es un fin por sí mismo. La única razón que justifica la existencia de todas esas cosas son los seres humanos que forman la población.

SUMARIO: I. *Prólogo.* II. *La relación de los dioses con la justicia.* III. *De cómo se transforman las instituciones.* IV. *La cultura de "las teorías" y las clasificaciones en el derecho.* V. *La teoría de la separación de poderes.* VI. *Los inicios.* VII. *¿Quiénes son los jueces?*

### I. PRÓLOGO

A lo largo de los tiempos los jueces han sido personas con actividades, funciones y poderes muy diferentes en distintas partes del mundo.

A pesar del gran interés que despierta el tema del poder de los jueces y de las citas y alabanzas que se hacen de las hazañas de algunos de ellos mencionados en las leyendas por su sabiduría, como Salomón, y de otros más reales, como el Justicia Mayor de Aragón, en España, y Sir Edward Coke, en Inglaterra,<sup>1</sup> curiosamente el tema es poco conocido, aun entre algunos profesionales del derecho.

<sup>1</sup> *There is no adequate biography of Coke*, "No existe una biografía adecuada de Coke", con estas palabras empieza la relación bibliográfica de Coke en el tomo III de la

En la historia de distintos países han existido jueces que se enfrentan a los reyes y a los jefes de los gobiernos en aras de la justicia y otros que únicamente lo hacen cuando les conviene hacerlo para asegurar sus propios intereses. Han existido jueces que se han dedicado a servir a la población y otros que unidos oficialmente en gremios hicieron legalmente de su oficio un negocio privado y, juntos, se constituyeron en un poder político frente al rey y su gobierno y frente al pueblo, como sucedió en Francia desde el siglo XVI hasta la Revolución. Hay jueces impecablemente honrados y otros que en contra de la imparcialidad que deben tener y en contra de las reglas que los rigen, se han dedicado a vender sus resoluciones para enriquecerse. Junto con éstos, existen muchos que para ascender convalidan crímenes y arbitrariedades y se someten servilmente a la autoridad de los dueños del poder cuando no es oportuno mostrar ninguna independencia, se adaptan como una manera de vivir al gremio al que pertenecen y emiten las opiniones que son útiles y convenientes para sus intereses personales, según los tiempos, sin preocuparse mucho de que sean contradictorias con otras opiniones expresadas por ellos mismos. Afortunadamente, hay también otros jueces que con honradez y austeridad se casan con la justicia; resisten a la tentación siempre presente de controlar o dominar, usando el derecho, a los otros órganos que desempeñan funciones públicas; mantienen una estricta imparcialidad, e inclusive luchan contra sus propias creencias y prejuicios tratando de ser justos.

Según las épocas y los países, los jueces han conocido de materias muy distintas y cada vez conocen más de nuevas materias y de problemas y conflictos que no existían y de otros que, si bien han existido desde siempre, como los conflictos entre los países en lo que se llama derecho internacional, antiguamente se resolvían sólo por la

*Encyclopaedia Británica*, que lo describe como "orgullosa, ambiciosa y dominante... decidido en su fe en la supremacía del *common law* hasta el punto de desafiar los poderes judiciales en *equity* del *Chancellor* y humillarse ante el rey aun en el acto de desafiar al monarca". Existen, sin embargo, varios *best sellers* sobre él, dedicados a contar sus glorias, omitiendo sus incoherencias y sus defectos; el más conocido y el más popular, entre otras cosas por su título, es el de Catherine DRINKER BOWEN, *The lion and the throne. The life and times of Sir Edward Coke*, Little Brown and Co., "El león y el trono. La vida y los tiempos de Sir Edward Coke".

fuerza y por la guerra. Al paso del tiempo, los jueces también han ido dejando de conocer y resolver asuntos que han ido quedando fuera de las leyes y de temas que ya no pertenecen al derecho; es decir de asuntos y temas en los cuales no debe tener injerencia ni la sociedad ni el gobierno, pues pertenecen a la vida estrictamente privada de los individuos, aun cuando, de tarde en tarde, algún gobernante y algunos grupos de la sociedad, busquen volver a incluir esas materias en el área de la justicia del gobierno y del derecho.

En la antigüedad, la función de juzgar se reducía, por una parte, a resolver las controversias o los conflictos entre los individuos, sin que, por lo que toca a tales conflictos, se hiciera una distinción entre cuestiones civiles y cuestiones penales. La primera distinción se establece entre los conflictos que únicamente tienen que ver con los intereses personales de los individuos y los conflictos que afectan los intereses del monarca o aquellos que tienen que ver con los mandatos o las prohibiciones impuestas por los dioses. En esta distinción entre lo que es únicamente del interés de los habitantes y lo que es del interés de los sacerdotes, de los jefes o de los reyes, éstos, algunas veces, proporcionan jueces dependientes de ellos para resolver los conflictos entre los particulares a petición de los mismos afectados. Pero los reyes, igual que los señores, condes, barones y pequeños jefes, estaban preocupados primordialmente en "juzgar" los asuntos que tenían que ver con sus propios bienes: sus tierras, sus bosques, sus castillos, sus aguas, sus espacios de caza; y, naturalmente, con sus finanzas.

En el derecho de los pueblos germánicos no existía casi separación entre juicios civiles y juicios penales. El afectado por un hecho violento tenía derecho a la venganza que naturalmente no le proporcionaba ninguna compensación o reparación del daño que el otro le había causado. Si la víctima o sus familiares no optaban por la venganza, podían exigir en juicio el pago del *wergeld*, esto es la compensación del daño. "La vida de todo hombre tenía un precio, ese era el precio del hombre, el *wergeld*", dice Christian Pfister en *The Cambridge Medieval History*.<sup>2</sup> El *wergeld*, dicen Brunner y von

<sup>2</sup> *The Cambridge Medieval History*, Cambridge University Press, 1936, vol. I, pp. 300 y ss.

Schwerin, sirve especialmente como reparación de la muerte violenta; en otras hipótesis, la mayor parte de las transgresiones jurídicas se apreciaban por el pago de multas (a favor de la comunidad como precio del restablecimiento de la paz), o bien resultaban de una división del *wergeld*, o hacían referencia a una determinada cifra, variable, según las épocas, según los diferentes derechos de los distintos pueblos y, naturalmente, según la clase social a la que perteneciera la víctima. En la época del Imperio Franco, durante el reinado de Carlomagno, en la zona de lo que ahora es Holanda, por la muerte de un *homines Franci*, descendiente de nobles, se pagaba como *wergeld* la suma más alta; por la muerte de uno de los hombres libres, *liberi, ingenui* (que como los *freemen* de la época de Juan sin Tierra en Inglaterra y en todas partes de Europa, eran pocos) se pagaban 200 sólidos como *wergeld*.<sup>3</sup> En el derecho popular de los francos ribuarios, se decía: “si alguien fuera herido, de suerte que de la herida saliese un hueso tal que lanzado contra un escudo colocado a doce pies de distancia le hubiera hecho resonar, el culpable pagará treinta y seis sólidos como multa”.<sup>4</sup>

La compensación de los daños, como forma de castigar o de componer algunos conflictos por actos que en la actualidad son castigados de otra manera, se encuentra también en los cinco libros (Pentateuco) de la Torah adoptados por los cristianos como parte del Viejo Testamento. Así, mientras algunas conductas se castigaban con la muerte, otras sólo traían como consecuencia una reparación del daño. En el libro del Éxodo, entre los mandatos contenidos en el primer decálogo, que incluye por lo menos 23 mandamientos, se establece que “El que maldice a su padre o a su madre, es reo de muer-

<sup>3</sup> La existencia de varias clases sociales y la multiplicación de subclases dentro de cada una de aquellas es una de las características de toda esa época. La clase de los hombres libres, *freemen* (muy pequeña en relación con toda la población), estaba dividida en varios grupos: medio libres, libres de origen, imperfectamente libres, etc. Los niveles superiores a los *freemen* y los inferiores también, estaban divididos y la enorme mayoría de los habitantes pertenecían a niveles en los que no tenían ningún derecho de ningún tipo. Ver los estudios del profesor de la Universidad de Oxford, VINOGRADOFF y de Gerhard SEELIGER en los capítulos XX y XXI, del vol. II de *The Cambridge Medieval History*, Cambridge University Press, 1936, pp. 631-684.

<sup>4</sup> BRUNNER, Heinrich y SCHWERIN, Cl. Von, *Historia del derecho germánico*, Labor, Barcelona, 1936, p. 23.

te” (Éxodo 21, 17) y unos párrafos más adelante ordena matar a las brujas: “No permitirás que las hechiceras queden con vida (Éxodo 22, 18), lo cual sirvió muchos años después, en 1692, a los pobladores de Salem, en la colonia de Massachusetts Bay, para colgar a 19 mujeres acusadas de brujería. En cambio: “Si un hombre hallare a una joven soltera y la violare, el agresor dará al padre de la doncella cincuenta siclos de plata y la tomará por mujer” (Deuteronomio 22, 28).

La idea de la pena en el derecho romano casi no se refiere al castigo del criminal en su persona, sino a la compensación en dinero o en especie, igual que en nuestro derecho actual cuando hablamos de “pena” convencional, de “penalización”, por falta de cumplimiento en tiempo de las obligaciones, o de “pena” pecuniaria. Savigny, en su gran obra sobre el derecho romano, al hablar de las acciones penales en Roma, dice que podían ejercitarse a elección del demandante “contra todos los cómplices; pero desde el momento en que uno de ellos satisface lo que constituye o puede constituir la pena, quedan los demás libres de su obligación. Y, en efecto, limitándose el derecho del demandante (la víctima o sus familiares) a hacerse indemnizar, es obvio que la indemnización no puede ser pagada más de una vez”.<sup>5</sup>

Pero además de la resolución de los conflictos originados por los actos ejecutados por alguno de los miembros de la comunidad contra otro, sea en su cuerpo o en sus bienes, y de los asuntos que afectan los intereses patrimoniales de los jefes o de los reyes, ha habido otro tipo de asuntos que no tienen que ver ni con un daño a otros individuos, ni con un daño a los intereses del monarca. Se trata de una cantidad enorme de situaciones y de actos que se consideraban contrarios a la naturaleza, a las tradiciones, a las virtudes o a las buenas maneras, y, junto con éstas, a las ideas, las opiniones y los actos que, según las diferentes religiones, causaban daño a Dios o a las creencias y los ritos asociados con él. El campo de estos asuntos en los que no existe un individuo que haya sufrido un daño en su persona o en sus bienes ni se han afectado los intereses de los jefes o de los gobernantes, pero que, de acuerdo con las leyes, han sido tema de los juicios y oficio de los jueces, es tan grande, que resulta imposible hacer

<sup>5</sup> SAVIGNY, Friedrich Karl von, *Sistema del derecho romano actual*, F. Góngora, Madrid, 1879, t. IV, p. 36.

una enumeración de todos los delitos que se inventaron para reprimir lo que los sacerdotes de las diferentes religiones, las mayorías, y ciertos grupos preocupados por la conservación de las costumbres y los ritos, decían que debía castigarse.

Así como los jueces en general, en los distintos países del mundo, han ido, al paso del tiempo, dejando de conocer de conductas que ya no pertenecen al derecho, por considerar que corresponden al área de la vida privada de los individuos, en la cual no debe inmiscuirse el gobierno ni la sociedad, así también, poco a poco, en la época moderna, empezó a surgir la necesidad de juzgar y resolver las quejas de los individuos contra los errores y los abusos de los órganos del gobierno encargados de la administración.

La posibilidad de que algunos jueces, aplicando su propio criterio y no el criterio y la voluntad de los jefes del gobierno, puedan juzgar y resolver las quejas de los particulares por los actos cometidos por los empleados que están a cargo de los órganos administrativos es, sin duda, uno de los pasos más importantes para proteger a la población contra la tiranía de sus empleados. Pero el derecho de los individuos para reclamar los abusos de estos empleados y el desarrollo del poder de ciertos jueces para conocer, juzgar, y confirmar o nulificar las decisiones y los actos de la administración pública, no nace, cómo podría pensarse, de una rebeldía de la población contra los reyes, los jefes o sus gobiernos, ni tampoco de una exigencia de los jueces.

Esta función de los jueces, en Europa, surge del propio interés de los reyes en manejar y controlar de la mejor manera la administración de sus reinos. En Francia los jueces y la jurisdicción administrativa tienen su antecedente en el *Conseil du Roi*, como órgano consejero del rey en cuestiones legales y como corte administrativa al servicio del rey. En la Constitución del año VIII (13 de diciembre de 1799) Napoleón crea el Consejo de Estado, *Conseil d'État*, el cual, según el artículo 52: "Bajo la dirección de los cónsules está encargado de redactar los proyectos de ley y los reglamentos de administración pública, y de resolver las dificultades que surjan en materia administrativa".<sup>6</sup> Lo cual, además de hacerlo parte del pro-

<sup>6</sup> *Constitution du 22 Frimaire an VIII* (13 décembre 1799). Artículo 52. "Sous la direction des consuls, un Conseil d'Etat est chargé de rédiger les projets de lois et les règlements

ceso legislativo, le daba una función administrativa y le encomendaba también la resolución de los conflictos administrativos.

Ese *Conseil d'État*, a la caída de Napoleón, permanece como uno de los órganos del consejo del rey en 1815, es disuelto durante el golpe de Estado de 1851 y rehecho inmediatamente después.<sup>7</sup> En torno a ese Consejo de Estado se va formando la justicia administrativa francesa, hasta llegar al prestigio que tiene actualmente dentro del sistema político francés, y a la autoridad que tiene en su papel legislativo como órgano de consulta obligatoria de los proyectos de ley. Junto con eso, y al mismo tiempo, como órgano supremo de la justicia administrativa tiene grandes poderes que le permiten, por ejemplo, anular decretos del presidente de la República o del primer ministro o actos reglamentarios de este último, ejecutados o emitidos excediendo sus poderes.<sup>8</sup>

En la actualidad, en todos los países que han logrado al menos un pequeño grado de desarrollo social y político, existen órganos que pueden revisar los actos de los empleados de la administración, incluyendo, muchas veces, los actos de los más altos empleados: presidentes, ministros y directores generales de las grandes entidades públicas. Curiosamente, en muchos casos, los tribunales que conocen de estos asuntos surgen dentro de la estructura de los órganos administrativos, como jurisdicciones separadas de los órganos judiciales ordinarios, pero sus resoluciones pueden ser revisadas por los órganos superiores de la jurisdicción ordinaria, tal es, por ejemplo el caso de México.<sup>9</sup> Por el contrario en otros países, forman una organización ajena a la estructura judicial ordinaria y sus resoluciones no pueden ser revisadas por las cortes supremas en materia civil y penal. Así sucede en Italia, en donde la justicia administrativa tiene su propia Corte Suprema, llamada *Consiglio di Stato*,<sup>10</sup> separada y dife-

*d'administration publique, et de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative*".

<sup>7</sup> ROBINEAU, Yves y TRUCHET, Didier, *Le Conseil d'Etat*, Presses Universitaires de France, 2a. ed., 2002, pp. 6 y ss.

<sup>8</sup> RASSAT, Michèle-Laure, *La Justice en France*, Paris, 1994, p. 67.

<sup>9</sup> En México los tribunales administrativos tienen su origen, de una manera formal, en la Ley de Justicia Fiscal de 27 de agosto de 1936 por la cual se crea el Tribunal Fiscal de la Federación que después se llamará Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

<sup>10</sup> De acuerdo con el artículo 100 de la Constitución Italiana: "Il Consiglio di Stato è organo di consulenza giuridico-amministrativa e di tutela della giustizia nell'ammi-

rente de la *Corte di cassazione*; así sucede también en Alemania, y naturalmente en Francia, en donde, como ya lo he señalado, el órgano supremo de la justicia administrativa es el *Conseil d'État*, diferente y separado de la *Cour de cassation*.<sup>11</sup>

En casi todos los países del mundo, los jueces tienen en la actualidad el poder de juzgar y resolver los conflictos entre los particulares, las controversias sobre los delitos y la culpabilidad en materia penal y las reclamaciones por actos de los empleados de los órganos administrativos contra los particulares.

En muchos países, los jueces tienen además el poder de revisar los actos y las decisiones de los altos empleados de la rama ejecutiva del gobierno. En algunos, como sucede en Alemania, sin hablar de un juicio especial de tipo extraordinario, se establece simplemente que: "Toda persona, cuyos derechos sean afectados por cualquier órgano del poder público, puede recurrir a la vía judicial. Si no se ha establecido una jurisdicción específica, las cortes judiciales ordinarias conocerán del recurso".<sup>12</sup> En otros, por ejemplo en México, ciertos jueces pueden conocer no sólo de los actos que violen algunas libertades fundamentales, sino también, de acuerdo con el artículo 103, fracción I, de la Constitución general de la República, de las demandas contra las leyes "que violen las garantías individuales".<sup>13</sup> Pero en

*nistrazione*". Y según el artículo 103: "*Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi*".

<sup>11</sup> ROBINEAU, Yves y TRUCHET, Didier, *Le Conseil d'Etat*, Presses Universitaires de France, París, 2002.

<sup>12</sup> Artículo 19, fracción 4, Constitución de la República Federal Alemana.

<sup>13</sup> Aun cuando en México se le rinden constantes homenajes a los distintos procedimientos que se conocen con el nombre genérico de "amparo" y, cuando alguien se atreve a hacer notar la dilación, los enredos, las incongruencias y la multitud de complicaciones a las que dan lugar tales procedimientos, inmediatamente se le ofrecen al "amparo" actos de desagravio; debe reconocerse que tales procedimientos son mucho más limitados de lo que los homenajes y los desagravios quieren aparentar; primero, porque no sirven para remediar las violaciones al texto constitucional en general, sino sólo las violaciones que se cometan por actos o leyes de las llamadas "autoridades" (es decir cierto tipo de empleados públicos) que afecten a personas individualmente determinadas; pero además, dentro de esta limitación, tales procedimientos no sirven ni pueden iniciarse por cualquier violación de los derechos de una persona por parte de alguna de "las autoridades", sino única-

muchos países el poder de algunos jueces llega mucho más lejos, ya que pueden revisar y anular las disposiciones contenidas en las leyes que estimen contrarias a la Constitución, independientemente de que violen o no violen las libertades fundamentales. En los Estados Unidos este poder les corresponde a los altos jueces federales de la organización judicial ordinaria; en otros, como sucede en casi todos los países de la Unión Europea, este poder lo tienen tribunales separados de los órganos judiciales, que se conocen como cortes o tribunales constitucionales. En ambos sistemas, ese poder implica la facultad de establecer el derecho al que debe ajustarse una sociedad en forma general, como si fuesen legisladores. Al llegar a este punto puede decirse que, independientemente de que consideremos que sea conveniente o no que algunos jueces tengan ese poder en una determinada sociedad, los que lo tienen comparten, sin duda, el poder político.

Además de explorar el origen del poder de los jueces en forma general, y de comentar su alcance y su desarrollo en algunos países, especialmente en Inglaterra, en Francia y en los Estados Unidos, mi intención, en este ensayo, es analizar los antecedentes, la manera y las circunstancias como se creó, en 1803, el poder de la Suprema Corte de los Estados Unidos para revisar y anular los actos de los otros órganos de gobierno y, en especial, para anular disposiciones de las leyes votadas por el Congreso federal. Se trata del gran poder que se dieron a sí mismos los jueces de la Suprema Corte de los Estados Unidos en la resolución *Marbury vs. Madison*, sin que existiera ni exista ninguna disposición en la Constitución de ese país que así lo establezca,<sup>14</sup> y del poder que más de cien años después, a partir de 1920, por disposición expresa en las leyes y las constituciones en

mente por los actos de éstas que violen ciertas libertades que la Constitución de acuerdo con su artículo 1o. les "otorga" a los individuos que forman la sociedad y que son precisamente las que tal constitución les llama "garantías".

<sup>14</sup> El desconocimiento del hecho de que no existe una sola palabra en la Constitución de los Estados Unidos que autorice a la Suprema Corte ni a ningún otro tribunal federal a interpretar las leyes, es la consecuencia de la ignorancia notable de algunos profesionales del derecho que simplemente repiten las disposiciones legales que aparecen en las leyes que manejan en sus respectivos trabajos sin ocuparse de saber nada más. Desde los escritos publicados en tres periódicos de la ciudad de Nueva York entre octubre de 1787 y mayo de 1788 para apoyar la aprobación del proyecto de Constitución hecho pocos meses antes en Filadelfia por un grupo formado casi en su totalidad por algunos de los hombres

diversos países de Europa, se les empieza a dar a tribunales especiales, distintos de los órganos judiciales ordinarios, para que hagan lo mismo. Es el poder de hacer la interpretación de las leyes existentes y de anular sus disposiciones, lo cual equivale exactamente a derogarlas, cuando les parezcan contrarias a la Constitución y, lo que es mucho más importante, el poder de interpretar, en forma exclusiva y de manera obligatoria para todas las demás entidades públicas, qué es lo que dice la Constitución.

Junto con esto tengo el propósito de presentar en este ensayo algunos de los argumentos de mayor peso en la discusión sobre el poder de los jueces de anular las leyes, y algunas reflexiones relacionadas con las ventajas y las desventajas de que algunos jueces tengan ese enorme poder, así como la posibilidad de hacer alguna distinción de los temas en los que parece más conveniente la intervención de los jueces y los peligros y los límites que en forma natural tiene ese poder, independientemente de que los jueces que lo ejercen pertenezcan a la estructura judicial establecida o que formen parte de una entidad ajena a los órganos judiciales ordinarios, como se hace en las llamadas "cortes constitucionales" en casi todos los países europeos y en algunos otros países del mundo.

Desde hace mucho tiempo el poder de establecer las reglas generales y el poder de revocarlas se ha visto en muchos países del mundo como una facultad exclusiva de los miembros de las asambleas legislativas, en buena parte como consecuencia de las ideas contenidas en las obras de Locke y de Montesquieu y, naturalmente, por la influencia que tuvo la Constitución de los Estados Unidos, la Revolución francesa y la Constitución francesa de 1791. ¿Es conveniente que los jueces tengan también el poder de anular o derogar las reglas generales; es decir, que compartan con los legisladores ese poder?

más ricos de las antiguas colonias inglesas, artículos que más tarde se recopilaron y se publicaron con el nombre de *El Federalista*, Hamilton, el gran defensor de los intereses financieros en los nuevos Estados, como una manera de buscar la aprobación del proyecto en el que él había participado activamente, decía en el escrito núm. LXXXI que trataba del poder judicial: "En primer lugar, no existe en el plan que estudiamos una sola sílaba que faculte directamente a los tribunales para interpretar las leyes de acuerdo con el espíritu de la Constitución o que les conceda a este respecto mayor libertad de la que pueden pretender los tribunales de cualquier Estado".

Ese es precisamente el título de uno de los ensayos más conocidos de Mauro Cappelletti, que se llama: *¿Jueces legisladores?*<sup>15</sup> Él se pronunciaba por una respuesta afirmativa; yo, en aquel tiempo, cuando hablábamos del tema, sostenía que el poder de dejar sin efecto una regla general y por consecuencia mantener la regla que existiese anteriormente, debía ser facultad exclusiva de los miembros de las asambleas legislativas, electos democráticamente. Ahora pienso que no existe una respuesta ideal para todos los países, ni una respuesta general sobre el asunto de los derechos de las mayorías en las sociedades modernas que se pueda usar para las cuestiones de interés general que no tienen que ver con los derechos estrictamente personales de las minorías y para las cuestiones que, por el contrario, conciernen precisamente a los derechos y las libertades individuales. Pienso también que no es posible dar una respuesta categórica basada en una distinción clara de estos dos tipos de problemas, simplemente porque, a diferencia de las teorías, en la realidad casi nunca existen problemas o materias aisladas, claramente diferenciadas, que no tengan que ver con otras materias y cuestiones. Por último, creo que —como decía Cappelletti—: "Nuestra respuesta debe basarse en el análisis realista de los hechos y los acontecimientos, no en especulaciones abstractas". "La respuesta, una vez más, no puede ser una respuesta absoluta. A diferencia de la lógica formal, la realidad nunca está libre de contradicciones".<sup>16</sup>

El tema está abierto y debemos discutirlo abiertamente. Lo peor que podemos hacer es pretender resolver los grandes problemas actuales, para los cuales, igual que para los de épocas anteriores, no existen recetas perfectas, recurriendo a *slogans*, citando dogmas e invocando "principios". En mi opinión, al final de cuentas, los principios —incluyendo el principio de *la separación de poderes*, que tan útil les ha resultado a los empleados que encabezan los distintos "poderes" de la población para crear cotos independientes de poder,

<sup>15</sup> El artículo con ese nombre fue originalmente publicado en Milán: *Giudici legislatori?* Studio dedicato alla memoria di Tulio Ascarelli e di Alessandro Pekelis, Milán, Giuffrè, 1984.

<sup>16</sup> CAPPELLETTI, Mauro, prólogo a *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Clarendon Press, Oxford, 1989.

en algunos lugares del mundo, e incluyendo también el principio misterioso de *la soberanía*, que siguen invocando algunos gobiernos para mantener como súbditos a los habitantes, suprimiendo sus libertades fundamentales en nombre del dominio que, dicen, se desprende de una soberanía que muchas veces es totalmente ajena a la población y a sus intereses— los principios, repito, como recomendaciones, no valen por su vejez, ni porque nos los hayan enseñado en la escuela o en la universidad, ni tampoco tienen nada en sí mismos por lo que pueda llamárseles “verdaderos”, tal como lo pretendía Jean Dabin.<sup>17</sup> Los principios jurídicos valen cuando sirven para hacer mejor la vida de los seres humanos que forman la población, para proporcionarles a esos seres humanos mayor seguridad, y para asegurar sus libertades fundamentales. Cuando no es así, los llamados principios, son simplemente trampas o son fórmulas vacías.

## II. LA RELACIÓN DE LOS DIOS CON LA JUSTICIA

Igual que en la formación de las reglas que rigen en la comunidad, los jueces y los juicios, en sus orígenes, están atados a la magia y a la religión. La “legitimación” de lo que ahora llamamos “las decisiones judiciales” era, en la antigüedad, la manifestación de prácticas establecidas por los dioses, los espíritus y las fuerzas sobrenaturales que rigen la vida de los hombres. Las reglas, tanto las que imponían cuál debía ser la conducta de los hombres comunes en su vida diaria, como las que decían cuáles eran los ritos y los procedimientos judiciales, debían ser interpretadas “correctamente” de acuerdo con la tradición, esto es, de acuerdo con los usos de la comunidad.

Como lo señala Max Weber: “La interpretación de esas reglas corresponde a aquellos que primero las conocieron, es decir, a los ancianos o, a menudo, también a los hechiceros y sacerdotes quienes, por su comercio profesional con los poderes mágicos, no pueden ignorar ciertas reglas técnicas de comunicación entre los hombres y las fuerzas suprasensibles. Las normas jurídicas pueden surgir, sin embargo, como reglas “otorgadas”, derivadas de una creación directa y

<sup>17</sup> DABIN, Jean, prólogo de 1938 a su *Doctrine générale de L'Etat. Eléments de philosophie politique*, traducida y publicada en español por Editorial Jus, México, 1955.

consciente. Pero esto sólo puede ocurrir a través de una nueva revelación carismática. Puede tratarse de la revelación de una decisión individual sobre lo que en determinado caso concreto es justo. Los portadores normales de esta primitiva forma de adaptación del derecho a situaciones nuevas son el mago, el sacerdote de un oráculo divino o el profeta. El principio en que descansa esta actividad judicial primitiva, rigurosamente regulada, es el de que la más pequeña equivocación de las partes al pronunciar las fórmulas solemnes constitutivas de un acto procesal cualquiera, implica la pérdida del recurso jurídico correspondiente y, algunas veces, la de la causa. Ese principio vale tanto para las acciones de la ley, *legis actiones*, romanas, como para el primitivo derecho medieval.<sup>18</sup>

El propósito de descubrir la verdad, como objeto de la prueba de confesión y de los juicios de Dios, más que el propósito de lograr un acuerdo entre las partes para el mantenimiento de la paz, está, en sus orígenes, íntimamente ligado a la idea de que la presencia de la divinidad en los procesos asegura la certeza de la resolución, esto explica el juramento ante Dios.

Entre las tribus de los antiguos germanos, “según los principios de derecho rectores de la sentencia sobre la prueba, incumbía por lo regular al demandado la carga probatoria”.<sup>19</sup> Esto es, una vez que el demandante interpone su propuesta de demanda con palabras solemnes y bajo la invocación de los dioses, “el demandado jura la improcedencia de la querella mediante un juramento”.<sup>20</sup> Ahora bien, si el demandado estaba autorizado a liberarse de la querella por un juramento, el querellante podía impugnar el juramento, lo cual llevaba a usar como pruebas los juicios de Dios: es decir las ordalías del fuego (*iudicium ignis*), del agua (*examen aquae frigidae*), la ordalía de la suerte (*ad sortem ponatur*) y entre los salios antiguos la ordalía caldaria (*iudicium aquae ferventis, caldariae*). El demandante podía también “interponer la acción de perjurio que llevaba implícitamente al duelo, es decir que sólo podía decidirse en virtud de duelo judi-

<sup>18</sup> WEBER, Max, “Sociología del derecho”, en *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, Fondo de Cultura Económica, México, 1964, t. I, pp. 518-519.

<sup>19</sup> BRUNNER, Heinrich, *Historia del derecho germánico*, Labor, Barcelona, 1936, p. 25.

<sup>20</sup> *Idem.*

cial”,<sup>21</sup> en el cual Dios daba el triunfo al demandante o al demandado acusado de perjurio, según cual de los dos fuera el que dijera la verdad.

La relación de la divinidad con los juicios no es únicamente algo del pasado remoto. Dios seguirá estando presente en la labor de los jueces durante toda la Edad Media y aun en la época contemporánea, a fin de asegurar la imparcialidad y, con ella, la justicia. Muchos pueblos convocan a Dios para participar en los procesos públicos en las disputas entre los individuos y en las acusaciones penales. Nadie sino Dios puede ser imparcial y justo. Él, el gran espectador en las pruebas y las luchas para conocer la verdad, no permitirá nunca que triunfe aquel que no tiene la razón o que sea condenado un inocente. En los “juicios de Dios” la derrota o la muerte no prueban la resistencia al dolor, ni la debilidad o el desconocimiento en el manejo de las armas del perdedor, su derrota es simplemente la prueba de su culpabilidad.

Si bien los “juicios de Dios” eran perfectamente coherentes con la concepción judía de un Dios ante cuya mirada ningún hecho se puede ocultar, y este tipo de juicios había florecido a la sombra de las ideas cristianas sobre la omnipotencia y la omnipresencia de Dios en todos los actos de la vida de los hombres, la Iglesia católica, en general, desde el siglo XII no aceptaba ya el duelo judicial como juicio de Dios. Durante el IV Concilio que tuvo lugar en el palacio Laterano en Roma, en 1215, el Papa, Inocencio III, muy atinadamente, prohibió a todos los eclesiásticos participar en esos duelos. Sin embargo, la vinculación de la justicia con la idea de Dios seguirá siendo inevitable tanto en la Iglesia católica como en el judaísmo y en el Islam, a través del eslabón de “la verdad”.

Para quienes opinan que existe un Dios y que este Dios tiene entre sus características conocer en todo momento la verdad sobre cada uno de los actos de los seres humanos y sobre la totalidad de los hechos que ocurren en el mundo, Dios es sinónimo de la verdad. El nuevo catecismo de la Iglesia católica lo expresa diciendo: “Dios es la verdad misma, por ello el hombre se puede entregar con toda confianza a la verdad”.<sup>22</sup> Así, dado que la justicia siempre debe apoyarse

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>22</sup> Catecismo de la Iglesia Católica, capítulo primero, núm. 215.

en la verdad, para quienes opinan que existe un Dios y que éste es omnisapiente, Dios resulta ser el único juez realmente justo.

Hacia el año de 1271 Santo Tomás de Aquino manifestaba que los juicios y los jueces son de Dios. Al resolver en la *Suma Teológica* la difícil cuestión para los católicos de “Si es lícito juzgar”, considerando que según los escritos del nuevo testamento Jesús había dicho “No juzguéis, y no seréis juzgados”,<sup>23</sup> el Doctor Angélico declaraba: “El juez es constituido ministro de Dios; por lo cual dice el Deuteronomio: Juzgad lo que es justo, y después añade, porque el juicio es de Dios”.<sup>24</sup>

A pesar de la oposición de la Iglesia católica a los duelos judiciales y de la prohibición a los eclesiásticos de tomar parte en ellos desde el Concilio Laterano ya citado, otros tipos de pruebas de Dios continuaron aplicándose. Fue así que desde el establecimiento del cristianismo y hasta el siglo XVIII, por lo menos, la prueba consistente en sumergir a una mujer en el agua se consideró infalible para resolver si se trataba o no de una bruja, basándose en la premisa cristiana de que el agua, como medio del sacramento del bautizo, aceptaría o recibiría sin causarle daño a la mujer inocente de ese delito y por el contrario rechazaría o mantendría flotando a la que fuera culpable. Por su parte, en otras religiones, otras pruebas similares se siguieron practicando todavía mucho tiempo después, así por ejemplo en la India, hasta fechas muy recientes, siguiendo los códigos del hinduismo, se le podía exigir a una mujer pasar a través del fuego para probar la fidelidad a su marido.

En el mundo contemporáneo hay manifestaciones de la vinculación de Dios con el funcionamiento de la justicia. En los Estados Unidos, en donde la primera enmienda de la Constitución ordena al Congreso no hacer ley alguna que establezca una religión o que prohíba su ejercicio, igual que en otros muchos países, antes de recibir una declaración personal en los procedimientos judiciales, se lleva a cabo un juramento poniendo la mano sobre la Biblia (el contenido del texto de la Biblia naturalmente es diferente, según el lugar y el

<sup>23</sup> MATEO, capítulo 7, versículo 1 y LUCAS, capítulo 6, versículo 37.

<sup>24</sup> *Suma Teológica, Secunda Secundae*, cuestión 60 a.2 Biblioteca de Autores Cristianos, t. VIII, pp. 320 y ss.

tribunal de que se trate). En Inglaterra, el juramento, de acuerdo con Starki, es “una solemne invocación de la venganza de la Deidad sobre el testigo si él no declara la verdad total, tal como la conoce”,<sup>25</sup> y según Leach es “una aseveración religiosa por la cual una persona renuncia a la misericordia y llama a la venganza del cielo si él no dice la verdad”.<sup>26</sup> Por su parte en Francia, Toullier, en su *Droit Civil Francais*, decía que el juramento era “un acto religioso por el cual la parte invoca a Dios no sólo para atestiguar la verdad y la sinceridad de su declaración sino también para castigar su impostura o la fe violada, o, en otras palabras, para castigar su perjurio si resultara culpable de haber incurrido en él”.

### III. DE CÓMO SE TRANSFORMAN LAS INSTITUCIONES

Los seres humanos tenemos la tendencia a ver, a calificar y a clasificar las instituciones sociales del pasado, usando los modelos de las instituciones del presente y, con frecuencia, nos olvidamos que todas las instituciones y todas las formas sociales, las viejas y las nuevas, cambian, se transforman y, al paso del tiempo, conservando el mismo nombre, se convierten en algo diferente y, algunas veces, en algo totalmente distinto. No existen instituciones que permanezcan iguales, todas son siempre temporales. Ateniéndonos exclusivamente a la realidad, es claro que no existen instituciones eternas.

Salvo algunas excepciones notables, los escritores de cualquier época y de cualquier lugar tienden a buscar en las sociedades anteriores similitudes con las instituciones de las sociedades en las que viven, como si las formas contemporáneas fueran el modelo al que debieran ajustarse las instituciones del pasado. En la época en que Leopold von Ranke, sin duda uno de los más grandes historiadores alemanes, se presentaba como un buscador de la objetividad en la historia y hacía famosa la frase de que la tarea del historiador era “sólo mostrar lo que realmente aconteció” (*wie es eigentlich gewesen*)<sup>27</sup> “y

<sup>25</sup> Starki on Evidence, citado en el *Black's Law Dictionary*, voz Oath.

<sup>26</sup> Citado en el *Black's Law Dictionary*, voz Oath.

<sup>27</sup> CARR, E. H., *¿What is History?* Utilizo la traducción al español de Editorial Seix Barral, Barcelona, 1981, *¿Qué es la historia?*, p. 11.

que la divina providencia se encargaría de su significado”,<sup>28</sup> en la misma Alemania y en otras partes del mundo se sostenía que “el intento de escribir divorciándose completamente en el estudio del pasado, de cualquier apreciación política nacida del presente, era imposible”.<sup>29</sup>

Además de que en los asuntos sociales no hay instituciones eternas, sucede que tampoco hay instituciones perfectas, y todas, más tarde o más temprano, muestran sus inconvenientes, se van deformando y pueden usarse en perjuicio de la mayoría de la población y, en ocasiones, precisamente en contra de aquellos a quienes pretendían beneficiar. Así ha sucedido con las uniones de trabajadores que se corrompen; con partidos políticos que se convierten en instrumentos de control sobre los habitantes, fuentes de privilegios para sus afiliados y, algunas veces, en excelentes negocios para sus dirigentes; así ha sucedido también con organizaciones religiosas que se pervierten y con órganos legislativos que se dedican a obtener canonjías y beneficios económicos para sus miembros. Así ocurrió también con la llamada “separación de poderes” entre distintos órganos, que llevó, en muchos lugares, a que los habitantes liberados del despotismo de sus monarcas se convirtieran en súbditos de los empleados que se adueñaron de los poderes de la población, sin rendirle cuentas a quienes se suponía que deberían servir. Lo mismo también ha sucedido con los órganos judiciales de algunos países que, invocando la necesidad de ser independientes, se convierten en gremios y se corrompen, sabiendo sus miembros que mientras no cometan algún acto exageradamente escandaloso o algo en contra del grupo en el que han hecho una carrera y del cual viven, estarán protegidos por su misma organización contra cualquier acusación.

Desgraciadamente para los académicos que buscan la permanencia de las cosas a través de la permanencia de las palabras, sucede que si “la libertad”, “la patria” y “la familia”, han sido cosas bien diferentes en diversas épocas en distintos países, mucho más lo han sido las instituciones públicas. Entre el Senado en la Roma antigua y

<sup>28</sup> CARR, E. H., *op. cit.*, p. 26.

<sup>29</sup> Prólogo de Juan José CARRERAS a la 2a. ed. en español de la obra de Theodor MOMMSEN, *Historia de Roma*, Aguilar, Madrid.

el Senado en Francia casi no hay ninguna semejanza, excepto tal vez la imagen antidemocrática, que como lo señalaba el primer ministro, L. Jospin<sup>30</sup> y como lo hacían notar J. Mastias y J. Grangé, al escribir sobre las segundas cámaras de los parlamentos de Europa occidental: "(independientemente de) que ellas lo hayan cometido o no en los albores de su historia, las segundas cámaras están marcadas por el pecado original antidemocrático".<sup>31</sup> Pero sucede que en la misma Roma, lo que se llama Senado en el periodo de los reyes es diferente del Senado a partir de la abolición de la monarquía en el 509 a. C. en la época de los cónsules, y éste a su vez es diferente del Senado durante la dictadura de César y diferente también del Senado bajo el poder de Augusto.

El parlamento inglés ha sido varias cosas diferentes en el transcurso de la historia. Durante el reinado de Enrique III (1216-1272) el "Parliamentum" era la reunión para hablar o discutir con los señores feudales los asuntos que tenían que ver con sus respectivos dominios; "el nombre —como lo hacía notar Trevelyan— no tenía relación alguna con la idea de elección o representación, ni tampoco implicaba una asamblea para decretar impuestos o para hacer leyes".<sup>32</sup> En la época de Eduardo I (1272-1307) el Parlamento era la fusión de dos instituciones gubernamentales: el *Great Council*, que comprendía a los magnates civiles y eclesiásticos que trataban con el rey los asuntos del reino y la *Curia Regis* (*King's Court*) que era el grupo de los consejeros del rey y tenía, entre otras funciones, arreglar los conflictos que estaban más allá del poder de los tribunales judiciales ordinarios. En el siglo XIV el *Privy Council* del rey se hace cargo de las actividades "judiciales" y el parlamento se dedica primordialmente a la actividad legislativa. Tradicionalmente en el derecho constitucional de Gran Bretaña hay dos ideas claves: a) el parlamento ejerce

<sup>30</sup> "El Sénat français constituait une anomalie parmi les démocraties et qu'il le percevait comme une "survivance des chambres hautes aristocratiques", *Le Monde*, 21 de abril de 1998, citado por HAMON, TROPER, BURDEAU, *Manuel droit constitutionnel*, L.G.D.J., París, 2001, p. 595.

<sup>31</sup> MASTIAS, J. y GRANGÉ, J., *Les secondes chambres du Parlement en Europe Occidentale*, Económica, 1987, p. 51.

<sup>32</sup> TREVELYAN, G. M., *A Shortened History of England*, Penguin Books, Londres, 1971, p. 151.

la soberanía y b) el Parlamento está formado por el rey, la Cámara de los Lores y la Cámara de los Comunes; sin embargo desde 1885, *Dicey*, refiriéndose a las convenciones en las que está apoyada la Constitución afirmaba: "Las convenciones de la Constitución están formadas por costumbres que (cualquiera que sea su origen histórico) son al día de hoy mantenidas para asegurar la supremacía de la Cámara de los Comunes, y finalmente, a través de la Cámara de los Comunes electa, la supremacía de la nación".<sup>33</sup>

El parlamento francés surgido de la *curia regis*, en que los primeros reyes capetos, en los siglos XI y XII se reunían con sus vasallos y eclesiásticos para hablar de asuntos políticos, resolver de manera más o menos amigable los conflictos feudales y decidir los asuntos legales que se le sometían al rey como juez supremo, no tiene nada que ver con los parlamentos en el siglo XVII que eran gremios de jueces, que como cuerpo, tenían la facultad de registrar los edictos del rey, después de examinar si éstos eran acordes con la ley y la justicia y con los intereses del reino, con lo cual podían detener la entrada en vigor de tales edictos y, por consecuencia, podían negociar con el rey cualquier medida que afectara los privilegios de sus miembros.

Generalmente los hombres, y ahora también las mujeres, que ejercían y ejercen los oficios o los trabajos en las instituciones públicas en una época determinada, ven en los órganos a los que pertenecen la forma ideal de lo que debe ser la función que bajo ese nombre practican y sus ideas de mejoramiento sobre esos órganos usualmente están inspiradas en el propósito de tener mayor poder y mayores privilegios. Así, en Inglaterra, desde el siglo XI, los barones y sus vasallos cercanos en quienes aquellos delegaban permanente o temporalmente la función de juzgar a los siervos que trabajaban las tierras, veían su función como el modelo ideal en esa sociedad. Los jueces franceses que desde el siglo XIV empiezan a ser dueños de sus juzgados y podían transmitirlos a sus hijos, cobrándoles a los interesados en re-

<sup>33</sup> DICEY, *Law of the Constitution*: "The conventions of the constitution now consist of customs which (whatever their historical origin) are at the present day maintained for the sake of ensuring the supremacy of the House of Commons, and ultimately, through the elective House of Commons, of the nation". Londres, Macmillan, 1939 (1a. ed., 1885), pp. 430-431.

cibir sus servicios, como en cualquier actividad privada, sin obligación de rendir cuentas de su trabajo a nadie, fuera de sus propios gremios (*parlements*), veían, sin duda, esa manera de ejercer la justicia como el ideal perfecto de la independencia de los jueces.

#### IV. LA CULTURA DE "LAS TEORÍAS" Y LAS CLASIFICACIONES EN EL DERECHO

Acostumbrados a pensar y discutir abstracciones y teorías, aquellos que estamos dedicados al derecho, muchas veces nos olvidamos de que todas las teorías son creaciones mentales, es decir, son inventadas, y de que las teorías en el derecho son únicamente intentos de aquellos que las inventaron para ayudar a explicarse qué es lo que son ciertas cosas: instituciones, formas y procesos, creadas por ellos o por otros hombres, unas veces con el propósito de mejorar la vida social, otras muchas, con la intención de dominar a los demás y, algunas veces, con ambos propósitos.

Todavía, en muchos países, la enseñanza del derecho está basada en la búsqueda de definiciones de conceptos abstractos usando otros conceptos igualmente abstractos, en el afán de clasificar todo y en la repetición de teorías que buscan ajustar la realidad a concepciones imaginarias.

La preocupación por clasificar empieza por tratar de separar las funciones y facultades que la población les presta a sus gobiernos en tres "poderes" que, se afirma, son distintos, aunque la distinción en muchos puntos no sea nada clara. A continuación se les llama poderes a las mismas ramas, órganos u oficinas, entre las cuales se hace la separación y se les encomiendan esas ramas a personas distintas, aunque cada vez más vemos, por una parte, que las funciones públicas necesarias en las sociedades modernas son muchas más que tres; por otra, que, conforme los países se van desarrollando, necesitan nuevos órganos o entidades además de los establecidos según la doctrina trinitaria y, junto con eso, vemos claramente que una separación estricta de los órganos de gobierno, en cualquier país, paralizaría a dicho gobierno. Después, aunque se sigue diciendo que vivimos en sistemas democráticos, esto es en sistemas gobernados por el pueblo a través de sus representantes, los empleados que encabezan esos órganos: presidentes, ministros, diputados, senadores y jueces, a los

cuales les pagamos para que nos sirvan, empiezan a llamarse a sí mismos "poderes" y, muy pronto, en casi todos los países, los habitantes que forman la población o el pueblo se convierten en súbditos de sus propios empleados.

Para ayudar a las teorías, que casi siempre necesitan de ayuda para resolver sus incoherencias, se inventan las clasificaciones, empezando por las de "las grandes áreas": el derecho público, el derecho privado, el derecho social, y se meten en ellas lo que se llaman las distintas materias, aun cuando muchas veces las materias que se incluyen en tales áreas no tengan otra cosa en común que alguien dictaminó que debían pertenecer a una o a la otra, y a partir de eso se les asignan las "características" necesarias para que pertenezcan a ellas. Después se clasifican las instituciones, los organismos dependientes y los departamentos de cada una de las ramas del gobierno y, naturalmente, buena parte de la enseñanza del derecho se dedica a memorizar estas clasificaciones y a construir "ficciones" para forzar a la realidad social a fin de que encaje en el esquema teórico y en cada una de sus partes imaginarias.

Creo que es conveniente, de vez en cuando, reflexionar si son realmente de utilidad algunas de las clasificaciones en el derecho y, de ser así, cuáles son verdaderamente útiles. Para esto, debemos primero olvidarnos por un momento de los diferentes prejuicios de nuestros catecismos escolares y de los dogmas que hemos aprendido, según el país en el que hayamos sido educados. Una de las maneras de iniciar la reflexión puede comenzar por la famosa distinción entre derecho público y derecho privado, sobre la cual quiero hacer solamente un breve comentario pues no es el tema de este libro, aunque lo toca tangencialmente porque en algunos países los conflictos llamados de derecho público se resuelven por jueces distintos de los que conocen de los conflictos llamados de derecho privado.

"Ya en el derecho romano la distinción entre el *jus publicum* y el *jus privatum*, era demasiado vaga. Designaba originariamente meras diferencias técnico procesales".<sup>34</sup> Desde los primeros años del siglo XX, Bunge, en Argentina, hacía notar que la distinción entre derecho

<sup>34</sup> KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, Libro Primero, capítulo tercero, núm. 17, Ed. Nacional, México, 1948, p. 118.

público y derecho privado sigue la evolución general de la sociedad y “es sólo histórica. No responde a exigencias universales y permanentes, no entraña un criterio acomodable a todas las circunstancias, ni implica una esencial diferenciación con el concepto del derecho”.<sup>35</sup> En su obra *Teoría general del Estado*, Kelsen, al tratar el tema del derecho público y privado, empezaba por destacar la imposibilidad de determinar lo que esto significa: “Esta irrupción de la política en la teoría del derecho, hállase favorecida por una funestísima distinción que constituye ya hoy uno de los principios más fundamentales de la moderna ciencia jurídica. Se trata de la distinción entre derecho público y privado. Si bien esta antítesis constituye la médula de toda la sistemática teórico-jurídica, es sencillamente imposible determinar con cierta fijeza lo que quiere decirse en concreto cuando se distingue entre el derecho público y el privado”.<sup>36</sup>

En Francia la distinción entre el derecho público y el derecho privado se establece, desde 1873, en la famosa resolución conocida como *l'arrêt Blanco*, dictada por el Tribunal de Conflictos, en un asunto de compensación de daños que dio lugar a una cuestión de competencia entre las jurisdicciones administrativas y las jurisdicciones judiciales.<sup>37</sup> Después de la resolución en el caso *Blanco*, la consolidación de la clasificación basada en una distinción entre el derecho público y el derecho privado se apoya, en buena medida, en la obra de Maurice Hauriou, director (*doyen*) de la facultad de derecho de Toulouse, a partir de su *Précis de droit administratif et de droit public*, publicado por primera vez en 1892.<sup>38</sup> Su importancia se acrecienta por el debate entre Hauriou y Léon Duguit,<sup>39</sup> el célebre profesor y después *doyen*

<sup>35</sup> BUNGE, Carlos Octavio, *El derecho*, Ed. Valerio Abelardo, Buenos Aires, 1907, p. 339.

<sup>36</sup> KELSEN, *op. cit.*, p. 105.

<sup>37</sup> TC 8 février 1873, *Blanco*, p. 61 (1 suppl.) concl. David, D 1873.3.17, concl., S 1873.3.153, concl.

<sup>38</sup> HAURIOU, Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 12a. ed., 1933.

<sup>39</sup> Es particularmente interesante el artículo de HAURIOU sobre DUGUIT, titulado “Les idées de M. Duguit”, *Rec. Académie de législation de Toulouse*, 1911. Ver también el artículo de Gaston Jèze, “L'influence de Léon Duguit sur le droit administratif français”, *Archives de philosophie du droit*, 1932.

de la facultad de Bordeaux.<sup>40</sup> En la actualidad la distinción es uno de los puntos fundamentales en el derecho francés.

En México, Fraga, el más famoso autor de derecho administrativo, en su advertencia preliminar a la primera edición de su libro sobre esa materia en 1934, decía que la distinción del derecho en público y privado era fundamental precisamente “para combatir el predominio de las ideas civilistas en la explicación de los fenómenos de la administración”.<sup>41</sup> Pero no aclara por qué se necesitaba combatir tan empeñosamente a las ideas civilistas en la citada explicación. Así, primero se dedica a hacer una crítica al concepto de *servicios públicos* de Duguit y de Jèze, para sustituirlos por el concepto de “atribución” que él propone. Después dedica un capítulo completo al tema de la distinción entre el derecho público y el derecho privado, en el cual examina cinco criterios de distinción entre ambos derechos y, dentro de estos criterios, varias tesis tendientes a demostrar la diferencia fundamental entre las dos áreas. Después de desecharlas todas, y de corregir algunas de las opiniones del quinto criterio para hacer “las adaptaciones indispensables a fin de armonizarlas con las ideas” que él “venía profesando desde el principio de su obra”<sup>42</sup> (igual que se acostumbraba hacer en muchos de los textos escolares en México), finalmente no logra precisar en que consiste tal distinción, como no sea usando el término de “atribución”, el cual, con un razonamiento circular, apoya, a su vez, en el mismo concepto de derecho público que buscaba determinar con el concepto de “atribución”.<sup>43</sup>

En Inglaterra, como lo señala Jolowicz, el famoso profesor de la Universidad de Cambridge, “país de derecho no codificado, uno nunca se ocupa de los estudios a profundidad sobre las clasificaciones y las divisiones del derecho, de las cuales tienen necesidad en otras partes los codificadores”.<sup>44</sup> Así, por la falta de una distinción basada en los

<sup>40</sup> Sobre la polémica entre Hauriou y Duguit véase: C. Eisenmann, “Deux théoriciens du droit: Duguit et Hauriou”, *Revue philosophique*, 1930, p. 279.

<sup>41</sup> FRAGA, Gabino, *Derecho administrativo*, 3a. ed., México, 1944, p. X.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 131.

<sup>43</sup> *Ibidem*, título primero, capítulo segundo, pp. 20-31.

<sup>44</sup> JOLOWICZ, J. A., *Derecho inglés*, traducción al español publicada por la Editorial Jurídica Venezolana, 1992, p. 76, que corresponde a la p. 55 de la versión original *Droit anglais*, Dalloz, Paris, 1986.

hechos, se explica que René David dijera que “todos los litigios sometidos a las Cortes Reales inglesas aparecen de una manera, en Inglaterra, como si fueran en cierta forma debates *de derecho público*”,<sup>45</sup> en tanto que Dicey, uno de los clásicos del derecho constitucional, sostenía que *el derecho público inglés* tenía el carácter de *derecho privado*, e insistía sobre el hecho de que en Inglaterra *un único derecho rige las relaciones jurídicas entre particulares y entre particulares y funcionarios*.<sup>46</sup> “Durante la historia del derecho inglés, la división entre derecho privado y derecho público, división que en otras partes es fundamental, no ha jugado sino un papel restringido. En lo que concierne a los derechos y a las obligaciones de cualquier persona —particular, persona moral, o funcionario— no es normalmente necesario decidir si se trata de una cuestión de derecho público o de derecho privado. Reconocer que un conjunto de principios y reglas de derecho constituya una rama distinta del derecho no presenta más que un interés académico y pedagógico”. Todo lo cual se manifiesta en la *Crown Proceedings Act* de 1947, “ley que ha abolido el principio de la no responsabilidad de la Corona, al prescribir que, salvo excepciones, la Corona sería tratada como una persona privada mayor de plena capacidad jurídica”.<sup>47</sup>

#### V. LA TEORÍA DE LA SEPARACIÓN DE PODERES

Desgraciadamente, las teorías casi siempre son totalmente incapaces de mostrar la desconexión entre la realidad y el derecho, las limitaciones de éste y su utilización como medio para usar y abusar de los demás. Muchas veces, además de su inutilidad para enseñar la operación real de los órganos públicos, las teorías, al paso del tiempo, se convierten en un lastre para las sociedades y sirven para conservar, sin razón alguna, instituciones, formas, procesos y máximas jurídicas que han dejado de ser útiles o convenientes para esas sociedades.

<sup>45</sup> DAVID, René, *Les grands systèmes de droit contemporains*, núm. 278, citado por Jolowicz, *op. cit.*, p. 77.

<sup>46</sup> DICEY, *Introduction to the Law of the Constitution*, 10a. ed., 1959, p. 195, citado por JOLOWICZ, p. 78.

<sup>47</sup> JOLOWICZ, *op. cit.*

Así vemos como algunas de las teorías más veneradas son simplemente un empeño en encajar actividades nuevas en concepciones e instituciones inventadas para realidades sociales del pasado, que han dejado de existir. El mejor ejemplo de esto es la clasificación de las funciones gubernamentales a partir de la imagen inventada por Montesquieu en 1748 después de su viaje a Inglaterra entre finales de 1729 y principios de 1731, de lo que, según él, era la constitución inglesa, en la cual pretendía distinguir de manera categórica entre actividades legislativas, ejecutivas y judiciales.<sup>48</sup> Todos aquellos que han estudiado lo que era la constitución real de Inglaterra en esos tiempos, puesto que nunca ha tenido una constitución escrita, coinciden en que la famosa teoría de Montesquieu nada tenía que ver con el funcionamiento de la estructura constitucional inglesa. Colin Turpin dice: “En Inglaterra esta teoría en el siglo diez y ocho era opuesta a la doctrina de una constitución mixta o balanceada, en la cual elementos monárquicos, aristocráticos y democráticos estaban juntos y se mantenían en equilibrio. A pesar de la aceptación de Blackstone de una teoría modificada de la separación de poderes, esta teoría no iba a prevalecer como una explicación de la estructura constitucional inglesa”.<sup>49</sup>

La teoría de Montesquieu sobre la imaginaria separación de los poderes en Inglaterra, fue, sin duda, muy útil para cambiar la cultura política en Francia y en otros países, y para disminuir el despotismo ilustrado de los reyes. Pero al paso del tiempo, una vez que la teoría de tres poderes y sólo tres poderes, y sus interpretaciones deformadas en todas partes del mundo, se presentaron como un dogma, la teoría les resultó de una gran utilidad a los empleados gobernantes, pues

<sup>48</sup> “En realidad en Inglaterra había una estrecha vinculación entre gobierno y parlamento; lo contrario a una “división”, Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Sección tercera, núm. 25. Entre los autores ingleses, LASKI se refiere a la idea de la separación de poderes de MONTESQUIEU, diciendo: “El origen de la idea, como se sabe, yace en la famosa interpretación errónea que MONTESQUIEU hizo de la Constitución británica”. *La libertad en el Estado moderno*, Buenos Aires, 1946, p. 45. En el mismo sentido WADE y BRADLEY, *Constitutional and Administrative Law*, 11a. ed., Bradley y Ewing, 1993, pp. 55-56.

<sup>49</sup> TURPIN, Colin, *British Government and the Constitution*, Weidenfeld y Nicolson, Londres, 1988, p. 39.

invocando la veneración y el respeto por ella empezaron por apoderarse de los órganos de gobierno para consolidar su poder arbitrario sobre la población y terminaron, como en el misterio de la transustanciación, por convertirse ellos, personalmente, en “los poderes”.

Con frecuencia los altos empleados: presidentes, ministros, legisladores y jueces, a los cuales los habitantes les pagan para que les sirvan, se olvidan de que la separación de poderes está establecida en beneficio de los habitantes para protegerlos precisamente contra la arbitrariedades de ellos, y no para asegurarles a esos altos empleados un coto exclusivo de poder en su propio beneficio. Junto con eso, además, la renombrada teoría, reducida a tres funciones, ha servido para impedir la búsqueda de otras alternativas y la creación de nuevos órganos y de otros medios más efectivos para procurar el bienestar de las mayorías, asegurar las libertades fundamentales de los individuos e impedir el robo de los recursos de la población.

Al hablar de este tema, Kelsen señalaba que la separación de poderes “presupone que los tres llamados poderes pueden ser determinados como tres distintas funciones coordinadas del Estado, y que es posible definir las líneas que separan entre sí a cada una de esas funciones. Pero esta suposición no es corroborada por los hechos, no es posible definir las líneas que separan estas funciones entre sí, puesto que la distinción entre creación y aplicación del derecho —que sirve de base al dualismo: Poder Legislativo y Poder Ejecutivo (en el sentido más lato)— tiene sólo un carácter relativo, ya que en su mayoría los actos del Estado son al mismo tiempo de creación y de aplicación del derecho”.<sup>50</sup>

A pesar del tiempo transcurrido, de su obsolescencia, de su poca utilidad en la práctica y de las consecuencias desastrosas que ha tenido cuando se ha pretendido aplicarla de manera exacta a la realidad, ya que ésta es siempre mucho más compleja que los modelos teóricos simplistas sobre el comportamiento humano, la teoría sigue repitiéndose como si fuera una verdad indiscutible. Todavía en la actualidad, en algunas escuelas de derecho, casi no existe una preocupación real por buscar los mejores medios para solucionar las

<sup>50</sup> KELSEN, *Teoría general del derecho y del Estado*, UNAM, México, 1969, p. 319.

necesidades sociales; pero, en cambio, sigue existiendo una gran preocupación por complacer a Montesquieu, tratando de que las instituciones de los países en donde se encuentran se ajusten a la imagen totalmente equivocada que él daba de la Constitución inglesa, hace más de 250 años. La consagración de la famosa teoría en los países del derecho continental europeo y en sus herederos en América Latina, ayudó a hacer imposible de comprender la función del Lord Chancellor en Inglaterra, como ministro del gobierno, presidente de la Cámara de los Lores, de la Corte de Apelación y de la Chancery División de la High Court (todo lo cual está en un proceso de cambio a partir del proyecto de reforma presentado por el primer ministro Blair, y todo parece indicar que el nuevo Lord Chancellor no será ya presidente de la Corte de Apelación y de la Chancery División de la High Court).<sup>51</sup> Lo que es indudable es que la teoría de Montesquieu ha contribuido a hacer más difícil de entender cualquier cosa que se salga del esquema petrificado de tres grandes órganos separados con funciones diferentes; por ejemplo: la operación de los sistemas parlamentarios, el funcionamiento actual del Consejo de Estado (*Le Conseil d'État*) francés que, además de sus funciones jurisdiccionales, tiene tareas administrativas y junto con ellas sirve de órgano de consulta para examinar los proyectos de ley; y ha dificultado, además, la comprensión de la razón de ser de los modernos tribunales constitucionales en Europa y en otros países del mundo, ajenos a los órganos de la estructura judicial.

## VI. LOS INICIOS

En la antigüedad eran los reyes, los jefes de las comunidades<sup>52</sup> y las asambleas de los habitantes<sup>53</sup> quienes ejercían la función de juzgar. Esta función se reducía a resolver las controversias o conflictos entre

<sup>51</sup> JOLOWICZ, “Judicial Reorganisation in England and Wales: Constitutional Change in Prospect”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2004, pp. 289-305.

<sup>52</sup> En el Deuteronomio, se menciona a los jueces y a los sumos sacerdotes como jueces supremos, pero el jefe nombrado por Dios (Moisés en ese caso) era la cúspide de la justicia. (Dt. Capítulo 16, versículo 20).

<sup>53</sup> Véase BRUNNER, H. y SCHWERIN, C. von, *Historia del derecho germánico*, Labor, 1936, pp. 19 y 20.

los particulares y, en lo que ahora llamamos el derecho penal, a decidir sobre la culpabilidad y el castigo a los súbditos por las faltas que éstos pudieran haber cometido contra los intereses del monarca.<sup>54</sup>

En algunos pueblos existían jueces para juzgar de ciertos conflictos entre los particulares y algunos delitos, no así de otros que debía castigar la población directamente; todo esto independientemente de que en muchas sociedades antiguas los sumos sacerdotes fueran los jueces superiores y de que los jefes supremos nombrados por los dioses fueran la cúspide de la justicia.

Entre los judíos, por ejemplo, según el Deuteronomio (capítulo 16, 18) Jehová le ordena a Moisés que constituya “jueces y magistrados... para que juzguen al pueblo con juicio recto” pero casi a continuación (capítulo 16, 20) le dice “administrarás la justicia con rectitud”, lo cual parece significar que es él, Moisés, el jefe supremo, el que finalmente tiene el poder de juzgar. Esto se confirmaría en el capítulo 17, versículos 2 a 5, donde se establece: “En el caso que se hallaren en tu país ... hombre o mujer que cometan la maldad en presencia del Señor Dios tuyo, de quebrantar su pacto, yéndose a servir y adorar a dioses ajenos, al sol y a la luna y a todas las estrellas del cielo, contraviniendo al mandamiento mío, y eso te fuere denunciado; si después de haber tenido el aviso, hicieres diligentes pesquisas, y hallares ser cierto que tal abominación se ha cometido en Israel, sacarás al hombre y a la mujer que cometieron tan enorme pecado a la puerta de la ciudad y serán muertos a pedradas”. Resulta aun más difícil definir el poder de los jueces distinguiéndolo del papel del sumo sacerdote y del poder del jefe supremo en los párrafos que siguen: “Si estando pendiente ante ti una causa ... vieres que son varios los pareceres de los jueces que tienes en tu ciudad, marcha y acude al lugar que habrá escogido el Señor Dios tuyo donde recurrirás a los sacerdotes del linaje levítico, y al que como sumo sacerdote fuere en

<sup>54</sup> En lo que era la división clásica de las infracciones en Inglaterra por su gravedad y por las sanciones, muchos siglos después, se distinguía entre “*treason*” que eran todos los actos contra los intereses del rey, que se castigaban con la tortura pública hasta la muerte; las “*felonies*” que eran los atentados con violencia grave contra las personas o los bienes de los particulares, como el homicidio, la violación y el incendio intencional, que se castigaban con la muerte en la horca, y los “*misdeameanors*”, que eran castigados con prisión, multa o flagelación.

aquel tiempo juez supremo del pueblo, y los consultarás, y te manifestarán cómo has de juzgar según la verdad. Mas quien se ensoberbeciere y no quisiere obedecer la determinación del sacerdote que por aquel tiempo es ministro del Señor Dios tuyo, ni al decreto del juez, ese tal será muerto” (Dt. capítulo 17, versículos 8, 9 y 12).

En Roma, en el periodo de las acciones de la ley, una vez que las cuestiones debatidas quedaban establecidas, las partes acordaban frente a un juez que se juzgara el asunto. La justicia era un asunto privado y el juez era simplemente un hombre prominente en la comunidad; sólo después del siglo III a. C., una vez que se desarrolla el sistema de apelación, la organización pública interviene en la administración de justicia. A partir de la abolición de la monarquía, igual que en otros países antes y después de esa época, los jueces eran funcionarios que, además de juzgar las disputas entre los particulares, tenían actividades administrativas y legislativas.<sup>55</sup>

En el año 98 de nuestra era, Tácito en su obra *Germania (De origine et situ Germanorum)*, señalaba que los condes actuaban regularmente como jueces en sus condados (*pagi*), pero la declaración del derecho —según Brunner— tenía lugar en la asamblea judicial pública (*ding, worf*). Todo habitante libre estaba obligado a participar en la asamblea donde se emitía la sentencia.<sup>56</sup>

Este libro trata del poder de los jueces. A primera vista el tema parece estar bien delimitado: se trata de los jueces y del alcance del poder que han tenido y del que tienen en las sociedades actuales. Pero en cuanto empezamos a reflexionar sobre el tema nos damos cuenta de sus muchas dificultades.

Contrariamente a las simplificaciones que se enseñan en algunas escuelas de derecho en diversos países, la historia de los jueces individuales o colegiados, en muchas partes del mundo, es una historia en la cual sus funciones, con frecuencia, son puramente ocasionales; muchas veces se ejercen al mismo tiempo que sus actividades privadas y, otras muchas, han estado mezcladas y confundidas con otras actividades públicas o simplemente se han ejercido en paralelo con otras funciones en los órganos de gobierno.

<sup>55</sup> *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XVII, p. 77.

<sup>56</sup> BRUNNER, H. y SCHWERIN, C. von, *op. cit.*, p. 20.

Desde la Edad Media, los jueces, según los países, pasan por situaciones muy distintas: por largos periodos en que estaban vinculados a los poblados o a las aldeas en donde vivían, como sucedía en España, y muchas veces eran al mismo tiempo alcaldes de sus municipios; por etapas en que ya vinculados al gobierno principal del reino eran dependientes del rey como en el caso del Justicia Mayor de Castilla, o eran tan independientes como el Justicia Mayor de Aragón, cuyas características se pierden en las leyendas, el cual, según se dice, podía conocer de las quejas por los perjuicios y las injurias que pudiera inferir el monarca a sus vasallos, con base en una disposición contenida en los llamados fueros de Sobrarbe, sobre los cuales —dice la *Enciclopedia Jurídica Omeba*— “no existe realmente certeza”.<sup>57</sup> Este Justicia Mayor de Aragón parece haber alcanzado su mayor jerarquía cuando Pedro IV, en las Cortes de Zaragoza de 1348, hizo de él una clave de su sistema político, ya que podía conocer de todas las causas de todos los oficiales y jueces delincuentes, sin que nadie, aun el mismo monarca, por vía de gracia, pudiera modificar su sentencia.<sup>58</sup>

La vinculación de la justicia con la sociedad, a través de jueces ciudadanos, no especializados en el conocimiento del derecho, fue una de las cosas que más sorprendió a Tocqueville en su viaje a los Estados Unidos, en 1831. La descripción que hace en su obra *La democracia en América* refleja claramente su asombro y su dificultad para entender lo que eran los jueces más conocidos en esa época en Norteamérica: los jueces de paz:

“Los norteamericanos tomaron de sus padres, los ingleses, la idea de una institución que no tiene ninguna analogía con las que conocemos en el continente europeo; es la de los jueces de paz”.

“El juez de paz ocupa el término medio entre el hombre corriente y el magistrado, el administrador y el juez. El juez de paz es un ciudadano ilustrado pero que no está precisamente versado en el conocimiento de las leyes. Por eso no se le encomienda más que ser policía de la sociedad; cosa que exige más buen sentido y rectitud que ciencia. El juez de paz aporta a la administración, cuando llega a formar parte de ella, cierto gusto por las formas y

<sup>57</sup> *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XVII, p. 682.

<sup>58</sup> *Ibidem*, t. XVII, p. 684.

por la publicidad, que hace de él un instrumento que estorba bastante al despotismo; pero él no se muestra esclavo de esas supersticiones legales que hacen a los magistrados poco capaces para gobernar”.

“Los jueces de paz toman parte individualmente en la administración pública. Unas veces están encargados, concurrentemente con los funcionarios elegidos, de ciertos actos administrativos; otras forman un tribunal ante el cual los magistrados acusan sumariamente al ciudadano que rehúsa obedecer, o el ciudadano denuncia los delitos de los magistrados. Pero en la corte de sesiones es donde los jueces de paz ejercen las más importantes de sus funciones administrativas”.

“Es necesario tener muy en cuenta que en Massachusetts la corte de sesiones es a la vez un cuerpo administrativo propiamente dicho, y un tribunal político”.<sup>59</sup>

Es curioso el asombro de Tocqueville frente a esos “ciudadanos ilustrados” que eran jueces temporales en Norteamérica, especialmente si consideramos que él, sin duda, había estudiado bien a Montesquieu para quien “el poder de juzgar tan terrible entre los hombres”,<sup>60</sup> debía ser “por así decirlo invisible y nulo”, no debía pertenecer a “un determinado estado o profesión”.<sup>61</sup> Es decir, el poder de juzgar no debía atribuirse en forma permanente a jueces profesionales; debía, por el contrario, ser una función ocasional o temporal “ejercida por personas”, como en Atenas, “sacadas del pueblo”, “para formar un tribunal que sólo dure en tanto que la necesidad lo requiera”.<sup>62</sup>

Al día de hoy, todavía, en algunos países, por ejemplo en Inglaterra, existen jueces que son simplemente personas respetables en los poblados o en los barrios en que viven, que, además de sus actividades personales en sus oficios o sus negocios, ejercen como jueces en

<sup>59</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de, *La democracia en América*, Fondo de Cultura Económica, México, 1963, p. 89.

<sup>60</sup> “La puissance de juger, si terrible parmi les hommes”, libro XI, capítulo VI, MONTESQUIEU, *De L'Esprit des Lois*.

<sup>61</sup> “n'étant attachée ni à un certain état, ni à une certaine profession, devient, pour ainsi dire, invisible et nulle”. *Idem*.

<sup>62</sup> “exercée par des personnes tirées du corps du peuple, dans certains temps de l'année, de la manière prescrite par la loi, pour former un tribunal qui ne dure qu'autant que la nécessité le requiert”. *Idem*.

ciertas cuestiones familiares y en cuestiones penales<sup>63</sup> de pequeña importancia que se presentan en sus comunidades, las cuales, como bien sabemos, son la gran mayoría de todos los asuntos. Así, mientras los jueces profesionales en Inglaterra son un número bastante reducido para el tamaño de la población, existen en cambio 32,000 personas no profesionales<sup>64</sup> (comerciantes, pequeños industriales o simples propietarios) que trabajan como jueces eventuales durante un total de 26 días al año en promedio, sin recibir ninguna compensación por su trabajo, fuera del honor que dicha función representa. Estos jueces, conocidos como *magistrates* o jueces de paz, forman parte de una lista de jueces disponibles en cada comunidad<sup>65</sup> de la cual se selecciona a los jueces integrantes de cada *Magistrates' Court* que funciona siempre con varios jueces, dos como mínimo y siete como máximo.<sup>66</sup>

En sus orígenes, la preocupación de los reyes y los señores en Europa por juzgar en sus territorios las disputas entre los particulares, tiene como finalidad evitar el enfrentamiento violento entre ellos. Pero el ofrecimiento que hacen los gobernantes de una alternativa pacífica para la solución de las controversias entre los miembros de la comunidad, no busca realmente evitar las luchas mortales entre los habitantes en beneficio de éstos; esa función, como actividad del gobierno, tiene como intención, antes que todo, mantener la tranquilidad pública y la paz social como una manera de que los reyes y los señores consoliden en su favor el uso exclusivo de la fuerza, evitando, o reduciendo al menos, las luchas físicas entre los gobernados

<sup>63</sup> Además de conocer como jueces del 90% de los asuntos penales, los *Magistrates* o jueces de paz en Inglaterra, según Spencer, tienen otras tareas, como son otorgar las licencias de las cervecerías o bares (public houses) expedir requerimientos a los padres para cumplir con su obligación de mantener a sus hijos menores y ordenar la destrucción de perros peligrosos. J. R. SPENCER, *Jackson's Machinery of Justice*, Cambridge University Press, 1989, IV parte, núm. 19.

<sup>64</sup> El número de los magistrados (jueces no profesionales) en Inglaterra, va en aumento. SPENCER, en su obra citada, en 1989, hablaba de 24,000 magistrados; Rene DAVID, en su obra *Le droit anglais*, habla de 32,000 magistrados. Presses Universitaires de France, París, 2003, p. 31.

<sup>65</sup> JOLOWICZ, *Derecho inglés*, traducción al español de su obra *Droit anglais*, publicada originalmente en francés por Dalloz, París.

<sup>66</sup> *Justices of the Peace Rules*, 1986, SI 86/923.

con la promesa de imparcialidad en la decisión de los conflictos. Esa facultad de juzgar incluye, también desde sus orígenes, la decisión sobre la aplicación de castigos por hechos que vayan en contra de las órdenes de aquel que tiene el poder.

En lo que toca a la justicia penal, la gran transformación se da cuando los reyes y sus cortesanos inventan la maravillosa idea de que ellos, o los hombres de sus gobiernos en nombre de ellos, eran los únicos que podían iniciar no sólo los juicios para castigar a los habitantes por los actos cometidos contra los intereses propios del rey, sino los juicios por los actos cometidos por uno de los habitantes contra otro, los cuales hasta entonces habían sido algo de la iniciativa de los individuos afectados. El argumento con el que se hace esto es un ejemplo típico precioso de la facilidad con la que los hombres de los gobiernos engañan a sus pueblos, aprovechándose de su ignorancia o de su ingenuidad: lo que se dice es que el individuo afectado por un crimen no es en realidad afectado por ese crimen, el afectado por un crimen no es la víctima que lo ha sufrido o sus familiares, sino "el reino", "el pueblo" y, más tarde "el Estado"; por lo tanto, es el rey y sus empleados quienes deben iniciar los juicios, y son también ellos quienes deben resolver sobre la culpabilidad de los acusados y quienes deben además ejecutar el castigo en lo que ahora llamamos el derecho penal. Desde ese momento, los reyes, y después los empleados de los gobiernos republicanos, les quitan a los habitantes, que son la única razón de ser de los gobiernos, de las instituciones y de las leyes, el poder de actuar de manera directa para lograr el castigo de los responsables o la compensación por los crímenes contra ellos.

## VII. ¿QUIÉNES SON LOS JUECES?

Según Escriche se entiende por juez "el que está revestido de la potestad de administrar justicia a los particulares, o sea de aplicar las leyes en los juicios civiles o en los criminales o así en unos como en otros".<sup>67</sup> Esta definición coincide con la idea más generalizada según la cual los jueces son unos individuos que a nombre del gobierno

<sup>67</sup> ESCRICHE, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*.

deciden los conflictos entre los particulares y deciden también sobre la culpabilidad y las penas que deben aplicarse a los individuos que han cometido algún delito. La idea es notoriamente insuficiente pues no comprende a los jueces que resuelven los conflictos de los particulares contra los funcionarios o las dependencias del gobierno en lo que hoy llamamos la justicia administrativa, ni a los que en algunos países resuelven los conflictos electorales, ni a los que resuelven conflictos entre distintos órganos del gobierno. Por otra parte, la idea de que los jueces resuelven a nombre del gobierno es engañosa, pues a partir del siglo XIV los jueces (*prévôts*) en Francia nombrados por el gobierno del rey empiezan a cobrar a los interesados en promover algún proceso y empiezan a tener el derecho de ceder sus cargos y, a partir de 1604, se establece que los jueces deben pagar una cantidad anual (*la paulette*)<sup>68</sup> al tesoro del rey, como contraprestación para asegurar sus derechos de vender, dar en arrendamiento temporal sus juzgados y transmitirlos a sus herederos. Fue así como los cargos judiciales en Francia se convirtieron en negocios privados, absolutamente independientes del gobierno, durante el antiguo régimen, antes de la Revolución.

Por su parte, en Gran Bretaña los jueces profesionales no resuelven a nombre del gobierno y no forman parte de lo que se llama el gobierno de su majestad, *pues ni son empleados que formen parte del gobierno ni son servidores al servicio del Estado*.<sup>69</sup>

Otra manera igualmente insuficiente de responder a la pregunta es partir de que los jueces son aquellas personas a las que en la ley se les llama jueces. Naturalmente esto dejaría fuera de este tema a todos los 300 miembros del *Conseil d'État*, que es el tribunal supremo de la justicia administrativa en Francia y que además de acuerdo con el artículo 39 de la Constitución actual debe ser consultado respecto de cualquier proyecto de ley antes de que dicho proyecto sea presentado a las cámaras legislativas para su eventual aprobación;<sup>70</sup> y dejaría

<sup>68</sup> Así se le llamó a este pago por haber sido inventado por Charles Paulet, ministro de finanzas del rey.

<sup>69</sup> JOLOWICZ, J. A., "Judicial Re-Organisation in England and Wales: Constitutional Change in Prospect", en el *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 8, 2004, en nota en la p. 295.

<sup>70</sup> ROBINEAU, Yves y TRUCHET, Didier, *Le Conseil D'État*, Presses Universitaires de France, 2002.

también fuera del tema de los jueces a los miembros de las *Federal Commissions* en los Estados Unidos, a los integrantes de los tribunales administrativos en Inglaterra, y a muchos de los miembros de tribunales administrativos y laborales en distintas partes del mundo, a los cuales no se les llama "jueces".

Podemos darle un enfoque distinto al problema y en lugar de preguntarnos ¿quiénes son los jueces? plantearnos en qué consiste la "jurisdicción"; pero de inmediato nos encontramos con aquella concepción del derecho romano según la cual la jurisdicción era "la suma de facultades que ahora se atribuyen al poder legislativo y las que tienen los tribunales".<sup>71</sup> Humberto Cuenca, el profesor de la Universidad Central de Venezuela, al hablar de la jurisdicción en el derecho romano empieza por señalar que la *iurisdictio* del Pretor comprendía cinco facultades, entre ellas "a) *ius edicendi*, o derecho de dictar edictos; b) *ius iudicari*, derecho de otorgar un juez a las partes; c) *ius iudicandi*, derecho a juzgar por sí mismo todo el proceso sin enviar las partes al juez, los romanos consideraban que entre las funciones administrativas estaba implícita la de juzgar".<sup>72</sup> Todo lo cual en vez de aclararnos algo complica mucho más el asunto.

Tal vez lo que debemos preguntarnos no es ¿quiénes son los jueces? sino ¿qué es juzgar? La respuesta inicial a esta cuestión es la que señala que juzgar es la acción de resolver conflictos de intereses concretos entre dos o más partes; y aquí empezamos a entrar al camino en el cual necesariamente surge la enorme dificultad para distinguir entre juzgar y administrar, la dificultad de establecer una distinción clara entre un acto judicial y un acto administrativo, ya que detrás de casi todas las decisiones de la administración pública hay intereses concretos en conflicto entre diversos individuos o grupos de individuos, y los procedimientos administrativos de las dependencias de la administración pública, conforme se desarrollan, se acercan cada vez más a los procedimientos civiles ante los jueces, a fin de garantizar adecuadamente los derechos en conflicto de los distintos interesados.

<sup>71</sup> PALLARES, E., *Diccionario de derecho procesal civil*, voz "jurisdicción".

<sup>72</sup> CUENCA, Humberto, *Proceso civil romano*, EJEA, Buenos Aires, 1957, p. 2.

Naturalmente la respuesta a la pregunta: ¿quiénes son los jueces?, no la vamos a encontrar en la historia. Las diferencias entre quiénes eran los jueces, qué hacían, cómo lo hacían y qué otras actividades públicas tenían al mismo tiempo, son tan grandes que más bien debemos preguntarnos si se trata de un mismo oficio o si lo único que tienen en común los jueces de diferentes países y de distintas épocas es nuestro afán de llamarlos por un mismo nombre. En la historia de Roma, entre la actividad de los individuos ante los cuales se llevaba el procedimiento, en lo que se llama periodo de las acciones de la ley y la *iurisdictio* que practicaban los reyes, hay tales diferencias que no tiene sentido llamarlos por el mismo nombre. Entre aquellos ante los cuales se llevaba a cabo el procedimiento y los que dictaban la resolución en el derecho romano más antiguo, las diferencias son más grandes que las semejanzas. El gran historiador Theodor Mommsen en su famosa *Historia de Roma*, hablando de la situación a la caída de Tarquino el Soberbio y refiriéndose a los que llamamos *cónsules* en esa época sostiene que “en lugar del rey vitalicio, se instituyeron dos reyes anuales, que se llamaron generales del ejército (*praetoris, prae-itor*) o jueces (*iudices*), o simplemente colegas (*consules, consuls*), encargándose el uno, por ejemplo, del mando del ejército y el otro de la administración de justicia”.<sup>73</sup> Al paso del tiempo, entre la función de los *cónsules*, las tareas de administración y resolución de conflictos de los diversos *praetori*, la labor de los *curules*, lo que hacían distintos tipos de *praefectus*, los *magistrados*, los *iudices* (desaparecidos durante mucho tiempo) y los llamados *recuperatores*,<sup>74</sup> existían tales diferencias que no es posible hablar de ellos con un nombre genérico. Como lo hace notar Vittorio Scialoja, “Hoy estamos tan habituados a distinguir la autoridad judicial de la autoridad administrativa, con una línea precisa de separación entre los poderes legislativo, judicial y ejecutivo, que difícilmente llegamos a concebir un orden diferente de cosas. No era así en el derecho público

<sup>73</sup> MOMMSEN, Theodor, *Historia de Roma*, t. I, de la Fundación a la República (que corresponde a los libros I, II y III de la *Römische Geschichte*, publicada en 1855-1856), Aguilar, Madrid, 8a. ed., 1990, pp. 295 y 296.

<sup>74</sup> SCIALOJA, Vittorio, *Procedimiento civil romano*, EJEA, Buenos Aires, 1954, pp. 105-121.

romano; por el contrario, la jurisdicción, o sea la función de la autoridad judicial, iba mezclada con la función del poder ejecutivo y administrativo, del cual incluso era consecuencia”.<sup>75</sup> Dentro de todas estas funciones difícilmente encontramos alguna figura que pueda parecerse a los jueces actuales.

En la historia de Francia los jueces fueron sucesivamente y a veces al mismo tiempo los *prévôts*, que principalmente desempeñaban funciones fiscales, de policía y de administración, y secundariamente funciones judiciales a nombre del rey. Junto con ellos desempeñaba funciones judiciales la Corte del rey en el parlamento, *curia regis in parlamento*, y además, el rey mismo, como la cúspide de la justicia. Después, a partir del siglo XIV los *prévôts* se especializan y casi dejan totalmente sus funciones administrativas, se independizan del gobierno del rey y se agremian en los diferentes *parlements* (trece en total en todo el reino), que ya para entonces son sindicatos de jueces que ejercen un oficio libre.

En Inglaterra desde finales del siglo XV la Corte judicial del rey, *Court of Chancery*, tenía como juez principal al *Lord Chancellor*, que, como lo señala el profesor Jolowicz, “era al mismo tiempo un juez y un administrador y como alto oficial del Estado era también miembro de la legislatura (*by the late 15 Century, the Chancellor was both a judge and an administrator. As a high officer of State he was also a member of the Legislature*).”<sup>76</sup>

Una de las ideas más repetidas sobre la cuestión de ¿quiénes son los jueces?, es la que señala que aun cuando no pueda hacerse una distinción clara entre la actividad administrativa y la actividad judicial, existe una distinción evidente entre la actividad legislativa y la judicial, es decir, una distinción categórica entre las leyes y las decisiones judiciales. Los actos legislativos, es decir las leyes, son reglas de aplicación general a diferencia de las resoluciones judiciales, que únicamente se ocupan de un caso específico y solamente tienen efectos sobre aquellos que son partes en ese juicio. Esta distinción a par-

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 105.

<sup>76</sup> JOLOWICZ, J. A., “Judicial Re-Organization in England and Wales: Constitutional Change in Prospect”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 8, 2004, p. 291.

tir de una función judicial separada y diferente de la creación de reglas de aplicación general, no tiene ningún sentido dentro de la concepción del derecho del *Common Law*, en la cual, a partir de las resoluciones judiciales en los casos concretos se forman las reglas generales en las que se contiene precisamente “el derecho común”; el *Common Law* es así el derecho establecido por los jueces.

En su famosa conferencia sobre “El método en la sociología y el juez como legislador”, recopilada después en su obra *The Judicial Process*,<sup>77</sup> Benjamín N. Cardozo, juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos de 1932 a 1938, destacaba que frente al derecho establecido por las leyes formales, la función del juez en el proceso judicial se debe apoyar, igual que la función del legislador, en la lógica, la historia, la costumbre, la utilidad y los estándares aceptados de lo que es una conducta correcta: “esas son las fuerzas que solas o combinadas conforman el progreso del derecho”; y que, además, el interés social al cual sirven la simetría y la certeza del derecho hecho por el legislador, debe ser balanceado contra el interés social al cual sirven la equidad, la justicia y otros elementos del bienestar social. El juez y el legislador, “cada uno legisla dentro de los límites de su competencia”. “No hay nada nuevo en esta forma de ver la función judicial; esta es la manera en que las cortes judiciales han hecho su trabajo durante siglos en el desarrollo del *Common Law*”.<sup>78</sup> Sin duda los límites para el juez son más estrechos, pues, como lo dice citando a Charmont: “el juez no puede intervenir sino para suplir las fuentes formales, pero aun en esa medida no tiene amplitud total para crear reglas de derecho. Así no puede ni acabar con los principios generales de nuestra organización jurídica, explícita o implícitamente consagrados, ni hacer una reglamentación al detalle para el ejercicio de ciertos derechos”.<sup>79</sup>

<sup>77</sup> El título completo del famoso libro de CARDOZO es *The Nature of the Judicial Process*, publicado por primera vez en 1921 y en él aparecen las cuatro conferencias ofrecidas en la Universidad de Yale.

<sup>78</sup> “There is in truth nothing revolutionary or even novel in this view of the judicial function. It is the way that courts have gone about their business for centuries in the development of the common law”, *op. cit.*, p. 116.

<sup>79</sup> CHARMONT, *La renaissance du droit naturel*, p. 181, citado por CARDOZO, p. 114.

La distinción entre la actividad legislativa y la actividad judicial como una separación drástica de funciones, obviamente, no tiene ningún respaldo histórico; en la historia fueron muchas las situaciones en que los grandes personajes que tenían el poder sobre la población ejercían todas las funciones de gobierno y, al decidir un caso particular hacían de su resolución una regla general que, naturalmente, podían cambiar o derogar cuando lo quisieran. El parlamento inglés, que según Trevelyan era al mismo tiempo una asamblea con funciones legislativas, administrativas y judiciales, es también un ejemplo histórico de esto último.<sup>80</sup> En lo que toca a que en un buen gobierno esas funciones “diferentes” deban estar encomendadas a entidades distintas, es oportuno recordar las intervenciones del parlamento inglés en la actualidad sobre algunas decisiones judiciales en los casos *Rookes vs. Barnard*<sup>81</sup> y en *Burmah Oil Co.*<sup>82</sup> en que se hicieron dos leyes precisamente para dejar sin efecto esas resoluciones judiciales.

Es en este punto y a propósito de la posibilidad de que los jueces puedan no únicamente declarar el derecho de las partes en el caso que se les presenta sino anular, es decir derogar, disposiciones generales contenidas en las leyes expedidas por las asambleas legislativas en donde, a pesar de sus incoherencias y de su pobreza argumentativa, se ve la gran importancia de la resolución dictada en el caso *Marbury vs. Madison* en los Estados Unidos.

La búsqueda de una definición general absoluta para caracterizar una función de los hombres y mujeres que han desempeñado una actividad pública, válida para todos los casos en todos los países y en todas las épocas, es imposible. Debemos conformarnos con aproximaciones generales y con descripciones de las características específicas que tiene una función; es decir, con la descripción de qué es lo que hacen ciertos jueces o ciertos funcionarios, en un determinado país en la época de la que estemos hablando.

En el estado actual de la discusión sobre la diferencia entre la actividad legislativa y la actividad judicial, la distinción basada en que,

<sup>80</sup> “It was not more legislative than administrative, not more financial than judicial”. TREVELYAN, G. M., *A Shortened History of England*, Penguin Books, Middlesex, 1971, p. 151.

<sup>81</sup> *Rookes vs. Barnard* (1964), A. C. 1129.

<sup>82</sup> *Burmah Oil Co. Ltd. vs. Lord Advocate* (1965), A. C. 75.

aun cuando ambas dicen lo que es el derecho, la actividad legislativa lo hace de una manera general emitiendo reglas que valen para todos aquellos que se encuentran en la misma situación o comparten las mismas características; en tanto que, en la actividad judicial, normal o habitualmente, se dice lo que es el derecho sólo con efectos para el caso específico que se está juzgando, puede ser de alguna utilidad, pero de ninguna manera es una distinción absoluta. Las declaraciones de los jueces, generalmente, las más de las veces, en casi todas partes del mundo, sólo tienen efectos en el caso específico que les fue presentado para su resolución. Si suprimimos esta manera de distinguir la actividad del juez de la actividad del legislador, que como muchas otras cosas es sólo una distinción general y aproximada, y aceptamos que ambas pueden consistir en el establecimiento de reglas generales, sucede que en algunos casos es imposible diferenciarlas, lo cual resulta escandaloso para muchas personas dedicadas al estudio del derecho. En mi opinión, el hecho de que los jueces puedan en algunos casos establecer reglas que tengan efectos generales, no afecta el orden jurídico, ni causa por sí mismo un daño social. En cuanto al punto de si esa actividad lesiona el "Estado de Derecho", debo decir que esa es una pregunta imposible de contestar, porque no existe el menor acuerdo entre los estudiosos sobre qué significa tal expresión; los tratadistas, los jueces y los abogados la usan con tantas significaciones distintas, que acaba por ser una expresión claramente inútil para describir cualquier cosa.

## LOS FINES DEL ESTADO MEXICANO

José Manuel VILLALPANDO

SUMARIO: I. *La reforma urgente que nunca ha sido considerada.* II. *Las razones del fracaso o la justificación para una nueva reforma.* III. *Las muchas reformas del Estado mexicano.* IV. *Los fines del Estado mexicano a través de nuestras constituciones.* V. *Los fines del Estado en algunas constituciones americanas.* VI. *Los fines del Estado en algunas constituciones europeas.* VII. *Recapitulación y propuesta.*

### I. LA REFORMA URGENTE QUE NUNCA HA SIDO CONSIDERADA

El objetivo de este ensayo es proponer, como reforma fundamental, necesaria y urgente, la inclusión explícita en nuestra Constitución de un párrafo preliminar —que también puede ser llamado “preámbulo”— en el cual se contengan y expresen los fines del Estado mexicano, las razones y los motivos que nos unen como nación y los principios rectores que regulen la convivencia social y obliguen a los poderes públicos para lograrlos, además de que permitan inspirar el orden jurídico nacional y den certeza al modelo de desarrollo nacional conforme a sus postulados. Por otra parte, pero no menos importante, sería la guía y el asidero último al cual podrían recurrir los tribunales de la nación para resolver las controversias en las que se diriman definiciones esenciales de constitucionalidad, pues dicho preámbulo o párrafo preliminar fungiría como norma superior, la más alta de todas, al ser punto de partida y origen de las demás.

Hoy en día, los mexicanos desconocemos las razones por las cuales existimos como nación libre y soberana, sin que exista en nuestra

Constitución mención alguna sobre el particular, ausencia notoria toda vez que en el pasado sí existieron textos constitucionales que señalaron enfáticamente los motivos de la creación del Estado mexicano y la correspondiente obligación de los poderes públicos para conseguirlos. Además, esta carencia esencial resalta en el plano internacional, donde la mayoría de las naciones civilizadas cuentan en sus respectivas normas fundamentales, con la referencia explícita sobre el objeto del Estado y la responsabilidad de sus gobiernos para el logro de esos fines.

Por eso, antes de reformar al Poder Ejecutivo, antes de reformar al Poder Legislativo, antes de reformar al Poder Judicial, antes de reformar nuestro federalismo, antes de reformar el sistema electoral, antes de cualquier reforma, por importante que sea, lo urgente y prioritario es pactar y refrendar entre todos los mexicanos, la existencia misma del Estado y las aspiraciones de convivencia y progreso que queremos lograr, es decir, que estemos de acuerdo en la fuente misma que da origen y legitimidad a la vida social y a la acción de los poderes públicos en beneficio exclusivo de esas aspiraciones.

Mediante el empleo del método histórico primero, y del comparativo después, este ensayo presentará como conclusión la necesidad de contar con esa declaración inicial en nuestra Constitución, que debe ser la base y fundamento de la Reforma del Estado, pues sin ella estaría ayuna de sentido y de destino.

## II. LAS RAZONES DEL FRACASO O LA JUSTIFICACIÓN

### PARA UNA NUEVA REFORMA

¿Por qué se hace necesario reformar al Estado mexicano? La respuesta es obvia: porque ha fracasado al no haber podido resolver los problemas básicos de convivencia, de satisfacción de necesidades sociales, de libertad, de justicia, de honestidad de las autoridades, de democracia y participación, de proyecto político, de perspectiva económica. ¿Cuál es el criterio para afirmar este fracaso? Es la historia la que da respuesta mediante una sencilla comparación: lo que quisieron los hombres que nos dieron patria y libertad enfrentando sus generosas intenciones con el desenvolvimiento histórico de nuestro país, tan lleno de frustraciones y de engaños.

Miguel Hidalgo y Costilla expresó lo que podría considerarse como la primera y fundamental razón para constituir una patria libre y soberana. Al momento en que convocó a sus feligreses a levantarse en armas, la madrugada del 16 de septiembre de 1810, les dijo estas palabras:

Mírense las caras hambrientas, los harapos, la triste condición en la que viven, porque nosotros somos los verdaderos dueños de estas tierras.

Luego, el propio padre Hidalgo definió con exactitud cuáles serían los fines de esa patria libre e independiente, señalando además cuáles serían las obligaciones de sus autoridades:

Establezcamos un congreso que se componga de representantes de todas las ciudades, villas y lugares de este reino, que teniendo por objeto principal mantener nuestra santa religión, dicte leyes suaves, benéficas y acomodadas a las circunstancias de cada pueblo: ellos entonces gobernarán con la dulzura de padres, nos tratarán como a sus hermanos, desterrarán la pobreza, moderando la devastación del reino y la extracción de su dinero, fomentarán las artes, se avivará la industria, haremos uso libre de las riquísimas producciones de nuestros feraces países.

Más tarde, el 14 de septiembre de 1813, José María Morelos y Pavón, plasmaría en su inmortal documento *Sentimientos de la Nación*, los ideales que darían vida a la nación que soñó en los momentos en que luchaba por su independencia:

Que como la buena ley es superior a todo hombre, las que dicte nuestro Congreso deben ser tales que obliguen a constancia y a patriotismo, moderen la opulencia y la indigencia, y de tal suerte se aumente el jornal del pobre, que mejore sus costumbres, aleje la ignorancia, la rapiña y el hurto.

La víspera, Morelos había indicado claramente su concepción de los fines que, a su juicio, debería tener el Estado mexicano, con las palabras más generosas y de más alto sentido ético y humano que hemos escuchado en nuestro país:

Quiero que hagamos la declaración de que no hay otra nobleza que la de la virtud, el saber, el patriotismo y la caridad; que todos somos iguales, pues

del mismo origen procedemos; que no haya privilegios ni abolengos, que se eduque a los hijos del labrador y del barretero como a los del más rico hacendado; que todo el que se queje con justicia, tenga un tribunal que lo escuche, lo ampare y lo defienda contra el fuerte y el arbitrario.

Debemos entonces, a la luz de los textos transcritos, preguntarnos si hoy en día tenemos el país que soñaron los próceres que nos dieron patria y libertad. Ellos fijaron el rumbo de México. Los mexicanos, por casi dos siglos, nos apartamos del camino trazado.

La causa de la desviación es históricamente bien conocida: desde el momento en que nos convertimos en nación independiente, nos volvimos botín de los caudillos, de los partidos y de la falta de identidad nacional. Nunca pensamos en adoptar como fines del Estado mexicano los ideales de Hidalgo y de Morelos; nunca pudimos ponernos de acuerdo en otros fines o en otras ideas. De hecho, nunca aceptamos la posibilidad de celebrar un pacto político nacional que nos hiciera partícipes, a todos y a lo largo del tiempo, de una idea común de patria con la que todos nos comprometiéramos.

Por eso es necesario reformar al Estado mexicano; pero por ello también resulta urgente y prioritario iniciar la reforma con un gran pacto nacional en que se establezcan los fines, razones y principios que queremos para nuestra patria, y el compromiso de todos, pero especialmente de los actores políticos y gubernamentales, de llevarlos a cabo.

### III. LAS MUCHAS REFORMAS DEL ESTADO MEXICANO

No es esta la primera ocasión en que se desea reformar al Estado mexicano para fortalecer a la nación. Aunque parezca novedoso el concepto, la verdad es que México ha padecido, y esta es la palabra exacta, varias reformas. Y hay que decirlo con firmeza: todas ellas han tenido la finalidad más o menos oculta y disimulada, de colocar y mantener en el poder a quienes tuvieron la habilidad de conquistarlo. Naturalmente, este es el meollo de todas esas reformas, porque en todos los casos también, la justificación pública que siempre se argumenta para explicar al pueblo el motivo de las reformas es que se trata del bien de la patria, de lo que más conviene a la nación, del cumplimiento de los deseos de la gente, de la reivindicación de nues-

tros derechos y de tantas otras buenas intenciones que no acabaríamos de enumerarlas. En otras palabras, cada reforma del Estado se abandera de la mejor demagogia para cubrir con ella las ambiciones de los políticos que se han adueñado del país a lo largo de su historia.

Hagamos una rápida enumeración de las ocasiones y épocas en que se ha reformado al Estado mexicano, anticipando de una buena vez una conclusión interesante: salvo las primeras, en las demás no se nos ha indicado cuáles son los fines del Estado, ni la razón de su existencia, ni los principios fundamentales de convivencia que se quiere alcanzar:

- 1) 1813-1814. Caracterizada por el pensamiento de Morelos y los postulados de la Constitución de Apatzingán. No tuvo efecto alguno más que sembrar una simiente moral de la finalidad que se buscaba con la independencia al constituirse un nuevo Estado.
- 2) 1821-1822. La efímera monarquía constitucional propuesta por el libertador Iturbide, derrotada por la pluralidad de caudillos y de ambiciones.
- 3) 1823-1835. La república federal alimentada con el modelo de los Estados Unidos, según lo declararon los propios federalistas mexicanos, inspirados y dirigidos por las logias del país vecino del norte.
- 4) 1836-1842. La reacción conservadora del partido de los "hombres de bien", que anuló el federalismo e impuso un sistema de control de la constitucionalidad.
- 5) 1843-1847. El establecimiento de una "dictadura constitucional" para beneficio de Santa Anna, en detrimento de las libertades públicas.
- 6) 1847-1852. La vuelta al sistema federal de modelo norteamericano.
- 7) 1853-1854. Otra vez el regreso del sistema dictatorial, descartando todo tipo de democracia popular, como lo propuso Lucas Alamán.
- 8) 1855-1863. El tiempo del liberalismo romántico juarista consagrado en la Constitución de 1857 y en las leyes de reforma, pero que no pudo aplicarse por la guerra civil.

- 9) 1864-1867. El segundo imperio mexicano, una monarquía exótica que combinaba el liberalismo con el autoritarismo, a cargo de un príncipe extranjero.
- 10) 1868-1875. El liberalismo triunfante con excesos jacobinos que se caracteriza por diluir el poder del Legislativo en beneficio del Ejecutivo.
- 11) 1876-1914. El porfiriato, o el autoritarismo paternal en orden a la paz social y el desarrollo económico y que para efectos de diseño y fines del Estado, se extiende hasta el gobierno usurpador de Victoriano Huerta.
- 12) 1915-1920. El tiempo del constitucionalismo liberal con ribetes sociales y reivindicaciones nacionales, protagonizado por Carranza.
- 13) 1921-1933. La institucionalización autoritaria y sangrienta del país, representada por Obregón y Calles, postergando por necesidad práctica la aplicación de la Constitución de 1917.
- 14) 1934-1940. El socialismo a la mexicana, bajo el presidente Cárdenas, con su programa educativo, reparto de tierras, expropiación petrolera y creación de las centrales sindicales, que dan origen al corporativismo mexicano que aún padecemos.
- 15) 1946-1970. El desarrollo estabilizador, o la vuelta a la derecha, protagonista del “milagro mexicano”, conseguido por la “dictadura perfecta” como decía Vargas Llosa o por el “porfirismo colectivo”, como afirmaba Cossío Villegas.
- 16) 1971-1982. El populismo estridente, también llamado la “docena trágica”, por los excesos de Echeverría y López Portillo que desquiciaron económicamente al país.
- 17) 1983-2005. El neoliberalismo, iniciado con timidez por De la Madrid, agilizado por Salinas, continuado por Zedillo y abortado con Fox, quien no pudo culminar las reformas estructurales que el proyecto requiere para su supervivencia.

Hemos reformado al Estado mexicano en 17 ocasiones. ¿Por qué pudo darse tanto cambio? Por la falta de definición de los fines, razones, motivos y principios del Estado mexicano, o bien, quizá porque esta definición es tan cambiante y mutable que varía de acuerdo con el grupo que llega al poder, ante la apatía, desinterés o de plano imponiéndose al pueblo.

Por ello, una conclusión más se desprende de esta lista de reformas al Estado: todas, absolutamente todas —salvo la primera, obviamente— han sido impuestas por el grupo que consigue el poder, sin que el pueblo haya sido jamás tomado en cuenta. Partamos de un hecho evidente que nadie puede rebatir: en México, ninguna de las constituciones que nos han regido han tenido el sustento de la legitimidad democrática, de la autoridad que le confiere el pueblo a su propia ley, creada por sus representantes. Es innegable que desde la redacción de la primera Constitución hasta nuestros días, la ley fundamental de la nación ha sido producto de la voluntad de los partidos que, o bien resultan vencedores en una conflagración civil, o bien detentan hegemoníicamente el poder. Más allá de la ficción democrática a que fraudulentamente se sometía la creación de la ley, se trata simplemente de constituciones impuestas por el gobernante en turno.

Jamás las diversas constituciones que hemos tenido fueron sometidas a la consulta pública, al refrendo popular, a la opinión del pueblo. Siempre, por el contrario, se justificó su validez en la teoría de la representación, en la que, se supone, los diputados constituyentes “representan” al pueblo. Lo mismo ha sucedido con los centenares de reformas que se han hecho a la Constitución de 1917. Durante años fuimos engañados con teorías políticas y con discursos para hacernos creer que el sistema “democrático y representativo” era auténtico, cuando en realidad no era más que el disfraz empleado por los dueños del poder.

Y así sucedió también con los desconocidos fines del Estado mexicano, con sus ignoradas razones para existir, con sus principios deliberadamente escondidos que no están al alcance de la población, la que ni siquiera sabe que deberían constar expresa y explícitamente en la Constitución. Por eso, la primera y urgente reforma al Estado mexicano debe ser pactarlos, refrendarlos y darlos a conocer para que podamos cumplirlos.

#### IV. LOS FINES DEL ESTADO MEXICANO A TRAVÉS DE NUESTRAS CONSTITUCIONES

Un rápido repaso de los textos constitucionales que hemos tenido en México, permite observar detalladamente la evolución —o más bien, la involución— de la mención expresa y explícita de los fines del

Estado y de las obligaciones de los poderes públicos, en un claro deterioro y olvido que contrasta gravemente con lo que ha sucedido en otros países.

La definición más completa que en México se ha dado de los fines del Estado y de los deberes de las autoridades para su eficaz consecución, está contenida en el Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán el 22 de octubre de 1814. Primeramente, en su preámbulo —párrafo introductorio con el que todas las constituciones del mundo inician su norma fundamental, excepto en México— los diputados constituyentes del Congreso de Anáhuac, establecieron lo siguiente:

El Supremo Congreso Mexicano, deseoso de llenar las heroicas miras de la nación, elevadas nada menos que al sublime objeto de sustraerse para siempre de la dominación extranjera y sustituir al despotismo de la monarquía española por un sistema de administración que, reintegrando a la nación misma en el goce de sus augustos, imprescriptibles derechos, la conduzca a la gloria de la independencia y afiance sólidamente la prosperidad de los ciudadanos, decreta la siguiente forma de gobierno, sancionando ante todas las cosas los principios tan sencillos como luminosos en que puede solamente cimentarse una Constitución justa y saludable.

Siguiendo las ideas de los caudillos de la Independencia, de Hidalgo y Morelos, en la Constitución de Apatzingán se establecieron claramente los fines del Estado mexicano. Sin embargo, no se contentaron con una mera declaración de intenciones, sino que perfeccionaron y actualizaron estos principios en una fórmula más concreta y efectiva, incluida dentro del propio texto constitucional. Así, en el artículo 24 de esta Constitución, se estipula:

La felicidad del pueblo y de cada uno de los ciudadanos, consiste en el goce de la igualdad, seguridad, propiedad y libertad. La íntegra conservación de estos derechos es el objeto de la institución de los gobiernos y el único fin de las asociaciones políticas.

Este artículo es fundamental para el cabal entendimiento de la cuestión que nos ocupa. Los constituyentes de Apatzingán definieron nítidamente los fines del Estado mexicano al señalar que lo son el que los ciudadanos puedan disfrutar de los derechos elementales de igual-

dad, seguridad, propiedad y libertad, ya que al darse tal disfrute, se está consiguiendo la felicidad del individuo y, por ende, del pueblo. Pero no sólo eso, sino que atribuyeron al gobierno asegurar dichos derechos, considerados también como la misión exclusiva de las asociaciones políticas. Como se observa, el artículo transcrito reviste de gran actualidad, sobre todo cuando hoy en día México se ha visto presa de los partidos políticos, movidos por ambiciones personales o de grupo.

En atención a la brevedad de este ensayo, sólo debe destacarse algo importante: las fuentes ideológicas que nutrieron el artículo 24 de la Constitución de Apatzingán son una combinación eficiente de una doble procedencia, articuladas magistralmente por los constituyentes, dato que es pasado por alto por la mayoría de los estudiosos del tema, que prefieren ignorar este tópico. Por una parte, consignaron los derechos del ciudadano —cuya multiplicidad da por resultado al “pueblo”— surgidos del pensamiento de la ilustración y de la Revolución Francesa, especialmente de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Es decir, representa la aspiración liberal. Pero también contiene un alto contenido de principios éticos, políticos y jurídicos heredados de la tradición católica y medieval, que recibimos de España al asignar al gobierno la tarea de proteger esos derechos, siguiendo el pensamiento expresado estupidamente por el obispo Juan de Palafox y Mendoza, quien al afirmar que el rey —entiéndase ahora el gobierno— es el servidor del pueblo, señala enfáticamente: “el príncipe se hizo para el pueblo y no el pueblo para el príncipe”. Insisto en que esta forma de armonizar dos ideologías, por razones precisamente ideológicas, ha sido ignorada por quienes se ocupan de estos temas. Ahora bien, la mención expresa de la participación de las “asociaciones políticas”, está tomada directamente de la misma Declaración surgida de la Revolución Francesa.

Ahondemos un poco más en las virtudes del venturoso texto producido por el Congreso de Anáhuac. Salvo un caso que comentaremos enseguida, en ninguna otra Constitución o norma fundamental mexicana, se repitió o se insinuó siquiera con tanta claridad los fines del Estado y la responsabilidad de los poderes públicos. Jamás nadie se atrevió a tanto.

Pero avancemos en el recorrido histórico. El día 10 de enero de 1822, se presentó a la Junta Nacional Instituyente el Proyecto de Reglamento Provisional Político del Imperio mexicano, que regiría en tanto el país no se diera una constitución propia, para no seguir a la española de Cádiz, porque “la experiencia ha demostrado que sus disposiciones en general son inadaptables a nuestros intereses y costumbres, y especialmente a nuestras circunstancias”. Por ello, teniendo como finalidad esencial la “administración, buen orden y seguridad interna y externa del Estado” se sustituiría a dicha Constitución gaditana con este Reglamento Provisional el cual, en su artículo 9, expresamente consignó los deberes del gobierno mexicano, siguiendo en buena medida en su redacción, a lo expresado años antes en Apatzingán:

El gobierno mexicano tiene por objeto la conservación, tranquilidad y conservación del Estado y sus individuos, garantizando los derechos de libertad, propiedad, seguridad e igualdad legal, y exigiendo el cumplimiento de los deberes recíprocos.

Como fácilmente se aprecia, fue del interés del libertador Agustín de Iturbide el continuar con los postulados de Morelos y del Congreso de Anáhuac, al señalar los fines del Estado y la responsabilidad de los poderes públicos para cumplirlos. Este fue el único caso de norma fundamental mexicana que —fuera de la de Apatzingán— tuvo la osadía de consignar las mismas ideas que devienen directamente de los hombres que nos dieron patria y libertad.

En 1824, con la Constitución federal promulgada ese año, los constituyentes tuvieron como fuente de inspiración y como “modelo que imitar” a la “república floreciente de nuestros vecinos del norte”, según consta en el manifiesto que precede al texto constitucional. En ese mismo documento, señalaron que los fines del Estado mexicano y la misión de su gobierno serían “hacer reinar la igualdad ante la ley, la libertad sin desorden, la paz sin opresión, la justicia sin rigor, la clemencia sin debilidad”, de tal suerte que se “produzca siempre el bien y se haga imposible el mal”. De manera más compacta, en el preámbulo a la propia Constitución, se consignó que los fines de la nación mexicana sería “fijar su independencia política, establecer y afirmar su libertad y promover su prosperidad y gloria”. Sin embar-

go, en el texto normativo ya no se volvió a hablar de la materia, sino que se consagró por enteró a desarrollar la parte orgánica y la estructura y funcionamiento del Estado. Vale decir que los constituyentes de 1824 se apartaron de los precedentes e ignoraron los fines del Estado propuestos por los anteriores textos constitucionales, conformándose con vagas promesas y referencias a una futura “gloria”, teniendo la vista en su modelo, los Estados Unidos de América.

Si breves y difusas son las referencias que en la Constitución de 1824 se hicieron acerca de los fines del Estado mexicano, en las Leyes Constitucionales de 1836 lo fueron aún menos en cantidad y mayores en su confusión y hasta peligrosidad. Se conformaron los constituyentes conservadores con indicar en el preámbulo del ordenamiento que reservaron el derecho de diseñar al país del modo que entendían “ser más conducente a su felicidad”, sin aclarar en qué consistía ésta y sin tampoco hacer partícipe a los destinatarios de esa felicidad en su definición. Sin embargo, lo más grave no es la falta de precisión y la vaguedad de los conceptos, sino que para interpretarlos, según el artículo 12, fracción VIII de la Ley Segunda, confió al Supremo Poder Conservador la facultad de declarar “cuál es la voluntad de la nación, en cualquier caso extraordinario en que sea conveniente conocerla”, lo cual significa, en términos sencillos, que a este poder correspondería señalar los fines del Estado. Este es un caso típico de despotismo.

Ni en las Bases Orgánicas de 1843, ni en el Acta Constitutiva y de Reformas de 1847 se hace referencia alguna a los fines del Estado mexicano ni tampoco a los deberes inherentes al gobierno para cumplirlos. Cuando mucho, en esta última, campeaba el espíritu de Mariano Otero, quien había presentado un proyecto previo en el cual proponía como finalidades del Estado las de “consolidar su independencia, afianzar su libertad, proveer a la defensa común, establecer la paz y procurar el bien”, frases que hacen recordar al preámbulo de la Constitución de los Estados Unidos de América. Tampoco se dijo nada en las Bases para la Administración de la República, de 1853, redactadas bajo la influencia de Lucas Alamán, aunque debe tomarse en cuenta que este texto normativo tenía como objeto el dar una base legal a la dictadura de Antonio López de Santa Anna, en los términos ideológicos que el propio Alamán había propuesto: “estamos decididos contra la federación, contra el sistema representativo... contra

los ayuntamientos electivos y contra todo lo que se llame elección popular”.

En la Constitución Política de la República Mexicana, del 5 de febrero de 1857, los constituyentes fueron muy parcos al referirse a los fines del Estado mexicano y a las obligaciones del gobierno para llevarlos a cabo. En el preámbulo, aparte de declarar que la Constitución se expedía “en el nombre de Dios y con la autoridad del pueblo mexicano”, sólo expresaron que la nación se constituiría “bajo la forma de república democrática, representativa y popular”, sin añadir nada que pudiera indicar alguna pista sobre los fines que se perseguía al hacerlo. Sin embargo, en el artículo 1o., se estipuló, en una corta frase copiada casi literalmente de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa, que “el pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales”. Pocas palabras cuyo amplísimo contenido fue poco comprendido, tanto que el gobierno del presidente Benito Juárez se vio precisado a explicarlo tiempo después, en el manifiesto conocido como “Justificación de las Leyes de Reforma”, explicación que bien puede ser considerada como la descripción de los fines del Estado mexicano y de los deberes de la autoridad pública, tal y como estos principios eran concebidos por los liberales de la Reforma:

Debe comprenderse naturalmente que sus aspiraciones [de la Constitución del 57] se dirigen a que los ciudadanos todos, sin distinción de clases ni condiciones, disfruten de cuantos derechos y garantías sean compatibles con el buen orden de la sociedad; a que unas y otras se hagan siempre efectivas por la buena administración de justicia; a que las autoridades todas cumplan fielmente sus deberes y atribuciones, sin excederse nunca del círculo marcado por las leyes... Tales son en resumen, las ideas que conviene seguir para afirmar el orden y la paz en la República, encaminándola por la senda segura de la libertad y del progreso, a su engrandecimiento y prosperidad.

Hay que reconocer que, a pesar de su parquedad, la Constitución de 1857 contiene al menos una expresa mención de los fines del Estado y de la responsabilidad que en ellos tiene el gobierno, en un concepto liberal tomado de la Francia revolucionaria que mucho se extraña en nuestra Constitución vigente. En efecto, basta una somera

lectura de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del 5 de febrero de 1917, y de todas sus posteriores reformas, para comprobar que en ella no hay ni una, ni la más mínima, ni la inferencia más remota a algo que pudiera parecer la expresa y explícita definición de los fines del Estado mexicano constituido jurídicamente a partir de 1917.

Algunos de los diputados constituyentes de 1917, en un inusitado aunque inútil arranque de pudor político, se dieron cuenta de que el proyecto presentado por Venustiano Carranza carecía de algo elemental y fundamental: no tenía una “declaración de principios” o un “preámbulo”, como también es conocido en todas las constituciones modernas de todas partes del mundo. Al contrario, el proyecto de Constitución formulado por el Primer Jefe iniciaba directamente con el artículo 1o. y con la brusca redacción que hasta la fecha conserva, en la que se advierte al pueblo mexicano que gozaría de las garantías que otorga la propia Constitución. Los diputados se quejaron diciendo que ese artículo era “verdaderamente pesado” y citaban como ejemplo de un “verdadero preámbulo” al artículo 1o. de la Constitución de 1857. ¿A qué se referían? Pues simplemente a que el proyecto de Carranza no consignaba la respuesta a una interrogante esencial: ¿Cuáles son los principios constitutivos del Estado mexicano? ¿Para qué existimos como nación? ¿Cuáles son los valores que sostienen el pacto social entre los mexicanos y que nos han llevado a organizarnos como un país libre y soberano?

A ninguna de estas preguntas responde la Constitución vigente de manera expresa y explícita. Solamente, y eso forzando la interpretación doctrinal, podría decirse que implícitamente, en el actual artículo 3o., redactado con ánimo poético por Jaime Torres Bodet, a la sazón secretario de Educación Pública, se consignan algunos principios y algunas definiciones que, aunque se refieren a la educación, permitirían inferir que podría tratarse de algo más o menos similar a los fines del Estado mexicano, aunque nadie los ha elevado a tal categoría, porque ni siquiera son cumplidos en las aulas de las escuelas de nuestro país. Obviamente no cabe aquí la analogía, sin embargo vale la pena extraerlos de su contexto para sugerir que podrían ser tomados en cuenta como posibles elementos formativos de un texto en el que expresamente se establecieran las definiciones de que hoy carecemos. Por cierto, hay que aclarar que este ejercicio de equipara-

ción no lo ha realizado ningún estudioso de la materia. Las partes conducentes del artículo 3o. constitucional son las siguientes:

[La educación tenderá a]: desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez el amor a la patria y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia... Además: será democrática, considerando 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; será nacional en cuanto —sin hostilidades ni exclusivismos— atenderá a la comprensión de nuestros problemas, al aprovechamiento de nuestros recursos, a la defensa de nuestra independencia política, al aseguramiento de nuestra independencia económica y a la continuidad y acrecentamiento de nuestra cultura; y contribuirá a la mejor convivencia humana, tanto por los elementos que aporte a fin de robustecer... junto con el aprecio para la dignidad de la persona y la integridad de la familia, la convicción del interés general de la sociedad, cuanto por el cuidado que ponga en sustentar los ideales de fraternidad e igualdad de los derechos de todos los hombres, evitando los privilegios de razas, sectas, de grupos, de sexos o de individuos.

Debe insistirse en que este catálogo de buenos deseos no ha sido elevado a la categoría de definición de los principios que rigen al Estado mexicano. A pesar de su inclusión en el texto constitucional, en la práctica sufren el abandono aun de sus mismos destinatarios; es más, ni siquiera son tomados en cuenta cuando políticos, gobernantes y hasta estudiosos, disertan sobre estas cuestiones.

En conclusión, hoy en día, y desde 1917, no tenemos la mención expresa y explícita de los fines del Estado mexicano. No la hay y es, por lo tanto, urgente su confección, para de ella partir hacia una reforma integral. Es imposible pensar en reformar lo demás, sería inútil y superfluo, si se carece de esta noción elemental de para qué nos hemos constituido como un Estado.

#### V. LOS FINES DEL ESTADO EN ALGUNAS CONSTITUCIONES AMERICANAS

Es el momento de examinar, también de manera breve, lo que dicen los textos constitucionales de otras naciones, las que a diferencia de México, han considerado como una parte sustancial y fundamental

de su norma suprema, la inclusión en un párrafo preliminar, en un preámbulo o bien, en el propio articulado, de la definición exacta y expresa de los fines de cada Estado así como del papel de sus respectivos gobiernos para conseguirlos.

Iniciemos con la Constitución de los Estados Unidos de América, del año de 1787, que por ser la primera de las constituciones modernas, ha inspirado y servido de modelo y ejemplo a muchas otras. Con ella también empieza la tradición de comenzar el texto normativo con un preámbulo en donde se establece la finalidad del Estado:

Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos, a fin de conformar una Unión más perfecta, establecer la justicia, asegurar la tranquilidad interior, proveer lo necesario para la defensa común, promover el bienestar general y salvaguardar las bendiciones de la libertad para nosotros y nuestra posteridad...

En este texto se definen los propósitos por los que la Constitución y el gobierno basado en ella se han fundado y establecido. La experiencia norteamericana, especialmente en lo que se refiere a la interpretación constitucional que tiene su Corte Suprema, que ha recurrido al preámbulo de la Constitución para fundar sus resoluciones, consiguió que los propósitos ideados por los creadores de los Estados Unidos de América, se convirtieran en verdaderos principios y que además, fueran también declaraciones con aplicaciones prácticas y directas en provecho de la nación y de sus habitantes. Para los habitantes del vecino país del norte, este preámbulo es la expresión del espíritu nacional, que no ha variado en más de dos siglos, pues se interpreta y se adecua a las necesidades de los tiempos. Según los teóricos que han estudiado este preámbulo, el texto citado "hace las veces de arteria que transmite la sustancia vital a la Constitución al infundirle autoridad" y de ella deviene la conferida al gobierno, de tal suerte que, según opina el presidente de la Corte, John Marshall, "el gobierno emana del pueblo, sus poderes se hallan garantizados por el pueblo y deben ejercerse directamente sobre él para su beneficio". En otras palabras, la declaración de principios o preámbulo de la Constitución de los Estados Unidos de América, es eficaz.

Pasemos ahora revista a las constituciones vigentes de algunos Estados americanos, siguiendo un orden alfabético, examinando las

partes conducentes al tema que nos ocupa. Primero, el preámbulo de la Constitución de Argentina, establece los fines de su Estado de la manera siguiente:

...con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en suelo argentino: invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia...

Por su parte, el artículo 1o. de la Constitución Política del Estado de Bolivia, señala que su nación es:

...libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural, constituida en república unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática representativa, fundada en la unión y solidaridad de todos los bolivianos.

La Constitución de la República Federativa del Brasil, en su preámbulo, señala claramente que los fines de su Estado son:

...instituir un Estado democrático, destinado a asegurar el ejercicio de los derechos sociales e individuales de libertad, de seguridad, bienestar y desarrollo, de igualdad y de justicia como valores supremos de una sociedad fraterna, pluralista y sin prejuicios, fundada en la armonía social y comprometida en el orden interno e internacional y en la solución pacífica de las controversias, con la protección de Dios...

La Constitución Política de Colombia es doblemente enfática en los fines de su Estado, pues primeramente, en su preámbulo establece que se crea:

...invocando la protección de Dios y con el fin de fortalecer la unidad de la nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana...

Luego, en sus artículos 1o. y 2o., la Constitución colombiana dice lo siguiente:

Colombia es un Estado social de derecho... fundado en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general... Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecten y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación... y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

La Constitución de la República de Cuba contiene un largo preámbulo que sería prolijo transcribir aquí, en virtud de que se trata de un repaso histórico e ideológico de las razones por las cuales se ha establecido un Estado socialista guiado "por el ideario de José Martí y las ideas político-sociales de Marx, Engels y Lenin". Sin embargo, los fines del Estado cubano están estipulados en su artículo 1o.:

Cuba es un Estado socialista de trabajadores, independiente y soberano, organizado con todos y para el bien de todos, como República unitaria y democrática, para el disfrute de la libertad política, la justicia social, el bienestar individual y colectivo y la solidaridad humana.

Ahora bien, la misión del gobierno cubano para llevar a cabo estos fines, están perfectamente establecidos en su artículo 9o., cuyo detalle es interesante conocer:

...realiza la voluntad del pueblo trabajador y encauza los esfuerzos de la nación en la construcción del socialismo; mantiene y defiende la integridad y la soberanía de la patria; garantiza la libertad y la dignidad plena del hombre, el disfrute de sus derechos, el ejercicio y cumplimiento de sus deberes y el desarrollo integral de su personalidad; ...como Poder del pueblo, en servicio del propio pueblo, garantiza que no haya hombre o mujer, en condiciones de trabajar, que no tenga oportunidad de obtener un empleo con el

cual pueda contribuir a los fines de la sociedad y a la satisfacción de sus propias necesidades; que no haya persona incapacitada para el trabajo que no tenga medios decorosos de subsistencia; que no haya enfermo que no tenga atención médica; que no haya niño que no tenga escuela, alimentación y vestido; que no haya joven que no tenga oportunidad de estudiar; que no haya persona que no tenga acceso al estudio, la cultura y el deporte; y trabaja por lograr que no haya familia que no tenga una vivienda confortable.

En el artículo 1o. de la Constitución Política de la República de Chile, se consignan las siguientes declaraciones:

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece. Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

En el preámbulo de la Constitución Política de la República del Ecuador están descritos los fines de su Estado:

El pueblo del Ecuador, inspirado en su historia milenaria, en el recuerdo de sus héroes y en el trabajo de hombres y mujeres que, con su sacrificio, forjaron la patria; fiel a los ideales de libertad, igualdad, justicia, progreso, solidaridad, equidad y paz que han guiado sus pasos desde los albores de la vida republicana, proclama su voluntad de consolidar la unidad de la nación ecuatoriana en el reconocimiento de la diversidad de sus regiones, pueblos, etnias y culturas, invoca la protección de Dios, y en ejercicio de su soberanía, establece en esta Constitución las normas fundamentales que amparan los derechos y libertades, organizan el Estado y las instituciones democráticas e impulsan el desarrollo económico y social.

Y en el artículo 3o., se describen los “deberes primordiales” del gobierno ecuatoriano, en cuya puntualidad destaca el combate a la corrupción:

Fortalecer la unidad nacional en la diversidad. Asegurar la vigencia de los derechos humanos, las libertades fundamentales de mujeres y hombres, y la seguridad social. Defender el patrimonio natural y cultural del país y proteger el medio ambiente. Preservar el crecimiento sustentable de la economía, y el desarrollo equilibrado y equitativo en beneficio colectivo. Erradicar la pobreza y promover el progreso económico, social y cultural de sus habitantes. Garantizar la vigencia del sistema democrático y la administración pública libre de corrupción.

En la Constitución de la República de El Salvador, se declaró que los salvadoreños:

...puesta nuestra confianza en Dios, nuestra voluntad en los altos destinos de la Patria... animados del ferviente deseo de establecer los fundamentos de la convivencia nacional con base en el respeto a la dignidad de la persona humana, en la construcción de una sociedad más justa, esencia de la democracia, y al espíritu de libertad y justicia, valores de nuestra herencia humanista...

Y por ello, establecieron en el artículo 1o. de su ley suprema, que “El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común”.

Por su parte, en la Constitución Política de la República de Guatemala, en su artículo 1o., se afirma que “el Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común”. A su vez, en la Constitución Política de la República de Honduras, en el artículo 1o., se dice que “Honduras es un Estado de derecho, soberano, constituido como república libre, democrática e independiente, para asegurar a sus habitantes el goce de la justicia, la libertad, la cultura y el bienestar económico y social”. También, en el preámbulo de la Constitución Política de la República de Panamá, se consigna que el fin supremo de su Estado es “fortalecer a la nación, garantizar la libertad, asegurar la democracia y la estabilidad institucional, exaltar la dignidad humana, promover la justicia social, el bienestar general y la integración regional, invocando la protección de Dios”. Otra declaración breve es la contenida en el artículo 1o. de la Constitución Política de Perú: “La de-

fensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

Para terminar el recorrido por las constituciones americanas, estas son las palabras escritas en el preámbulo de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:

invocando la protección de Dios, el ejemplo histórico de nuestro Libertador Simón Bolívar y el heroísmo y sacrificio de nuestros antepasados aborígenes y de los precursores y forjadores de una patria libre y soberana; con el fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural en un Estado de justicia, federal y descentralizado, que consolide los valores de la libertad, la independencia, la paz, la solidaridad, el bien común, la integridad territorial, la convivencia y el imperio de la ley para esta y las futuras generaciones; asegure el derecho a la vida, al trabajo, a la cultura, a la educación, a la justicia social y a la igualdad sin discriminación ni subordinación alguna; promueva la cooperación pacífica entre las naciones e impulse y consolide la integración latinoamericana de acuerdo con el principio de no intervención y autodeterminación de los pueblos, la garantía universal e indivisible de los derechos humanos, la democratización de la sociedad internacional, el desarme nuclear, el equilibrio ecológico y los bienes jurídicos ambientales como patrimonio común e irrenunciable de la humanidad.

Ahora bien, los principios fundamentales de Venezuela, están especificados en los artículos 1o., 2o. y 3o. de su Constitución:

La República Bolivariana de Venezuela es irrevocablemente libre e independiente y fundamenta su patrimonio moral y sus valores de libertad, igualdad, justicia y paz internacional, en la doctrina de Simón Bolívar, el Libertador. Son derechos irrenunciables de la nación la independencia, la libertad, la soberanía, la inmunidad, la integridad territorial y la autodeterminación nacional. Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de derecho y de justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político. El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los

principios, derechos y deberes consagrados en esta Constitución. La educación y el trabajo son los procesos fundamentales para alcanzar dichos fines.

## VI. LOS FINES DEL ESTADO EN ALGUNAS CONSTITUCIONES EUROPEAS

En el preámbulo de la Constitución de la República Francesa, de 1958, se expresa que “el pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los Derechos del Hombre y a los principios de soberanía nacional, tal y como fueron definidos en la Declaración de 1789”. Al conceder vigencia a este documento revolucionario, que como ya hemos observado, ha resultado ser de enorme influencia en las constituciones que expresamente señalan los fines del Estado, es indispensable transcribir los párrafos conducentes de dicha Declaración:

Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, a fin de que esta declaración, constantemente presente para todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes; a fin de que los actos del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo, al poder cotejarse a cada instante con la finalidad de toda institución política, sean más respetados y para que las reclamaciones de los ciudadanos, en adelante fundadas en principios simples e indiscutibles, redunden siempre en beneficio del mantenimiento de la Constitución y de la felicidad de todos.

Asimismo, la fórmula casi sacramental que consagra los deberes de los gobiernos y de las autoridades, está contenida en el artículo 2o. de la Declaración:

La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

Modelo de constitución moderna, sobre todo porque es producto de un pacto político de altura, de dignidad y de responsabilidad, la Constitución española de 1978 resulta ser un modelo ejemplar de

cómo es posible constituir a un Estado en el que las fuerzas políticas, abdicando de sus ambiciones, son capaces de acordar los fines del Estado y de proponerlos al pueblo, que los aprobó en un referéndum. Por ello, en su artículo 1o., se establece que "España constituye un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores sociales de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político". Sin embargo, en el preámbulo se consignan con más fuerza los fines del Estado español:

La nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de: Garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo. Consolidar un Estado de derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular. Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones. Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida. Establecer una sociedad democrática avanzada, y colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra.

La Constitución de la República Italiana, de 1947, concede gran relevancia al trabajo, como fundamento de la sociedad. Estos son los Principios Fundamentales señalados en los artículos 1o., 2o., 3o. y 4o. de dicho ordenamiento:

Italia es una República democrática fundada en el trabajo. La soberanía pertenece al pueblo, que la ejercerá en las formas y dentro de los límites de la Constitución. La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ora como individuo, ora en el seno de las formaciones sociales donde aquél desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inexcusables de solidaridad política, económica y social. Todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales. Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país. La República reconoce a

todos los ciudadanos el derecho al trabajo y promoverá las condiciones que hagan efectivo este derecho. Todo ciudadano tendrá el deber de elegir, con arreglo a sus posibilidades y según su propia elección, una actividad o función que concurra al progreso material o espiritual de la sociedad.

Por su parte, la Constitución de Irlanda, de 1937, exaltando su religiosidad, expresa en su preámbulo lo siguiente:

En nombre de la Santísima Trinidad, de quien procede toda autoridad y a quien revierten como destino último todas las acciones tanto de los Estados como de los hombres, Nosotros, el pueblo de Irlanda, en humilde reconocimiento de todas nuestras obligaciones con Nuestro Señor Jesucristo, que mantuvo a nuestros padres durante siglos de pruebas; En recuerdo agradecido de la heroica e incesante lucha de éstos por recobrar la legítima independencia de nuestra nación; Y tratando de fomentar el bien común, con la debida observancia de las virtudes de Prudencia, Justicia y Caridad, de tal modo que se garantice la dignidad y la libertad del individuo, se alcance el autentico orden social, se restaure la unidad de nuestra nación.

La Constitución del Reino de Suecia, de 1994, señala en su artículo 2o., los fines del Estado sueco y las responsabilidades de los poderes públicos en esa nación:

El ejercicio del poder político deberá respetar la igualdad del valor de todos los seres humanos, así como la libertad y la dignidad de cada individuo. El bienestar personal, económico y cultural de los individuos deberá constituir el objetivo primordial de las actividades públicas. Corresponderá especialmente a la autoridad pública asegurar el derecho al trabajo, a la vivienda y a la instrucción y actuar en favor de la previsión y de la seguridad social y de un marco favorable de vida. La autoridad pública deberá promover que las ideas democráticas ejerzan una acción dirigente en todos los ámbitos de la sociedad, deberá asegurar los mismos derechos a los hombres y a las mujeres y salvaguardar la vida privada y familiar de los particulares.

En el artículo 1o. de la ley fundamental para la República Federal Alemana, de 1949, se señalan los fines del Estado alemán: "La dignidad del hombre es sagrada y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección. El pueblo alemán reconoce, en consecuencia, los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la jus-

ticia en el mundo". A su vez, la Constitución de la República Parlamentaria de Grecia, de 1975, consigna en su artículo 2.1, que "el respeto y la protección del valor de la persona humana, constituyen la obligación primordial del Estado".

La que pudo llegar a ser la más moderna de las constituciones del mundo, la de la Unión Europea, también consagró su preámbulo a fijar los fines que se pretenden con dicha Unión, texto que es de destacarse, habida cuenta de la importancia que otorga al asunto:

Inspirándose en la herencia cultural, religiosa y humanista de Europa, a partir de la cual se han desarrollado los valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona humana, la democracia, la igualdad, la libertad y el Estado de derecho. Convencidos de que Europa, ahora reunida tras dolorosas experiencias, se propone avanzar por la senda de la civilización, el progreso y la prosperidad por el bien de todos sus habitantes, sin olvidar a los más débiles y desfavorecidos; de que quiere seguir siendo un continente abierto a la cultura, al saber y al progreso social; de que desea ahondar en el carácter democrático y transparente de su vida pública y obrar en pro de la paz, la justicia y la solidaridad en el mundo. Convencidos de que los pueblos de Europa, sin dejar de sentirse orgullosos de su identidad y de su historia nacional, están decididos a superar sus antiguas divisiones y, cada vez más estrechamente unidos, a forjar un destino común. Seguros de que, "unida en la diversidad", Europa les brinda las mejores posibilidades de proseguir, respetando los derechos de todos y conscientes de su responsabilidad para con las generaciones futuras y la Tierra, la gran aventura que hace de ella un espacio privilegiado para la esperanza humana...

Además, expresamente se hacen resaltar los valores de la unión:

La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres.

Pero también, en el artículo I-3, se señalan los objetivos concretos que se buscan con la Unión Europea:

La Unión tiene como finalidad promover la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos. La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores y un mercado interior en el que la competencia sea libre y no esté falseada. La Unión obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico. La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño. La Unión fomentará la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros.

La Unión respetará la riqueza de su diversidad cultural y lingüística y velará por la conservación y el desarrollo del patrimonio cultural europeo. En sus relaciones con el resto del mundo, la Unión afirmará y promoverá sus valores e intereses. Contribuirá a la paz, la seguridad, el desarrollo sostenible del planeta, la solidaridad y el respeto mutuo entre los pueblos, el comercio libre y justo, la erradicación de la pobreza y la protección de los derechos humanos, especialmente los derechos del niño, así como al estricto respeto y al desarrollo del derecho internacional, en particular el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas.

## VII. RECAPITULACIÓN Y PROPUESTA

Después de haber repasado los textos constitucionales de muchos países, textos en donde se han incorporado como pieza fundamental del engranaje constitucional las definiciones acerca del fin del Estado y de la responsabilidad de los poderes públicos, debemos llegar a la conclusión, lamentablemente, que en México no contamos con nada parecido. Salvo en las experiencias iniciales, allá en el lejano siglo XIX, nuestros constituyentes no se preocuparon por darnos a conocer los principios constitutivos del Estado mexicano. Es decir, desde entonces no hemos sabido para qué o por qué existimos como nación. La Constitución vigente, la que nos regula hoy, en nuestro tiempo, lo calla. Por ello, y considerando que es un reclamo nacional la reforma del Estado mexicano, debe convenirse que la primera y más apremiante reforma es aquella en la que se establezcan con la

mayor claridad, en la Constitución, los principios constitutivos del Estado mexicano.

No podemos permanecer al margen de un movimiento mundial que ha concedido relevancia y trascendencia a estas declaraciones, fundamentales para la buena marcha y armonía de las sociedades y que, además, son obligatorias para las autoridades de cada nación. No es posible comprender cómo México, clasificado entre las principales potencias económicas del orbe, con una población que sobrepasa el centenar de millones de habitantes, que hace gala de su democracia y que tiene una tradición liberal que se remonta a los días de su independencia, haya abandonado el cauce marcado por sus libertadores e ignore esta premisa fundamental de todo Estado democrático y plural.

Ejemplos hay muchos, como se ha visto, desde aquellas naciones que se apegan a las enseñanzas de la Constitución de los Estados Unidos de América, pasando por las que se adhieren a los principios de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa, o bien las que añaden conceptos tales como el bien común, el bienestar general o la dignidad humana, llegando hasta descripciones detalladas de lo que consiste el fin del Estado, como cuando se habla del derecho de los enfermos a tener atención médica o la obligación de las autoridades a ofrecer trabajo a sus ciudadanos. De hecho, este ensayo persigue compilar todas aquellas declaraciones que forman parte de nuestra cultura occidental, para que sirvan de pauta y guía al caso mexicano, resalten su ausencia y facilite la búsqueda de las opciones que han sido empleadas en otros países.

¿Cómo establecer en México estos principios? Propongo para ello el siguiente procedimiento:

1. Los poderes del Estado mexicano, es decir, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, convienen y acuerdan la necesidad de contar en el texto constitucional, con una declaración de los principios que explícitamente expresen los fines del Estado mexicano y el papel que para su cumplimiento tiene los mencionados poderes públicos.

2. Por medio de una ley, se convoca a una consulta pública para que la población participe y opine lo que, a su juicio, debe contener la declaración o preámbulo de la Constitución, esto por supuesto, después de una amplia campaña informativa que explique la necesidad de contar con la definición

de los fines del Estado, estimule la aportación de la gente y haga sentir la importancia de la participación de todos no sólo en la reforma primordial del Estado sino en la consecución de un Estado de derecho producto de la voluntad de todos y por lo tanto, como un compromiso de todos para cumplirlo.

3. La misma ley determinará que, una vez concluida la consulta pública, los resultados serán turnados a un selecto grupo de pensadores, de voces autorizadas por la ciencia, la academia y la intelectualidad, por la economía, el derecho, la sociedad y la cultura, en otras palabras, a aquellos que por su prestigio y fama pública deban ser tomados en cuenta, en una decisión que competirá al Congreso de la Unión, para que redacten la versión definitiva de la declaración o preámbulo que contenga los fines del Estado mexicano y la responsabilidad de sus autoridades.

4. El texto final será turnado al Congreso de la Unión, para que, presentado como iniciativa conjunta de todos los diputados y senadores, sea aprobado y votado según el procedimiento para reformar a la Constitución, incluyendo el ser turnada a las legislaturas estatales a efecto de que, con su voto mayoritario, pueda convertirse en parte de la Constitución.

5. Inmediatamente después, como paso final pero indispensable y antes de promulgarse la reforma constitucional, el texto conteniendo dicha declaración debe ser sometida a referéndum ante los ciudadanos y ciudadanas mexicanos. Para ello, es preciso imprimir cientos de miles de ejemplares, emplear los medios masivos de comunicación con anuncios en radio y televisión, se incluirá en anuncios espectaculares y se utilizará todo tipo de publicidad hasta que no exista mexicano que no conozca el texto fundamental con el que, de hecho, estaremos, todos, firmando un nuevo pacto social que constituirá de nuevo al Estado mexicano. El voto mayoritario de la población en el referéndum, le otorgará la legitimidad, validez y compromiso, pues el pueblo mexicano, por primera vez en su historia, estará participando en las decisiones fundamentales de nuestra nación, y por lo tanto, también por primera vez en nuestra historia, todos nos comprometeremos a cumplir.

Hay que insistir: el objetivo de este ensayo es proponer, como reforma fundamental, necesaria y urgente, la inclusión explícita en nuestra Constitución de una declaración o preámbulo, en el cual se contengan y expresen los fines del Estado mexicano, las razones y los motivos que nos unen como nación y los principios rectores que regulen la convivencia social y obliguen a los poderes públicos para lograrlos, además de que permitan inspirar el orden jurídico nacional y den certeza al modelo de desarrollo nacional conforme a sus postu-

lados. Por otra parte, pero no menos importante, sería la guía y el asidero último al cual podrían recurrir los tribunales de la nación para resolver las controversias en las que se diriman definiciones esenciales de constitucionalidad, pues dicho preámbulo o párrafo preliminar fungiría como norma superior, la más alta de todas, al ser punto de partida y origen de las demás.

Para concluir, hay que recordar que esta idea de contar con una declaración expresa y explícita de los fines del Estado no es ninguna novedad. No lo es, al menos, desde que la humanidad asignó a las constituciones la categoría de normas fundamentales para regular la vida de los estados y su relación con los súbditos de cada uno de ellos. Además, la misma humanidad ha concedido una gran importancia a estas declaraciones, porque de ellos dependerá en buena medida el progreso, el desarrollo, la justicia, la seguridad, el bienestar de cada uno de los habitantes y, por lo tanto, de la suma de todos aquellos que integran el Estado. Así lo entendieron quienes redactaron los primeros instrumentos constitucionales y así lo han entendido quienes hasta la fecha, en todo el mundo occidental —excepto México—, le han concedido valor de norma suprema a esta declaración.

Uno de los más antiguos textos constitucionales de occidente, resalta el valor de los fines del Estado, pero además, concede una enorme y magnífica importancia a la recurrente y políticamente sana, recomendable y obligatoria costumbre de volver frecuentemente a los principios, para no perder el rumbo ni variar el destino de una nación. Así, en el artículo XV de la Declaración de Derecho de Virginia, del año de 1776, se consigna lo siguiente:

Que ningún gobierno libre, ni las bendiciones de la libertad pueden preservarse por un pueblo sin un firme compromiso con la justicia, la moderación, la templanza, la frugalidad y la virtud y recurriendo con frecuencia a los principios fundamentales.

La recomendación es categórica: “recurriendo con frecuencia a los principios fundamentales”. La lección para nosotros, los mexicanos, es obvia: no podemos recurrir con frecuencia a ellos porque ni siquiera los tenemos. Y contar con ellos es la reforma más urgente que se puede y se debe hacer al Estado mexicano.

## CONTRATTUALIZZAZIONE DELL'ASSISTENZA\*

Mario ZANA

SOMMARIO: I. Assistenza per contratto: il significato di una ricerca. II. Alea e rendita vitalizia nel diritto intermedio. III. L'esperienza francese: il *bail a nourriture*. IV. Il codice federale svizzero delle obbligazioni: il *contrat d'entretien viager*. V. L'esperienza giurisprudenziale italiana nel vigore del codice civile del 1865: il c.d. vitalizio alimentare. VI. Segue. La giurisprudenza nel codice del 1942. VII. I vitalizi impropri: tipologie e contenuti. VIII. Il vitalizio alimentare nell'attuale giurisprudenza. IX. Alea e contratto di assistenza: la fine (auspicabile) di un dogma. X. Il contratto di assistenza alla persona: applicazioni e prospettive.

### I. ASSISTENZA PER CONTRATTO: IL SIGNIFICATO DI UNA RICERCA

Cedere i propri beni per procurarsi assistenza per il resto dei propri giorni e pratica antica.

Narrano, infatti, le cronache intorno all'anno 1100 che tal Andrea e sua moglie, all'atto di consacrarsi al servizio di una Chiesa di Lucca, donarono ad essa i propri beni a condizione di ricevere alloggio, vitto e vestiario per il resto della loro vita; e che pochi anni più tardi, all'incirca nel 1160, un certo Eriberto da Rapallo cedette a ciascuno dei suoi figli un terzo dei suoi beni, ed essi si obbligarono a corrispondergli "*sufficientes expensas ad victum et vestitum unusquisque pro tercia*".<sup>1</sup>

\* Il testo, con l'aggiunta di note contenenti essenziali dati di riferimento, riproduce la relazione tenuta al Convegno Nazionale "I modelli familiari tra diritti e servizi", svoltosi a Lecce il 24 e 25 Settembre 2004.

<sup>1</sup> PERTILE, *Storia del diritto italiano*, IV, Torino, 1893, p. 574.

Ma già nell'alto medioevo in Francia era praticato l'istituto dei "precari", consistente nell'alienare beni (per lo più immobili) a enti ecclesiastici dietro corrispettivo di prestazioni vitalizie consistenti in una rendita annua o nell'intero mantenimento: prestazioni che, in forza di un capitolare emanato da Carlo il Calvo nell'anno 846, dovevano superare del doppio o del triplo il reddito normale dei beni ceduti, a seconda che essi fossero rimasti o meno nel possesso precario del cedente.<sup>2</sup>

Ancor oggi con una certa frequenza persone, nella maggior parte dei casi anziane, cedono i propri beni non più a Chiese, monasteri o ospedali, ma a parenti o estranei di loro fiducia, chiedendo in corrispettivo assistenza vitalizia materiale e/o morale.

In assenza di una normativa al riguardo, il contratto di riferimento e costituito dalla rendita vitalizia, con il quale, "mediante alienazione di un bene mobile o immobile o mediante cessione di capitale" (art. 1872 c.c.), si ottiene in corrispettivo la corresponsione di somme periodiche di denaro "per la durata della vita del beneficiario o di altra persona" (art. 1873 c.c.).

Il confronto tra le due operazioni contrattuali rivela immediatamente analogie e differenze: da un lato, una sostanziale affinità di struttura —alla cessione di un bene o di un capitale si contrappone con nesso di corrispettività l'obbligazione, che il cessionario assume nei confronti del cedente, ad eseguire prestazioni vitalizie in suo favore—; dall'altro, un'intrinseca diversità tra le prestazioni dedotte nei due rapporti. E in effetti —salvo incertezze nella giurisprudenza e dottrina meno resenti— su questo punto non sono sorti contrasti significativi: in estrema sintesi, ad una "prestazione periodica di una somma di denaro o di una certa quantità di altre cose fungibili" (art. 1861 c.c.) in un caso, si contrappone una prestazione essenzialmente di *facere* nell'altro; alla fungibilità della prima, l'infungibilità della seconda, caratterizzata dall'elemento della fiduciarietà, che connota la scelta del vitalizzante da parte del vitaliziato; alla periodicità delle rate della rendita, una sostanziale continuità della prestazione di assistenza.

<sup>2</sup> ANDREOLI, *Fonti e natura giuridica della vendita vitalizia*, in *Temi senesi*, 1939, p. 102.

L'elemento che —per giurisprudenza costante e dottrina pressoché unanime— caratterizzerebbe i due schemi a confronto sarebbe costituito dall'aleatorietà: contrapponendosi ad un valore certo (il bene o capitale ceduto) un valore incerto (delle rate di rendita, ovvero delle prestazioni di assistenza) in funzione della durata della vita del vitaliziato. Anzi, non si è mancato di rilevare —salvo poi trarne conseguenze diametralmente opposte in sede di qualificazione— che nel caso del contratto di assistenza l'alea è doppia: all'incertezza circa la longevità dell'assistito si sommerebbe l'incertezza sulle sue condizioni di salute, che, peggiorando, accrescerebbero il "peso" dell'assistenza stessa.<sup>3</sup> Il ragionamento intuitivamente —e senza voler anticipare più di tanto le conclusioni di questa breve riflessione— regge nella logica di un'operazione meramente economica: ma possiamo esser certi che le parti di un contratto di assistenza concludano l'accordo con il bilancino del farmacista?

## II. ALEA E RENDITA VITALIZIA NEL DIRITTO INTERMEDIO

In realtà, l'argomento dell'alea è antico quasi quanto la travagliata storia della rendita vitalizia, a partire proprio da quei "precari", ai quali si è accennato in apertura.

Se, come le fonti lasciano ritenere, questa e la matrice comune della rendita e di quelli che per brevità continueremo a chiamare contratti di assistenza, diverso e tuttavia il processo evolutivo seguito dai due istituti nel periodo del diritto intermedio, durante il quale la prima è stata protagonista di un travagliato cammino verso la tipicità; mentre i secondi si sono senza clamori consolidati nella prassi.

E' noto, infatti, che canonisti e teologi consideravano la rendita vitalizia un contratto di censo, una *emptio redditus*, e, come tale, in forte sospetto di usura, senza distinguere nella variegata realtà medioevale le diverse prestazioni alle quali poteva obbligarsi il vitalizzante: con conseguente atteggiamento ostile verso tutti quegli accordi che avessero l'aria di dissimulare un mutuo ad interesse.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Anche di recente, Cass. 12 febbraio 1998, n. 1502, in *Contratti*, 1998, p. 380.  
<sup>4</sup> VALSECCHI, *La rendita perpetua e la rendita vitalizia*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, XXXVII, I, Milano, 1961, p. 111.

un'ostilità, che alimentava forti diatribe con i giuristi, i quali, fedeli alla tradizione romanistica, vedevano nella costituzione di rendita, comunque realizzata, una semplice fonte di obbligación.<sup>5</sup>

A ben vedere, la ragione dell'assenza di contrasti sugli accordi con cui si "acquistava" assistenza va ricercata riflettendo sulle conseguenze della distinzione, che allora si operava nel *genus* dei contratti di censo quanto al modo di costituzione della rendita.<sup>6</sup> La situazione di censo, cioè lo *ius percipiendi pensionem annuam ex re alterius utili, et fructifera, supra qua fundatur*, poteva, infatti, essere costituita attraverso due distinti contratti: o alienando la proprietà di un bene immobile, ottenendo come corrispettivo una pensio sul bene stesso; ovvero, acquistando il diritto di percepire una pensione annua vendendo un reddito che traesse la sua origine da un bene immobile, *manente integro dominio tam directo quam utili ad venditorem*. Nel primo caso, si parlava di "censo riservativo"; nel secondo, di "censo consegnativo". Ora, mentre il censo riservativo non suscitava obiezioni sotto il profilo morale, giacché di vendita in effetti si trattava (con conseguenti vantaggi e perdite secondo la logica dell'esperienza), quanto al censo consegnativo, che non comportava trasferimento del dominio, era ferma convinzione che contenesse in sé il germe dell'usura, potendo dopo un certo tempo la somma delle rendite percepite dall'acquirente del censo superare il valore del capitale ricevuto dal venditore.

Ove si consideri che le "vendite di assistenza", di cui si ha notizia, venivano realizzate con il trasferimento del dominio, si comprende che venissero assimilate all'ipotesi di un censo riservativo, e quindi come una *emptio venditio* su cui non c'era niente da discutere: di qui, presumibilmente, la ragione del silenzio che fino all'epoca delle codificazioni accompagna questi contratti.

Le cose andarono diversamente per la rendita costituita come censo consegnativo. L'argomento che valse a superare il contrasto tra teologi e giuristi fu individuato dai civilisti nell'intrinseca reciprocità

<sup>5</sup> SOFFIETTI, voce *Rendita vitalizia (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 848.

<sup>6</sup> In argomento v., da ultimo, la puntuale ricostruzione di LANDI, *Ad evitandas usuras*, Fondazione Sergio Mochi Onory per la storia del diritto italiano, Roma, 2004, p. 24 ss.

del rischio (*quaendamm commutatio periculi*)<sup>7</sup> che essa comporta, tanto da escludere la possibilità di predeterminare rischi e vantaggi per le parti al momento della stipulazione del contratto: creando così la premessa per il radicarsi dell'opinione, poi condivisa anche in relazione ai contratti di assistenza, che l'alea costituisse connotato essenziale del vitalizio.<sup>8</sup>

I numerosi interventi di Autorità secolari ed ecclesiastiche succedutisi in questo periodo, e rivolti a sancire la liceità della rendita vitalizia entro limiti rigidamente definiti si pensi alla bolla Cum onus di S. Pio V del 1569, con la quale si vietavano contratti di censo che non fossero costituiti su beni immobili e fruttiferi<sup>9</sup> —non portarono alla definizione di uno schema contrattuale tipico. A questo risultato giunge, grazie anche al contributo determinante di Pothier, il Codice civile napoleonico, che detta la disciplina del *contrat de rente viagère* (art. 1968 ss.), collocandolo tra i contratti aleatori (art. 1964, 2o comma).

### III. L'ESPERIENZA FRANCESE: IL BAIL A NOURRITURE

Resta invece *contrat innomé* l'accordo indicato come *bail a nourriture*, con il quale —per riportare una risalente, ma sempre attuale definizione della Cassazione francese— "una persona si impegna a provvedere a tutti i bisogni di un'altra (cioè, a nutrirla, alloggiarla ed assisterla) finché questa sia in vita dietro corrispettivo di una somma di denaro a scadenze stabilite (per esempio, annualmente), o dell'alienazione di un capitale mobiliare o immobiliare"<sup>10</sup> lo stesso contratto che nel diritto anteriore regolava l'obbligo dei più prossimi parenti dei minorenni a provvedere al loro nutrimento,<sup>11</sup> ovvero, delle comunità religiose a dare alloggio e assistenza a quanti vi entravano

<sup>7</sup> DE LUCA, *Theatrum veritatis et iustitiae*, IV, Napoli, 1758, p. 160, n. 5.

<sup>8</sup> DE LUCA, *Il dottor volgare*, II, Firenze, 1840, p. 151; BUTERA, *Del contratto vitalizio*, Torino, 1935, p. 8.

<sup>9</sup> SOFFIETTI, *op. cit.*, p. 850.

<sup>10</sup> *Cour de Cassation* 21 novembre 1892, in *Dalloz périod.*, 93.1.291.

<sup>11</sup> BAUDRY, LACANTINERIE, WAHL, *Dei contratti aleatori*, in *Trattato teorico-pratico di diritto civile*, trad. it., Milano, s.d., p. 175.

conferendo una dote;<sup>12</sup> e che successivamente si era radicato soprattutto nelle zone rurali della Francia. Ad individuarne caratteristiche essenziali e conseguente disciplina provvedono, con apprezzabile uniformità d'indirizzo, giurisprudenza e dottrina: per un verso, qualificandolo come contratto necessariamente oneroso<sup>13</sup> ed affermandone, in evidente ossequio alla tradizione, la natura aleatoria in relazione alla durata della vita del creditore;<sup>14</sup> per altro verso, esclusa l'applicabilità dell'art. 1978 *code civil* —che nega al creditore della rendita la possibilità di richiedere il rimborso del capitale in caso di mancato pagamento delle rate previste—, ammettendone la risoluzione, ex art. 1184, con conseguenti effetti restitutori in favore dell'assistito.<sup>15</sup>

L'esperienza maturata in Francia ha avuto —come si dirà tra poco— un'indubbia influenza sugli sviluppi del contratto vitalizio in Italia. Ma è bene sottolineare fin da ora che il *bail a nourriture* ha contenuti e finalità essenzialmente alimentari, rimanendone estranee quelle prestazioni di "assistenza morale", che da noi costituiscono elemento caratterizzante di gran parte degli accordi di questo tipo.

A conferma di ciò, sarà sufficiente ricordare che, pur riconoscendosi l'infungibilità delle prestazioni dedotte nel contratto, stante che "*l'intuitus personae fait partie de l'essence du bail a nourriture*",<sup>16</sup> si ammette che il giudice possa sostituire alla prestazione prevista nel contratto una prestazione in denaro avente lo stesso valore nel caso in cui per il debitore sia divenuto impossibile adempiere per causa non imputabile —"notamment en cas de mécontentement grave entre les parties"—,<sup>17</sup> qualora, pur non essendo stata prevista dalle parti, tale conversione venga chiesta dal debitore:<sup>18</sup> realizzandosi così —ad

<sup>12</sup> *Cour de Cassation* 7 novembre 1855, in *Dalloz périod.*, 55.1.432.

<sup>13</sup> BOULOC, voce *Bail a nourriture*, in *Rép. civ. Dalloz*, 1973, nn. 24/31.

<sup>14</sup> *Cour de Cassation* 6 maggio 1946, in *Dalloz*, 1946, p. 287; *Cour de Cassation* 26 maggio 1992, in *Bull. civ.*, 111, p. 177; AUBRY-RAU, *Droit civil français, par Ponsard-Dejean de la Batie*, Paris, 1975, p. 130.

<sup>15</sup> *Cour de Cassation* 8 febbraio 1960, in *Dalloz*, 1960, p. 417.

<sup>16</sup> VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, These, Paris, 1938, p. 68; *Cour de Cassation* 21 gennaio 1959, in *Bull. civ.*, 1, p. 39.

<sup>17</sup> *Cour de Cassation* 10 marzo 1965, in *Bull. civ.*, I, p. 155; *Cour de Cassation* 8 gennaio 1980 in *Dalloz*, 1983, p. 307.

<sup>18</sup> *Cour de Cassation* 15 janv. 1963, *Bull. civ.*, I, p. 31.

avviso, anche di recente espresso dalla Cassazione — non già una novazione, ma una diversa modalità di esecuzione del contratto "mieux adapté aux circonstances".<sup>19</sup>

#### IV. IL CODICE FEDERALE SVIZZERO DELLE OBBLIGAZIONI:

##### IL CONTRAT D'ENTRETIEN VIAGER

Contenuti e finalità di mantenimento caratterizzano il *contrat d'entretien viager*, introdotto nel Codice federale svizzero delle obbligazioni del 1881 con legge di revisione del 30 marzo 1911. La definizione ivi contenuta lo individua come il contratto con il quale "una delle parti si obbliga a trasferire all'altra un patrimonio o beni determinati, dietro corrispettivo del mantenimento e dell'assistenza per la durata della sua vita" (art. 521).

L'interesse per le soluzioni adottate da quel legislatore è giustificato in primo luogo dal carattere compromissorio di una normativa destinata a regolare esperienze diverse consolidate nei vari Cantón,<sup>20</sup> e per questo intesa a realizzare un difficile temperamento tra esigenze contrastanti: da un lato, tipizzare i contenuti del contratto (e del rapporto); dall'altro, lasciare alle parti (e, quindi, al giudice) il compito di individuare in concreto le modalità di esecuzione delle prestazioni di mantenimento e assistenza.

In questa prospettiva —e limitando i riferimenti agli aspetti che più direttamente interessano l'indagine che si va sviluppando—,<sup>21</sup> si collocano, da un lato, la previsione in ordine all'inserimento del creditore "dans le ménage du débiteur" (art. 524, 1o. comma, I parte), che comporta l'applicabilità delle regole relative all'*autorité domestique* (art. 331 ss. *code civil*), nonché, all'obbligo per il debitore di fornire al creditore "in caso di malattia (...) le cure necessarie e l'assistenza medica" (art. 524, 2o. comma, II parte); d'altro lato, il ricorso a clausole generali, come quando si impone al debitore di fornire "prestazioni che il valore dei beni ricevuti e la precedente

<sup>19</sup> *Cour de Cassation* 6 marzo 1990, in *Dalloz*, 1990, p. 76.

<sup>20</sup> ROSSEL, *Manuel du droit fédéral des obligations*, Lausanne-Paris, 1905, p. 673.

<sup>21</sup> Per un'analisi, seppur di carattere istituzionale, del contratto in questione, v. ENGEL, *Contrats de droit suisse*, Berne, 2000, p. 682 ss.

condizione sociale-del creditore consentono di esigere secondo equità" (art. 524, 1o. comma, II parte); e, in ogni caso, vitto e alloggio "convenables" (art. 524, 2o. comma, I a. parte).

E ancora: il carattere personale delle prestazioni di mantenimento e assistenza, se, per un verso, comporta che i diritti del creditore non siano cedibili (art. 529, 1o. comma), e che alla morte del debitore il creditore possa chiedere lo scioglimento del rapporto nel termine di un anno (art. 528, 1o. comma), per altro verso, non impedisce al giudice di decidere, anche d'ufficio, la sostituzione delle prestazioni previste dalle parti con una rendita vitalizia a carico del debitore "a titre de compensation" nel caso di recesso unilaterale dal contratto (art. 527, 3o. comma): una soluzione di equilibrio tra intuitus personae ed esigenza di assicurare comunque, in considerazione delle peculiarità della fattispecie concreta, le finalità del rapporto.

Il secondo motivo di interesse è rappresentato dal particolare regime normativo previsto per la risoluzione e per il recesso unilaterale: nei due casi l'iniziativa dell'impugnazione del *contrat d'entretien viager* può essere assunta dall'una o dall'altra parte, rispettivamente allorché le prestazioni stabilite siano di valore *sensiblement inégal*, e la parte che riceve di più non possa dimostrare che l'altra ha voluto fare una liberalità (art. 526); ovvero, quando la continuazione del rapporto sia divenuta *intolérable* a causa di una violazione degli obblighi previsti, o per altri giusti motivi che rendano tale continuazione *impossible ou onéreuse à l'excès*. Appare evidente l'intento di adattare gli istituti generali alle particolarità del contratto in una prospettiva che fa pensare ad una struttura contrattuale di tipo commutativo, piuttosto che aleatorio.

#### V. L'ESPERIENZA GIURISPRUDENZIALE ITALIANA

##### NEL VIGORE DEL CODICE CIVILE DEL 1865:

##### IL C.D. VITALIZIO ALIMENTARE

Il codice civile italiano del 1865 segue sostanzialmente il modello francese, disciplinando l'istituto della rendita vitalizia (artt. 1778 ss.), e lasciando a dottrina e giurisprudenza il compito di definire natura, contenuti e disciplina del c.d. vitalizio alimentare, che per antica tradizione veniva praticato nelle nostre regioni. Un compito che si presenta subito assai difficile, non avendo questa prassi contrattuale

ancora raggiunto da noi un grado di uniformità sufficiente ad indurre una diffusa consapevolezza della sua autonomia dalla rendita vitalizia, contrariamente a quanto accaduto in Francia per il bail a nourriture. Stanno a dimostrarlo, per un verso, lo scarso interesse che la dottrina dedica all'argomento, limitandosi a sintetici riferimenti nell'ambito delle trattazioni sulla rendita; per altro verso, la varietà delle formule usate dalle parti per individuare l'oggetto del vitalizio: "mantenere i genitori di vitto e vestito secondo i loro usi";<sup>22</sup> "somministrare gli alimenti in natura";<sup>23</sup> "facoltà di coabitare col vitalizzante" 5.<sup>24</sup>

La giurisprudenza è divisa sul problema della qualificazione di questo contratto.

Alcune Corti affermano che "costituisce contratto innominato (...) il contratto per cui altri si obbliga di fornire al beneficiario, vita durante, gli alimenti e di tenerlo presso di sé come persona della propria famiglia, in corrispettivo della cessione di alcuni stabili";<sup>25</sup> o che "il contratto, in forza del quale il figlio si obbliga verso la madre a mantenerla in casa, ovvero a corrispondergli gli alimenti in una mensualità fissa per tutta la durata della sua vita, dietro cessione della quota alla madre spettante sulla eredità del rispettivo marito e padre, non presenta i caratteri della costituzione di rendita vitalizia";<sup>26</sup> e parimenti, che "manca la prestazione specifica in denaro o in derrate, e quindi non costituisce vitalizio, quel contratto in cui il cessionario si obbliga di dare l'alloggio in famiglia e di prestare assistenza all'altro contraente".<sup>27</sup>

In realtà, l'orientamento predominante e nel senso di ricomprendere nella rendita vitalizia l'accordo "costituito mediante l'obbligo di corrispondere al costituente vitto, alloggio e vestiario";<sup>28</sup> ovvero, stipulato con la cessione di "un capitale (...) onde averne in cambio assicurata un'esistenza decorosa", con obbligo per il vitalizzante di "convivere con il cessionario";<sup>29</sup> o, quello che preveda "l'obbligo di

<sup>22</sup> App. Venezia 22 aprile 1884, in *Rep. Foro it.*, 1885, voce *Vitalizio*, n. 7.

<sup>23</sup> App. Bologna 12 novembre 1886, in *Rep. Foro it.*, 1887, voce *Vitalizio*, n. 2.

<sup>24</sup> App. Venezia 7 dicembre 1877, in *Rep. Foro it.*, 1878, voce *Vitalizio*, n. 6.

<sup>25</sup> Trib. Oristano 5 marzo 1909, in *Giur. sarda*, 1909, p. 288.

<sup>26</sup> App. Genova 9 febbraio 1914, in *Temi gen.*, 1914, p. 88.

<sup>27</sup> App. Cagliari 26 novembre 1917, in *Giur. sarda*, 1917, p. 365.

<sup>28</sup> C21SS. Napoli 11 marzo 1914, in *Riv. dir. civ.*, 1914, p. 550.

<sup>29</sup> App. Milano 2 aprile 1924, in *Monit. Trib. Milano*, 1924, p. 827.

mantenere in casa il vitaliziato”, stante il “contenuto quanto mai ampio” della rendita.<sup>30</sup>

Del resto, che non fosse impresa facile differenziare il contratto in questione dal vitalizio tipico lo aveva già da tempo implicitamente ammesso la Corte d'appello di Bologna,<sup>31</sup> che al termine di una tortuosa motivazione era arrivata a ritenere “puramente astratta e formalistica (...) la distinzione con la quale si crede dimostrare che l'obbligazione del debitore della rendita propriamente detta consiste nel dare, mentre l'obbligazione di somministrare gli alimenti ad una persona consiste nel fare”: e cioè, “essendo ovvio ed evidente che, dovendosi per il vitto, alloggio e vestiario sborsare denaro, il mantenimento si risolve in una vera obbligazione di dare”; traendone la conclusione che detto contratto “deve considerarsi contratto di rendita vitalizia”.

Alla suggestiva tesi della sostanziale conversione delle obbligazioni di fare in obbligazioni di dare, la Cassazione cinquant'anni dopo aggiunge l'elemento dell'alea, peraltro non del tutto sopito nella giurisprudenza di merito più antica.<sup>32</sup> In questa occasione il Supremo Collegio ammette anzi che “se una differenza si riscontra tra il vitalizio alimentare e la rendita vitalizia tipica, essa è data da un'accentuazione dell'elemento aleatorio pel debitore” in ragione del “contenuto della prestazione, che potrebbe diventare più gravoso in relazione al sopravvenire di maggiori bisogni del vitaliziato, per ragioni di malattia, di vecchiaia, ecc.”:<sup>33</sup> argomento che, utilizzato qui a fortiori per sostenere l'assimilazione tra i due schemi contrattuali, dopo altri cinquant'anni verrà dalla stessa Cassazione, questa volta a Sezioni Unite, portato in favore dell'atipicità del contratto in questione.<sup>34</sup>

<sup>30</sup> App. Bologna 23 giugno 1938, in *Rep. Foro it.*, 1938, voce *Vitalizio*, n. 5.

<sup>31</sup> App. Bologna 28 marzo 1890, in *Riv. giur. bologn.*, 1890, p. 133.

<sup>32</sup> App. Venezia 22 aprile 1884, cit.

<sup>33</sup> Cass. Regno 19 luglio 1940, in *Giur. it.*, 1941, I, c. 417: nella specie, “lo stesso attore, in relazione alla incorsa inadempienza dei vitalizzanti, si era fatto a domandare la corresponsione equivalente di una rendita giornaliera in denaro”.

<sup>34</sup> Cass. sez. un., 18 agosto 1990, n. 8432, in *Arch. civ.*, 1990, p. 1122.

## VI. SEGUE. LA GIURISPRUDENZA NEL CODICE DEL 1942

Il quadro normativo di riferimento non cambia con il codice civile del 1942, che riproduce senza apprezzabili modificazioni —per quanto qui interessa— la disciplina della rendita contenuta nel codice precedente, senza regolare l'ipotesi di accordi di assistenza vitalizia.

In giurisprudenza gli orientamenti già delineati non mutano sostanzialmente, anche se non mancano i segni di un'evoluzione in atto. I giudici di merito si orientano sempre più spesso nel senso dell'atipicità del c.d. vitalizio alimentare.<sup>35</sup>

La Cassazione si mantiene fedele al suo indirizzo, ma le motivazioni sono più articolate: compaiono i primi riferimenti all'assistenza materiale e morale, intesa come “l'esplicazione di tutte quelle cure e di quei servizi necessari per assicurare il benessere materiale e morale”;<sup>36</sup> il vitalizio alimentare e quello di mantenimento vengono, ora, indistintamente considerati “una sottospecie del vitalizio oneroso”<sup>37</sup> —riprendendo una formula già comparsa in decisioni di merito più antiche—, ora, come contratti tra loro diversi, ma accomunati alla rendita vitalizia dalla “caratteristica fondamentale dell'alea”, e “innominati”.<sup>38</sup>

Una svolta nell'orientamento nella giurisprudenza di legittimità si determina con la sentenza del 28 luglio 1975, n. 2924.<sup>39</sup>

Pronunciandosi in via incidentale, seppur su questione pregiudiziale alla decisione del ricorso sulla forma del contratto dedotto in controversia, la Cassazione afferma, infatti, che “il contratto col quale le parti attuano la cessione di un immobile in corrispettivo di prestazioni alimentari e assistenziali presenta bensì delle affinità con quello di

<sup>35</sup> Tra le altre, Pret. Cuglieri 12 febbraio 1948, in *Foro sardo*, 1949, p. 232, App. Roma 16 gennaio 1950, in *Monit. trib.*, 1951, 84; Trib. Salerno 6 giugno 1959, in *Rep. Foro it.*, 1960, voce *Vitalizio*, n. 4; Trib. Messina 18 agosto 1961, *ivi*, 1962, voce cit., n. 1, che parla di “rendita vitalizia atipica”.

<sup>36</sup> Cass. 25 ottobre 1969, n. 3501, in *Rep. Foro it.*, 1969, voce *Vitalizio*, n. 2.

<sup>37</sup> Cass. 18 marzo 1958, n. 905, in *Giust. civ.*, 1958, I, p. 606, con nota critica di TORRENTE, *Vitalizio alimentare e risoluzione per inadempimento*.

<sup>38</sup> Cass. 3 marzo 1955, n. 637, in *Rep. Foro it.*, 1955, voce *Vitalizio*, n. 6.

<sup>39</sup> Cass. 28 luglio 1975, n. 2924, in *Foro it.*, 1976, I, 2879, con nota di TERRANOVA, *Vitalizio alimentare in cambio di un immobile e rinuncia all'azione di risoluzione (spunti sulla sostanza e sulla forma della rinuncia all'azione)*.

rendita vitalizia previsto dall'art. 1872 e segg. cod. civ., ma anche delle peculiarità che non consentono la identificazione con tale figura negoziale"; rilevando che "la più saliente differenza attiene alla connotazione non meramente patrimoniale delle rispettive prestazioni, essendo coinvolto il concetto di coabitazione, mantenimento e assistenza, che presuppongono un *intuitus personae* nella scelta del contraente". Per la prima volta la natura della prestazione del cessionario viene assunta dalla Suprema Corte quale elemento caratterizzante il rapporto di assistenza: di qui la qualificazione dell'accordo che ne è la fonte come "contratto innominato ed assoggettabile perciò alla disciplina del rapporto tipico affine solo in quanto con esso compatibile"; con la conseguenza che ad esso "non sarebbe applicabile la previsione della inammissibilità dell'azione di risoluzione trattandosi di norma (art. 1878) chiaramente basata sul presupposto della fungibilità delle prestazioni".

Non mancano tuttavia le occasioni in cui la Corte torna ancora su posizioni tradizionali: ora, riconducendo il contratto in questione direttamente allo schema della rendita vitalizia,<sup>40</sup> ora, ritenendolo "una sottospecie del vitalizio oneroso",<sup>41</sup> ora, giudicandolo "assimilabile alla rendita vitalizia",<sup>42</sup> ora, qualificandolo "una forma particolare" della stessa.<sup>43</sup>

Saranno le Sezioni Unite con la già nominata sentenza del 1990 a sancire definitivamente l'atipicità del contratto di "vitalizio alimentare", fondandola sulla "particolarità dell'alea e delle prestazioni del vitalizzante" —nella specie, costituite da "servizio e assistenza in relazione alle condizioni sociali del vitaliziato"—, nonché sulla "diversità dell'elemento della causa negoziale" rispetto alla rendita vitalizia, posto che "l'intento delle parti (...) mira allo scambio di un immobile o di un capitale con il mantenimento del vitaliziato".

<sup>40</sup> Cass. 5 agosto 1977, n. 3553, in *Rep. Foro it.*, 1977, voce *Rendita vitalizia*, n. 1.

<sup>41</sup> Cass. 16 giugno 1981, n. 3902, in *Rep. Foro it.*, voce *Rendita vitalizia*, n. 4: nella specie, il vitalizzante si era obbligato "a prestare al vitaliziato, in aggiunta alla rendita vitalizia, anche l'assistenza medico-chirurgica nonché l'alloggio ed il vestiario".

<sup>42</sup> Cass. 27 aprile 1982, n. 2629, in *Arch. civ.*, 1982, p. 715 (nella specie, "prestazioni domestiche ed infermieristiche").

<sup>43</sup> Cass. 15 marzo 1982, n. 1683, in *Rep. Foro it.*, 1982, voce *Rendita vitalizia*, n. 3.

## VII. I VITALIZI IMPROPRI: TIPOLOGIE E CONTENUTI

Si delinea ormai con sufficiente chiarezza la categoria dei c.d. vitalizi impropri, nella quale tende ad accentuarsi la distinzione tra varie figure in ragione dei contenuti delle prestazioni di assistenza: in particolare, tra il "vitalizio alimentare", tendente ad assicurare la mera assistenza materiale nei limiti di quanto sia necessario per vivere (e cioè, vitto, alloggio e vestiario, secondo una formula antica, ma sempre attuale); e il contratto "di mantenimento", avente ad oggetto prestazioni non solo materiali, dirette al soddisfacimento di esigenze di vita in senso ampio, quali "la compagnia, l'accompagnamento, il sostegno morale, in quanto tali dirette ad aiutare (...) a sopportare meglio i problemi, i disagi e le difficoltà di ordine psicologico connesse all'età".<sup>44</sup>

Non è tuttavia possibile tracciare una linea di confine netta tra schemi contrattuali, prevedendosi, per lo più, o generici riferimenti ad una assistenza materiale e morale, ovvero un'elencazione di prestazioni avente per lo più un'efficacia meramente esemplificativa: "prestazione di cure mediche, morali ed altro",<sup>45</sup> "completo e decoroso mantenimento, (...) [soccorso] in ogni necessità della vita",<sup>46</sup> "servizio e assistenza completa" in relazione all'età e allo stato di salute.<sup>47</sup>

Tale variabilità di contenuti impone un attento esame delle espressioni usate dai contraenti in vista di una più precisa determinazione delle attività di assistenza che essi hanno voluto dedurre nel rapporto; in assenza di indicazioni in tal senso, la giurisprudenza di legittimità anche recentemente si è riferita a tutti quei servizi e comportamenti, che secondo un'interpretazione di buona fede, ex art. 1366 c.c., devono intendersi rientrare in contratti di questo tipo.<sup>48</sup>

L'accennata coppia di obbligazioni —l'una, relativa all'assistenza materiale, l'altra, all'assistenza morale— viene inoltre considerata

<sup>44</sup> Cass. 11 dicembre 1995, n. 12650, in *Giur. it.*, 1996, I, c. 1246.

<sup>45</sup> Cass. 12 febbraio 1998, n. 1502, cit.

<sup>46</sup> Cass. 12 febbraio 1998, n. 1503, in *Contratti*, 1998, p. 379.

<sup>47</sup> Cass., sez. un., 18 agosto 1990, n. 8432, cit.

<sup>48</sup> Cass. 19 febbraio 1996, n. 1280, in *Contratti*, 1996, p. 464; ma già Cass. 16 giugno 1981, n. 3902, cit.

sotto il profilo delle modalita di attuazione delle relative prestazioni: presentandosi, la prima, con un contenuto variabile in funzione delle concrete necessita del vitaliziato; traducendosi, la seconda, come correlata ad un'esigenza a carattere non episodico del creditore, in una prestazione tendenzialmente costante nel tempo e nella quantita (rectius, intensita).<sup>49</sup>

#### VIII. IL VITALIZIO ALIMENTARE NELL'ATTUALE GIURISPRUDENZA

Aver spostato il baricentro del problema sulla struttura del contratto nella prospettiva delle finalita di assistenza perseguite dalle parti consente alla giurisprudenza di legittimita di superare lo stallo, e raggiungere l'attuale uniformita d'indirizzo nel senso che "e legittimamente configurabile, in base al principio dell'autonomia contrattuale di cui all'art. 1322 codice civile, un contratto atipico di c.d. "vitalizio alimentare", autonomo e distinto da quello, nominato, di rendita vitalizia di cui all'art. 1872 stesso codice, sulla premessa che i due negozi, omogenei quanto al profilo dell'aleatorieta, si differenziano perche, nella rendita alimentare, le obbligazioni dedotte nel rapporto hanno ad oggetto prestazioni assistenziali di dare prevalentemente fungibili (...) mentre nel vitalizio alimentare le obbligazioni contrattuali hanno come contenuto prestazioni (di dare e di fare) di carattere accentuatamente spirituale e, in ragione di cio, eseguibili unicamente da un vitalizante specificamente individuato alla luce delle sue proprie qualita personali, con la conseguenza che a tale negozio atipico e senz'altro applicabile il rimedio della risoluzione per inadempimento di cui all'art. 1453 codice civile, espressamente esclusa, per converso, con riferimento alla rendita vitalizia".<sup>50</sup>

#### IX. ALEA E CONTRATTO DI ASSISTENZA:

##### LA FINE (AUSPICABILE) DI UN DOGMA

Non e difficile constatare che la strada indicata dalle Sezioni Unite non e stata finora percorsa fino in fondo; limitandosi le pronunce

<sup>49</sup> Cass. 7 febbraio 1992, n. 1401, in *Giur. it.*, 1993, 1, 1, c. 1793; Cass. 9 ottobre 1996, n. 8825 in *Foro it.*, 1997, c. 2233.

<sup>50</sup> Cass. 29 maggio 2000, n. 7033, in *Contratti*, 2000, p. 869.

successive ad affermare una atipicita del c.d. vitalizio alimentare fondata unicamente sulle caratteristiche delle prestazioni di assistenza, in particolare sulla loro infungibilita.

Il risultato e un'atipicita debole, che consente di risolvere solo una parte dei problemi connessi alla patologia del rapporto di assistenza: alle inadempienze del vitalizzante si ritiene applicabile l'istituto della risoluzione —espressamente negato all'art. 1878 c.c. per l'ipotesi di mancata corresponsione delle rate della rendita—, con effetti favorevoli al vitaliziato, che, ottenuta la restituzione del bene ceduto, puo reinvestirlo per far fronte a quelle esigenze che a suo tempo lo avevano condotto alla stipulazione del vitalizio.

Ma nessun rimedio viene ancora individuato per l'ipotesi —oggi di frequente verifica— di sopravvenuta eccessiva onerosita delle prestazioni di assistenza, giacche l'essenziale aleatorieta, che al contratto in questione viene riconosciuta ad immagine di quella da secoli attribuita alla rendita, impedirebbe non solo l'applicazione dello stesso istituto per il divieto sancito all'art. 1469 c.c., ma anche il ricorso a nuovi accordi di assistenza, qualora le parti fossero intenzionate a proseguire il rapporto. E' stato, infatti, di recente ritenuto che "il trasferimento di un bene con un contratto c.d. di mantenimento, quale compenso della maggiore gravosita sopravvenuta dell'assistenza materiale e morale da prestare, e privo di causa perche in tal modo l'ulteriore attribuzione patrimoniale rispetto alla precedente con identico contratto elimina il rischio connaturale a questo di sproporzione tra le due prestazioni e, poiche non e giustificata da un diverso corrispettivo, la causa di scambio dissimula quella di liberalita e il relativo contratto e nullo se non ha la forma della donazione".<sup>51</sup>

Si comprende allora il senso del riferimento alla sopra riportata decisione delle sezioni unite 18 agosto 1990, n. 8432: che si traduce nell'esigenza di chiarire il significato di quella "diversita dell'elemento della causa negoziale" rispetto alla rendita vitalizia, quale individuabile attraverso "l'intento delle parti (...) [che] mira allo scambio di un immobile o di un capitale con il mantenimento del vitaliziato". Una diversita che coinvolge necessariamente il ruolo che l'elemento dell'alea assume nei contratti di assistenza.

<sup>51</sup> Cass. 19 ottobre 1998, n. 10332, in *Contratti*, 1999, p. 221.

Alla luce di quanto fin qui è emerso su affinità e divergenze tra i due schemi contrattuali in esame appare evidente che se un giudizio in termini di strutturale aleatorietà può forse ancora oggi giustificarsi in relazione alla rendita vitalizia nell'antica logica della compravendita di un censo, non si giustifica in relazione al concetto di assistenza materiale e morale, che evoca interessi e valori di carattere esistenziale. In realtà, l'obbligo di assistere un individuo come "persona" si traduce nell'assicurare la propria disponibilità —intesa come "bene" a contenuto variabile in funzione delle circostanze— a compiere tutte quelle prestazioni che si renderanno necessarie nell'ambito del programma di assistenza concordato. Il fulcro attorno a cui ruota l'accordo delle parti non è più allora l'assunzione del rischio connesso alla oggettiva incertezza delle prestazioni, ma —per quanto qui interessa— l'eventuale variazione del loro valore economico in funzione del mutamento delle condizioni dell'assistito.

La funzione del contratto è infatti normalmente quella di rimuovere situazioni di insicurezza, surrogando ad un bene (mobile o immobile, o ad un capitale) una prestazione conforme alle esigenze attuali della controparte e a quelle che prevedibilmente si determineranno in seguito: in altri termini, non sembra qui potersi parlare di alea in senso tecnico, ma di quell'"alea normale del contratto", di cui al 2o comma dell'art. 1467 c.c.<sup>52</sup>

Va da sé che si renda necessaria un'attenta valutazione del programma negoziale allo scopo di stabilire se e fino a che punto le parti abbiano inteso comprendere nel progetto originario variazioni indotte da "avvenimenti straordinari e imprevedibili":<sup>53</sup> dipendendo l'applicabilità dello strumento rimediabile (ex art. 1467, 1o comma, c.c.) dal grado di incertezza sulle sorti del rapporto che sia stato concordemente accettato al momento della conclusione del contratto di assistenza.<sup>54</sup>

<sup>52</sup> Sul senso della distinzione valga qui il rinvio a NICOLO, voce *Alea*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 1025.

<sup>53</sup> In termini generali, l'alea normale assume il valore di criterio elastico di valutazione del rapporto tra avvenimento e prestazioni: E. GABRIELLI, *Alea e rischio nel contratto - Studi*, Napoli, 1997, p. 122.

<sup>54</sup> Sul punto v., in particolare, BESSONE, *Ratio legis dell'art. 1467 c.c., risoluzione per eccessiva onerosità e normale alea del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, 11, p. 5.

Nella prospettiva di una sostanziale commutatività del contratto in questione peraltro già individuabile nella citata normativa del codice svizzero delle obbligazioni ben può riconoscersi alle parti la possibilità di concludere validamente successive cessioni (di beni o capitali) intese ad adeguare il valore inizialmente conferito all'intervenuta maggior onerosità (in senso qualitativo e/o quantitativo) delle prestazioni di assistenza. L'assistito ha (di regola) interesse ad un adempimento spontaneo e tempestivo secondo quanto richiedano le circostanze, in coerenza con quelle finalità assistenziali che il contratto tende ad assolvere. A questo interesse meglio corrispondono incentivi all'adempimento, piuttosto che la prospettiva di sanzioni in termini di nullità o di risarcimento, che, al di là di una generica funzione di deterrenza, si rivelerebbero comunque rimedio tardivo rispetto alle attuali esigenze, e ciò vale a maggior ragione nel caso in cui rispetto ai bisogni, in ipotesi programmati al momento della conclusione del contratto come crescenti in funzione dell'età, si siano verificati eventi, pur imprevedibili, che abbiano aggravato le necessità dell'assistito, e quindi il contenuto della prestazione di assistenza.

#### X. IL CONTRATTO DI ASSISTENZA ALLA PERSONA: APPLICAZIONI E PROSPETTIVE

È viva la consapevolezza di non aver esaminato che un aspetto —e per profili particolari— del più ampio fenomeno della contrattualizzazione dell'assistenza, che oggi, a vario titolo, tende ad interessare situazioni ed esigenze tradizionalmente sottratte allo strumento privatistico: per citare solo alcune delle ipotesi ricorrenti, la prassi, ormai diffusa anche in Italia, degli accordi intesi a regolare rapporti di convivenza *more uxorio*,<sup>55</sup> o tra *flat mates*,<sup>56</sup> o i contratti tra coniugi in vista della separazione,<sup>57</sup> ovvero, a coinvolgere attività di volontariato in supplenza, o ad integrazione del sistema assistenziale pubblico.

<sup>55</sup> OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano, 1991.

<sup>56</sup> FUSI-REGNI (*ACURA DI*), *I contratti tra conviventi*, in *Contratti*, 1999, p. 1176.

<sup>57</sup> CECCHERINI, *Contratti tra coniugi in vista della cessazione del ménage*, Padova, 1999.

Ma ha prevalso l'interesse per una prassi contrattuale che attraverso i secoli e riuscita a conquistarsi una indiscussa "tipicità sociale", nel tentativo di liberarla dalle incrostazioni del passato: e segnatamente, dal dogma dell'alea, che di fatto ne limita le potenziali applicazioni.

In una prospettiva *de iure condendo* lo schema del contratto di assistenza si rivela sufficientemente elastico da comprendere situazioni diverse da quella fin qui considerata: il riferimento —per fare solo un esempio— e a quegli accordi con cui nella consapevolezza (o nella prospettiva) di ridotta efficienza sul piano dei rapporti sociali una persona dia in locazione parte della sua abitazione ad altra persona, con la quale abbia instaurato un rapporto di fiducia, ottenendone come corrispettivo sostegno materiale e morale. Va da sé che una atipicità debole anche in questo caso non garantirebbe l'attuazione dell'interesse prioritario all'assistenza, non essendo ipotizzabile che la soluzione dei problemi o dei conflitti che dovessero sorgere tra le parti possa essere affidata *tout court* all'applicazione della legislazione vincolistica.

In conclusione, di contratto di assistenza alla persona potrà parlarsi tutte le volte in cui gli strumenti giuridici e pratici usati dalle parti in considerazione delle risorse economiche disponibili risultino in concreto funzionali al soddisfacimento dell'interesse all'assistenza personale di una di esse.

Con buona pace degli antichi teologi e canonisti, ai quali lasciamo volentieri gli anatemi sui censi.

## SECCIÓN MONOGRÁFICA

### ¿CUÁLES SON LOS DERECHOS PROCESALES DEL DENUNCIANTE ANTE LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA?\*

Miguel Ángel BISOGNO CARRIÓN

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *¿Cuál es la situación actual del denunciante durante el procedimiento de la LFCE?* 1. *¿Qué establece el artículo 28 constitucional?* 2. *¿Cuál es el origen de la Ley Federal de Competencia Económica?* 3. *¿Cuál es el objeto de la Ley Federal de Competencia Económica?* 4. *El procedimiento inicia de oficio o a petición de parte.* 5. *¿Cuáles son las interpretaciones de la comisión sobre los derechos del denunciante?* 6. *¿Cuáles son los derechos del denunciante en la LFCE?* III. *Propuesta.* 1. *Evolución del artículo 28 constitucional, destacando la Exposición de Motivos de la reforma de 1983.* IV. *Breve consideración del artículo 28 constitucional por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.* V. *Breve consideración del artículo 28 constitucional desde un punto de vista económico.* VI. *Espíritu del legislador sobre el objeto de la LFCE.* VII. *Discrepancia entre la Exposición de motivos y lo contemplado en el artículo 2o. de la LFCE.* VIII. *¿Cómo aplicar la LFCE, cuando fue basada en otro sistema jurídico?* IX. *En cuanto a las formalidades esenciales que todo procedimiento debe observar.* X. *Breves consideraciones sobre las interpretaciones de la Comisión acerca de los derechos del denunciante.* 1. *El denunciante coadyuva.* 2. *El objeto de la LFCE no es proteger a los particulares o a los agentes económicos.* 3. *Al no dirimir un conflicto, no pueden aplicarse los mismos criterios que se siguen en un procedimiento civil.* 4. *Respuesta general al resto de las consideraciones de la Comisión.* 5. *Equidad y justicia en cuanto a los derechos procesales del denunciante.* XI. *¿Cuáles deberían ser los derechos del denunciante durante el procedimiento de la LFCE?* XII. *Conclusiones.*

\* Contemplando el decreto de reformas publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de junio de 2006.

## I. INTRODUCCIÓN

La Ley Federal de Competencia Económica (LFCE) fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de diciembre de 1992 y entró en vigor el 24 de junio de 1993.

El pasado 28 de junio de 2006 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la LFCE.

También cabe mencionar que la actual conformación del Pleno de la Comisión Federal de Competencia en los últimos dos años han cambiado cuatro de cinco comisionados, incluyendo al presidente.

Así, en México estamos viviendo el siguiente paso en la evolución de la cultura antimonopolios o competencia económica. Con lo anterior, surge la necesidad de analizar, no nada más lo que contenía la LFCE y lo reformado, sino también sobre lo pendiente de reformarse. Y los criterios que establecerá el nuevo Pleno de la Comisión para unificar y consolidar la seguridad jurídica de los agentes económicos.

El tema de los derechos procesales del denunciante es un tema trascendental. La LFCE contempla que el procedimiento inicia de oficio o a petición de parte. Sin embargo, no establece una distinción en el procedimiento,<sup>1</sup> entre uno y otro. Tampoco cómo se tutela que el denunciante cuente con una plena y eficaz seguridad jurídica durante dicho procedimiento. El Pleno de la Comisión Federal de Competencia (Comisión) no ha establecido criterio alguno al respecto. Sin embargo, en las reformas de este año se incluyó contemplar *el bienestar del consumidor* para determinar si las prácticas monopólicas relativas deben ser sancionadas o no.

<sup>1</sup> Cabe señalar que durante el desarrollo del presente ensayo al hablar del "procedimiento de la LFCE" me estaré refiriendo tanto a la etapa de investigación y a la etapa que se sigue en forma de juicio. Lo anterior, en razón de que se considera que el procedimiento establecido en la ley es uno; además de que ambas siempre se siguen ante la misma autoridad, esto es, la Comisión Federal de Competencia y bajo el mismo número de expediente. A lo anterior, no pasa desapercibido las reformas contempladas en los artículos 30 y 33, que tienen el ánimo de distinguir entre antes del oficio de probable responsabilidad y después de éste. No obstante, tal separación no la comparto. Sin duda es en sí un tema para desarrollar. Baste mencionarlo aquí, tan sólo como una aclaración. Y que más adelante, en el desarrollo del presente ensayo se ahondará un poco más sobre este punto, pero insistiendo que no es el tema principal de este trabajo.

El presente ensayo tiene como objetivo principal determinar cuáles son los derechos procesales del denunciante ante la LFCE durante el procedimiento.<sup>2</sup>

## II. ¿CUÁL ES LA SITUACIÓN ACTUAL DEL DENUNCIANTE DURANTE EL PROCEDIMIENTO DE LA LFCE?

A continuación se realizará un análisis sobre las bases, origen, objeto y situación actual de quien presenta un escrito de denuncia ante la Comisión, para encauzar el objetivo del presente ensayo.

### 1. ¿Qué establece el artículo 28 constitucional?

Actualmente, el artículo 28 constitucional tutela la garantía de libertad económica, esto es, encontrarse en la posibilidad de ingresar libremente a cualquier mercado para ofrecer un bien o la prestación de un servicio, en igualdad de condiciones, con aquellos que ya están compitiendo en el mercado o que apenas vayan a entrar a competir.<sup>3</sup>

### 2. ¿Cuál es el origen de la Ley Federal de Competencia Económica?

El origen de la LFCE surge como una necesidad para Estados Unidos Mexicanos derivado del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. En efecto, una vez que entró en vigor dicho tratado se iniciaron las reuniones de un grupo de trabajo que tenía por objetivo la elaboración de trabajos acerca de la relación entre las leyes, políticas de competencia y el comercio en la zona.<sup>4</sup> En un documento base

<sup>2</sup> Aunque muy probablemente sobran estas líneas, expresamente manifiesto que las consideraciones vertidas en el presente ensayo, se realizan con todo el respeto que me merece como institución la Comisión Federal de Competencia. Y cuya finalidad no es otra sino la contribución a fortalecer la cultura sobre la legislación antimonopolios y prácticas monopólicas.

<sup>3</sup> Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Las garantías de libertad*, Colección Garantías Individuales, p. 194.

<sup>4</sup> AGUILAR ÁLVAREZ DE ALBA, Javier B., *La libre competencia*, Oxford, México, 2000, p. 37.

sobre la LFCE se reconoce el papel central del Tratado de Libre Comercio de América.<sup>5</sup> Sin embargo, en la LFCE no se contempló la responsabilidad penal. Diferencia que debe destacarse. Y en su lugar optó, al igual que la Comunidad Económica Europea y algunos otros países de Europa, el no penalizar las violaciones en materia de competencia económica.<sup>6</sup>

### 3. ¿Cuál es el objeto de la Ley Federal de Competencia Económica?

El artículo 2o. de la LFCE establece que “tiene por objeto proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención y eliminación de monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios”.

### 4. El procedimiento inicia de oficio o a petición de parte

El procedimiento administrativo por posibles prácticas monopólicas o una concentración prohibida establecido en la LFCE *se tramita de la misma manera, ya sea de oficio o a petición de parte*. Se considera que cuando inicia a petición de parte, no debería tramitarse de la misma forma que si hubiera iniciado de oficio. Las razones son muy sencillas. El ejercer un derecho implica respetar las formalidades esenciales que todo procedimiento debe observar. Es una facultad tutelada por la Constitución. Debe existir una distinción. *Toda persona que considera, ha sufrido un daño, tiene el derecho de solicitar su reparación. Y que en el procedimiento, se respeten su derecho de defensa y las formalidades esenciales.*

<sup>5</sup> GARCÍA RODRÍGUEZ, Sergio, *Reflexiones comparativas de la Ley Federal de Competencia Económica, La Regla Per Se y la Regla de la Razón*. Estudios en torno a la Ley Federal de Competencia Económica, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, p. 39.

<sup>6</sup> NEWBERG, Josué A., *La Nueva Ley de Competencia Económica de México: Hacia el desarrollo de una Ley Mexicana Antimonopolios*, Estudios en torno a la Ley Federal de Competencia Económica, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, p. 94.

La naturaleza y complejidad del procedimiento administrativo de la LFCE, no excluye el respetar las bases fundamentales consagradas en las garantías de seguridad jurídica (derecho de defensa y formalidades esenciales del procedimiento) tuteladas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

### 5. ¿Cuáles son las interpretaciones de la Comisión sobre los derechos del denunciante?

La Comisión no ha establecido un criterio claro y concreto sobre los derechos del denunciante, durante el procedimiento administrativo contemplado en la LFCE. Únicamente ha realizado diversas interpretaciones, lo cual genera incertidumbre jurídica.

Algunas de las interpretaciones que ha realizado la Comisión son las siguientes:

- i. La protección del proceso competitivo y de la libertad de concurrencia es distinta de la protección a los particulares e incluso de otros agentes económicos.
- ii. Que el procedimiento es de orden público e interés social.
- iii. Que no es un procedimiento litigioso.
- iv. Que en el procedimiento no existe una contención.
- v. Que en el procedimiento no hay litis.
- vi. Que en el procedimiento no existe un conflicto de intereses.
- vii. Que al no dirimir un conflicto, no pueden aplicarse los mismos criterios que se siguen en un procedimiento civil.
- viii. Que por el hecho de iniciar una investigación derivada de una denuncia, no significa que pretenda dirimir una controversia entre particulares, sino verificar dentro de sus facultades el debido cumplimiento de la Ley Federal de Competencia Económica.
- ix. El denunciante únicamente aporta los hechos y los medios de convicción, *coadyuva* con la Comisión.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> *Gaceta de Competencia Económica*, año 7, núm. 19 (mayo-agosto de 2004). Expediente administrativo DE-26-2002. Foja 386. *Gaceta de Competencia Económica*, año 7, núm. 18 (enero-abril de 2004). Expediente administrativo RA-02-2004. Foja 379. *Gaceta de Competencia Económica*, año 7, núm. 18 (enero-abril de 2004). Expediente administrativo DE-02-2003. Foja 396. *Gaceta de Competencia Económica*, año 6, núm. 16 (mayo-agosto de 2003). Expediente administrativo RA-14-2003. Foja 239. *Gaceta de Compe-*

## 6. ¿Cuáles son los derechos del denunciante en la LFCE?

La LFCE brinda el derecho a denunciar la comisión de prácticas monopólicas (artículo 32). Y el inicio del procedimiento a petición de parte (artículo 30). Sin embargo, en lugar de dictar un acuerdo de admisión de denuncia, la Comisión dicta el inicio de la investigación. Con lo cual, tal pareciera que hace suyo o se sustituye en el denunciante (sin fundamento alguno en la LFCE).

Tal situación diluye la participación del denunciante y limita sus derechos (artículo 28 constitucional y artículos 1o., 8o., 30 y 32 de la LFCE); además, de que se considera una violación al principio de legalidad, ya que las autoridades sólo pueden actuar conforme a lo establecido en ley.

La LFCE no contempla expresamente cuáles son los derechos del denunciante, tales como el ofrecimiento y desahogo de pruebas, durante la etapa de investigación o después de dictarse el oficio de probable responsabilidad, darle vista con la contestación de dicho oficio y la oportunidad de presentar alegatos, entre otros.

De esta manera, el denunciante está en una absoluta inseguridad e incertidumbre jurídica.

### III. PROPUESTA

El presente ensayo tiene como finalidad determinar cuáles deberían ser los derechos procesales del denunciante, para ofrecer una propuesta sobre el tema.

#### 1. Evolución del artículo 28 constitucional, destacando la Exposición de Motivos de la reforma de 1983

##### A. En México desde 1857 se prohibieron los monopolios

La Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, sancionada y promulgada por el Congreso General Constituyente el 5 de

*tencia Económica*, año 5, núm. 14 (septiembre-diciembre de 2002). Expediente administrativo RA-97-2002. Foja 352. *Gaceta de Competencia Económica*, año 5, núm. 13 (mayo-agosto de 2002). Expediente administrativo RA-19-2002. Fojas 742 y 780.

febrero de 1857, siendo presidente sustituto de la República Mexicana Ignacio Comonfort, establecía en el artículo 28 lo siguiente:

“Artículo 28. No habrá monopolios ni estancos de ninguna clase, ni prohibiciones a título de protección a la industria. Exceptúense únicamente los relativos a la acuñación de moneda, a los correos, a los privilegios que, por tiempo limitado, conceda la ley a los inventores o perfeccionadores de alguna mejora”.

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente desde el 1o. de mayo de 1917, publicada el 5 de febrero del mismo año, Venustiano Carranza, Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, encargado del Poder Ejecutivo de los Estados Unidos Mexicanos, mediante la cual se reformó la de 5 de febrero de 1857, establecía en su artículo 28 lo siguiente:

“Artículo 28. En los Estados Unidos Mexicanos no habrá monopolios ni estancos de ninguna clase; ni exención de impuestos; ni prohibiciones a título de protección a la industria; exceptuándose únicamente los relativos a la acuñación de moneda, a los correos, telégrafos y radiotelegrafía, a la emisión de billetes por medio de un solo banco, que controlará el gobierno federal, y a los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la reproducción de sus obras, y a los que, para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora.

En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acto o procedimiento que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción, industria o comercio o servicios al público; todo acuerdo o combinación que, de cualquier manera que se haga, de productores, industriales, comerciantes y empresarios de transportes o de algún otro servicio para evitar la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados, y en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.

No constituyen monopolios las asociaciones de trabajadores formadas para proteger sus propios intereses.

Tampoco constituyen monopolios las asociaciones o sociedades cooperativas de productores para que, en defensa de sus intereses o del interés gene-

ral, vendan directamente en los mercados extranjeros los productos nacionales o industriales que sean la principal fuente de riqueza de la región en que se produzcan, y que no sean artículos de primera necesidad, siempre que dichas asociaciones estén bajo la vigilancia o amparo del gobierno federal o de los estados y previa autorización que al efecto se obtenga de las legislaturas respectivas en cada caso. Las mismas legislaturas, por sí o a propuesta del Ejecutivo, podrán derogar, cuando las necesidades públicas así lo exijan, las autorizaciones concedidas para la formación de las asociaciones de que se trata”.

El 17 de noviembre de 1982 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación*, la adición de un quinto párrafo al artículo 28 constitucional, a saber:

“Artículo 28

Se exceptúa también de lo previsto en la primera parte del primer párrafo de este artículo la prestación del servicio público de banca y crédito. Este servicio será prestado exclusivamente por el Estado a través de instituciones, en los términos que establezca la correspondiente ley reglamentaria, la que también determinará las garantías que protejan los intereses del público y el funcionamiento de aquéllas en apoyo de las políticas de desarrollo nacional. El servicio público de banca y crédito no será objeto de concesión a particulares”.

En la Exposición de Motivos de la Iniciativa de reformas y adiciones a los artículos 16, 25, 26, 27, 28 y 73 constitucionales que culminó con el Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de febrero de 1983, en la parte que interesa, se dice:

“Cámara de origen: Diputados. Exposición de motivos. México, D. F., a 7 de diciembre de 1982. Iniciativa del Ejecutivo. Artículos 16, 25, 26, 27, 28 Y 73 constitucionales. “CC. Secretarios de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. Presentes.

El artículo 28 se reforma y adiciona de acuerdo con la filosofía y los principios que se establecen en el artículo 25 que, a su vez, son correspondientes con la filosofía de todo el texto constitucional. Esta reforma ha sido planteada como necesaria para actualizarlo y hacerlo consistente en su orientación.

El texto vigente del artículo 28 *protege fundamentalmente la libertad de industria, comercio y trabajo dentro del marco de una libre competencia*

*que históricamente no se ha dado en nuestro país ni en ninguna otra realidad nacional.*

Ello no concuerda con la evolución de una economía que, si bien garantiza libertades económicas, está sujeta a regulación social bajo la rectoría del Estado con estricto apego al principio de legalidad.

*Se introduce ahora el concepto de práctica monopólica, sin quitarle fuerza a la prohibición anterior de los monopolios, para adecuar la regulación de la concentración y los nuevos fenómenos del oligopolio y para evaluar las consecuencias de la acción de las empresas en el bienestar de los ciudadanos y de los consumidores.*

No se trata, pues, de volver a un mundo de productores individuales aislados, sino de establecer las bases normativas para regular los efectos nocivos de la acción de las concentraciones económicas y propiciar su fragmentación en todos aquellos casos que *resulten perjudiciales para la sociedad, fortaleciendo al mismo tiempo a las medianas y pequeñas empresas, que junto con los consumidores resultan perjudicados por las prácticas monopólicas.*

De no adoptar una decisión realista y sustantiva para regular la concentración económica, el poder económico quedaría en una cuantas manos, distanciándose y haciéndose depender las principales decisiones de la voluntad de unos cuantos individuos. Ello generaría condiciones de polarización sin capacidad de transformación social e ineficiencias y costos crecientes para la sociedad.

El país requiere eliminar concentraciones injustificadas en la economía, romper situaciones de monopolio, dar mayores oportunidades a la iniciativa personal de los mexicanos y difundir y multiplicar la propiedad sin dejar de adoptar las formas de organización e incorporación de innovaciones tecnológicas que sean más adecuadas para los propósitos nacionales.

Se introducen las bases para regular el abasto y los precios, así como para imponer aquellas limitaciones que eviten intermediaciones innecesarias o excesivas que provocan el alza de los precios. Se sientan las bases jurídicas para la vital modernización del comercio interno.

Se introduce la protección de los consumidores propiciando su organización. Se especifican las actividades que tendrá a su cargo el Estado, las cuales no serán sujetas a concesión. Con ello se delimita con precisión el ámbito exclusivo del sector público, y los alcances de la participación del Estado.

Se fundamenta la existencia de instituciones, organismos y empresas que requiera el Estado para su eficaz desempeño en las áreas estratégicas y de carácter prioritario.

En relación con la reforma que prohíbe la concesión a particulares de los servicios bancarios se mantiene su texto actual.

Se mantiene la protección a las asociaciones de trabajadores y de cooperativistas así como a los autores y artistas para que no estén sujetos a las prohibiciones que rigen para los monopolios. Se hace explícito el régimen de concesiones para la prestación de servicios públicos, o la explotación, uso y aprovechamiento de los bienes dominio de la federación, así como las modalidades que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios públicos y la utilización social de los bienes, dominio de la federación, los criterios para evitar fenómenos de concentración que contraríen el interés público”.

El 3 de febrero de 1983 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación*, la reforma al artículo 28 constitucional para quedar de la siguiente manera:

“Artículo 28. En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, la prácticas, monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria. En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.

Las leyes fijarán bases para que se señalen precios máximos a los artículos, materias o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular así como para imponer modalidades a la organización de la distribución de esos artículos, materias o productos, a fin de evitar que intermediaciones innecesarias o excesivas provoquen insuficiencia en el abasto, así como el alza de precios. La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses. No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las áreas estratégicas a las que se refiere este precepto: acuñación de moneda; correos, telégrafos, radiotelegrafía y la comunicación vía satélite; emisión de billetes por medio de un solo banco, organismo descentralizado del gobierno federal; petróleo y los demás hidrocarburos;

petroquímica básica; minerales radiactivos y generación de energía nuclear; electricidad; ferrocarriles y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión.

Se exceptúa también de lo previsto en la primera parte del primer párrafo de este artículo la prestación del servicio público de banca y de crédito. Este servicio será prestado exclusivamente por el Estado a través de instituciones, en los términos que establezca la correspondiente ley reglamentaria, la que también determinará las garantías que protejan los intereses del público y el funcionamiento de aquellas en apoyo de las políticas de desarrollo nacional. El servicio público de banca y crédito no será objeto de concesión a particulares.

El Estado contará con los organismos y empresas que requiera para el eficaz manejo de las áreas estratégicas a su cargo y en las actividades de carácter prioritario donde de acuerdo con las leyes, participe por sí o con los sectores social y privado.

No constituyen monopolios las asociaciones de trabajadores formadas para proteger sus propios intereses y las asociaciones o sociedades cooperativas de productores para que, en defensa de sus intereses o del interés general, vendan directamente en los mercados extranjeros los productos nacionales o industriales que sean la principal fuente de riqueza de la región en que se produzcan o que no sean artículos de primera necesidad, siempre que dichas asociaciones estén bajo vigilancia o amparo del gobierno federal o de los estados, y previa autorización que al efecto se obtenga de las legislaturas respectivas en cada caso. Las mismas legislaturas, por sí o a propuesta del Ejecutivo podrán derogar, cuando así lo exijan las necesidades públicas, las autorizaciones concedidas para la formación de las asociaciones de que se trata.

Tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora.

El Estado, sujetándose a las leyes, podrá en casos de interés general, concesionar la prestación de servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio de la federación, salvo las excepciones que las mismas prevengan. Las leyes fijarán las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes, y evitarán fenómenos de concentración que contraríen el interés público.

La sujeción a regímenes de servicio público se apegará a lo dispuesto por la Constitución y sólo podrá llevarse a cabo mediante ley.

Se podrán otorgar subsidios a actividades prioritarias, cuando sean generales, de carácter temporal y no afecten sustancialmente las finanzas de la nación. El Estado vigilará su aplicación y evaluará los resultados de ésta”.

El 28 de junio de 1990 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* que se derogaba el párrafo quinto del artículo 28 constitucional, párrafo que se había adicionado el 17 de noviembre de 1982, mencionado en el punto 3 anterior.

El 20 de agosto de 1993 se reformó el párrafo cuarto del artículo 28 constitucional, recorriéndose en su orden los párrafos sexto a décimo para pasar a ser octavo a décimo segundo y se adicionan los párrafos sexto y séptimo del propio artículo, para quedar como sigue:

“Artículo 28

No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las áreas estratégicas a las que se refiere este precepto: correos; telégrafos; radiotelegrafía y la comunicación vía satélite; petróleo y los demás hidrocarburos; petroquímica básica; minerales radioactivos y generación de energía nuclear; electricidad; ferrocarriles; y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión.

El Estado contará...

El Estado tendrá un banco central que será autónomo en el ejercicio de sus funciones y en su administración. Su objetivo prioritario será procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional, fortaleciendo con ello la rectoría del desarrollo nacional que corresponde al Estado. Ninguna autoridad podrá ordenar al banco conceder financiamiento.

No constituyen monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva, a través del banco central en las áreas estratégicas de acuñación de moneda y emisión de billetes. El banco central, en los términos que establezcan las leyes y con la intervención que corresponda a las autoridades competentes, regulará los cambios, así como la intermediación y los servicios financieros, contando con las atribuciones de autoridad necesarias para llevar a cabo dicha regulación y proveer a su observancia. La conducción del banco estará a cargo de personas cuya designación será hecha por el presidente de la República con la aprobación de la Cámara de Senadores o de la Comisión Permanente, en su caso; desempeñarán su encargo por periodos cuya duración y escalonamiento provean al ejercicio autónomo de sus funciones; sólo podrán ser removidas por causa grave y no podrán tener ningún otro empleo, cargo o comisión, con excepción de aquéllos en que actúen en la representación del banco y de los no renumerados en asociacio-

nes docentes, científicas, culturales o de beneficencia. Las personas encargadas de la conducción del banco central, podrán ser sujetos de juicio político conforme a lo dispuesto por el artículo 110 de esta Constitución”.

El 2 de marzo de 1995 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* que se reformaba el cuarto párrafo del artículo 28 constitucional para quedar de la siguiente manera:

“Artículo 28.

No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas: correos, telégrafos y radiotelegrafía; petróleo y los demás hidrocarburos; petroquímica básica; minerales radioactivos y generación de energía nuclear; electricidad y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión. La comunicación vía satélite y los ferrocarriles son áreas prioritarias para el desarrollo nacional en los términos del artículo 25 de esta Constitución; el Estado al ejercer en ellas su rectoría, protegerá la seguridad y la soberanía de la nación, y al otorgar concesiones o permisos mantendrá o establecerá el dominio de las respectivas vías de comunicación de acuerdo con las leyes de la materia”.

El artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos hoy en día es el siguiente:

“Artículo 28. En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria. En consecuencia, *la ley castigará severamente*, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y *que tengan por objeto* obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para *evitar la libre competencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.*

Las leyes fijarán bases para que se señalen precios máximos a los artículos, materias o productos que se consideren necesarios para la economía

nacional o el consumo popular, así como para imponer modalidades a la organización de la distribución de esos artículos, materias o productos, a fin de evitar que intermediaciones innecesarias o excesivas provoquen insuficiencia en el abasto, así como el alza de precios. La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses.

No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas: correos, telégrafos y radiotelegrafía; petróleo y los demás hidrocarburos; petroquímica básica; minerales radiactivos y generación de energía nuclear; electricidad y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión. La comunicación vía satélite y los ferrocarriles son áreas prioritarias para el desarrollo nacional en los términos del artículo 25 de esta Constitución; el Estado al ejercer en ellas su rectoría, protegerá la seguridad y la soberanía de la nación, y al otorgar concesiones o permisos mantendrá o establecerá el dominio de las respectivas vías de comunicación de acuerdo con las leyes de la materia.

El Estado contará con los organismos y empresas que requiera para el eficaz manejo de las áreas estratégicas a su cargo y en las actividades de carácter prioritario donde, de acuerdo con las leyes, participe por sí o con los sectores social y privado.

El Estado tendrá un banco central que será autónomo en el ejercicio de sus funciones y en su administración. Su objetivo prioritario será procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional, fortaleciendo con ello la rectoría del desarrollo nacional que corresponde al Estado. Ninguna autoridad podrá ordenar al Banco conceder financiamiento.

No constituyen monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva, a través del banco central en las áreas estratégicas de acuñación de moneda y emisión de billetes. El banco central, en los términos que establezcan las leyes y con la intervención que corresponda a las autoridades competentes, regulará los cambios, así como la intermediación y los servicios financieros, contando con las atribuciones de autoridad necesarias para llevar a cabo dicha regulación y proveer a su observancia. La conducción del banco estará a cargo de personas cuya designación será hecha por el Presidente de la República con la aprobación de la Cámara de Senadores o de la Comisión Permanente, en su caso; desempeñarán su encargo por periodos cuya duración y escalonamiento provean al ejercicio autónomo de sus funciones; sólo podrán ser removidas por causa grave y no podrán tener ningún otro empleo, cargo o comisión, con excepción de aquéllos en que actúen en representación del banco y de los no remunerados en asociaciones docentes, científicas, culturales o de beneficencia. Las personas encar-

gadas de la conducción del banco central, podrán ser sujetos de juicio político conforme a lo dispuesto por el artículo 110 de esta Constitución.

No constituyen monopolios las asociaciones de trabajadores formadas para proteger sus propios intereses y las asociaciones o sociedades cooperativas de productores para que, en defensa de sus intereses o del interés general, vendan directamente en los mercados extranjeros los productos nacionales o industriales que sean la principal fuente de riqueza de la región en que se produzcan o que no sean artículos de primera necesidad, siempre que dichas asociaciones estén bajo vigilancia o amparo del gobierno federal o de los estados, y previa autorización que al efecto se obtenga de las legislaturas respectivas en cada caso. Las mismas legislaturas, por sí o a propuesta del Ejecutivo podrán derogar, cuando así lo exijan las necesidades públicas, las autorizaciones concedidas para la formación de las asociaciones de que se trata.

Tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora.

El Estado, sujetándose a las leyes, podrá en casos de interés general, concesionar la prestación de servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio de la federación, salvo las excepciones que las mismas prevengan. Las leyes fijarán las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes, y evitarán fenómenos de concentración que contraríen el interés público.

La sujeción a regímenes de servicio público se apegará a lo dispuesto por la Constitución y sólo podrá llevarse a cabo mediante ley.

Se podrán otorgar subsidios a actividades prioritarias, cuando sean generales, de carácter temporal y no afecten sustancialmente las finanzas de la nación. El Estado vigilará su aplicación y evaluará los resultados de ésta".

#### IV. BREVE CONSIDERACIÓN DEL ARTÍCULO 28 CONSTITUCIONAL POR PARTE DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado que en el artículo 28 constitucional se consagra la garantía de libertad económica. Esto es, la posibilidad de que cualquier individuo tenga la posibilidad de acudir libremente al mercado para ofrecer bienes y servicios en condiciones de igualdad.

Y que la libertad de concurrencia se traduce en la participación en el mercado de un proveedor o un grupo de proveedores, en igualdad de circunstancias, para que por sí mismos establezcan las condiciones de producción y comercialización de los bienes o servicios que pretendan ofrecer al público.

#### V. BREVE CONSIDERACIÓN DEL ARTÍCULO 28 CONSTITUCIONAL DESDE UN PUNTO DE VISTA ECONÓMICO

La materia antimonopolios o competencia económica, es la confluencia de dos ciencias. La jurídica y la económica. De esta manera resultaría incompleto brindar únicamente el punto de vista jurídico del artículo 28 constitucional.

Así, el artículo 28 constitucional, desde el punto de vista de un economista, Fernando Sánchez Ugarte (ex-presidente de la Comisión Federal de Competencia) ha considerado que "consagra un garantía individual: el derecho de todos los mexicanos a concurrir libremente en cualquier actividad económica de su interés, y promulga la prohibición de los monopolios y los estancos".<sup>8</sup> Y que el *basamento* de la LFCE es su respaldo constitucional, contemplado en el artículo 28 constitucional, en particular en los tres primeros párrafos. De los cuales destaca dos aspectos: *primero la contundencia y energía con la que el texto ordena que las leyes deban castigar con severidad y las autoridades perseguir con eficacia las conductas anticompetitivas. Segundo, también queda claro que el propósito fundamental de esta disposición es proteger a los consumidores, sobre todo respecto del consumo de bienes necesarios.*<sup>9</sup>

#### VI. ESPÍRITU DEL LEGISLADOR SOBRE EL OBJETO DE LA LFCE

En la exposición de motivos de la LFCE el legislador expresamente manifestó lo siguiente:

<sup>8</sup> SÁNCHEZ UGARTE, Fernando, *Competencia económica en México. Análisis económico de la legislación federal de competencia económica*, Porrúa, México, 2003, p. 13.

<sup>9</sup> SÁNCHEZ UGARTE Fernando, *La primera década de la Comisión Federal de Competencia. Diez años de política de competencia*, Comisión Federal de Competencia, México, p. 55.

"Los objetivos centrales de la iniciativa que someto a la consideración de ese Congreso, radican en promover la eficiencia económica y evitar las prácticas monopólicas. La iniciativa, de aprobarse, protegería el proceso competitivo y la libre concurrencia de los particulares en las actividades económicas. Es precisamente el proceso constante y permanente en el que las empresas compiten entre sí lo que trae como resultado menores costos, mejores y nuevos productos, mayores servicios para los consumidores y menores precios. En suma, una mayor eficiencia".

#### VII. DISCREPANCIA ENTRE LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS Y LO CONTEMPLADO EN EL ARTÍCULO 20. DE LA LFCE

En el numeral 2.3. del presente ensayo se transcribió el artículo 20. de la LFCE, donde se contempla su objeto. Esencialmente, señala que *tiene por objeto proteger el proceso de competencia y libre concurrencia.*

Ahora bien, en la exposición de motivos de la LFCE se señala que, no nada más debe protegerse el proceso de competencia, sino también la garantía de libre concurrencia. Y *ambas, en función de los particulares que participan en la actividad económica. Y en beneficio de los consumidores. Logrando una mayor eficiencia.*

Cabe mencionar que, fue hasta el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 28 de junio de 2006, en donde se establece que, *para determinar si las prácticas monopólicas relativas deben ser sancionadas, se deberá tomar en cuenta las aportaciones netas al bienestar del consumidor.*

Y que, de las resoluciones de la Comisión, tal parece que uno y pretende hacer uno, cuando en realidad son dos, la protección al proceso de competencia y la garantía de libre concurrencia; así, no nada más no distingue entre uno y otro, sino que tampoco toma en cuenta a los particulares que participan en la actividad económica, ni el beneficio de los consumidores. Por lo que, no puede lograrse una mayor eficiencia.

No pasa desapercibido que en México existe la Procuraduría Federal del Consumidor, así como la Ley Federal de Protección al Consumidor, la cual de acuerdo con lo establecido en su artículo 1o. establece que tiene por objeto "promover y proteger los derechos y cultura del consumidor y procurar la equidad, certeza y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores".

Se considera que los objetivos de la LFCE y la Ley Federal de Protección al Consumidor van entrelazados, partiendo incluso de que ambas legislaciones son reglamentarias del artículo 28 constitucional.

Sin duda lo más eficiente para México sería que existiera una sola autoridad. Es decir, fusionar a la Comisión Federal de Competencia y la Procuraduría Federal del Consumidor. A fin de que existiera una sola autoridad administrativa. Y por encima de dicha autoridad administrativa, un tribunal especializado revisor de las acciones de dicha autoridad administrativa. Así, se protegería a la economía nacional. Se brindaría seguridad jurídica. En específico al proceso de competencia, a la libre concurrencia, a los agentes económicos que participan en la actividad económica, consumidores intermedios y consumidores finales, ya que al final toda persona que ha sufrido un daño por la acción de otro, lo que busca es ejercer su derecho para reclamar la reparación de los daños sufridos. Y si la autoridad actúa con contundencia, transparencia y eficacia, se protege a la persona (agente económico o consumidor), así como a todo lo que la rodea, tal como el proceso competitivo y la libre concurrencia.

#### VIII. ¿CÓMO APLICAR LA LFCE, CUANDO FUE BASADA EN OTRO SISTEMA JURÍDICO?

Tal como se señaló en el numeral II.2. del presente ensayo, la LFCE surge en las negociaciones para la celebración del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. En efecto, una vez que entró en vigor dicho tratado se iniciaron las reuniones de un grupo de trabajo que tenía por objetivo la elaboración de trabajos acerca de la relación entre las leyes, políticas de competencia y el comercio en la zona.<sup>10</sup> En un documento base sobre la LFCE se reconoce el papel central del Tratado de Libre Comercio de América.<sup>11</sup> Su estructura tiene gran similitud con diversas legislaciones de competencia e incluso algunos puntos idénticos, en particular, a la de la Comunidad Económica

<sup>10</sup> AGUILAR ÁLVAREZ DE ALBA, Javier B., *La libre competencia*, Oxford, México, 2000, p. 37.

<sup>11</sup> GARCÍA RODRÍGUEZ, Sergio, *op. cit.*, p. 39.

Europea. No obstante, es sumamente parecida a la legislación de Estados Unidos de América.

Tal situación ha complicado su aplicación. No puede simplemente copiarse una ley y pretender que tendrá el mismo efecto en otro sistema jurídico. Sobre todo, cuando las sociedades son tan diferentes. Cada país y cada cultura mantienen sus propias costumbres y problemáticas básicas diarias. Considerar, lo que en otros países ha dado resultado no es equivocado. El error es copiarlo tal cual e introducirlo en una sociedad diferente, por la sencilla razón de que las necesidades y problemáticas no son las mismas. Por ejemplo, las infracciones *per se* en Estados Unidos de América están contempladas en el artículo 9o. de la LFCE, denominadas como prácticas monopólicas absolutas. Dicha norma fue creada para ser resuelta bajo el pensamiento y el estilo de vida de los norteamericanos. Su resolución es con base en una situación de criterios y precedentes. En México, tales conductas, sin mayor averiguación, siempre son consideradas violatorias. Con base en la exacta aplicación de la ley. Además, de que calificar un acto como *per se* ilegal podría tener como consecuencia prohibir prácticas deseables, que aumentarían la eficiencia económica.<sup>12</sup>

#### IX. EN CUANTO A LAS FORMALIDADES ESENCIALES QUE TODO PROCEDIMIENTO DEBE OBSERVAR

La LFCE contempla dos supuestos por los cuales inicia el procedimiento. De oficio o a petición de parte. Sin embargo, no contempla distinción alguna. Tal falta, se considera una grave omisión. No pueden tener el mismo tratamiento. La diferencia esencial es el interés jurídico del denunciante. Interés que nace de la garantía tutelada en la Carta Magna y plasmado en la LFCE.

El procedimiento carece de una regulación específica cuando inicia a petición de parte. Se deberían contemplar, expresamente, cuáles son los derechos y deberes del denunciante. Aunado, a que no existen criterios por parte de la Comisión ni del Poder Judicial de la Federación sobre el tema.

<sup>12</sup> *Ibidem*, pp. 40 y 49.

Sin embargo, la complejidad de un procedimiento administrativo no debería excluir la observancia a las garantías de seguridad jurídica, y por ende, del derecho de defensa de la víctima o del ofendido y las formalidades esenciales que todo procedimiento debe respetar.

El artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece, en la parte que interesa: "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".

Ahora bien, es posible definir las formalidades esenciales del procedimiento como las bases fundamentales para la obtención de una decisión justa o en el peor de los casos apegada a derecho. El maestro Gabino Fraga señala:

"El procedimiento administrativo se caracteriza, según hemos indicado por la carencia de solemnidades y consecuentemente por su mayor rapidez... La ley toma en cuenta que la necesaria presencia del Estado en todas las esferas de la vida social exige un procedimiento rápido, ágil y flexible que permita dar satisfacción a las necesidades públicas sin olvidar las garantías debidas al administrado... A pesar de la carencia de solemnidades y de la rapidez que deben caracterizar al procedimiento administrativo, en los casos en que se puedan afectar derechos o intereses de los particulares deben establecerse las formalidades mínimas indispensables para evitar el desconocimiento o la afectación arbitraria de esos derechos... dicha autoridad administrativa no sólo debe respetar la garantía de legalidad sino también la garantía de audiencia que establece el precepto constitucional... las normas de procedimiento deberán ser diferentes según que se trate de una actuación espontánea de la administración o de una actuación que ésta realice por instancia de un particular... La doctrina constitucional en nuestro país ha definido con bastante exactitud lo que debe entenderse por esas formalidades esenciales... 1o. que el afectado tenga conocimiento de la iniciación del procedimiento, del contenido de la cuestión que va a debatirse y de las consecuencias que se producirán en caso de prosperar la acción intentada y que se le dé oportunidad de presentar sus defensas; 2o. que se organice un sistema de comprobación en forma tal que quien sostenga una cosa la demuestre, y quien sostenga la contraria pueda también comprobar su veracidad; 3o. que cuando se agote la tramitación, se dé oportunidad a los interesados para presentar alegaciones, y 4o. por último, que el procedimiento concluya con

una resolución que decida sobre las cuestiones debatidas y que, al mismo tiempo fije la forma de cumplirse.<sup>13</sup>

Así, las formalidades esenciales se deben observar en todo procedimiento, sin distinción alguna. Y en el caso, de que una legislación secundaria no las contemple, queda obligada a la observancia de la Carta Magna para respetarlas. La Comisión en el mejor de los casos, ha interpretado que el denunciante *coadyuva* en el procedimiento.

De esta forma, aun cuando en la LFCE no se contemplan los derechos del denunciante. La Comisión tiene el deber de observar lo dispuesto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en particular sus artículos 14 y 16.

#### X. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LAS INTERPRETACIONES DE LA COMISIÓN ACERCA DE LOS DERECHOS DEL DENUNCIANTE

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos tutela las garantías de seguridad jurídica, las cuales están, principalmente, en los artículos 14 y 16. Dentro de dichas garantías están las formalidades esenciales que todo procedimiento debe observar.

La Carta Magna no distingue sobre los procedimientos en que deben respetarse las formalidades esenciales, por ende, son aplicables a todas las materias.

Está claro que la LFCE es una norma secundaria. En su propio artículo 1o. establece que es reglamentaria del artículo 28 constitucional. Sin embargo, la LFCE (aun con las reformas publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de junio de 2006) no contempla expresamente cuáles son los derechos del denunciante en el procedimiento contemplado en la LFCE. Por lo que, al no establecer la LFCE cuáles son los derechos del denunciante, la Comisión debe observar lo dispuesto en los artículos 14 y 16 constitucionales.

La Comisión ha realizado diversas manifestaciones sobre cuáles no son los derechos del denunciante. Al respecto se insiste que, tales manifestaciones son únicamente meras interpretaciones, ya que carecen de fundamento en la LFCE. En todo caso, han sido su mejor

<sup>13</sup> FRAGA, Gabino, *Derecho administrativo*, Porrúa, México, 1997, pp. 254-262.

consideración, en sus primeros 13 años de existencia. Sin embargo, no han sido convincentes, ni siquiera para la propia Comisión, ya que ninguno ha sido establecido como criterio del Pleno.

La interpretación que se considera más cercana a tutelar los derechos del denunciante y formar un criterio por parte del Pleno de la Comisión, a fin de brindar seguridad jurídica, es que "el denunciante coadyuva en el procedimiento". Sin embargo, es necesario realizar diversas precisiones.

### 1. El denunciante coadyuva

La coadyuvancia encuentra su origen en la materia de derecho penal. Con la finalidad de entender tal figura, se desarrolla brevemente cuál es el procedimiento penal. En particular, el que se sigue ante el Ministerio Público. Resaltando cuáles son los derechos del denunciante. Posteriormente se desarrollará el procedimiento que se sigue ante la Comisión. Finalizando con ciertas conclusiones sobre las semejanzas y diferencias de ambos procedimientos.

#### A. Procedimiento del Ministerio Público

La organización del Ministerio Público encuentra su fundamento, en los artículos 21, 102, apartado A, 107, fracción XV y 122, apartado D, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; así como en el artículo 4o. de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República; y los artículos 1o., 2o. y 113 a 180 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Ahora bien, de los artículos antes mencionados, lo que se considera importante a destacar sobre los mismos, es lo siguiente.

El artículo 21 constitucional establece: *La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público; además de que, le compete dicha autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por treinta y seis horas; asimismo, sus resoluciones sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley.*

El artículo 102 A constitucional establece que los funcionarios del Ministerio Público Federal serán nombrados por el Ejecutivo. Presidido por un Procurador General de la República. Al Ministerio Público le incumbe *la persecución, ante los tribunales, de todos los delitos del orden federal; y, por lo mismo, a él le corresponderá solicitar las órdenes de aprehensión contra los inculcados; buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos; hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita; pedir la aplicación de las penas e intervenir en todos los negocios que la ley determine.*

El artículo 4o. de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República establece, en la parte que aquí interesa, el ejercicio de investigar y perseguir delitos federales. Esto es: la averiguación previa; la continuación del procedimiento ante los órganos jurisdiccionales; atención a la víctima o el ofendido por algún delito; requerir informes, documentos, opiniones y elementos de prueba; promover la pronta, expedita y debida procuración e impartición de justicia.

En cuanto a la averiguación previa el Ministerio Público deberá: recibir denuncias sobre acciones u omisiones que puedan constituir delitos, investigar delitos, restituir provisionalmente al ofendido en el goce de sus derechos, solicitar al órgano jurisdiccional medidas precautorias, determinar el no ejercicio de la acción penal. En esta última, tendrá lugar cuando los hechos de que conozca no sean constitutivos de delitos; se hayan agotado todas las diligencias y medios de prueba, sin que se acredite el cuerpo del delito o la probable responsabilidad del indiciado; extinción de la acción penal; existencia plena sobre causas de exclusión del delito; imposibilidad insuperable de probar la existencia de los hechos constitutivos.

Ante los órganos jurisdiccionales el Ministerio Público deberá: ejercer la acción penal cuando exista denuncia, esté acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad; solicitar órdenes de cateo, medidas precautorias; poner a disposición de la autoridad judicial al detenido o aprehendido; aportar pruebas y promover las diligencias conducentes para la debida comprobación de la existencia del delito (circunstancias de la comisión y peculiaridades del inculcado); formular conclusiones; solicitar la imposición de penas y medidas de seguridad; pago para la reparación de daños y perjuicios (o las causas de exclusión del delito o la extinción de la acción penal).

En cuanto a la atención de víctima o el ofendido el Ministerio Público deberá: informarle, previa solicitud, cuáles son sus derechos constitucionales; recibir todos los medios de prueba aportados (en ejercicio de su coadyuvancia) para la comprobación del delito y la probable responsabilidad del inculpado; determinar la procedencia y monto de la reparación del daño; en caso considerar que no es necesario el desahogo de alguna diligencia, lo cual deberá fundar y motivar; dictar todas las medidas necesarias para evitar poner en peligro a la víctima; solicitar a la autoridad judicial (cuando sea procedente) la reparación del daño.

Finalmente el Ministerio Público deberá: *Requerir informes, documentos, opiniones y elementos de prueba en general a las dependencias y entidades de la administración pública federal, a las correspondientes al Distrito Federal y a los estados integrantes de la federación, y a otras autoridades y personas que puedan suministrar elementos para el debido ejercicio de dichas atribuciones.*<sup>14</sup>

De esta forma, en breve se puede decir que el Ministerio Público realiza la indagatoria, concluye con la solicitud de la acción penal a un órgano jurisdiccional, para instaurar un proceso penal, con el propósito de que se aplique al inculpado una pena o una medida de seguridad correspondiente. En donde, durante todo el procedimiento están plenamente definidos los derechos del denunciante. Y el propio Ministerio Público solicita a la autoridad judicial la reparación del daño, a favor del denunciante.

### B. Procedimiento de la Comisión

La Comisión ha considerado, como se citó, que el denunciante es un coadyuvante. La coadyuvancia es una figura del derecho penal. El

<sup>14</sup> También guardan íntima relación con los artículos 1o., 2o. y 113 a 180 del Código Federal de Procedimientos Penales, ya que en dicha norma adjetiva atienden a la averiguación previa, iniciación del procedimiento, reglas especiales para la práctica de diligencia y levantamiento de acta de averiguación previa, consignación ante los tribunales, acción penal, instrucción, reglas generales de la instrucción, declaración preparatoria del inculpado y nombramiento del defensor, autos de formal prisión, de sujeción a proceso y de libertad por falta de elementos para procesar, disposiciones comunes a la averiguación previa y a la instrucción, comprobación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del inculpado.

artículo 14 constitucional prohíbe la analogía y aun la mayoría de razón en los juicios del orden criminal. *A contrario sensu*, sí es posible aplicar la analogía y aun la mayoría de razón de los juicios del orden criminal al resto de los juicios. Por lo que, la consideración de la Comisión, de entrada no contraviene la Carta Magna.

Las facultades de la Comisión principalmente están contempladas en el artículo 24. La Comisión es un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Economía, con autonomía técnica y operativa,<sup>15</sup> que tendrá a su cargo (principalmente) prevenir, investigar, y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas y las concentraciones.

El procedimiento, tal como está establecido en la LFCE se considera que es uno. Inicia de oficio o a petición de parte. Dividido en, al menos, tres etapas. Investigatoria/Cuasi-judicial/y Resolución. Exis-

<sup>15</sup> Lo cual por sí es objeto de análisis, de conformidad con lo establecido en el artículo 90 de la Constitución Política de los Estados Unidos *La administración pública federal será centralizada y paraestatal conforme a la Ley Orgánica que expida el Congreso.* A lo cual el maestro Fauzi Hamdan Amad señala: *Dentro de la estructura de organización de la administración pública federal existen ciertos órganos que, sin tener personalidad jurídica ni patrimonio propios, ejercen una competencia propia y originaria por razón de la materia, insertos normalmente en un órgano primario de la administración pública (Secretaría de Estado o Departamento Administrativo) que recibe su competencia directamente por la ley que lo crea y estructura, y no por delegación de facultades de los órganos centrales; tienen normalmente funciones técnicas. Dentro de la clasificación de los órganos en razón de las facultades que gozan, tal categoría de órganos corresponde, en su mayor parte, a órganos de decisión y, por excepción al menos en el derecho mexicano, a órganos de consulta obligatoria. Una parte de la doctrina extranjera los denomina órganos de administración personalizada queriendo decir con ello que, no obstante no tener personalidad jurídica y patrimonio propios, gozan de autonomía en la realización de sus funciones teniendo competencia distinta de los órganos centrales o de cualesquiera otros entes públicos descentralizados. Tal categoría de órganos, en el derecho mexicano, reciben también el nombre de comisiones, quizá utilizando tal denominación siguiendo en parte la influencia del derecho anglosajón... Como se aprecia de lo expuesto a lo largo de este estudio, ésta última categoría de órganos no encuadra de manera perfecta o pura ni en la organización centralizada ni en la organización desconcentrada ni tampoco en la descentralizada; corresponde a una forma de organización imperfecta y atípica por cuanto hace a los esquemas tradicionales de la organización administrativa, que cada día cobran mayor importancia por razón de las funciones que desarrollan dentro del ámbito de la administración pública federal. Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, núm. 13, 1989, pp. 327-340.*

te la posibilidad de una cuarta: Recurso administrativo vs. la resolución. Todas a cargo, únicamente, de la Comisión.<sup>16</sup>

El denunciante debe observar la serie de requisitos establecidos para la presentación del escrito de denuncia.

La Comisión en lugar de admitir a trámite el escrito de denuncia, dicta el acuerdo de inicio de investigación. Aquí es donde se inicia el problema, ya que la Comisión tal parece que hace suyo el escrito de denuncia, sin que tal situación esté expresamente contemplada en la ley. Acto seguido, inicia la investigación.

La Comisión requiere informes y documentos que estime relevantes y pertinentes para realizar su investigación. El denunciante no tiene acceso al expediente. Tampoco puede ofrecer pruebas. Ni se le informa el avance de la investigación. La Comisión dicta el acuerdo de conclusión del periodo de investigación.

Con la información recabada durante la investigación, la Comisión considerará si existen o no, elementos de convicción suficientes para demostrar la probable violación a la ley por el agente económico denunciado. En caso afirmativo, la Comisión emite el oficio de probable responsabilidad, el cual se notifica (personalmente) al agente económico denunciado. Dicho acto equivale al emplazamiento. Sin

<sup>16</sup> La consideración vertida en la ejecutoria 2589/96 dictada por Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación donde se consideró que el único procedimiento administrativo contemplado en la LFCE no es uno, sino son dos procedimientos, desde el humilde punto de vista de este autor y con el mayor respeto a los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no se comparte, por considerarlo equivocado; además, de que tergiversa y genera una mayor inseguridad jurídica al denunciante. Cabe mencionar que toda etapa contenciosa, tuvo una etapa investigatoria, pero no toda etapa investigatoria tendrá una etapa contenciosa, en virtud de que no puede existir el procedimiento seguido en forma de juicio (contencioso) sin una investigación. No pueden ser independientes la etapa investigatoria y la que se sigue en forma de juicio, ya que más bien coexisten para complementarse. Tomando en cuenta que el procedimiento iniciado a petición de parte, no se agota el interés jurídico del denunciante con la presentación del escrito de denuncia, sino su objetivo principal es buscar la reparación de los daños. Más bien, se considera que existe un problema de conflicto de intereses o de división de poderes, ya que no puede ser posible que la misma autoridad sea la que de *facto* investigue, dicte el oficio de probable responsabilidad, emita la resolución y también tramite y resuelva el recurso administrativo (reconsideración). Lo que falta es la creación de un Tribunal Antimonopolios (o de Competencia) y una autoridad administrativa que realice la investigación, supeditando sus actos a la autorización y vigilancia del tribunal de mérito.

que se dé vista al denunciante de acto alguno, para manifestar lo que en su derecho convenga.

Cabe mencionar que el artículo 33 (reformado) señala que se establece un *procedimiento administrativo*, tal como si la investigación no lo hubiere sido; además, dicho oficio se dicta en el mismo expediente donde se realizó la investigación, bajo el mismo número de expediente y el mismo rubro. Con los elementos recabados durante la investigación. Procedimiento que inicio con el escrito de denuncia.

Al notificar del oficio de probable responsabilidad, el agente económico denunciado, ahora probable responsable, tiene que manifestar lo que a su derecho convenga, dando contestación a todos los puntos señalados en el oficio de mérito y ofrecer pruebas.

La Comisión dicta el acuerdo en donde tiene por presentado en tiempo y forma la contestación; así como la admisión o desechamiento de pruebas. *Todo lo anterior, sin darle vista al denunciante.*

Desahogadas las pruebas, la Comisión cita para alegatos al presunto responsable. *Sin darle vista al denunciante.* Finalmente la Comisión dicta la resolución. Y en su caso, vendría el recurso administrativo, en donde la ley *tampoco da vista al denunciante* (bajo el supuesto de que la resolución le haya sido favorable).

La garantía de libre concurrencia cobra plena vida, cuando en la LFCE se brinda el derecho a denunciar en contra de prácticas monopólicas o concentraciones prohibidas.

El derecho a denunciar genera a su vez la seguridad jurídica al denunciante, de que se respetarán las garantías de debido proceso legal y de audiencia, así como el que se tutelarán las formalidades esenciales del procedimiento. Y brinda mayor contundencia a las resoluciones de la Comisión.

### *C. Similitudes y diferencias entre el Ministerio Público y la Comisión*

Las similitudes, en lo que aquí interesa, son que ambas (Ministerio Público y Comisión) son autoridades administrativas. Y realizan una investigación.

Las diferencias, en lo que aquí interesa y por razones de espacio se consideran las más importantes, son: primero, en el procedimiento penal actúan dos autoridades, una administrativa (Ministerio Públi-

co) y otra jurisdiccional (juez). Y en el procedimiento de la LFCE únicamente la Comisión (autoridad administrativa); y segundo, el denunciante ante el Ministerio Público o el juez, goza de plena seguridad jurídica. Al estar clara y expresamente establecidos sus derechos, de conformidad con lo establecido en el artículo 20, apartado B de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 141 del Código Federal de Procedimiento Penales, artículo 4o., fracción I, inciso c, de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

## 2. El objeto de la LFCE no es proteger a los particulares o a los agentes económicos

Sin entrar al análisis, en cuanto a que si la LFCE debe proteger únicamente al proceso o también a los competidores. Al proteger el proceso de competencia y la garantía de libre concurrencia, *se deben tomar en cuenta a los particulares, a los agentes económicos, a los competidores y a los consumidores*. No nada más porque son parte del estudio para integrar el mercado relevante (artículos 11 y 12 de la LFCE), sino también porque todos forman parte del proceso competitivo.

En efecto, no puede separarse lo que forma parte de un todo. Y su funcionamiento no puede ser de otra forma, que no sea en conjunto. Es decir, no puede existir un proceso competitivo, sin agentes económicos, productores, prestadores de servicios, competidores y menos aún sin consumidores.

Una cosa es que, para fines prácticos o analíticos se estudie por una parte el proceso competitivo y la libre concurrencia. Y por otro lado a los consumidores, proveedores, manufactureros, distribuidores, proveedores, etcétera. Sin embargo, para fines jurídicos tal separación no es posible. Tan es así, que de conformidad con lo establecido en los artículos 11, 12 y 13 de la LFCE se deben tomar en cuenta a los competidores, a los consumidores, proveedores, manufactureros, distribuidores, proveedores, etc., para determinar el mercado relevante y el poder sustancial del agente económico denunciado.

Desde otra perspectiva, tómesese por ejemplo (de simbiosis jurídica) el Código Civil. Él cual está compuesto de cuatro libros (personas, bienes, sucesiones y obligaciones). Cada uno establece normas

particulares respecto del bien jurídico que tutela. No obstante, no es lógico pensar que están divididos porque cada libro es independiente. O que alguno tiene una mayor jerarquía o valor. Cada libro está dividido para el tema que conceptualiza, explica y desarrolla. Con una finalidad de pragmática. Brindar una metodología congruente, para su aplicación. La existencia de cuatro libros no denota una división, independencia o separación. Por el contrario, conforman un todo que, muy difícilmente (por no decir imposible) podría funcionar de manera aislada o separada.

Ahora bien, al trasladar dicho ejemplo, a la materia de competencia económica (combinación de las ciencias jurídica y económica) no es posible proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, sin tomar en consideración a los competidores, productores o prestadores de un servicio, distribuidores, comercializadores y a los consumidores. Menos aún, cuando la libre concurrencia es uno de los derechos fundamentales tutelados por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los cuales no son otorgados por gracia del constituyente, sino emanan de la soberanía y son tutelados por la Carta Magna. Y sólo pueden ser suspendidos o restringidos en los casos concretos que el mismo ordenamiento en comento señala, tales como los señalados en el artículo 29 y 38, relacionado con el 36, lo cual no sucede en la especie.

Cabe mencionar la consideración del 15 de mayo de 2000 por parte del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo en revisión 2617/96 (fojas 86 a 86): *La evolución normativa en la materia revela que nuestro sistema constitucional se ha orientado por la prohibición no solamente de los monopolios entendidos en su acepción más estrecha, sino de todos aquellos actos que tiendan a impedir la libre concurrencia en el mercado, por los perjuicios que ello puede causar tanto a los intereses privados de quienes participan en el mismo en las calidades de oferentes o compradores de bienes y servicios, como al interés de la colectividad en general, en la medida en que las restricciones a la libre competencia implican naturalmente perturbaciones en el nivel de precios de los productos, en su calidad y en su comercialización.*

De esta manera, cuando la LFCE establece que tiene por objeto proteger el proceso de competencia y la libre concurrencia. La lectura es que, por "proceso de competencia" se debe entender a todos los

que participan en él. Por libre concurrencia la garantía fundamental de estar en la posibilidad de ingresar libremente a cualquier mercado para ofrecer un bien o la prestación de un servicio, en igualdad de condiciones. Y los derechos procesales del denunciante conforman un elemento diferente a los dos antes mencionados, pero incluido en "proceso de competencia". En efecto, se refiere a la relación entre el gobernado afectado que acude ante la Comisión a denunciar a un tercero por probables actos violatorios de la LFCE. En donde, la Comisión tiene el deber de respetar y observar diversas formalidades, para con el denunciante, a fin de brindarle la absoluta seguridad jurídica, de que se respetarán el ejercicio de sus derechos y la actuación de la Comisión estará apegada a derecho.

Lo anterior ya comienza a reflejarse en la LFCE, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10, último párrafo del decreto de reformas publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de junio de 2006, en donde, para determinar si las prácticas monopólicas relativas generan ganancias en eficiencia, *se debe considerar el bienestar del consumidor*. Sin embargo, todavía falta mucho. Que el Pleno de la Comisión establezca criterios claros. Que el Poder Judicial de la Federación sienta tesis o jurisprudencia. Y que exista más doctrina, debate y estudio al respecto.

Y nada tiene que ver con la protección al consumidor que brinda la Ley Federal de Protección al Consumidor, ya que está se limita tener por objeto *promover y proteger los derechos y cultura del consumidor y procurar la equidad, certeza y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores*. Por lo que, no nada más no están contemplados los agentes económicos, sino tampoco tienen relación alguna con monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios (artículo 2o., LFCE). Y menos aún entre la relación de la Comisión y el agente económico denunciante. Lo anterior equivale al razonamiento que se ha hecho sobre el artículo 3o. de la LFCE, esto es, *que todo acto de comercio pertenece a la economía, pero la economía no se reduce a actos de comercio*.<sup>17</sup> Así, el

<sup>17</sup> Barra Mexicana Colegio de Abogados. En busca de la teoría constitucional a la luz de las resoluciones del Poder Judicial de la Federación. Ensayo de Miguel Ángel BISOGNO

razonamiento sería "el objeto de la LFCE es proteger el proceso de competencia y la libre concurrencia, pero el objeto no equivale a dejar de observar las formalidades esenciales tuteladas en la Carta Magna".

Analizarlo desde otra perspectiva generaría que los agentes económicos no tuvieran protección alguna, ni por la LFCE ni por la Ley Federal de Protección al Consumidor.

### 3. Al no dirimir un conflicto, no pueden aplicarse los mismos criterios que se siguen en un procedimiento civil

La Comisión también ha considerado que al no dirimir un conflicto, no pueden aplicarse los mismos criterios que se siguen en un procedimiento civil. Lo primero a señalar es que, tal consideración carece de fundamento en la LFCE. En todo caso, ha sido la mejor interpretación de la Comisión a lo largo de sus primeros 13 años de existencia. Aunado a que, tampoco ha sido establecida dicha consideración, como criterio del Pleno, pero aun cuando lo hubiera sido no habría superado el obstáculo de legalidad.

La premisa de la Comisión es que, el procedimiento no tiene como fin dirimir un conflicto, es decir, una litis entre el denunciante y el denunciado, puesto que su objeto es proteger el proceso de competencia y libre concurrencia. Sustenta tal interpretación en un *criterio aislado* de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

Competencia económica, las características del procedimiento establecido en la ley federal correspondiente, lo identifican como administrativo y no como civil. El procedimiento establecido en los artículos 33 y 39 de la ley mencionada tiene características que no corresponden a las del proceso civil, donde, predominando los intereses particulares, las defensas y recursos son más pormenorizados y los juicios más prolongados, lo que no sucede en los procedimientos administrativos, fundamentalmente, porque en estos predomina el interés general, que exige eficiencia, seguridad y expedituz, en virtud de que tiende al aseguramiento de los fines del Estado, estableciendo

CARRIÓN, ¿Es lo "económico" lo mismo que lo "mercantil"? Comentario sobre la definición de 'agente económico' por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Themis, marzo de 2006, pp. 138-146.

vías rápidas y eficaces, eliminando todos los actos que dilaten o entorpezcan la acción de la administración pública, sin perjuicio de que ante la presencia de intereses particulares, se respeten, esencialmente, las garantías individuales de los gobernados. Estas peculiaridades corresponden al procedimiento establecido en las disposiciones citadas y, por consiguiente, no cabe exigir de su normatividad, recursos y defensas que son propios de un proceso civil. P. CXII/2000 Amparo en revisión 643/99. Warner Bros (México), S.A. 15 de mayo de 2000. Unanimidad de diez votos. Ausente: Presidente Genaro David Góngora Pimentel. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: José Luis Rafael Cano Martínez. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy once de julio en curso, aprobó, con el número CXII/2000, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a once de julio de dos mil.

Tal interpretación se considera equivocada. La premisa no es "por no dirimir un conflicto, no se siguen los criterios de un procedimiento civil", ya que el respeto a las garantías fundamentales no es único del procedimiento civil. Por lo que, independientemente de si dirime o no un conflicto la Comisión está obligada a respetar las garantías individuales de los gobernados, la libre concurrencia (artículo 28 constitucional) y las formalidades esenciales que todo procedimiento debe observar (independientemente de la naturaleza del procedimiento) (artículos 14 y 16 constitucionales).

No obstante lo anterior, la palabra "conflicto" significa, de acuerdo con el *Diccionario de la Lengua Española* (Real Academia Española, 21a. ed., p. 539), *Combate, lucha, pelea*. Por su parte, la palabra "competencia", de acuerdo con el mismo *Diccionario* (p. 523), es la *Disputa o contienda entre dos o más sujetos sobre alguna cosa. Oposición o rivalidad entre dos o más que aspiran a obtener la misma cosa*. Y "competencia" desde la perspectiva de la economía es la *Situación del mercado en la que empresas o vendedores, que actúan con total independencia, se esfuerzan por atraer clientes para alcanzar un objetivo comercial precioso y expresado en términos de beneficios, de volumen de ventas o de cuotas de mercado. Competencia equivale a menudo, en este contexto a competición. Esta competencia puede ejercerse entre dos o más firmas. Puede referirse a los precios, la calidad, los servicios o a varios de estos factores si-*

*multáneamente, así como a otros elementos diversos que son determinantes para la elección de los compradores.*<sup>18</sup>

De esta forma, conflicto o competencia denotan una contienda o una lucha de competidores para desplazarse y obtener un mejor posicionamiento en el mercado; así la competencia normalmente implica la existencia de un conflicto, al menos, entre los competidores, ya que ambos tratan de crecer en el mercado y de allegarse de más consumidores. Lo cual no está prohibido. De hecho, considero que ese es el espíritu de la ley, ya que lo que prohíbe de fondo es el abuso de los competidores, fomentando la libertad de acción en el mercado. Por lo que, considerar si siguen o no los criterios de un proceso civil, para determinar que la Comisión no resuelve un conflicto carece de sustento.

La LFCE generaría una mayor seguridad jurídica, si en el procedimiento se estableciera una distinción entre el inicio del procedimiento a petición de parte y cuando es de oficio; así como establecer cuáles son los derechos y deberes procesales del denunciante.

#### 4. Respuesta general al resto de las consideraciones de la Comisión

Así es dable concluir que, respecto de las interpretaciones realizadas por la Comisión, se pueden aplicar cualquiera de los razonamientos vertidos en el numeral 10.

En particular, en cuanto a que, aun cuando no están expresamente contemplados cuáles son los derechos procesales del denunciante, la Comisión tiene el deber de observar las formalidades esenciales del procedimiento y el derecho de defensa como víctima u ofendido, de conformidad con lo establecido en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, aun tratándose de un procedimiento administrativo.

<sup>18</sup> *Glosario de Economía Industrial y Derecho de la Competencia*, Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), Mundi-Prensa Libros, París, 1993, p. 23.

### 5. Equidad y justicia en cuanto a los derechos procesales del denunciante

Ahora bien, independientemente de todo lo anterior, el ejercicio de la abogacía se debe ejercer en el interés superior del derecho y de la justicia.

Así, se debe realizar una prudente interpretación y aplicación de la LFCE, a fin de determinar si dicha normatividad es o no equitativa.

La equidad, para Aristóteles, es una forma de justicia. Tal concepto ha perdurado a través de los años. Sin que su esencia haya sido modificada. En la época moderna se ha definido a la equidad, como el juicio atemperado y conveniente que la ley confía al juez. Es el máximo grado de discrecionalidad concedido por la ley. No debe confundirse la equidad con arbitrio, ya que equivaldría a un uso indebido por parte del juzgador. Una sentencia basada en la equidad respeta los principios de la justicia.<sup>19</sup>

En el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos encuentra el fundamento de la aplicación del criterio de equidad. Criterio que es aplicable no nada más en los juicios civiles, sino también en los juicios administrativos.

Ulpiano señaló que la justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo suyo.<sup>20</sup>

En la filosofía aristotélica, la justicia se define como un modo de ser, por el que se está dispuesto a practicar lo que es justo. El punto de partida es la realidad ontológica de las cosas mismas. La justicia tiene que ser palpable. La justicia tiene dos tipos, natural y legal.<sup>21</sup>

La justicia natural es la que en todas partes tiene la misma fuerza y no está sujeta al parecer humano. Es invariable. La justicia legal, considera las acciones en su origen indiferente, pero que cesan de serlo, una vez que ha sido establecida. Es variable. *Entre los hombres hay una justicia natural y, sin embargo, toda justicia es varia-*

<sup>19</sup> *Diccionario Jurídico Mexicano*, 11a. ed., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, México, 1998, pp. 1293 y 1294.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 1904.

<sup>21</sup> VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa, México, 1993, pp. 31-34.

*ble, aunque hay una justicia natural y otra no natural.*<sup>22</sup> Por ende, la justicia legal siempre debe estar en consonancia con la justicia natural. La justicia es convencional, no estática. Es proporcional, no rígida.

Por otra parte, la naturaleza tiene un orden. Entendiendo por orden, *la armónica colocación de las cosas en un todo*. El ser humano, se percata del orden existente a su alrededor, con lo cual desarrolla una actividad interior, a fin de comprender mejor el funcionamiento de la naturaleza, obteniendo como consecuencia de esta actividad la ciencia, por lo que podemos decir que toda ciencia es causal.

La ciencia es un saber universal, sistemático y cierto de las causas de los fenómenos naturales, así como de los factores en su dinamismo. Por lo tanto, un científico se compromete a utilizar exclusivamente su experiencia y razón, a fin de garantizar la certeza de sus conclusiones.

De esta manera, el estudio de las ciencias comienza por plantearse las causas por la cual se originan todas las cosas, es decir que una vez que el ser humano se percató del orden existente a su alrededor (orden natural) dio como resultado la ciencia del derecho. Una manera muy práctica y muy sencilla de apreciar lo anterior es utilizando las causas que a continuación se señalan en un ejemplo claro y concreto:

Causa ejemplar: ¿qué idea sirvió para hacer algo?

Causa eficiente: ¿quién hizo ese algo, objeto o cosa?

Causa material: ¿de qué está hecho?

Causa formal: ¿qué figura tiene, forma o modo?

Causa final: ¿para qué se hizo?

Causa instrumental: ¿con qué lo hizo?

Causa	El David	Derecho
Ejemplar	Relato bíblico	Orden de la naturaleza.
Eficiente	Miguel Ángel Buonarroti	Ser humano, legislador, sociedad.
Material	Mármol	Conducta humana.

<sup>22</sup> ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea, Ética Eufemia*, 1134 b 20 y 30.

Formal	De un cuerpo humano.	Juicio lógico.
Final	Inmortalizar a David, trascender como un gran artista, para ganar dinero, fama.	Armonía (orden), justicia; equidad, paz social, seguridad jurídica, bien común.
Instrumental	Marro, escoplo, lijas, cincel, bloque de mármol.	Leyes, costumbres, tratados, jurisprudencia, doctrina, contratos, etc. <sup>23</sup>

Con base en las causas arriba señaladas y comparando al derecho con la estatua de "El David" de Miguel Ángel es posible definir derecho y ley.

Derecho es un producto exclusivo del ser humano (tomando de base el orden natural de las cosas), la armonía y la justicia son las causas inspiradoras, la causa eficiente es el legislador inspirado en la justicia. Por lo que, *derecho es un orden social justo expresado en términos lógicos, el cual está compuesto de costumbres, leyes, sentencias, jurisprudencia, principios generales del derecho, doctrina, contratos, tratados, etcétera.*

Una vez que hemos definido al derecho, la ley la podemos definir como *la ordenación de la razón, para el bien común, dada y promulgada por aquel que tiene a su cargo la sociedad, la comunidad o el Estado en forma legítima.*

Así, la justicia es correctora de la ley escrita, en particular cuando ésta tiene una deficiencia en su formulación general, con la cual es incapaz de abarcar la realidad de los actos humanos. Sobre todo, cuando pierde su causa ejemplar y final.

El derecho tiene que ser justo y evitar la rigidez de la ley escrita, sobre todo cuando ésta sea injusta. La equidad debe ser la delimitación de lo bueno y lo justo, a fin de establecer el supremo criterio de justicia.

<sup>23</sup> Notas tomadas en la clase de Filosofía del derecho con el Lic. Alfonso Guerrero Martínez, catedrático en la Facultad de Derecho de la UNAM.

Ahora bien, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 28 constitucional consagra la garantía fundamental de libertad económica. Es decir, tutela el derecho a que queden prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.

Y la misma Carta Magna, los artículos 14 y 16, respectivamente, establecen lo siguiente:

*Artículo 14 constitucional* (en la parte que interesa)

"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.

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 la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.

*Artículo 16 constitucional* (en la parte que interesa)

"Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento".

El artículo 14 constitucional protege en esencia el derecho de defensa y la facultad de ofrecer pruebas. Es decir, estar en la aptitud de rendir pruebas y formular alegatos, para lo cual es esencial saber cuál es el estado del procedimiento, a fin de tener pleno conocimiento de la posible afectación a la esfera jurídica de una persona; asimismo, la garantía de exacta aplicación de la ley, esto es, las únicas penas que la autoridad puede imponer son las que se encuentren consagradas legalmente. También establece la garantía de legalidad, la cual no se limita al orden civil, sino debe incluirse a los juicios mercantiles, familiares, arrendamiento, laborales y administrativos; además, al hacer referencia a sentencia definitiva deben entenderse en sentido

amplio, de conformidad con lo establecido en el artículo 220 del Código Federal de Procedimientos Civiles. Finalmente, establece los pasos que el juzgador debe seguir al dictar su fallo, esto es, lo que expresamente señala la ley, la interpretación de dicho texto y cuando dichos elementos no sean claros y más aun cuando no exista regulación el juez está facultado de aplicar los principios generales del derecho, de entre los cuales está la equidad.

El artículo 16 constitucional, en concordancia con lo establecido en el último párrafo del artículo 14, antes mencionado, establece el principio de legalidad, esto es, la limitación que tienen las autoridades en su actuación, ya que sólo les es posible actuar en la forma y términos establecidos en la ley.

Por su parte, la LFCE señala que es reglamentaria del artículo 28 constitucional (artículo 1o.). Que están prohibidos los monopolios y estancos, así como las prácticas que, en los términos de esta ley disminuyan, dañen o impidan la competencia y la libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes o servicios (artículo 8o.). La investigación que realiza la Comisión inicia de oficio o *a petición de parte* (artículo 30). Cualquier persona en el caso de prácticas monopólicas absolutas o *el afectado* en el caso de prácticas monopólicas relativas o concentraciones prohibidas, *podrá denunciar por escrito* (artículo 32). Sin embargo, no están regulados cuáles son los derechos procesales del denunciante durante el procedimiento.

Así, es posible afirmar que la ausencia de la regulación del derecho del denunciante de rendir pruebas, formular alegatos y ser avisado del desarrollo del procedimiento, por la posible existencia de una afectación a su esfera jurídica, aun cuando expresamente la LFCE contempla que es reglamentaria del artículo 28 constitucional, donde se consagra la garantía de libertad económica, es injusta, inequitativa.

De esta manera, se debe aplicar el principio general de derecho de la equidad. Por lo que, por analogía a la figura de denunciante en materia penal y de acuerdo con lo establecido en el artículo 20, apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en cuanto a los derechos de la víctima o del ofendido, el denunciante ante la LFCE debe tener, en esencia, los mismos derechos. Tal como a continuación se mencionan.

#### XI. ¿CUÁLES DEBERÍAN SER LOS DERECHOS DEL DENUNCIANTE DURANTE EL PROCEDIMIENTO DE LA LFCE?

No es una disyuntiva proteger el proceso de competencia y la libre concurrencia o los derechos del denunciante. Son más bien, la confluencia de estos tres puntos hacia una misma línea.

El denunciante, además de la protección a la garantía de libre concurrencia (artículo 28 constitucional). Del derecho a denunciar un monopolio o prácticas monopólicas (artículo 28 constitucional, 1o., 8o., 30 y 32 de la LFCE). También tiene la garantía de obtener la reparación de los daños y perjuicios sufridos por la comisión de prácticas monopólicas o concentraciones prohibidas (artículo 38 de la LFCE). La Comisión por su parte tiene el deber de perseguir con eficacia que no se evite la libre concurrencia o la competencia entre los agentes económicos, a fin de que los consumidores no paguen precios exagerados.

Así, al brindar seguridad jurídica al denunciante, la Comisión cumple con el encargo constitucional. Y tutela el proceso de competencia y la garantía de libre concurrencia.

Ahora bien, tomando la interpretación de la Comisión de que, el denunciante coadyuva, los derechos de éste se considera que deberían ser los siguientes: 1. En general respetar las formalidades esenciales del procedimiento. 2. Ofrecer y desahogar pruebas en cualquier etapa del procedimiento (investigación-después del oficio de probable responsabilidad-o resolución). 3. Se notifique, personalmente, el cierre del expediente al finalizar la etapa investigatoria y considerar que no existen los elementos suficientes para dictar el oficio de probable responsabilidad, lo cual debe ser fundado y motivado. 4. Ser informado sobre el avance o logros del procedimiento (investigación-después del oficio de probable responsabilidad). 5. El derecho a que se le dé vista con la contestación al oficio de probable responsabilidad. 6. A presentar alegatos. 7. Se le notifique, personalmente, la resolución.

#### XII. CONCLUSIONES

En la exposición de motivos de la LFCE expresamente se contempló como uno de los objetivos centrales de dicha iniciativa, la protección

del proceso competitivo y la libre concurrencia *de los particulares en las actividades económicas; así como de los consumidores*, para obtener menores precios. Todo lo anterior, con la finalidad de una mayor eficiencia.

Doctrinal o analíticamente se pueden dividir el proceso de competencia, la libre concurrencia, los particulares con actividades económicas, los agentes económicos, los consumidores y la eficiencia. Sin embargo, conforman un todo que, muy difícilmente (por no decir imposible) podría funcionar de manera aislada o separada.

La reforma que se considera más viable es la creación de un tribunal especializado en Antimonopolios (o Competencia Económica) y una autoridad administrativa que realice la investigación, supeditando sus actos a la autorización y vigilancia de dicho tribunal. Y la autoridad administrativa fuera el resultado de la fusión de la Comisión Federal de Competencia y la Procuraduría Federal de Consumidor. Con la finalidad de proteger amplia y expresamente el proceso competitivo, la libre concurrencia, a los agentes económicos, a los consumidores y a las personas que participan en la actividad económica.

El Pleno de la Comisión debe pronunciarse y establecer criterios sobre los derechos procesales del denunciante.

La Comisión no está exceptuada de observar lo dispuesto en los artículos 14 y 16 constitucionales, sobre las formalidades esenciales (garantía de audiencia y legalidad).

La Comisión debe respetar las formalidades esenciales, aun cuando no están contempladas en la LFCE.

Por la ausencia de regulación sobre los derechos procesales del denunciante en la LFCE, lo cual hace que dicha ley sea injusta e inequitativa. Y de acuerdo con el mayor interés del derecho y la justicia se debe aplicar el principio general de derecho de equidad, para determinar cuáles son los derechos procesales del denunciante.

Debe existir una distinción en el procedimiento de la LFCE cuando inicia a petición de parte y cuando inicia de oficio.

La Comisión no está facultada para sustituirse en el denunciante. Equivaldría a despojar al denunciante de ejercer su derecho para resarcir los daños sufridos.

## RÉGIMEN FISCAL DE LAS COOPERATIVAS DE PRODUCCIÓN EN LA REFORMA DE 2006

Xavier GINEBRA SERRABOU

SUMARIO: I. *Las sociedades cooperativas*. II. *Concepto de sociedad cooperativa*. III. *Agrupaciones que integran las sociedades cooperativas*. IV. *Principios fundamentales de las sociedades cooperativas*. V. *Aportación de socios extranjeros en la sociedad cooperativa*. VI. *Constitución y registro*. VII. *Cláusulas de constitución en la sociedad cooperativa*. VIII. *Clases de sociedades cooperativas*. IX. *Las sociedades cooperativas de producción*. X. *Categorías de las sociedades cooperativas*. XI. *Administración de la sociedad cooperativa*. XII. *Asambleas ordinarias y extraordinarias*. XIII. *Exclusión de un socio cooperativista*. XIV. *Coasociados en la sociedad cooperativa*. XV. *El consejo de administración*. XVI. *Consejo de vigilancia en la sociedad cooperativa*. XVII. *Régimen económico*. XVIII. *Aportación de capital en la sociedad cooperativa*. XIX. *De los socios*. XX. *Disolución, liquidación y fusión de la sociedad cooperativa*. XXI. *Organismos cooperativos*. XXII. *Organismos e instituciones de asistencia técnica al movimiento cooperativo nacional*. XXIII. *Aspectos fiscales de las sociedades cooperativas de producción en la reforma de 2006*.

### I. LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS

La Ley General de Sociedades Cooperativas (LGSC) menciona en su artículo primero de dicha ley, lo referente a la constitución de las mismas, al señalar que dicho ordenamiento tiene por objeto regular el funcionamiento y la organización de las sociedades cooperativas. El fin que se persigue en esta disposición, es de interés social y de observancia general en todo el territorio nacional.

del proceso competitivo y la libre concurrencia *de los particulares en las actividades económicas; así como de los consumidores*, para obtener menores precios. Todo lo anterior, con la finalidad de una mayor eficiencia.

Doctrinal o analíticamente se pueden dividir el proceso de competencia, la libre concurrencia, los particulares con actividades económicas, los agentes económicos, los consumidores y la eficiencia. Sin embargo, conforman un todo que, muy difícilmente (por no decir imposible) podría funcionar de manera aislada o separada.

La reforma que se considera más viable es la creación de un tribunal especializado en Antimonopolios (o Competencia Económica) y una autoridad administrativa que realice la investigación, supeditando sus actos a la autorización y vigilancia de dicho tribunal. Y la autoridad administrativa fuera el resultado de la fusión de la Comisión Federal de Competencia y la Procuraduría Federal de Consumidor. Con la finalidad de proteger amplia y expresamente el proceso competitivo, la libre concurrencia, a los agentes económicos, a los consumidores y a las personas que participan en la actividad económica.

El Pleno de la Comisión debe pronunciarse y establecer criterios sobre los derechos procesales del denunciante.

La Comisión no está exceptuada de observar lo dispuesto en los artículos 14 y 16 constitucionales, sobre las formalidades esenciales (garantía de audiencia y legalidad).

La Comisión debe respetar las formalidades esenciales, aun cuando no están contempladas en la LFCE.

Por la ausencia de regulación sobre los derechos procesales del denunciante en la LFCE, lo cual hace que dicha ley sea injusta e inequitativa. Y de acuerdo con el mayor interés del derecho y la justicia se debe aplicar el principio general de derecho de equidad, para determinar cuáles son los derechos procesales del denunciante.

Debe existir una distinción en el procedimiento de la LFCE cuando inicia a petición de parte y cuando inicia de oficio.

La Comisión no está facultada para sustituirse en el denunciante. Equivaldría a despojar al denunciante de ejercer su derecho para resarcir los daños sufridos.

# LA FIGURA DE LA SOCIEDAD RELACIONADA EN EL ESTABLECIMIENTO DE FILIALES DE INSTITUCIONES FINANCIERAS DEL EXTERIOR EN TERRITORIO NACIONAL

Rodrigo ORENDAY SERRATOS

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Filiales de Instituciones Financieras del Exterior*. III. *Fundamento para el establecimiento de una presencia comercial dentro del sector de servicios financieros en México*. 1. *Régimen jurídico previo a la entrada en vigor del TLCAN*. 2. *Régimen jurídico internacional a partir de la entrada en vigor del TLCAN*. 3. *Legislación financiera*. 4. *Reglas para el establecimiento de filiales de Instituciones Financieras del Exterior*. IV. *La Sociedad Relacionada: concepto, origen y función*. 1. *Concepto*. 2. *Origen*. 3. *Función*. V. *Conclusiones*.

## I. INTRODUCCIÓN

El sector de servicios financieros es uno de los más trascendentes de toda economía debido a la profunda influencia que tiene en su desarrollo, por la función de intermediación que los participantes en el mismo realizan entre quienes cuentan con los recursos necesarios para el financiamiento del consumo y actividades productivas, y quienes desarrollan tales actividades,<sup>1</sup> así como por la posición privile-

<sup>1</sup> Al respecto Ignacio PERROTINI y Luis Miguel GALINDO exponen: "... as growth boils down to investment and investment calls for savings, banks play a major role in the allocation of savings into the Most profitable economic activites...". PERROTINI, Ignacio y GALINDO, Luis Miguel, "Internationalization of the Mexican Financial Market", en *Banking in North America, Nafta and Beyond*, 104, Jerry Haar y Krishnan Dandapani (eds.), Pergamon, 1999.

giada de las instituciones de crédito como participantes en los principales sistemas de pago.<sup>2</sup>

Como es sabido, ese sector ha sido precisamente uno de los más sacudidos en México durante los últimos veinte años, en los cuales ha pasado por un proceso de nacionalización, luego de reprivatización, seguido por su apertura internacional a través de la celebración de diversos tratados internacionales suscritos por los Estados Unidos Mexicanos, y finalmente por uno que ha sido denominado como de "extranjerización de la banca", por medio del cual diversas Instituciones Financieras del Exterior (IFE)<sup>3</sup> han adquirido la mayoría de las acciones representativas del capital social de las principales instituciones de crédito del país, aportando con ello capital fresco que buena falta le hacía a dichas instituciones, y contribuyendo a desarrollar la competitividad en dicho sector.

Conforme al Tratado de Libre Comercio de América del Norte, y a otros acuerdos suscritos con posterioridad a éste, "...los inversionistas extranjeros pueden establecer una subsidiaria (en contraposición a una sucursal directa) en México mediante la adquisición de una institución financiera existente y autorizada o solicitando autorización para establecer su propia institución financiera mexicana autorizada",<sup>4</sup> las cuales tendrán el carácter de filiales<sup>5</sup> de una IFE, "...en vez

<sup>2</sup> En idéntico sentido, NÚÑEZ GONZÁLEZ, Federico, *Apertura del sistema bancario a la inversión extranjera en el marco del Tratado de Libre Comercio*, tesis profesional, Escuela Libre de Derecho, 1992, p. 37: "El sistema bancario, y en general el sistema financiero, tienen una importancia vital en el desarrollo de la economía de un país, no sólo porque pone en contacto a la oferta y la demanda de crédito, sino, también, constituye el sistema de pagos de la gran mayoría de transacciones comerciales que se realizan diariamente. Es por ello que en casi todos los países se ha considerado estratégico el preservar la mayoría del sistema bancario en propiedad de los nacionales en forma expresa ...".

<sup>3</sup> "Reglas para el establecimiento de filiales de Instituciones Financieras del Exterior", *Diario Oficial de la Federación* del 21 de abril de 1994 (las Reglas); Regla Primera. Para los efectos de estas reglas se entenderá por: III. Institución financiera del exterior: La entidad financiera constituida en un país con el que México haya celebrado un tratado o acuerdo internacional en virtud del cual se permita el establecimiento en territorio nacional de filiales.

<sup>4</sup> ROWLEY, Christopher R., *Searching for Stability: Mexico's 1995 Banking System Reforms*. 4-SUM NAFTA: L. & Bus. Rev. Am. 30, 1998, p. 35.

<sup>5</sup> Regla Primera, I. Filial: La sociedad mexicana, en cuyo capital participe mayoritariamente una institución financiera del exterior o una Sociedad Controladora Filial, autorizada para organizarse y operar, o para ser inscrita en la Sección de Interme-

de sucursales. Uno de los argumentos para este requisito fue que era necesario asegurar el control del gobierno mexicano sobre el abastecimiento de dinero del país".<sup>6</sup>

Para ello, conforme a la legislación aplicable,<sup>7</sup> se debe seguir el procedimiento administrativo necesario para obtener la correspondiente autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP),<sup>8</sup> escuchando la opinión del Banco de México y de la Comisión Nacional competente en la materia.<sup>9</sup> Ahora bien, dicho trámite, desarrollado conforme a las Reglas, requiere que el promovente so-

diarios del Registro Nacional de Valores e Intermediarios, de conformidad con las siguientes leyes: Ley de Instituciones de Crédito (LIC); Ley del Mercado de Valores (LMV); Ley de Sociedades de Inversión (LSI); Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito (LGOAAC); Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros (LGISMS) y Ley Federal de Instituciones de Fianzas (LFIF).

<sup>6</sup> ROGERS, John E. y ZUBIKAIRI ARRIOLA, Adrián, *Foreign Banks in Mexico: on the Verge of a New Era?* 7 U.S.-MEX. L.J. 11, 1999, p. 14. Sin perjuicio de lo cual, más que el abastecimiento de dinero, en el cual la banca comercial tiene un papel determinante puesto que el mismo se logra mediante contratos de corresponsalia de caja suscritos entre el Banco de México y las instituciones de crédito, conforme a la Circular 2026/96, relativa a Operaciones de Caja, el control que parece era más importante conservar era aquél sobre los sistemas de pagos. BORJA MÚJICA, Fernando, "Situación actual del sistema financiero mexicano y apertura financiera", *El Foro, Revista de la Barra Mexicana de Abogados*, t. VIII, núm. 1, Primer Semestre 1995. Versión electrónica: "A fin de mantener el control del sistema de pagos en manos de mexicanos, no podrán autorizarse adquisiciones de instituciones de banca múltiple con un capital neto superior al 6% del sistema (Banamex, Bancomer y Serfin). Adicionalmente, la participación de la banca extranjera no podrá ser superior al 25% durante el periodo de transición y se mantienen las salvaguardas establecidas en el TLC, aplicables después del periodo de transición". También puede verse NÚÑEZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 37-39.

<sup>7</sup> La cual, de acuerdo con los artículos 45-B LIC; 161 LMV; 63 LSI; 45-Bis-2 LGOAAC; 33-B LGISMS; 15-B LFIF; y 27-B de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras (LRAF), consiste en los tratados o acuerdos internacionales correspondientes, el respectivo capítulo de filiales de Instituciones Financieras del Exterior del ordenamiento propio de la materia (III LIC; Sección V, Apartado B LMV; Octavo LSI; III-bis-1 LGOAAC, I-bis LGISMS; I-bis LFIF; y II LRAF), las disposiciones contenidas en dichos ordenamientos aplicables a las instituciones que las mismas regulan, y las reglas para el establecimiento de filiales al efecto expedidas por la SHCP, oyendo la opinión del Banco de México y de la Comisión Nacional que corresponda.

<sup>8</sup> Con la notable excepción de las Sociedades de Inversión filiales, mismas que no son autorizadas directamente por la SHCP, sino indirectamente por su desconcentrado, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores. Véase *infra*, artículo 64 LSI.

<sup>9</sup> Artículos 45-C LIC; 160 LMV; 64 LSI; 45-bis-3 LGOAAC, 33-C LGSIMS; 15-C LFIF y 27-D LRAF.

meta a consideración de las referidas autoridades financieras una cantidad considerable de información relativa a (i) la IFE o bien (ii) la Sociedad Relacionada<sup>10</sup> que vayan a efectuar la inversión en la filial, así como la relativa a (iii) la propia filial.

Ahora bien, en la solicitud de autorización referida, como en todo procedimiento administrativo, es de capital importancia integrar debidamente la información que debe ser presentada a las autoridades,<sup>11</sup> para lo cual es fundamental un conocimiento profundo y especializado de las disposiciones aplicables, particularmente de las Reglas. Sin embargo, la lectura e interpretación de dichas disposiciones no resulta sencilla, y son frecuentes los casos en que la omisión de requisitos por parte de los promoventes de las mencionadas solicitudes deriva en requerimientos de información complementaria por parte de las autoridades, que conllevan demoras en el desahogo del trámite respectivo, o bien en la presentación de información que de inicio no era necesario exhibir, lo cual implica erogaciones importantes con motivo de los honorarios correspondientes a su certificación, apostillamiento y traducción por perito autorizado, así como demoras por el tiempo necesario para integrarla, resultando todo ello en el incremento de costos en tiempo y dinero.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Reglas, Regla Primera, IV. Sociedad Relacionada: La sociedad, constituida en el país de origen de la institución financiera del exterior, que se encuentre en cualquiera de los supuestos siguientes: a) Que sea controlada por la institución financiera del exterior; b) Que controle a la institución financiera del exterior; o c) Que sea controlada por la misma sociedad que controla a la institución financiera del exterior. Para efectos de esta definición, deberá entenderse que, una sociedad controla a otra, cuando sea propietaria, directa o indirectamente, de acciones con derecho a voto que representen por lo menos el cincuenta y uno por ciento de su capital, tenga poder decisorio en sus asambleas de accionistas, esté en posibilidad de nombrar a la mayoría de los miembros de su órgano de administración, o por cualquier otro medio tenga facultades para tomar las decisiones fundamentales de la sociedad. Tal definición se repite, casi literalmente, en la fracción VI del artículo 70 del Reglamento de Supervisión de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

<sup>11</sup> Artículos 45-F LIC; 164 LMV; 67 LSI; 45-bis-6 LGOAAC, 33-F LGISMS; 15-F LFIF y 27-G LRAF.

<sup>12</sup> LUCIO, Saturnino E., manifiesta que “[b]y the en of 1994, for instance, over 50 applications by foreign financial institutions... to establish bank subsidiaries in Mexico and/or to invest in Mexican banks had been approved by the Mexican Finance Ministry ...over 100 applications were filed by foreign financial institutions. No applications were rejected by the Mexican Financer Ministry, although some were returned to the applicants

De tal manera, y ante la falta de trabajos doctrinales sobre el particular, se preparó el presente trabajo como una herramienta útil en el discernimiento del lugar que la Sociedad Relacionada ocupa en el establecimiento de o conversión a filial, así como en la identificación puntual de una Sociedad Relacionada, y otra que no lo es.

## II. FILIALES DE INSTITUCIONES FINANCIERAS DEL EXTERIOR

Antes de abundar sobre el marco jurídico aplicable a las referidas instituciones, dada la esencial relación entre éstas y el objeto del presente estudio, resulta apropiado hacer una breve exposición de su origen y función.

La figura de la filial de una IFE fue introducida mediante reformas efectuadas a la Ley de Instituciones de Crédito en febrero de 1995;<sup>13</sup> a tal efecto, “[s]e modificó el esquema de una serie única, por dos series “F” (por lo menos 51%) y “B” (hasta 49%), con lo que se flexibilizó el requisito de propiedad total establecido en el TLC de acciones”.<sup>14</sup>

“Lo anterior, con el propósito de facilitar la conversión de entidades mexicanas en filiales, así como fomentar coinversiones entre nacionales y extranjeros en filiales...”.<sup>15</sup> Asimismo, “[c]on el propósito de apoyar a las entidades financieras que lleguen a enfrentar dificultades, la reforma permite la posibilidad de que instituciones financieras del exterior adquieran un porcentaje superior al 20%, conforme a un programa de inversiones aprobado por la SHCP, siempre y cuando lleguen a adquirir cuando menos el 51% y conviertan a la institución en filial. Las filiales que se originen de la adquisición de una institución ya existente, no estarán sujetas a los límites de mercado establecidos en el TLC. Por lo que hace a los límites de mercado aplicables al resto de las filiales, éstos se mantendrán en los términos originalmente pactados”.<sup>16</sup>

with requests for additional information”. LUCIO, Saturnino E., II, “The Effect of NAFTA on the Entry of Foreign Banks in Mexico and in the United States”, en *Banking in North America, Nafta and Beyond*, 192, 1999.

<sup>13</sup> *Diario Oficial de la Federación* del 15 de febrero de 1995.

<sup>14</sup> BORJA, Fernando, *op. cit.*

<sup>15</sup> *Idem.*

<sup>16</sup> *Idem.*

### III. FUNDAMENTO PARA EL ESTABLECIMIENTO DE UNA PRESENCIA COMERCIAL DENTRO DEL SECTOR DE SERVICIOS FINANCIEROS EN MÉXICO

#### 1. Régimen jurídico previo a la entrada en vigor del TLCAN

El establecimiento de filiales de instituciones financieras del exterior no es posible, en ausencia de un acuerdo comercial con el país de origen de dichas instituciones, puesto que por definición legal una filial mexicana sólo puede serlo de un IFE originario de un Estado con el que México haya suscrito un tratado o acuerdo internacional en virtud del cual se permita el establecimiento en territorio nacional de filiales.<sup>17</sup> Es, en principio, sólo al amparo de tales instrumentos que un accionista de nacionalidad extranjera puede adquirir la mayoría del capital social de una institución financiera nacional,<sup>18</sup> o convertir a una de tales en filial.

De hecho, “[e]l sector financiero ha permanecido cerrado a la competencia externa durante más de ochenta años. Las instituciones financieras del exterior establecidas en México a principios de siglo, con excepción de Citibank,<sup>19</sup> cerraron sus puertas en ese entonces, como consecuencia de los acontecimientos políticos de la época.

<sup>17</sup> Artículos 45-A, fracciones I y II, LIC; 62, fracciones I y II, LSI; 45-bis-1, fracciones I y II, LGOAAC; 33-A, fracciones I y II, LGISMS; 15-A, fracciones I y II, LFIF, y 27-A, fracciones I y II, LRAF. Es de notarse el hecho que la Ley del Mercado de Valores publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de diciembre de 2005 omitió en su Apartado relativo a las casas de bolsa filiales un dispositivo como el 28-bis-1 de aquella que abrogó, en el que se definiera a la filial, institución financiera del exterior y controladora filial, en obvio de repeticiones, puesto que las correspondientes definiciones ya se encuentran contenidas en las Reglas.

<sup>18</sup> Ello toda vez que mediante las reformas del 19 de enero de 1999, las acciones Serie “O” de las instituciones de crédito fueron convertidas en acciones de libre suscripción, con lo cual cualquier accionista, nacional o extranjero, puede adquirir el 100% de dichas acciones, previa autorización de la SHCP, escuchando la opinión de la CNBV cuando la adquisición exceda del 5%, caso en el cual la institución de crédito de que se trate se convertiría en propiedad total de extranjeros pero sin tener el carácter de filial, por no haber sido autorizada como tal, lo cual relativiza la importancia y utilidad de la figura de la filial.

<sup>19</sup> LUCIO, Saturnino E., II habla de “Citibank, a U.S. bank which had operated in Mexico since 1929”. The effect of NAFTA on the Entry of Foreign Banks in Mexico and in the United States, *op. cit.*, 183.

Posteriormente, la legislación financiera mexicana fue cada vez más restrictiva para las instituciones del exterior, hasta que en 1978 se prohíbe totalmente su establecimiento,<sup>20</sup> con excepción de las oficinas de representación, las cuales no pueden realizar operaciones en territorio nacional”.<sup>21</sup>

En lo que respecta a la modalidad de banca y crédito, “...la Ley General de Instituciones de Crédito fue reformada en 1965 para excluir la inversión extranjera en el sector bancario...”,<sup>22</sup> exclusión que naturalmente se mantuvo vigente en los tiempos de la nacionalización efectuada mediante el decreto del 1o. de septiembre de 1982,<sup>23</sup>

<sup>20</sup> Recuérdese el modelo económico cerrado que se mantuvo vigente bajo el régimen del “desarrollo estabilizador” (periodo de 1958 a 1970). Al respecto Antonio ORTIZ MENA relata lo siguiente “En la práctica existía una estrecha relación entre los distintos tipos de instituciones financieras, que marcaba el inicio de su evolución hacia lo que posteriormente sería la banca múltiple. El gobierno promovió mediante diversas acciones la consolidación del sector bancario, el cual, por su importancia estratégica, fue considerado como un sector que debía estar reservado exclusivamente para inversionistas mexicanos. El sector bancario nacional había nacido con bancos extranjeros, pero durante la década de los sesenta se promovieron medidas para lograr su mexicanización. En 1965 se reformó la Ley General de Instituciones de Crédito para reservar a inversionistas mexicanos los sectores bancarios y de seguros y fianzas. El gobierno promovió que inversionistas nacionales adquirieran en diversas instituciones financieras del país paquetes accionarios pertenecientes a extranjeros”. ORTIZ MENA, Antonio, *El desarrollo estabilizador: Reflexiones sobre una época*, El Colegio de México, Fideicomiso Historia de las Américas, Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 123-124.

<sup>21</sup> BORJA, Fernando, *op. cit.*

<sup>22</sup> ROGERS Y ZUBIKAIRI, *op. cit.*, p. 13. Al efecto, la reforma a la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de diciembre de 1965, incluyó la adición de una fracción II-bis a su artículo 8, de acuerdo con la cual “[e]n ningún momento podrán participar, en forma alguna, en el capital de estas sociedades gobiernos o dependencias oficiales extranjeros; entidades financieras del exterior, o agrupaciones de personas extranjeras; físicas o morales, sea cual fuere la forma que revistan, directamente o a través de interpósita persona”.

<sup>23</sup> A este respecto es conveniente hacer la distinción entre la *banca nacional* como aquella autorizada para operar en territorio nacional con arreglo a las leyes de los Estados Unidos Mexicanos y cuyo capital era detentado exclusivamente por su gobierno federal o bien por ciudadanos mexicanos, y la *banca nacionalizada*, que es aquella cuyo control fue asumido por el gobierno federal tras la expropiación llevada a cabo por medio de los decretos publicados en el *Diario Oficial de la Federación* los días 1o. y 2 de septiembre de 1982, a partir de los cuales las instituciones de crédito se convirtieron en *sociedades nacionales de crédito*, cuyo capital era detentado de forma mayoritaria por el gobierno federal. Sobre ello, LUCIO expone: “1982 coincided with the first substantial economic decline in Mexico in over fifty years ... Mexico was experiencing widespread capital

periodo durante el cual "...las acciones denominadas Serie "B" estaban disponibles para el gobierno mexicano, entidades gubernamentales, banqueros mexicanos y mexicanos clientes de los bancos; el propio gobierno mexicano retuvo las acciones denominadas "Serie A", representativas del sesenta por ciento de la propiedad de los activos de los bancos mexicanos. La ley mexicana prohibía a los inversionistas extranjeros adquirir acciones Serie B".<sup>24</sup>

Sin embargo, "[d]espués de décadas de proteccionismo, México inició en 1985 la instrumentación de medidas de liberación comercial...",<sup>25</sup> y con el advenimiento de la administración de Carlos Salinas de Gortari "[l]as leyes que implementaron la privatización de los bancos mexicanos permitieron la participación extranjera minoritaria en los bancos mexicanos.<sup>26</sup> El nuevo régimen de propiedad de los

flight ... and dropping oil prices.. these factors led to a substantial devaluation ... much of the blame ... was laid at the doorstep of the private commercial banks operating in Mexico ... banking was declared an activity reserved for the Mexican state and foreign banks were excluded from establishing operations in Mexico ... The one exception granted was for Citibank, ... which was considered 'grandfathered' under Mexican law". *Op. cit.*, 183.

<sup>24</sup> ROWLEY, *op. cit.*, p. 32. Tal prohibición fue consagrada en el artículo 11 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de diciembre de 1982, atento al cual "[e]n ningún momento podrán participar en forma alguna en el capital de estas sociedades, personas físicas o morales extranjeras, ni sociedades mexicanas sin cláusula de exclusión absoluta de extranjeros. La violación a lo dispuesto por este artículo dará lugar a la pérdida del certificado o certificados de aportación patrimonial de que se trate en favor de la nación".

<sup>25</sup> ORTIZ MARTÍNEZ, Guillermo, *La reforma financiera y la desincorporación bancaria*; Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p. 167. Como indica el autor en cita, "...además de la necesidad de apoyar el programa de estabilización económica, existe otra razón para la modernización financiera, ésta es la apertura de la economía a la competencia externa. De ahí que las reformas instrumentadas en el sistema financiero se proponen incrementar la competitividad y eficiencia de los intermediarios en la asignación de recursos... la apertura del sistema financiero se concibió como una herramienta complementaria al resto de las reformas que han sido llevadas a la práctica en ese sector. Sólo enfrentando competencia externa podrían los intermediarios financieros mexicanos garantizar al sector productivo acceso a recursos financieros costeables a nivel internacional". *Ibidem*, p. 170.

<sup>26</sup> "Uno de los objetivos de la reprivatización bancaria es la apertura de la economía nacional en el ámbito internacional. Existe la posibilidad de que los grupos financieros (holdings) funciones (sic) como alianzas de los grupos del exterior para canalizar recursos y en consecuencia atraer capitales a México. Esto es consecuencia de la política implantada por el gobierno de la República. La nueva estructura del sistema financiero mexicano debería posibilitar la intervención directa de los bancos internacionales

bancos creó tres tipos de acciones en los bancos mexicanos que podían ser canjeados por acciones existentes: acciones Serie A, acciones Serie B y acciones Serie C. Las acciones Serie A representaban el cincuenta y uno por ciento de la propiedad en un banco mexicano y podían ser detentadas sólo por nacionales mexicanos y compañías tenedoras. Las acciones Serie B podían representar un máximo del cuarenta y nueve por ciento y podían ser detentadas sólo por nacionales mexicanos, compañías tenedoras mexicanas y sociedades mercantiles mexicanas. Las acciones Serie C podían representar un máximo de treinta y tres por ciento de participación y podían ser detentadas por inversionistas extranjeros".<sup>27</sup>

Aún entonces, la Ley de Inversión Extranjera fijaba limitaciones porcentuales a la participación del capital extranjero en las instituciones financieras; su artículo 7o., fracción III, disponía que en las actividades económicas y sociedades en él mencionadas la inversión extranjera podría participar en los porcentajes siguientes: III. Hasta el 49% en: e) instituciones de seguros; f) instituciones de fianzas; g) casas de cambio; h) almacenes generales de depósito; i) arrendadoras financieras; j) empresas de factoraje financiero; k) sociedades financieras de objeto limitado; l) sociedades a las que se refiere el artículo 12 bis de la Ley del Mercado de Valores, y o) administradoras de fondos para el retiro. Los límites para la participación de in-

(norteamericanos y canadienses principalmente) para poder operar con mayor libertad en México". JAIMES VELÁZQUEZ, Eduardo, "Alternativas de apertura a los servicios bancarios dentro del Tratado Trilateral de Libre Comercio" (versión resumida), documento de trabajo (1991), p. 8. En relación con ello, PERROTINI y GALINDO explican: "...NAFTA allows foreign financial firms to operate in Mexico only through subsidiaries subject to both national treatment and a gradual liberalization process ... This measure aims at assuring that Banco de México shall continuously control domestic monetary policy, which is an essential instrument for balance of payments stability when capital mobility prevails.... Foreign banks' subsidiaries would bring about an improvement of the domestic regulatory scheme; a higher degree of oligopoly in the banking sector would be thus prevented; and the efficiency loss associated with the establishment of limited subsidiaries could be overcome by the gradual liberalization scheme with greater participation of foreign banks in the long run". *Op. cit.*, p. 107.

<sup>27</sup> ROWLEY, *op. cit.*, pp. 32 y 33. Lo anterior "...con una participación proporcional en los consejos de administración, aspecto considerado como poco atractivo para los inversionistas extranjeros, por la falta de control absoluto sobre las políticas crediticias de los bancos mexicanos". VELÁZQUEZ JAIMES, *op. cit.*, p. 9.

versión extranjera señalados en ese artículo no podían ser rebasados directamente, ni a través de fideicomisos, convenios, pactos sociales o estatutarios, esquemas de piramidación, o cualquier otro mecanismo que otorgase control o una participación mayor a la que se establece, salvo por lo dispuesto en el Título Quinto<sup>28</sup> de la propia ley.

## 2. Régimen jurídico internacional a partir de la entrada en vigor del TLCAN

Todo lo anterior cambió con la negociación del TLCAN; dicho instrumento no sólo marcó la apertura mexicana del sector de servicios financieros,<sup>29</sup> amén de muchos otros, a la participación del capital extranjero, sino que además constituye la base fundamental de las subsecuentes negociaciones de acuerdos comerciales con otros Estados.<sup>30</sup> Las disposiciones de dicho tratado han sido utilizadas como el modelo a seguir en las emprendidas con: el G-3;<sup>31</sup> Costa Rica;<sup>32</sup> Bolivia;<sup>33</sup> Nicaragua;<sup>34</sup> Chile;<sup>35</sup> la Unión Europea, el Triángulo del Norte;<sup>36</sup> la Asociación Europea de Libre Comercio;<sup>37</sup> y, más recientemente, Japón.<sup>38</sup>

Por ello se refieren brevemente las disposiciones aplicables del TLCAN, en lo conducente, y a continuación se hace lo propio con las de otros instrumentos internacionales.

<sup>28</sup> Título Quinto. De la Inversión Neutra.

<sup>29</sup> "NAFTA was negotiated as a tool for gradually opening the Mexican market for North American banking". Stephen LAND, Manuel MINDREAU y Michael LANDE, *NAFTA and Financial Services: Implications for Banks, in Banking in North America, NAFTA and Beyond*, 42 (1999).

<sup>30</sup> PERROTINI y GALINDO, citando a Laura TRIGUEROS, manifiestan: "...NAFTA is mainly base don types of financial intermediaries, presumably an 'approach that is more congruent with Mexico's regulatory and supervisory practices...". *Op. cit.*, p. 107.

<sup>31</sup> *Diario Oficial de la Federación*, 9 de enero de 1995; Capítulo XII.

<sup>32</sup> *Diario Oficial de la Federación*, 10 de enero de 1995; Capítulo XIII.

<sup>33</sup> *Diario Oficial de la Federación*, 11 de enero de 1995; Capítulo XII.

<sup>34</sup> *Diario Oficial de la Federación*, 1 de julio de 1998; Capítulo XII.

<sup>35</sup> *Diario Oficial de la Federación*, 28 de julio de 1999; Capítulo 9.

<sup>36</sup> *Diario Oficial de la Federación*, 14 de marzo de 2001; Capítulo XI.

<sup>37</sup> *Diario Oficial de la Federación*, 29 de junio de 2001; Numeral III, Sección III.

<sup>38</sup> *Diario Oficial de la Federación*, 31 de marzo del 2005; Capítulo 9.

### A. TLCAN<sup>39</sup>

Por lo que respecta a la negociación del capítulo de servicios financieros de este tratado, "[e]l resultado de esta parte de la negociación fue el Capítulo Catorce<sup>40</sup> del TLCAN sobre Servicios Financieros,<sup>41</sup> el cual liberalizó la prestación de servicios transfronterizos entre los tres firmantes del TLCAN y, más específicamente, el Anexo VII(B)<sup>42</sup> del TLCAN, el cual establece las reservas y compromisos de México con respecto al establecimiento y operación en México de instituciones financieras propiedad de extranjeros".<sup>43</sup>

"Conforme al Anexo VII(B), México accedió a una apertura gradual de su sistema financiero a la inversión extranjera, con la condición que (entre otras cosas) tal inversión tendría que ser hecha a través de subsidiarias mexicanas en vez de sucursales...",<sup>44</sup> a fin de que el

<sup>39</sup> "La importancia del Tratado de Libre Comercio para el sector financiero no puede ser exagerada. El Tratado liberará de manera significativa el comercio y la inversión en materia financiera, especialmente en México, país que abrirá sus mercados financieros por primera vez en aproximadamente 50 años a intermediarios de los otros dos países de Norteamérica". ORTIZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 172-173.

<sup>40</sup> *Ibidem*, pp. 173 y 174. Como ORTIZ MARTÍNEZ explica, "[s]i bien las principales normas aplicables a los servicios financieros se contienen en el capítulo 14 del Tratado, algunas importantes disposiciones se encuentran diseminadas en otros capítulos y son aplicables a los servicios financieros cuando hay una remisión explícita en el citado capítulo 14 o, en algunos casos, cuando implícitamente se requiere. Las disposiciones en materia de servicios financieros contenidas en el TLC contienen principios o reglas aplicables a todos los países signatarios". Por su parte, PERROTINI y GALINDO exponen: "...the three fundamental asymmetries between the NAFTA members' financial systems (differential size in terms of assets and capital basis, regulation patterns and financial legislation, and difference in both quality and strength of the currencies involved) determined most of the content of NAFTA's Chapter 14...". *Op. cit.*, p. 107.

<sup>41</sup> Artículo 1401. Ámbito de aplicación. 1. El presente capítulo se refiere a las medidas adoptadas o mantenidas por una Parte relativas a: a) instituciones financieras de otra Parte; b) inversionistas de otra Parte e inversiones de esos inversionistas en instituciones financieras en territorio de la Parte; y c) el comercio transfronterizo de servicios financieros.

<sup>42</sup> "Debe destacarse, sin embargo, que los principios contenidos en las disposiciones antes referidas son susceptibles de excepciones o "reservas". Cada uno de los países enlistó en los anexos, principalmente en el anexo VII, sus "reservas" a las obligaciones del capítulo. Asimismo, en dichos anexos se incluyeron algunos compromisos específicos de cada país, los cuales van más allá de los principios generales contenidos en el capítulo 14". ORTIZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 174.

<sup>43</sup> ROGERS y ZUBIKAIRI, *op. cit.*, p. 14.

<sup>44</sup> *Idem*.

gobierno mexicano pudiera ejercer su *imperium* sobre dichas instituciones.<sup>45</sup>

El artículo relevante a estos efectos es el 1403, cuyo texto es del tenor siguiente:

Artículo 1403. Derecho de establecimiento de instituciones financieras.

1. Las Partes reconocen el principio de que a un inversionista de otra Parte se le debería permitir establecer una institución financiera en territorio de una Parte con la modalidad jurídica que elija tal inversionista.

2. Las Partes también reconocen el principio de que a un inversionista de otra Parte se le debería permitir participar ampliamente en el mercado de una Parte mediante la capacidad que tenga tal inversionista para:

a) prestar, en territorio de esa Parte, una gama de servicios financieros, mediante instituciones financieras distintas, tal como lo requerirá esa Parte.

b) expandirse geográficamente en territorio de esa Parte.

c) ser propietario de instituciones financieras en territorio de esa Parte sin estar sujeto a requisitos específicos de propiedad establecidos para las instituciones financieras extranjeras.

3. Sujeto a lo dispuesto en el Anexo 1403.3, y en el momento en que Estados Unidos permita a los bancos comerciales de otra Parte ubicados en su territorio, expandirse a sustancialmente en todo el mercado estadounidense a través de subsidiarias o sucursales,<sup>46</sup> las Partes revisarán y evaluarán el acceso a mercado otorgado por cada una de ellas en relación con los principios establecidos en los párrafos 1 y 2, con miras a adoptar acuerdos que permitan a inversionistas de otra Parte elegir la modalidad jurídica para el establecimiento de bancos comerciales.

<sup>45</sup> Véase *supra*, p. 4, nota al pie 8.

<sup>46</sup> ORTIZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 176; “[l]as partes se comprometieron a llevar a cabo negociaciones sobre la posibilidad de permitir el establecimiento en su territorio de sucursales de bancos de los otros países signatarios, siempre y cuando los Estados Unidos permitan en su legislación la expansión geográfica de los bancos nacionales y extranjeros a todo lo largo y ancho de aquel país, lo cual hoy no está permitido”.

4. Cada una de las Partes permitirá establecer en su territorio una institución financiera al inversionista de otra Parte que no sea propietario ni controle una institución financiera en territorio de esa Parte. Una Parte podrá:

a) Exigir a un inversionista de otra Parte que constituya, conforme a la legislación de la Parte,<sup>47</sup> cualquier institución financiera que establezca en territorio de la Parte.

b) Imponer, para dicho establecimiento, términos y condiciones que sean compatibles con el Artículo 1405, “Trato nacional”.

5. Para efectos de este artículo, “inversionista de otra Parte” significa un inversionista de otra Parte dedicado al negocio de prestar servicios financieros<sup>48</sup> en territorio de esa Parte.

En este punto conviene señalar que el último numeral del dispositivo transcrito no comprende reglas de origen en cuanto al capital con el que se hubiera constituido dicho inversionista, pero sí en cuanto al lugar de constitución del mismo. Esto debido a que “[l]a regla (de origen) acordada por Estados Unidos y México es la del lugar de constitución. Esto significa que las instituciones financieras controladas por inversionistas de países no signatarios, podrán beneficiarse del TLC si cuentan con una empresa subsidiaria en algún país signatario. Con base en lo anterior se espera que instituciones financieras de Europa y Asia participen también en este proceso, y se establezcan en México”.<sup>49</sup>

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 173; “...la incursión de intermediarios extranjeros en el mercado mexicano debía realizarse con apego al marco legal vigente, esto es, respetando la estructura y las principales reglas de operación que se aplican a los intermediarios nacionales. Hubiera sido muy inconveniente que junto con la entrada a México de empresas financieras de otros países se importaran estructuras y prácticas ajenas al desarrollo histórico del sistema financiero mexicano. Por esta razón, uno de los principales puntos de acuerdo sobre la apertura a ser negociada en el Tratado de Libre Comercio fue respetar las formas organizativas de cada uno de los tres países que participaron en dichas negociaciones”.

<sup>48</sup> *Ibidem*, *op. cit.*, p. 176; “...son sólo elegibles para obtener los beneficios de accesos al mercado que otorga el TLC en material financiera, aquellas empresas que se dedican a la intermediación financiera en su país de origen”.

<sup>49</sup> BORJA, Fernando, *op. cit.* Sobre el particular, ORTIZ MARTÍNEZ expone que “[l]os beneficios que otorga el TLC en materia de servicios financieros podrán ser disfrutados, en general, por cualquier ciudadano, residente o empresa constituida conforme a las leyes

De tal manera, "...aunque el propósito del TLCAN era beneficiar primordialmente a los inversionistas de sus tres países signatarios, el acuerdo permitió a instituciones basadas fuera de América del Norte tomar ventaja de las disposiciones sobre la apertura de mercados en México siempre y cuando utilizaran subsidiarias operativas organizadas conforme a las leyes de los Estados Unidos o de Canadá como vehículos para su inversión en México".<sup>50</sup>

Por ejemplo, "...Puerto Rico ha sido tenido como calificado para propósitos del TLCAN. El control de cualquiera de tales bancos por un banco o institución financiera de un país del TLCAN no es un factor para propósitos mexicanos. Así, una entidad financiera portorriqueña, con facultades limitadas para llevar a cabo actividades bancarias en los Estados Unidos, que a su vez es propiedad de un banco español o alemán, calificaría como un inversionista del TLCAN para propósitos mexicanos. Un inversionista bajo el TLCAN debe estar constituido y autorizado para operar en el territorio de dicha Parte del TLCAN;<sup>51</sup> sin embargo, sus accionistas no requieren ser nacionales de esa Parte del TLCAN. Por ejemplo, una subsidiaria estadounidense de un banco alemán calificaría como un inversionista estadounidense aunque una sucursal de un banco alemán no calificaría así".<sup>52</sup>

Ahora bien, por cuanto hace al referido Anexo VII, relativo a reservas, compromisos específicos y otros, el mismo comprende tres

de cualquiera de los tres países signatarios. La regla de origen acordada para servicios financieros implica que aquellas instituciones financieras de otros países no signatarios que cuenten con empresas subsidiarias establecidas en cualquiera de los países partes, podrían tener acceso a los otros países de Norteamérica a través de tales empresas subsidiarias. Cabe notar, sin embargo, que Canadá se reservó el derecho de negar tales beneficios a cualquier entidad que no esté controlada, en última instancia, por personas de alguno de los países signatarios". *Op. cit.*, pp. 177-178.

<sup>50</sup> ROGERS y ZUBIKAIRI, *op. cit.*, p. 15. Sobre el particular, Federico NUÑEZ GONZÁLEZ explica: "...si se adoptara una regla más flexible, podrían extenderse los beneficios del Tratado a sociedades de países que no han otorgado concesiones correlativas puesto que no son parte del mismo". *Op. cit.*, p. 34.

<sup>51</sup> Lo cual es congruente con la disposición del artículo 1403(5) del TLCAN. Énfasis propio.

<sup>52</sup> HEATHER, Thomas S., *Banking Regulation in Mexico and the Treatment of Foreign Banks. The Regulation of Foreign Banks, The United States and International*, Michael Gruson y Ralph Reisner (eds.), 2001, Matthew Binder, Nueva York, vol. 2, p. 39.

listas, una por cada signatario al tratado, las cuales a su vez se subdividen en Secciones señaladas como A, B y C. La Sección A señala las reservas formuladas por esa Parte, conforme al artículo 1409(1),<sup>53</sup> "Servicios Financieros", respecto a las medidas que no estén conformes con las obligaciones estipuladas por diversos dispositivos, entre ellos el artículo 1403; la Sección B señala las reservas formuladas por una Parte, de conformidad con el artículo 1409(2),<sup>54</sup> respecto a las medidas que la Parte podrá adoptar o mantener, las cuales no estén conformes con las obligaciones estipuladas por otros tantos dispositivos, que también comprenden al artículo 1403. Finalmente, la Sección C dispone los compromisos para liberalizar las medidas tomadas por la Parte correspondiente de conformidad con el artículo 1409(3).<sup>55</sup>

Al respecto debe resaltarse que "[l]as reservas de México requieren que los inversionistas extranjeros que soliciten la entrada al mercado mexicano de servicios financieros hayan prestado previamente servicios financieros similares en el país de origen del inversionista extranjero".<sup>56</sup> Esto será objeto de mayores comentarios con posterioridad.

<sup>53</sup> Artículo 1409: Reservas y compromisos específicos.

1. Los artículos 1403 a 1408 no se aplican a:

(a) cualquier medida disconforme existente que sea mantenida por:

(i) una de las Partes a nivel federal, según lo indicado en la Sección A de su lista en el Anexo VII,

(ii) un estado o provincia, para el periodo que termina en la fecha especificada en el Anexo 1409.1 respecto de ese estado o provincia, y en adelante como lo estipule la Parte en la Sección A de su lista al Anexo VII conforme con el Anexo 1409.1; o

(iii) un gobierno local;

(b) la continuación o pronta renovación de cualquier medida disconforme a que se refiere el inciso (a); o

(c) cualquier modificación a una medida disconforme a que se refiere el inciso (a) en tanto dicha modificación no reduzca la conformidad de la medida con los artículos 1403 a 1408, tal y como la propia medida estaba en vigor inmediatamente antes de la modificación.

<sup>54</sup> 2. Los artículos 1403 a 1408 no se aplican a ninguna medida disconforme que una Parte adopte o mantenga de acuerdo con la Sección B de su lista del Anexo VII.

<sup>55</sup> 3. La Sección C de la lista de cada una de las Partes en el Anexo VII establece ciertos compromisos específicos de esa Parte.

<sup>56</sup> ROWLEY, *op. cit.*, p. 35.

### B. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)

La preeminencia del TLCAN como el primer acuerdo de libre comercio suscrito por nuestro país, sumado a que "...es el primer tratado internacional celebrado por México, que incluye la prestación de servicios financieros y la inversión en este sector",<sup>57</sup> parece haber distraído la atención del hecho que otra de las características de la apertura financiera es que "[n]o se limitará a las instituciones financieras de Estados Unidos y Canadá. Otros instrumentos internacionales, como los códigos de liberación de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) y el acuerdo de libre comercio entre México, Colombia y Venezuela (G-3), contienen disposiciones en materia de servicios financieros que se traducirán en mayor apertura en el mediano plazo".<sup>58</sup>

Mediante la suscripción de la Convención de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, México se incorporó como miembro de dicha Organización a partir del 18 de mayo de 1994. Su

<sup>57</sup> BORJA, Fernando, *op. cit.*

<sup>58</sup> *Idem.* En tal sentido, Motivos de las reformas a la ley para regular las agrupaciones financieras (Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, Ley de Instituciones de Crédito, Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, Ley del Mercado de Valores, Ley de Sociedades de Inversión, Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros y Ley Federal de Instituciones de Fianzas de 14 de diciembre de 1993, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 23 de diciembre de 1993): "Sin embargo, la apertura financiera de nuestro país no debe limitarse a los Estados Unidos de América y Canadá, sino que debe hacerse extensiva a otros países con los que México suscriba tratados para liberar el comercio. Ello permitirá aumentar la competencia a la que se sujetará a los propios intermediarios del extranjero y beneficiarnos de la tecnología existente en otros mercados. Además del TLC, existen otros instrumentos internacionales a través de los cuales México podrá negociar la liberalización de los servicios financieros, entre los que destacan: el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios ("GATS"), propuesto dentro de las negociaciones de la ronda de Uruguay del Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Tarifas; los Códigos de Liberalización de Transacciones Corrientes Invisibles y de Movimiento de Capital de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico ("OCDE"), y otros acuerdos internacionales, como el que actualmente se negocia con Venezuela y Colombia. De lo anterior surge la conveniencia de que la reforma a la legislación financiera establezca un marco general que sirva de base para futuras liberalizaciones en este sector" [http://www.cnbv.gob.mx/recursos/LRAF\\_2003.doc](http://www.cnbv.gob.mx/recursos/LRAF_2003.doc).

mención es relevante para los fines de este trabajo puesto que el Decreto de promulgación de la misma contiene una disposición que parece haber sido poco tomada en cuenta, relativa al establecimiento de filiales de Instituciones Financieras del Exterior en territorio nacional.

Tal disposición es la contenida en la Manifestación Tercera<sup>59</sup> del Decreto de Promulgación de la referida Convención, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de julio de 1994, en adición a la cual es necesario mencionar el artículo Sexto Transitorio del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley de Instituciones de Crédito y de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 4 de junio de 2001, conforme al cual, a partir del día 5 de junio de 2001 y de conformidad con lo establecido en dicha Manifestación, México extenderá los beneficios de las medidas de liberalización que el Tratado de Libre Comercio de América del Norte prevé en relación con el establecimiento de y la inversión directa en instituciones financieras domiciliadas en el territorio de algún miembro de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos.

Esto es que "México celebró un tratado con la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) que incluye un Código de Liberalización de Movimientos de Capital (el Código). Conforme a los términos del Código, los inversionistas domiciliados en países del tratado pueden hacer inversiones en México de manera

<sup>59</sup> México se compromete con los objetivos del Código de Liberalización de Operaciones Corrientes Invisibles y del Código de Liberalización de Movimientos de Capital y está preparado para aceptar los derechos, obligaciones y compromisos que se derivan de ellos. México propone formular reservas, de conformidad con el párrafo (b) del artículo 2 de cada Código. El contenido de estas reservas se encuentra en los Anexos II y III a la presente Declaración. México una vez Miembro de la Organización extenderá a todos los países de la OCDE las disposiciones del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN) que liberan el establecimiento de y, la inversión directa en especialistas bursátiles, sociedades de inversión, sociedades operadoras de sociedades de inversión, instituciones de fianzas, almacenes generales de depósito y casas de cambio. Asimismo, México, en un periodo que no se extenderá más allá de principios de 1998, revisará el trato al establecimiento de, y la inversión directa en otras instituciones financieras en las que las limitaciones de acciones en el mercado se aplican bajo el TLCAN y considerará extender los beneficios de las medidas de liberalización que el TLCAN prevé en relación a tales instituciones, a los miembros de la OCDE.

similar a las disposiciones del TLCAN. Al momento de firma del tratado con la OCDE, México hizo una cantidad de reservas que incorporan al tratado las limitaciones a la inversión extranjera arriba descritas. México se encuentra en proceso de aprobar una reforma propuesta que modificará tales reservas y extenderá el trato del TLCAN a los bancos domiciliados en países miembros de la OCDE".<sup>60</sup>

Al respecto debe tenerse en cuenta que México se encontraba inmerso en un amplio proceso de liberalización y apertura, y que la OCDE "...ha tenido la vocación de ayudar a sus países Miembros a promover la liberalización del comercio internacional de bienes y servicios y la libertad progresiva de los movimientos de capitales. Este objetivo se dispone en la Convención de la OCDE<sup>61</sup> y encuentra su expresión concreta —en relación con los servicios y movimientos de capital— en los gemelos Códigos de Liberalización de Operaciones Invisibles Corrientes y Movimientos de Capital".<sup>62</sup>

"Los Códigos de Liberalización de la OCDE tienen la jerarquía legal de una Decisión de la OCDE, que es vinculante para todos los

<sup>60</sup> Heather, Thomas S., *op. cit.*, p. 41.

<sup>61</sup> Artículo I. La Organización de Cooperación y de Desarrollo Económicos (llamada en adelante la Organización) tiene como objetivos el promover políticas destinadas a:

a) realizar la más fuerte expansión posible de la economía y del empleo y a un aumento del nivel de vida en los países miembros, manteniendo la estabilidad financiera y a contribuir así al desarrollo de la economía mundial;

b) contribuir a una sana expansión económica en los países miembros y en los no miembros en vías de desarrollo económico;

c) contribuir a la expansión del comercio mundial sobre una base multilateral y no discriminatoria, conforme a las obligaciones internacionales.

Artículo II. En la persecución de esos objetivos, los miembros convienen que tanto en forma individual, como conjunta:

c) perseguirán políticas diseñadas para lograr el crecimiento económico y la estabilidad financiera interna y externa y para evitar que aparezcan situaciones que pudieran poner en peligro su economía o la de otros países;

d) continuarán los esfuerzos por reducir o suprimir los obstáculos a los intercambios de bienes y de servicios y a los pagos corrientes y por mantener y extender la liberalización de los movimientos de capital; texto oficial en español de la Convención de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, visible en la página web de la Secretaría de Relaciones Exteriores, [www.sre.gob.mx](http://www.sre.gob.mx).

<sup>62</sup> "Introduction to the OECD Codes of Liberalization of Capital Movements and Current Invisible Operations". Organization for Economic Co-Operation and Development, París, 1995. Prefacio, p. 3.

Miembros. En consecuencia, se espera que los Miembros tomen los pasos que sean necesarios para asegurar que las obligaciones aceptadas sean honradas".<sup>63</sup>

Las disposiciones relevantes a los presentes efectos se contienen en el Anexo II al Anexo A del Código de Liberalización de Operaciones Invisibles Corrientes, que contempla las Condiciones para el Establecimiento y Operación de las Sucursales, Agencias, etcétera, de Inversionistas no Residentes en el Sector Bancario y de Servicios Financieros, las cuales son del siguiente tenor.

#### General

1. Las leyes, reglamentos y prácticas administrativas deberán asegurar trato equivalente al de empresas nacionales y de sucursales o agencias de empresas no residentes operando en el campo de servicios bancarios o financieros (incluyendo correduría de valores) para que el establecimiento de sucursales y agencias de empresas no residentes no deba ser sujeto a requisitos más onerosos que aquellos aplicables a empresas nacionales.

#### Autorizaciones

2. Donde el establecimiento de bancos, instituciones de crédito, firmas de valores, u otras empresas financieras sea hecho sujeto a autorizaciones:

- a) Las autoridades competentes deberán poner a disposición de cada empresa no residente que solicite la autorización un manifiesto escrito que disponga por completo y con precisión los documentos e información que el solicitante deba proporcionar con el propósito de obtener la autorización, y deberá asegurar que cualesquiera procedimientos que deban seguirse con

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 9. Artículo 5(a) de la Convención de la OCDE: "Con el fin de alcanzar sus objetivos la organización puede: a) tomar decisiones que, salvo dispuesto de otra forma, serán obligatorias para todos los miembros".

anterioridad de la presentación de la solicitud sean explícitos y expeditos.

- b) Donde en adición a requisitos legales, financieros, contables y técnicos (requerimientos concernientes a la forma de la empresa, calificación de directores o administradores, etcétera) la autorización también se encuentre sujeta a otros criterios, las autoridades competentes deberán informar a las empresas solicitantes de tales criterios al momento de la solicitud y deberán aplicar estos criterios de la misma manera tanto a las empresas nacionales como a las no residentes.
- c) Las autoridades competentes deberán decidir sobre cada solicitud de autorización de una empresa no residente a más tardar seis meses a partir de la fecha en que la solicitud fuere completada en todo respecto y deberán, sin mayor dilación, notificar a la empresa de sus decisiones.
- d) Donde las autoridades competentes pidan a una empresa no residente modificaciones a una solicitud de autorización completada, deberán informar a la empresa de las razones por las que busquen tales modificaciones y deberán hacerlo bajo las mismas condiciones que para las empresas nacionales.
- e) Donde una solicitud de autorización hecha por una empresa no residente sea rechazada, las autoridades competentes deberán aconsejar a la empresa de las razones de tal decisión y hacerlo bajo las mismas condiciones que para una empresa nacional.
- f) Donde la autorización sea rechazada, o donde las autoridades competentes no hayan tratado con una solicitud al expirar el periodo de seis meses previsto por el sub-párrafo c) anterior, las empresas no residentes deberán tener el mismo derecho de apelación que las empresas nacionales.

#### Consideraciones prudenciales

Las leyes nacionales, reglamentos y prácticas administrativas necesarias para asegurar la salud de los sistemas financieros o para proteger a los depositantes, ahorradores y otros reclamantes no deberán impedir el establecimiento de sucursales o agencias de empresas no residentes bajo términos y condiciones equivalentes a los aplicables

para empresas nacionales que operen en el campo de los servicios bancarios o financieros.

#### Requisitos financieros para el establecimiento

- a) Donde se impongan requisitos financieros de cualquier clase para el establecimiento de una sucursal o agencia de una empresa no residente para involucrarse en servicios bancarios o financieros, el monto total de tales requisitos financieros no deberá ser mayor que el que sea requerido a una empresa nacional para involucrarse en actividades similares.
- b) Cualquier requisito financiero podrá ser satisfecho mediante pago en la divisa del país huésped.
- c) Cualquier requisito financiero podrá ser aplicado a más de una sucursal o agencia de una empresa no residente, pero el total de los requisitos financieros a ser provistos por todas las sucursales y agencias de la misma empresa no residente no deberá ser mayor que aquél que le sea requerido a una empresa nacional para involucrarse en actividades similares.
- d) Cuando sea que una razón u otra medida sea usada para fines prudenciales u otros, por ejemplo, para asegurar la liquidez, solvencia o posición cambiaria de una sucursal o agencia de una empresa no residente, se deberá tomar en cuenta el monto total de cualesquiera requisitos financieros que hayan sido cumplidos en el establecimiento de tales sucursales o agencias y de cualesquiera contribuciones de la misma naturaleza que hayan sido provistas en exceso de tales requisitos.
- e) Cuando sea que una medida por razón sea usada para propósitos prudenciales u otros, la razón aplicada a las sucursales o agencias de empresas no residentes deberán ser no menos favorables que aquéllas que se apliquen a empresas nacionales, y no deberán diferir en cualquier modo que en el reemplazo de capital pagado por empresas locales en la cantidad de cualesquiera requisitos financieros que hayan sido satisfechos en el establecimiento de sucursales o agencias de empresas no residentes y de cualquier contribución de la misma naturaleza que haya sido provista en exceso de tales requerimientos.

- f) Cualesquiera otras medidas usadas para propósitos prudenciales o cualesquiera otros deberá ser no menos favorable para las sucursales y agencias de empresas no residentes que para empresas nacionales.

E/2 Servicios bancarios y de inversión. Observación: La reserva se aplica a la prestación de servicios bancarios y de inversión por no residentes en México.

Anexo IV. Excepciones al trato nacional que se proponen establecer conforme la tercera decisión revisada del consejo sobre trato nacional

#### I. Inversión por sociedades de control extranjero

Instituciones financieras: La inversión no está permitida, excepto en:

- a) La posesión de hasta el 30% de las acciones ordinarias de sociedades controladoras de agrupaciones financieras, instituciones de crédito de banca múltiple y previa autorización, casas de bolsa y especialistas bursátiles.
- b) La posesión de hasta el 49% de las acciones ordinarias en sociedades financieras de objeto limitado, sociedades de manejo de cartera de valores y sociedades operadoras de sociedades de inversión y, previa autorización, en instituciones de seguros, arrendadoras financieras, empresas de factoraje financiero, almacenes generales de depósito, instituciones de fianzas y casas de cambio y hasta el 49% del capital fijo de sociedades de inversión.
- c) La posesión de hasta el 100% de las acciones ordinarias en sociedades de información crediticia e instituciones calificadoras de valores, previa autorización.
- d) La posesión de por lo menos el 99% de las acciones ordinarias en una sucursal del siguiente tipo: instituciones de finanzas, almacenes generales de depósito, casas de cambio, especialistas bursátiles y sociedades operadoras de sociedades de inversión y de capital fijo en sociedades de inversión por instituciones financieras extranjeras dedicadas al mismo tipo general de

actividades, previa autorización. La adquisición por instituciones financieras extranjeras de otras instituciones financieras establecidas en México está sujeta a autorización. Las filiales de intermediarios financieros extranjeros establecidas en México no están autorizadas a abrir subsidiarias, agencias o sucursales en otro país. Hasta el 1o. de enero de 2000 las filiales de instituciones financieras extranjeras no están autorizadas a emitir deuda subordinada, con excepción de obligaciones adquiridas por la empresa matriz (fundamento legal: LIE; Ley de Instituciones de Crédito; Ley para Regular las Agrupaciones Financieras; Ley del Mercado de Valores; Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito; Ley Federal de Instituciones de Fianzas; Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros; Ley de Sociedades de Inversión).

De tal manera, aun en ausencia de un tratado de libre comercio o de asociación económica con miembros de la OCDE con los que no se ha suscrito un instrumento internacional por virtud del cual se permita el establecimiento de filiales, tales como Australia, Nueva Zelanda, Japón y Corea, es dable para los inversionistas de dichas naciones establecer directamente una presencia comercial en el sector de los servicios financieros en México, sin tener que recurrir a una subsidiaria establecida en el territorio de alguno de nuestro socios comerciales como vehículo para efectuar dicha inversión.

*C. Acuerdo de asociación económica, concertación política y cooperación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y los Estados Unidos Mexicanos, por otra (TLCUE)*

Como es sabido, el TLCUE, vigente a partir del 1o. de octubre de 2000, es, básicamente, una estructura que se va desarrollando conforme lo disponen las decisiones<sup>64</sup> del Consejo Conjunto creado por

<sup>64</sup> Artículo 47. El Consejo conjunto, a efectos de alcanzar los objetivos del presente Acuerdo, estará facultado para tomar decisiones en los casos previstos en el Acuerdo. Las

virtud del artículo 45 de dicho tratado. Así pues, el artículo relevante del TLCUE es el siguiente:

#### Artículo 16. Servicios financieros

1. Las Partes se comprometen a establecer una cooperación en el sector de los servicios financieros de conformidad con su legislación, sus reglamentos y políticas y con las normas y disciplinas del AGCS, teniendo en cuenta su interés mutuo y sus objetivos económicos a largo y a mediano plazo.
2. Las Partes convienen en trabajar juntas, bilateral y multilateralmente, para aumentar su entendimiento y conocimiento mutuo sobre sus respectivos entornos comerciales y para realizar intercambios de información sobre reglamentos financieros, supervisión y control financieros y demás aspectos de interés común.
3. Esta cooperación tendrá, en particular, el objetivo de fomentar el mejoramiento y la diversificación de la productividad y la competitividad en el sector de los servicios financieros.

El dispositivo que desarrolla al artículo que antecede es el artículo 12 de la Decisión del Consejo Conjunto, relativo al establecimiento de proveedores de servicios financieros, mismo que dispone:

1. Cada Parte permitirá a los proveedores de servicios financieros de la otra Parte establecer una presencia comercial en su territorio.
2. Cada Parte podrá requerir a los proveedores de servicios financieros de la otra Parte constituirse conforme a su legislación o imponer términos y condiciones al establecimiento que sean compatibles con las demás disposiciones de este capítulo.
3. Ninguna Parte podrá adoptar nuevas medidas relativas al establecimiento y operación de proveedores de servicios financieros de la otra Parte, que sean más discriminatorias que las que apliquen a la fecha de entrada en vigor de esta Decisión.
4. Ninguna Parte podrá mantener ni adoptar las medidas siguientes:
  - a) Limitaciones al número de proveedores de servicios financieros, ya sea en forma de contingentes numéricos, monopolios o proveedores exclusivos

decisiones que se adopten tendrán carácter vinculante para las Partes, que tomarán las medidas necesarias para ejecutarlas. El Consejo conjunto podrá también hacer las recomendaciones pertinentes. Las decisiones y recomendaciones se adoptarán previo acuerdo entre las dos Partes.

de servicios financieros, o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas.

- b) Limitaciones al valor total de los activos o transacciones de servicios financieros en forma de contingentes numéricos, o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas.
- c) Limitaciones al número total de operaciones de servicios o a la cuantía total de la producción de servicios, expresadas en unidades numéricas designadas, en forma de contingentes o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas.
- d) Limitaciones al número total de personas físicas que puedan emplearse en un determinado sector de servicios financieros o que un proveedor de servicios financieros pueda emplear y que sean necesarias para el suministro de un servicio específico y estén directamente relacionadas con él, en forma de contingentes numéricos o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas.
- e) Limitaciones a la participación del capital extranjero expresadas como límite porcentual máximo a la tenencia de acciones por extranjeros, o como valor total de las inversiones extranjeras individuales o agregadas.

### 3. Legislación financiera

“Cada una de estas leyes<sup>65</sup> ahora contiene un capítulo de “filiales” o “Sociedades Controladoras filiales” de Instituciones Financieras del Exterior,<sup>66</sup> prescribiendo las reglas para la inversión de tales instituciones en sus bancos mexicanos subsidiarios o Sociedades Controladoras filiales”.<sup>67</sup> Las disposiciones aplicables de dichos capítulos son fundamentalmente similares, de manera que a continuación se esboza brevemente su contenido general, tan sólo en su aspecto transaccional, obviando de tal manera las disposiciones relativas a los asuntos corporativos de las filiales.

Por principio, para invertir en el capital social de una filial, la institución financiera del exterior deberá realizar, en el país en el que

<sup>65</sup> Véase *supra* p. 4, nota al pie 7; si bien el autor en cita solamente refiere en su texto a la LIC y LRAF, con la instrumentación de reformas legislativas en fechas posteriores a la publicación del texto citado, esta afirmación ha devenido en aplicable a los ordenamientos referidos en la mencionada nota al pie.

<sup>66</sup> *Loc. cit.*, nota al pie 9.

<sup>67</sup> ROGERS y ZUBIKAIRI, *op. cit.*, p. 15.

esté constituida, directa o indirectamente, de acuerdo con la legislación aplicable, el mismo tipo de operaciones que la filial de que se trate esté facultada para realizar en México, de conformidad con lo que señalen la ley de la materia y las Reglas,<sup>68</sup> puesto que entre las características de la apertura financiera se cuenta la de ser "...exclusiva para instituciones financieras del exterior que presenten el mismo tipo de servicios financieros en su lugar de origen",<sup>69</sup> salvo por el caso de filiales en cuyo capital participe una Sociedad Controladora Filial, de conformidad con la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras y las Reglas.<sup>70</sup> Esto último se debe, naturalmente, a que una Sociedad Controladora no tiene por objeto la prestación de servicios financieros<sup>71</sup> como los que las entidades integrantes del grupo presten, o servicios relacionados con éstos.<sup>72</sup>

Conviene señalar que el requisito mencionado se orienta a garantizar que el inversionista, ya sea una IFE o una Sociedad Relacionada, cuenta en su país de origen con la suficiente experiencia técnica, administrativa y financiera en la prestación de servicios como los que pretende ofrecer en México para asegurar la correcta operación de la filial, restringiendo así la base de sujetos que podrían aspirar a que les sea autorizada la conversión o el establecimiento de una sociedad con tal carácter.<sup>73</sup>

<sup>68</sup> Disposición que desarrolla el requisito contenido en el ya mencionado artículo 1403(5) del TLCAN.

<sup>69</sup> BORJA, Fernando, *op. cit.*

<sup>70</sup> Artículos 45-E LIC; 163 LMV; 66 LSI (sin contemplar el supuesto de la participación de una Sociedad Controladora Filial); 45-bis-5 LGOAAC; 33-E LGISMS, y 15-E LFIF.

<sup>71</sup> Artículo 16. La sociedad controladora a que se refiere el artículo anterior, tendrá por objeto adquirir y administrar acciones emitidas por los integrantes del grupo. En ningún caso la controladora podrá celebrar operaciones que sean propias de las entidades financieras integrantes del grupo.

<sup>72</sup> LRAF, artículo 8, *in fine*: "En ningún caso podrán realizarse operaciones propias de las entidades financieras integrantes del grupo a través de las oficinas de la controladora", y Reglas Generales para la Constitución y Funcionamiento de Grupos Financieros, Regla Décima Octava: "A la Controladora le estará prohibido: III. Efectuar trámites o gestión alguna sobre las operaciones de las entidades financieras".

<sup>73</sup> "This is designed to balance the American restrictions against multipurpose financial institutions. Unlike full service Mexican banks, American banks cannot engage in such varied operations as brokerage, insurance, etc." Véase Lande *et al.*, *op. cit.*, 40.

El capital social de las filiales estará integrado por acciones de la serie "F", que representarán cuando menos el cincuenta y uno por ciento de dicho capital.<sup>74</sup> El cuarenta y nueve por ciento restante del capital social podrá integrarse indistinta o conjuntamente por acciones serie "F" y "B".

Las acciones de la serie "F" solamente podrán ser adquiridas por una Sociedad Controladora Filial o, *directa o indirectamente*, por una institución financiera del exterior,<sup>75</sup> salvo en el caso a que se refiere el último párrafo del artículo 45-H,<sup>76</sup> tratándose de acciones representativas del capital social de las instituciones de banca múltiple filiales.

Es precisamente en este punto, es decir, en la adquisición directa o indirecta de las acciones serie "F" por parte de una IFE, que la figura de la Sociedad Relacionada hace su aparición. No obstante lo anterior y toda vez que en ello consiste la materia del presente estudio, en este momento tan sólo se le señala así, para abundar al respecto con posterioridad.

Las acciones serie "F" representativas del capital social de una filial, únicamente podrán ser enajenadas previa autorización de la SHCP. Salvo en el caso en que el adquirente sea una institución financiera del exterior, una Sociedad Controladora filial o una filial, para llevar a cabo la enajenación deberán modificarse los estatutos sociales de la filial<sup>77</sup> cuyas acciones sean objeto de la operación.

<sup>74</sup> Previo a las reformas efectuadas en 1995, a raíz de la crisis financiera de la época, el requerimiento era que dichas acciones representaran el noventa y nueve por ciento del capital social de la filial.

<sup>75</sup> Artículo 45-G LIC; 165 LMV; 45-bis-7 LGOACC; 33-G LGISMS (en el caso de las instituciones de seguros, la serie "E" sustituye a la "F", y la "M" a la "B"); 15-G LFIF, y 27-H LRAF.

<sup>76</sup> Artículo 45-H LIC. No se requerirá autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público ni modificación de estatutos cuando la transmisión de acciones sea, en garantía o propiedad, al Fondo Bancario de Protección al Ahorro.

<sup>77</sup> Artículos 45-H LIC; 168 LMV; 69 LSI; 45-bis-8 LGOAAC; 33-H LGISMS; 15-H LFIF y 27-I de la LRAF. Anticipando la exposición sobre la naturaleza y función de la Sociedad Relacionada, es conveniente resaltar sobre este particular que, no obstante el principio general contenido en el artículo 11 del Código Civil Federal, atento al cual las leyes que establecen excepción a las reglas generales, no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes, la excepción de tal manera dispuesta es igualmente aplicable al caso en que una Sociedad Relacionada sea quien realice

Cuando el adquirente sea una institución financiera del exterior, una Sociedad Controladora Filial o una filial, para que la SHCP<sup>78</sup> pueda autorizarles la adquisición de acciones representativas del capital social de una o más instituciones financieras, deberán adquirir acciones que representen cuando menos el cincuenta y uno por ciento del capital social,<sup>79</sup> deberán modificarse los estatutos de la institución adquirida (supuesto de conversión a filial),<sup>80</sup> y, en el caso que la adquisición la lleve a cabo una filial de la misma clase que la institución adquirida, fusionarse con ésta.<sup>81</sup>

la adquisición, por dos motivos: (i) el dispositivo en cuestión establece que tal excepción será aplicable para los casos en que la IFE adquiera las acciones serie "F" de la filial, lo cual atento al artículo 45-G puede hacerse en forma directa, supuesto que no presenta discusión alguna, o indirectamente, que es precisamente la función de la Sociedad Relacionada, de manera que cuando una Sociedad Relacionada efectúe la adquisición mencionada se considerará que la misma es hecha por la IFE, afirmación que encuentra sustento en el párrafo segundo de la Primera de las Reglas, conforme al cual para los propósitos de las mismas, se considera que una institución financiera del exterior participa en el capital de una filial o de una Sociedad Controladora Filial, cuando la inversión la efectúe una Sociedad Relacionada, y (ii) toda vez que, conforme a lo anterior, una IFE ya participa mayoritariamente en el capital social de la filial, la modificación de estatutos ya ha sido efectuada, de manera que no tiene caso llevarla a cabo nuevamente, por lo cual en tal supuesto la obligación de modificación estatutaria carece de objeto y por lo tanto de sentido. En cuanto a modificaciones estatutarias de las instituciones de banca múltiple, es importante tomar en cuenta lo dispuesto por las disposiciones de carácter general que establecen la información y documentación que deberán presentar las instituciones de banca múltiple e instituciones de banca múltiple filiales, al solicitar la aprobación de su escritura constitutiva y modificaciones a la misma, publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de noviembre de 2005.

<sup>78</sup> O la Comisión Nacional Bancaria, en el caso de las Sociedades de Inversión.

<sup>79</sup> "...the most significant change regarded foreign affiliates. The minimum requirement of capital to be owned by a foreign entity in its Mexican affiliate was reduced from 99 percent to 51 percent". Lande *et al.*, *op. cit.*, 46.

<sup>80</sup> Artículos 45-H y 45-I, fracción I, LIC; 167 LMV; 68 y 70, fracción I, LSI; 45-bis-8 LGOAAC; 33-H y 33-I LGISMS; 15-H y 15-I LFIF; así como 27-I y 27-J LRAF.

<sup>81</sup> En el caso de Instituciones de Crédito y Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito; véanse artículos 45-H y 45-I LIC, así como 45-bis-9, fracción IV, LGOAAC. Conviene destacar que la fracción III del último dispositivo citado conserva la limitación, ya derogada del segundo artículo referido de la LIC (*Diario Oficial de la Federación* del 4 de junio de 2001), consistente en que cuando una institución financiera del exterior o una Sociedad Controladora Filial ya sea propietaria de acciones representativas del capital social de una filial del mismo tipo que la(s) adquirida(s), deberá fusionarlas a efecto de controlar solamente una filial del mismo tipo. Dicha limitante subsiste además en el texto de la fracción III del artículo 27-J de la LRAF y en el de la Décima de las Reglas, no

#### 4. Reglas para el establecimiento de filiales de instituciones financieras del exterior

Dichas Reglas, redactadas por el Comité de Apertura Financiera a fin de desarrollar las disposiciones relacionadas en el apartado anterior y publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* del 21 de abril de 1994, crearon la figura de la Sociedad Relacionada, con la cual se permite que la solicitud para establecer una filial no necesariamente se efectúe por la IFE que realiza el mismo tipo de actividad que llevará a cabo la filial, sino por una empresa controlada por o controladora de la propia IFE, o bien que sea controlada por la misma sociedad que controle a esta última.

Ahora bien, las Reglas establecen los requerimientos de información a las autoridades financieras que los solicitantes de autorizaciones para el establecimiento de una filial o la conversión a tal de una institución financiera mexicana ya existente deben satisfacer para obtener esa autorización. A continuación se incluyen los relativos a la figura en estudio, los cuales, anticipando el análisis que al respecto se hará con mayor profundidad en el capítulo siguiente, se verá son los mismos que para la IFE; esto es que cuando se requiere información relativa a la IFE, se requiere la misma relativa a la Sociedad Relacionada, mas no a la inversa:

obstante que dicha ley fue también reformada mediante el citado Decreto, lo cual ha suscitado algunas situaciones interpretativas, entre las cuales debe prevalecer el criterio conforme al cual privará el ordenamiento que rija la constitución de las entidades que deberían ser fusionadas de acuerdo con la última disposición aludida, primero, por ser tales los ordenamientos especiales en la materia y por lo tanto deben imperar sobre una disposición general tal como la que se comenta, y segundo porque el requisito fue derogado de la LIC a través de sendo Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de junio de 2001, con lo cual opera su derogación tácita por lo que respecta a las instituciones de crédito, sociedades financieras de objeto limitado. De tal manera, si los ordenamientos que rigen la organización de una entidad financiera no exigen, como la LRAF, la fusión de esas entidades al ser convertidas a o establecidas como filiales, no habrá obligación de llevar a cabo tal operación. No obstante lo anterior, y aun cuando el último Decreto citado derogó el requisito mencionado de la LMV, el texto del estatuto bursátil que entró en vigor el pasado 28 de junio de 2006 lo reprodujo nuevamente en el último párrafo de su artículo 167.

- El nombre, fecha y lugar de constitución de la institución financiera del exterior y, *en su caso*, de la Sociedad Relacionada o la Sociedad Controladora Filial. Tratándose de Sociedades Relacionadas, deberán describir y acreditar la vinculación entre ésta y la institución financiera del exterior,<sup>82</sup> comprobando que se trata de alguna de las descritas en la fracción IV de la Regla Primera.<sup>83</sup>
- La autorización expedida por la autoridad competente del lugar de constitución de la institución financiera del exterior o de la Sociedad Relacionada, para participar en el capital social de la filial o de la Sociedad Controladora Filial, cuando proceda.<sup>84</sup>
- Estados financieros consolidados y auditados de la institución financiera del exterior, de la Sociedad Controladora y de la Sociedad Relacionada, *en su caso*<sup>85</sup> correspondientes a los tres últimos ejercicios.
- Cuando exista, la calificación crediticia de la última emisión de valores de la institución financiera del exterior y, *en su caso*, de la Sociedad Relacionada, o la calificación de la propia institución o sociedad, según corresponda. Dicha calificación deberá haber sido realizada por alguna agencia calificadora de reconocido prestigio a nivel internacional.
- Copia del último prospecto de emisión de valores de la institución financiera del exterior y, *en su caso*, de la Sociedad Relacionada.
- En su caso, índice de capitalización de la institución financiera del exterior y, *cuando así proceda*, de la Sociedad Relacionada.<sup>86</sup>
- Estatutos sociales actualizados de la institución financiera del exterior y, *en su caso*, de la Sociedad Relacionada.

<sup>82</sup> Para lo cual además hay que presentar, conforme a la Regla Sexta, fracción IV, la opinión legal de un abogado independiente que determine la existencia de tal vinculación.

<sup>83</sup> Inciso a) de la Quinta de las Reglas.

<sup>84</sup> Inciso b) de la fracción I de la Sexta de las Reglas.

<sup>85</sup> En su caso, sólo por cuanto hace a la Sociedad Relacionada y a la Sociedad Controladora Filial, dado que en toda solicitud es preciso exhibir la información relativa a la IFE.

<sup>86</sup> Estos últimos cuatro requisitos son dispuestos por los incisos a) al d) de la fracción II de la Regla Sexta.

- Resolución del órgano de administración de la institución financiera del exterior o, *en su caso*, de la Sociedad Relacionada o de la Sociedad Controladora Filial, que apruebe la participación en la filial o en la Sociedad Controladora Filial, según corresponda, con su traducción oficial debidamente legalizada.
- Opinión legal de un abogado independiente, de conformidad con la legislación del lugar de constitución de la institución financiera del exterior y<sup>87</sup> de la Sociedad Relacionada,<sup>88</sup> con su correspondiente traducción oficial debidamente legalizada, que dictamine: i) que la institución financiera del exterior está legalmente constituida y autorizada para operar como entidad financiera, o que no requiere de dicha autorización; ii) que la institución financiera del exterior o, *en su caso*, la Sociedad Relacionada, han recibido todas las autorizaciones necesarias para participar en el capital social de la filial o la Sociedad Controladora Filial, según corresponda, o que no requieren de dichas autorizaciones; y iii) tratándose de Sociedades Relacionadas<sup>89</sup> que existe una relación de control de las señaladas en la fracción IV de la Regla Primera.
- Documentación que acredite la personalidad y facultades del representante de la institución financiera del exterior o de la Sociedad Relacionada, con su correspondiente traducción oficial debidamente legalizada.
- Relación de los accionistas que, en su caso, integran el grupo de control y de los accionistas que detentan más del cinco por ciento de las acciones de la institución financiera del exterior y, *cuando así proceda*, de la Sociedad Relacionada.

<sup>87</sup> Una conjuntiva como esta es la que causa problemas en la interpretación de las disposiciones aplicables.

<sup>88</sup> Naturalmente, puesto que por definición deben haber sido constituidas en el mismo país.

<sup>89</sup> Sociedades Relacionadas debe interpretarse como genérico referido a la IFE y a la Sociedad Relacionada conjuntamente, puesto que en ninguna solicitud puede llegar a haber más de una Sociedad Relacionada, máxime considerando que es posible que incluso no haya una sola. Detalles de redacción como éste, al igual que el uso de conjuntivas, como en el caso antes apuntado, dificultan la adecuada interpretación de las Reglas y pueden llevar a los promoventes a suponer que necesariamente debe haber una Sociedad Relacionada presente en la solicitud, o tal vez incluso que haya más de una.

- Relación de los directivos, hasta los dos primeros niveles, y miembros del órgano de administración de la institución financiera del exterior y, *en su caso*, de la Sociedad Relacionada, acompañando su *curricula vitarum*.
- Relación de las entidades financieras, establecidas dentro y fuera del territorio nacional, en las cuales la institución financiera del exterior y, *en su caso*, la Sociedad Relacionada tengan, directa o indirectamente, una participación mayor al diez por ciento de las acciones con derecho de voto.
- Relación de las empresas comerciales e industriales, establecidas dentro y fuera del territorio nacional, en las cuales la institución financiera del exterior y, *en su caso*, la Sociedad Relacionada tenga una participación mayor al diez por ciento de las acciones con derecho de voto.<sup>90</sup>

Adicionalmente, las instituciones financieras del exterior y, *en su caso*, las Sociedades Relacionadas deberán obligarse con la comisión nacional supervisora correspondiente, a presentarle un informe anual sobre su situación financiera, a nivel consolidado, de conformidad con los lineamientos establecidos por dicha Comisión. También deberán obligarse a presentar la información adicional que ésta les solicite.<sup>91</sup>

#### IV LA SOCIEDAD RELACIONADA: CONCEPTO, ORIGEN Y FUNCIÓN

##### 1. Concepto

Antes de abundar sobre el concepto específico de la Sociedad Relacionada, conviene exponer el más genérico de persona relacionada,

<sup>90</sup> Toda vez que de acuerdo con la Regla Decimoprimerá, la SHCP, de conformidad con el tratado o acuerdo internacional aplicable, podrá negar a las instituciones financieras del exterior o a las Sociedades Relacionadas la autorización para constituir y operar una institución de banca múltiple filial o una casa de bolsa filial, o para adquirir el control de una institución de banca múltiple o una casa de bolsa, cuando la institución financiera del exterior o la Sociedad Relacionada, directa o indirectamente, participe en el capital social de sociedades industriales o comerciales, establecidas en territorio nacional.

<sup>91</sup> Regla Novena.

mismo que es de particular relevancia en el régimen de las operaciones financieras, excluyendo del estudio a los supuestos que contemplan a personas físicas como relacionadas con una institución financiera.

El artículo 73 de la LIC considera como operaciones con personas relacionadas a aquéllas que sean celebradas con: I. Las personas físicas o morales que posean directa o indirectamente el control del dos por ciento o más de los títulos representativos del capital de la institución, de la sociedad controladora o de las entidades financieras y empresas integrantes del grupo financiero al que, en su caso, pertenezca la propia institución (de crédito o sociedad financiera de objeto limitado), de acuerdo con el registro de accionistas más reciente. V. Las personas morales en las que la institución o la sociedad controladora del grupo financiero al que, en su caso, pertenezca la propia institución, posean directa o indirectamente el control del diez por ciento o más de los títulos representativos de su capital. VII. Las personas morales en las que cualesquiera de las personas señaladas en las fracciones anteriores posean directa o indirectamente el control del diez por ciento o más de los títulos representativos de su capital.

Por su parte, los incisos d) y e) de la fracción XIX del artículo 2o. de la Ley del Mercado de Valores, respectivamente, disponen que serán consideradas como tales las personas morales que sean parte del grupo empresarial o consorcio al que pertenezca la emisora, así como las personas morales sobre las cuales alguna de las personas a que se refieren los incisos a)<sup>92</sup> a c),<sup>93</sup> ejerzan el control o influencia significativa.

<sup>92</sup> a) Las personas que controlen o tengan influencia significativa en una persona moral que forme parte del grupo empresarial o consorcio al que la emisora pertenezca, así como los consejeros o administradores y los directivos relevantes de las integrantes de dicho grupo o consorcio. b) Las personas que tengan poder de mando en una persona moral que forme parte de un grupo empresarial o consorcio al que pertenezca la emisora. *Loc. cit.*

<sup>93</sup> El cónyuge, la concubina o el concubinario y las personas que tengan parentesco por consanguinidad o civil hasta el cuarto grado o por afinidad hasta el tercer grado, con personas físicas que se ubiquen en alguno de los supuestos señalados en los incisos a) y b) anteriores, así como los socios y copropietarios de las personas físicas mencionadas en dichos incisos con los que mantengan relaciones de negocios.

Así pues, los términos de relación dispuestos por las Reglas para considerar a dos sociedades como relacionadas son más estrictos que los establecidos por el artículo 73 de la LIC o los incisos d) y e) de la LMV, toda vez que excediendo el margen del dos al diez por ciento, según corresponda, fijado por la LIC a fin de considerar a una sociedad como relacionada con una IFE, ordenan que aquélla sea controlada por ésta, o viceversa, o bien que ambas sean controladas por una misma sociedad, para lo cual se entiende que una sociedad controla a otra, cuando sea propietaria, directa o indirectamente, de acciones con derecho a voto que representen por lo menos el cincuenta y uno por ciento de su capital, tenga poder decisorio en sus asambleas de accionistas, esté en posibilidad de nombrar a la mayoría de los miembros de su órgano de administración, o por cualquier otro medio tenga facultades para tomar las decisiones fundamentales de la sociedad.<sup>94</sup>

No obstante lo anterior, ello no supone la transgresión de los términos de la LIC o de la LMV por parte de las Reglas, puesto que la materia desarrollada por aquéllas y la regulada por los estatutos citados son diversas, y más aún considerando que la función que el requisito de control cumple en el establecimiento o conversión de filiales es la de asegurar que la sociedad que realice la inversión en la filial como Sociedad Relacionada se ubique dentro del grupo corporativo al que pertenece la IFE y se encuentre vinculada con ésta de manera tal que se garantice que al interior de dicho grupo haya la experiencia y conocimientos técnicos, administrativos y financieros suficientes que garanticen la adecuada operación de la filial.

De tal manera se desarrolla, en beneficio de los promoventes, el requisito consistente en que la IFE realice en el país en el que esté constituida, *directa o indirectamente*, de acuerdo con la legislación aplicable, el mismo tipo de operaciones que la filial de que se trate estará facultada para realizar en México.<sup>95</sup>

Ahora bien, criterios como el de relación conforme a las Reglas no son ajenos a la materia mercantil en el orden jurídico mexicano, puesto

<sup>94</sup> Esto último al margen de lo que respecto del control corporativo pudiera establecerse en las disposiciones aplicables de aquellas jurisdicciones con las cuales México haya celebrado un tratado o acuerdo internacional en virtud del cual se permita el establecimiento en territorio nacional de filiales.

<sup>95</sup> Véase *supra* p. 20, párrafos 2 y 3.

que en el artículo 61 del Reglamento de la Ley de Comercio Exterior (RLCE) se contemplan los supuestos a considerar para determinar, en los procedimientos de investigación sobre salvaguardas y prácticas desleales de comercio, si los productores que hubieren iniciado el procedimiento respectivo están vinculados a los exportadores o importadores investigados.

Tal dispositivo señala que para determinar si los productores están vinculados a los exportadores o a los importadores, la Secretaría (de Economía) utilizará los criterios generalmente aceptados por la legislación nacional y las normas internacionales. Para estos efectos, la Secretaría tomará en consideración diversos supuestos, entre los cuales conviene destacar los contenidos en sus fracciones V y VI, a saber, si una de ellas controla directa o indirectamente a la otra, o si ambas personas están controladas directa o indirectamente por una tercera persona, considerándose que una persona controla a otra cuando la primera esté jurídica u operativamente en una posición de limitar o dirigir a la segunda.

Puede afirmarse entonces que el de "persona relacionada" es un concepto legislativo, en tanto que el de "persona vinculada" es un concepto reglamentario afín, desarrollado por autoridades administrativas en el ámbito comercial, y en esto se asemeja al concepto de Sociedad Relacionada, mismo que fue concebido por autoridades administrativas en el sector financiero.

Vista la identidad de la naturaleza de las fuentes originarias de ambos conceptos y la similitud de su esencia (puesto que tanto la Secretaría de Economía como el Comité de Apertura Financiera son autoridades administrativas) no obstante la diversidad de los sectores que regulan, podría haber sido conveniente que dicho Comité utilizara la denominación de Sociedad Vinculada, en lugar de Sociedad Relacionada para la figura en estudio, especialmente vista la identidad de los supuestos que la Primera de las Reglas contempla en su fracción IV para considerar a una sociedad como relacionada a una IFE, y de los que el citado artículo del RLCE establece en sus fracciones V y VI para juzgar la vinculación de productores nacionales con importadores o exportadores de mercancías.

Posiblemente el uso de la denominación Sociedad Vinculada evitaría confusiones entre los solicitantes de autorizaciones para el establecimiento de o conversión a filial. Ello al menos hubiera seguido

una mejor técnica reglamentaria, al mantener la homogeneidad en la denominación de sujetos, puesto que realmente no parece lo mejor aplicar dos denominaciones distintas a sujetos que se encuentran en los mismos supuestos. Además debe tomarse en cuenta que la aparición del RLCE precede a las Reglas por al menos cuatro meses; luego entonces, al momento de redactar estas últimas, el Comité podría haber tenido conocimiento oportuno y suficiente del concepto de persona vinculada como para haberlo aprovechado en las referidas disposiciones.

No obstante lo anterior, el concepto de “sociedad relacionada” ha trascendido en la regulación del sistema financiero mexicano; muestra de ello es la Regla Segunda, fracción XXXVI, de la Circular Consar 15-12,<sup>96</sup> mediante la cual se dan a conocer las reglas generales que establecen el régimen de inversión al que deberán sujetarse las sociedades de inversión especializadas de fondos para el retiro. En dicha fracción se dispone que, para los efectos de las Reglas contenidas en la Circular en cita, se entenderá por “Sociedades Relacionadas entre Sí” a las sociedades mercantiles que formen un conjunto o grupo, en las que por sus nexos patrimoniales o de responsabilidad, la situación financiera de una o varias de ellas, pueda influir en forma decisiva en la de las demás, o cuando la administración de dichas personas morales dependa directa o indirectamente de una misma persona.

Lo dicho con respecto a la variación en el uso del adjetivo “vinculada” por el de relacionada vale también para este caso, puesto que se utiliza una denominación similar a la de las Reglas, pero ampliando los supuestos de control más allá de los nexos patrimoniales o de responsabilidad, considerando además la posibilidad de influencia financiera.

## 2. Origen

La figura de la Sociedad Relacionada se originó a partir del modelo de las *Edge Act* y las *Agreement Corporations*, que cumplen la función de servir como vehículo para que ciertas instituciones financieras estadounidenses participen en el capital de sociedades extranjeras,

<sup>96</sup> Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de mayo de 2004.

toda vez que “...conforme a la *Regulation Y*, un banco miembro<sup>97</sup> no tiene autorizado adquirir inversiones en capital extranjero. Sin embargo, la Sección 25 del *Federal Reserve Act* les permite invertir directamente en *Edge Act and Agreement Corporations*. De tal manera, los bancos estadounidenses pueden adquirir inversiones a través de una sociedad controladora o de una *Edge Act Corporation*, aunque no puedan detentar directamente inversiones en capital extranjero”.<sup>98</sup>

### A. *Edge Act Corporations*

“El artículo 25 (de la Ley de la Reserva Federal de 1913) permitía a los bancos nacionales establecer sucursales extranjeras. Los bancos interesados necesitaban permiso específico de la Junta Directiva del *Federal Reserve Bank* (Federal Reserve Board) y sólo podían establecer estas sucursales si su propio capital y superávit era de 1,000,000 o más. Debido a que el establecimiento de sucursales en el extranjero era, y es, un proyecto muy caro, el artículo 25 tenía la tendencia a favorecer a los bancos más poderosos. Como consecuencia se pasó una enmienda al artículo en el Congreso con el objeto de permitir a los bancos nacionales con un capital y superávit de un millón de pesos o más invertir el 10% de sus cuentas de capital en subsidiarias que podían ocuparse de operaciones bancarias extranjeras. Esta enmienda entonces permitió que varios bancos que reunían los requisitos de capital formaran conjuntamente una subsidiaria para establecer sucursales fuera de los Estados Unidos y así competir con los bancos más grandes y capaces de establecer sucursales en el extranjero. El senador Walter Edge, de Nueva Jersey, reconoció estas deficiencias<sup>99</sup> y propuso una ley para corregirlas”.<sup>100</sup>

<sup>97</sup> Del *Federal Reserve System* de los Estados Unidos.

<sup>98</sup> KANTAR, Deborah, *Recent Amendments to Regulation K: an Analysis*. 10 U. Pa. J. Int'l Bus. L. 735 (1988).

<sup>99</sup> Que mediante dicha reforma no se proveía realmente financiación a largo plazo, y se limitaba a las subsidiarias estrictamente a las operaciones bancarias. Nota del autor citado.

<sup>100</sup> VENEMA, Guerrit E., *Corporaciones basadas en la Ley de Edge (Edge Act Corporations) y sus inversiones en compañías privadas de desarrollo*, Wells Fargo Bank, San Francisco, California (1966), pp. 6 y 7.

“La Ley que fue promulgada en el Congreso en 1919 adicionaba el artículo 25(a) a la Ley de Reserva Federal, autorizaba al Comité de gobernadores a autorizar la formación de corporaciones, con el propósito de dedicarse a operaciones bancarias extranjeras o internacionales o en otras operaciones extranjeras o internacionales, ya sea directamente o a través de una agencia, propiedad o control de instituciones locales en países extranjeros. La corporación bancaria podrá aceptar depósitos y hacer inversiones patrimoniales en compañías dedicadas a actividades bancarias o estrechamente relacionadas con éstas, fuera de las transacciones bancarias internacionales comunes”.<sup>101</sup>

“Una *Edge Act Corporation* es una sociedad con autorización federal organizada conforme a la sección 25(a) del *FRA*,<sup>102</sup> que puede llevar a cabo banca internacional o extranjera u otras operaciones financieras internacionales o extranjeras, ya sea directamente o a través de la agencia, propiedad o control de instituciones locales en países extranjeros. Originalmente una mayoría de las acciones de una *Edge Act Corporation* tenía que ser propiedad de ciudadanos estadounidenses o de sociedades estadounidenses controladas por ciudadanos estadounidenses. El *IBA*<sup>103</sup> expandió el grupo de accionistas permisibles para incluir a bancos extranjeros; instituciones organizadas conforme a las leyes de países extranjeros que fueran propietarios de o controlaran a bancos extranjeros; y bancos nacionales o con autorización estatal, en los cuales los intereses controladores son propiedad de tales bancos o instituciones extranjeras. Cualquiera de tales partes pueden ser propietarios de la mayoría o la totalidad de las acciones de una *Edge Act Corporation*, sujeto a la aprobación de la Junta”.<sup>104</sup>

## B. Agreement Corporations

“Antes de la promulgación de la Ley de Edge, el artículo 25 de la Ley de Reserva Federal permitía a los bancos la creación de subsidiarias

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>102</sup> *Federal Reserve Act*, o Ley de la Reserva Federal de los Estados Unidos de América.

<sup>103</sup> *International Banking Act*, o Ley de Banca Internacional de los Estados Unidos.

<sup>104</sup> GRUSON, Michael, *Investment In Foreign Equity Securities And Debt-Equity Conversion By U.S. Banks, Bank Holding Companies, And Foreign Bank Holding Companies*. 1988 Colum. Bus. L. Rev. 441 (1988), pp. 498-499.

con el objeto de dedicarse a operaciones bancarias en el extranjero. El artículo no proporcionaba una forma de estatuir estas subsidiarias federalmente. Por consecuencia todas estas corporaciones fueron constituidas por autorización del Estado en que operaban. Las corporaciones tuvieron que pactar formalmente con la Junta Directiva del Federal Reserve Bank que realizarían sus actividades de acuerdo con las reglas establecidas por la Junta y por esto recibieron el nombre de Corporaciones de Pacto”.<sup>105</sup>

“Básicamente no hay mucha diferencia entre una Corporación de Pacto y una Corporación basada en la Ley de Edge ahora, ya que ambas pueden dedicarse a operaciones bancarias y financieras en el campo internacional. Una importante distinción radica en el hecho de que los Estados exigen a las corporaciones de Pacto operar fuera del Estado que las ha estatuido”.<sup>106</sup>

“Una *Agreement Corporation*<sup>107</sup> es una sociedad con autorización estatal que está principalmente involucrada en banca internacional o extranjera, ya sea directamente o a través de la agencia, propiedad o control de instituciones locales en países extranjeros. Una inversión en tal sociedad requiere de la aprobación de la Junta.<sup>108</sup> Antes de que a cualquier banco miembro (banco nacional o banco estatal miembro) o *BHC*<sup>109</sup> le sea permitido adquirir acciones en una *Agreement Corporation*, la *Agreement Corporation* debe celebrar un “convenio y compromiso” con la Junta para restringir sus operaciones y para conducir sus negocios como está previsto por la Junta. En la *Regulation K*, la Junta ha especificado que el convenio debe disponer que la *Agreement Corporation* no ejercerá cualquier poder que fuera impermissible para una *Edge Act Corporation*”.<sup>110</sup>

<sup>105</sup> Venema, *op. cit.*, p., 10.

<sup>106</sup> *Loc. cit.*

<sup>107</sup> 12 CFR Ch. II (1-1-04 Edition), Subpart A, International Banking Operations of U.S. Banking Organizations. §211.5. Edge and agreement corporations. (g) *Agreement Corporations*. (1) General. With the prior approval of the Board, a member bank or bank holding company may invest in a federally or state-chartered corporation that has entered into an agreement or undertaking with the Board that it will not exercise any power that is impermissible for an Edge corporation under this subpart”.

<sup>108</sup> La Junta de Gobierno de la Reserva Federal de los Estados Unidos.

<sup>109</sup> *Bank Holding Company*, o sociedad controladora bancaria.

<sup>110</sup> GRUSON, Michael, *op. cit.*, pp. 500-501.

Visto lo anterior, puede afirmarse que, en términos generales, las *Edge Act* y las *Agreement Corporations*: (i) son personas morales constituidas con arreglo a las leyes federales o de los estados de la Unión Americana, respectivamente, de los Estados Unidos, en cuyo capital participan ciudadanos estadounidenses, sociedades que son controladas por ciudadanos estadounidenses, bancos extranjeros, o sociedades que controlan a estos o bien bancos estadounidenses controlados por extranjeros; (ii) que llevan a cabo operaciones de banca internacional o extranjera, u otras operaciones financieras internacionales o extranjeras, directa o indirectamente, a través de la agencia, propiedad o control de instituciones locales en países extranjeros, y (iii) que se utilizan como vehículo para salvar la prohibición general para invertir en capital extranjero impuesta a los bancos miembros del Sistema de la Reserva Federal estadounidense, con la diferencia específica consistente en que su constitución es aprobada por autoridades federales o locales, respectivamente.

Naturalmente, tal diferencia específica carece de relevancia en México, toda vez que en el orden jurídico mexicano la constitución de sociedades mercantiles, como debe serlo un vehículo de inversión dada la mercantilidad de su objeto, es materia federal, atento a la fracción X del artículo 73 constitucional, el cual dota a la federación de facultades para legislar en materia de comercio, y con base en el cual se ha desarrollado la legislación reglamentaria aplicable.

Ahora conviene atender a un factor determinante para el éxito de las solicitudes a que ha hecho referencia y que viene a colación al referirse a las *Edge Act* y *Agreement Corporations*, y es el relativo al objeto de tales. Este atributo de dichas sociedades puede, por sí solo, ser tal que inhiba la posibilidad de que funjan como vehículos de inversión, e incluso bastar para que la SHCP determine la negativa a una solicitud si el caso fuere tal que resulte que dichas sociedades están dedicadas a la realización de operaciones mercantiles diversas de aquéllas de naturaleza financiera.

Los incisos a), e) y f) de la fracción IV de la Sexta de las Reglas, relativa a capacidad técnica y solvencia moral, exigen que se presente la relación de los accionistas que, en su caso, integran el grupo de control y de los accionistas que detentan más del 5% de las acciones de la IFE y, cuando así proceda, de la Sociedad Relacionada, así como la relación de las entidades financieras, establecidas dentro y fuera

del territorio nacional, en las cuales la institución financiera del exterior y, en su caso, la Sociedad Relacionada tengan, directa o indirectamente, una participación mayor al diez por ciento de las acciones con derecho de voto y la relación de las empresas comerciales e industriales, establecidas dentro y fuera del territorio nacional, en las cuales la institución financiera del exterior y, en su caso, la Sociedad Relacionada tenga una participación mayor al diez por ciento de las acciones con derecho de voto.

Ello con miras a negar la autorización a los promoventes que tengan nexos de tal modo significativos con grupos comerciales que permitan suponer que su contribución será limitada, cuando no nula, para el sistema financiero mexicano por estar dedicados al fondeo de las actividades de dichos grupos. Así pues, aun cuando la sociedad controladora de una institución financiera haya sido autorizada como tal en su país de origen, si se encuentra en un caso como el mencionado, no podrá cumplir su función de medio de inversión en la filial.

### 3. Función

Se ha visto que el concepto de Sociedad Relacionada es un concepto reglamentario, no legislativo; esto es que dicho concepto no se deriva de los capítulos de filiales de las leyes financieras,<sup>111</sup> sino de las Reglas administrativas expedidas a efecto, valga la cacofonía, de reglamentarlos.

También se ha visto que la redacción de las Reglas no es del todo clara, pues hace un uso poco diferenciado de proposiciones conjuntivas y disyuntivas, de la conjunción “cuando”,<sup>112</sup> de la condicionante “en su caso”, además de hablar en dos ocasiones de “Sociedades Relacionadas”, lo cual, sumado a los requisitos de control fijados al efecto, resulta en supuestos que fácilmente confunden a los promoventes de solicitudes.

Es por ello que la cuidadosa lectura e interpretación gramatical y teleológica de las Reglas y de las disposiciones legales aplicables es el único medio para la comprensión de los casos en que la estructura

<sup>111</sup> Véase *supra* p. 4, nota al pie 9.

<sup>112</sup> (Del lat. *quando*). 1. conj. t. En el tiempo, en el punto, en la ocasión en que. *Diccionario de la Lengua Española*, 2001, 22a. ed., Real Academia Española. Versión en línea.

corporativa de la adquisición o establecimiento de una filial tiene presente a una sociedad que puede ser considerada como Relacionada a una IFE; de tal manera se expone la lectura que al efecto debe hacerse de las referidas normas.

#### A. Interpretación gramatical

Por necesidad es preciso analizar previamente el significado de los adjetivos "relacionada" y "vinculada". Relacionada es aquella persona que tiene una conexión o correspondencia de algo con otra; vinculada es aquella cuya suerte o comportamiento está sometido a los de otra.

La primera disposición a la que hay que atender a tales efectos es, naturalmente, la ya apuntada definición de Sociedad Relacionada, establecida por la fracción IV de la Primera de las Reglas, atento a la cual tendrá tal carácter "...la sociedad, constituida en el país de origen de la institución financiera del exterior, que se encuentre en cualquiera de los supuestos siguientes: a) [q]ue sea controlada por la institución financiera del exterior; b) [q]ue controle a la institución financiera del exterior, o c) [q]ue sea controlada por la misma sociedad que controla a la institución financiera del exterior. Para efectos de esta definición deberá entenderse que, una sociedad controla a otra, cuando sea propietaria, directa o indirectamente, de acciones con derecho a voto que representen por lo menos el cincuenta y uno por ciento de su capital, tenga poder decisorio en sus asambleas de accionistas, esté en posibilidad de nombrar a la mayoría de los miembros de su órgano de administración, o por cualquier otro medio tenga facultades para tomar las decisiones fundamentales de la sociedad".

De tal manera, el primer requisito que una Sociedad Relacionada debe satisfacer es el de haber sido constituida en el mismo país de origen de la institución financiera del exterior, que debe ser uno con el que México haya celebrado un tratado o acuerdo internacional en virtud del cual se permita el establecimiento en territorio nacional de filiales. Ello en atención a la regla de origen comentada con anterioridad,<sup>113</sup> que atiende al lugar de constitución del inversionista ex-

<sup>113</sup> Véase *supra* pp. 10 y 11.

tranjero que pretenda la conversión o establecimiento de una filial, y no al origen del capital con el que se hubiere constituido dicho inversionista.

Ello recuerda las observaciones de Rogers y Zubikairi, así como la de Heather<sup>114</sup> en el sentido que la disposición de una regla de origen relativa al lugar de constitución y no al del origen del capital permitió a intermediarios situados en terceros países establecer una presencia comercial en México a través de subsidiarias operativas constituidas en alguno de nuestros socios comerciales. Así podría suponerse el caso de un intermediario financiero constituido en un tercer país que deseara establecer una presencia comercial en México no sólo sin gozar del beneficio de acceso a mercados derivado de un tratado internacional, sino incluso sin prestar servicios financieros en sentido estricto.

Podría pensarse, por ejemplo, en el caso de un banco sudafricano que deseara participar en el sector de servicios financieros en México. Dicho banco podría trasladar el control de sus acciones a una entidad constituida en los Estados Unidos como sociedad controladora del grupo financiero en su país de origen,<sup>115</sup> y formular la solicitud de autorización para constituir en México una Sociedad Controladora Filial a través de ésta, lo cual le permitiría solicitar subsecuentemente, con pleno apego a la legislación aplicable y a las Reglas, autorización para constituir una filial, caso en el cual el referido promovente estaría exento del requisito de realización en el país en que esté constituido del mismo tipo de operaciones que la filial de que se trate esté facultada para realizar en México, por tratarse de una Sociedad Controladora Filial.

Ahora bien, en tal supuesto la sociedad controladora del exterior no fungirá como Sociedad Relacionada, sino precisamente como IFE. Ello se sigue del hecho que, conforme al artículo 2o., fracción IV, de la Ley de Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, las sociedades controladoras son también instituciones financieras. Así pues, si una sociedad controladora del exterior lleva

<sup>114</sup> Véase *supra loc. cit.* y 12, notas al pie 52 y 54, respectivamente.

<sup>115</sup> Posiblemente una *Edge Act* o una *Agreement Corporation*.

a cabo la inversión en la filial de forma directa, debe ser considerada como IFE y no como Sociedad Relacionada.

Así sería posible salvar el requisito de constitución en el mismo país de origen impuesto a las IFEs y sus Sociedades Relacionadas, pues la propia controladora del exterior desempeñaría el papel de IFE.

La referencia a sociedades controladoras permite avanzar hacia el análisis del siguiente elemento del concepto de Sociedad Relacionada, que consiste en que la sociedad de que se trate se encuentre en cualquiera de los supuestos considerados al efecto por los incisos a), b) y c) de la fracción IV de la Primera de las Reglas, a saber: que sea controlada por la institución financiera del exterior, que controle a la institución financiera del exterior, o que sea controlada por la misma sociedad que controla a la institución financiera del exterior. Lo anterior probablemente habrá causado cierta confusión, y seguramente habrá motivado dificultades en la práctica, en casos en los que se hubiera pretendido encontrar en la sociedad controladora de un grupo financiero del exterior la presencia de una Sociedad Relacionada que no era necesaria, o bien presentar como tal a una que no lo era.

Ahora bien, el tercer requisito, el de la realización de la inversión en la filial y que es fundamental para comprender si una sociedad está o no Relacionada con una IFE para efectos de la solicitud correspondiente, no está incluido en la citada fracción IV, sino en el tercer párrafo de la fracción I de la Primera de las Reglas, atento al cual se considera que una institución financiera del exterior participa en el capital de una filial o de una Sociedad Controladora Filial, cuando la inversión la efectúe una Sociedad Relacionada. Tal precepto cumple un cuádruple propósito.

1. Conduce a la actualización de la definición de filial de una IFE, equiparando por vía de una ficción legal a la participación mayoritaria de la Sociedad Relacionada en el capital de filial a la de la propia IFE, máxime tomando en cuenta que en los supuestos de los incisos b) y c) de la fracción IV de la Primera de las Reglas, pudiera estimarse que la IFE no lleva a cabo materialmente tal inversión, más aún si el documento en que se indique el origen de los recursos para la inversión de la Sociedad Relacionada, ésta no señala que tales recursos provienen de la IFE y fueron proporcionados a tal efecto.

2. Otorga mayor flexibilidad corporativa al inversionista del exterior, permitiendo que la IFE efectúe indirectamente la inversión en la filial, salvando así obstáculos como las prohibiciones de participación en sociedades extranjeras establecidos por disposiciones como la *Regulation*.

3. Desarrolla el requisito legal consistente en que la IFE preste, directa o indirectamente, la clase de servicios que la filial prestará en territorio nacional.<sup>116</sup>

4. Asegura que en el grupo corporativo al que pertenezcan la IFE y la Sociedad Relacionada exista la capacidad técnica y administrativa necesarias para la operación de la filial.

Aun cuando la aplicación de la referida ficción resulta clara en el caso del establecimiento de una filial, en el cual deberá redactarse el proyecto de estatutos sociales *ab initio* contemplando la existencia de la Serie "F", podría no ser tan evidente en los supuestos de conversión a filial de una institución financiera ya existente, pues los dispositivos aplicables<sup>117</sup> no refieren de manera literal la posibilidad de adquisición indirecta por parte de la IFE, a través de una Sociedad Relacionada, de las acciones referidas, ya sea desde la perspectiva de dicha adquisición ni desde la de su enajenación, puesto que al efecto sólo mencionan a las IFEs, a las Sociedades Controladoras filiales y a las propias filiales, no así a las Sociedades Relacionadas.

No obstante lo anterior, tal adquisición indirecta es perfectamente posible dada la analogía entre el supuesto en que se suscriban las acciones de una sociedad por constituirse y aquél en el cual se lleve a cabo la compra de las de una que ya hubiere sido constituida. En

<sup>116</sup> Pudiera pensarse, *prima facie*, que si la IFE presta directamente los servicios financieros, ésta debería llevar a cabo la inversión, pues si los presta indirectamente tal actividad no está comprendida en su objeto social, *ergo* no es una institución financiera, y por lo tanto, la filial no lo sería de una de tales; sin embargo, conviene recordar lo mencionado en el sentido que, para efectos del orden jurídico mexicano, una sociedad controladora es una institución financiera, atento al artículo 2o., fracción IV, de la Ley de Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, dispositivo que debe ser utilizado como guía interpretativa al respecto. Luego entonces, si una sociedad controladora lo es de una institución financiera que preste servicios como los que la filial prestará, el requisito debe considerarse como satisfecho.

<sup>117</sup> Véase *supra* p. 22, párrafo primero.

adición a esto último debe tenerse en cuenta el texto de la Segunda de las Reglas, atento al cual las mismas tienen por objeto regular, en los términos de las leyes correspondientes, el establecimiento y operación de filiales y Sociedades Controladoras filiales, así como la adquisición de la mayoría de las acciones representativas del capital social de entidades financieras o de sociedades controladoras, o del capital mínimo fijo tratándose de sociedades de inversión, por parte de instituciones financieras del exterior, Sociedades Relacionadas o Sociedades Controladoras filiales.

Es entonces, desde la óptica de la interpretación gramatical que el adverbio “cuando”, referido a la realización de la inversión en la filial, da la pauta para entender que sólo aquella sociedad constituida en el mismo país de origen de la IFE, que sea controlada por la misma sociedad que controle a la IFE, controle a esta última o sea controlada por ella y realice directamente la inversión en la filial, será considerada como Sociedad Relacionada para los efectos de las Reglas, y precisamente entonces será “cuando” habrá una de tales sociedades presente en la solicitud de que se trate.

Lo anterior se refuerza al considerar los señalamientos antes hechos<sup>118</sup> respecto de los requerimientos de información relativa a la Sociedad Relacionada que hacen las Reglas, en los cuales puede apreciarse que la presentación de tales materiales es disyuntiva en algunos casos,<sup>119</sup> y conjuntiva pero condicional en otros, lo cual autoriza a pensar que se encuentra sujeta a que esté presente en la solicitud una Sociedad Relacionada, lo cual no ocurrirá más que en los casos en que los requisitos de constitución, control e inversión en el capital social de la filial se satisfagan.

La redacción de dichos requisitos permite además deducir que siempre que se presente información relativa a una Sociedad Relacionada, deberá también presentarse la equivalente que corresponda a la IFE, puesto que ambas están vinculadas tanto por el requisito de país de origen común, como por el hecho de que aquélla es el medio que le permite a esta última prestar indirectamente servicios financieros como los que la filial prestará en territorio nacional.

<sup>118</sup> Véase *supra* p. 22, Numeral III.4.

<sup>119</sup> Inciso b), fracción I de la Sexta de las Reglas.

Otra disposición que debe ser interpretada a la luz del tercer párrafo de la Primera de las Reglas es el inciso b) de la Séptima de dichas Reglas, el cual señala que las solicitudes de autorización para que las instituciones financieras del exterior, las Sociedades Relacionadas o las Sociedades Controladoras filiales adquieran la mayoría de las acciones representativas del capital social de una entidad financiera o una sociedad controladora, o del capital mínimo fijo tratándose de sociedades de inversión, deberán acompañarse, entre otros documentos, de la copia certificada del contrato de promesa de compraventa o cualquier otro documento en el que se manifieste la voluntad de los accionistas de la entidad financiera o de la sociedad controladora para transmitir el noventa y nueve por ciento,<sup>120</sup> o cuando menos el cincuenta y uno por ciento tratándose de instituciones de seguros, de las acciones de dicha entidad financiera a la institución financiera del exterior, la Sociedad Relacionada o la Sociedad Controladora Filial.

Esto se relaciona de manera directa con el “requisito de inversión” apuntado con anterioridad. Naturalmente sólo puede haber una mayoría del capital social de la institución financiera mexicana que sea adquirida por cualquiera de las tres sociedades mencionadas. De tal manera, el carácter de dichas personas también se determinará en función de la adquisición que lleven a cabo; si aquélla que sería la IFE suscribe menos de la mayoría, sin que ninguna sociedad que la controle, que sea controlada por una tercera que a su vez la controle o que sea controlada por ella adquiera por su parte la mayoría, no tendrá siquiera el carácter de IFE; será tan sólo un accionista de nacionalidad extranjera.

Asimismo, una sociedad que controle a la IFE, sea controlada por ella o por la misma que la controle no será Sociedad Relacionada si

<sup>120</sup> Las Reglas entraron en vigor el 22 de abril de 1994, y por virtud de las reformas legislativas del 15 de febrero de 1995, dicho límite porcentual quedó sin efectos, habiéndose generalizado para todos los casos el mínimo de 51% del capital social. Véase Rowley, *op. cit.*, p. 40: “Finalmente, las reformas abandonan el requisito de que una institución financiera del exterior detente al menos el noventa y nueve por ciento de su subsidiaria mexicana. En su lugar, la propiedad de la institución financiera del exterior en su subsidiaria mexicana puede ser tan baja como el cincuenta y uno por ciento, permitiendo a la subsidiaria invitar la participación de inversionistas mexicanos o extranjeros a un nivel de hasta el cuarenta y nueve por ciento de propiedad”.

no lleva a cabo la inversión calificada a que nos referiremos en el capital social de la filial.

Visto el análisis anterior de los extremos de la fracción IV de la Primera de las Reglas, el análisis semántico refuerza el argumento en el sentido que la utilización del adjetivo "vinculada" parece más conveniente para efectos de una definición como la establecida en dichas Reglas, toda vez que con la salvedad del inciso c) de la referida fracción IV de la Primera de ellas,<sup>121</sup> los supuestos en los que ubica a la Sociedad Relacionada corresponden más a situaciones de vinculación (sometimiento del comportamiento) que a casos de relación (conexión o correspondencia) entre sociedades. De ello se sigue la aseveración que habría sido más deseable denominar a la "Sociedad Relacionada" como "Sociedad Vinculada", siguiendo la definición previamente establecida por el RLCE.<sup>122</sup>

#### B. Interpretación teleológica

De las disposiciones arriba citadas se sigue que para la conversión o establecimiento de una filial, la adquisición de acciones de la Serie "F" no puede ser por un monto cualquiera, sino que debe ser una adquisición calificada; esto es, debe ser una adquisición por el 51% del capital social de la institución que será filial, el cual estará representado por dicha Serie.

Adicionalmente, esa adquisición debe ser hecha por una IFE, y sólo por una, pues así lo requieren las disposiciones aplicables. No hay posibilidad de que sean dos IFEs las que lleven a cabo la adquisición, de manera que el agregado de los porcentajes que cada una suscriba alcance el referido 51%. No obstante lo anterior, la adquisición no debe ser hecha necesariamente de manera directa por la propia IFE, sino que ésta puede realizarla directa o indirectamente, y como hemos señalado, es en ello que la figura de la Sociedad Relacionada interviene.

<sup>121</sup> Y quizás también los casos en que la sociedad que ejerza el control lo hiciera de forma indirecta.

<sup>122</sup> Véase *supra* p. 26.

Según se ha visto, el antecedente en el derecho comparado de la figura en estudio se encuentra en las *Edge Act* y las *Agreement Corporations*, desarrolladas en los Estados Unidos a fin de salvar el obstáculo representado por disposiciones que limitaban la facultad de las instituciones de crédito de aquel país para participar en el capital social de sociedades constituidas en el extranjero.<sup>123</sup>

Empero, el hecho de que dichas sociedades estadounidenses también puedan ser controladoras de grupos financieros, aunado a los "requisitos de relación" antes mencionados, podría haber sido en buena medida causa de que en ciertos casos se suponga que la sociedad controladora de la IFE es siempre y necesariamente la Sociedad Relacionada, aun cuando aquélla no efectúe la inversión en el capital de la filial.

Pero visto el hecho que tanto las *Edge Agreement* como la *Agreement Corporations* tienen como finalidad la de servir como medio para llevar a cabo por vía indirecta una inversión que está vedada por vía directa, es posible afirmar que el fin al que se ordena la Sociedad Relacionada no es otro que el de servir como vehículo de inversión para los casos en que no sea posible o conveniente para la IFE realizar la inversión en el capital social de la filial de manera directa, posibilitándole de tal manera efectuar dicha operación de manera indirecta. No obstante ello, debe tenerse en cuenta que no es indispensable que los recursos para la correspondiente adquisición sean propios de la IFE, sino que pueden ser de la Sociedad Relacionada, puesto que por efecto de una ficción legal la inversión de la Sociedad Relacionada en la filial se considera como si fuera de la IFE.

Naturalmente llevar a cabo una inversión en el capital social de una filial es, en efecto, un supuesto que se debe actualizar, o requisito que se debe satisfacer, en la solicitud respectiva; de lo contrario no habría objeto alguno en dicha solicitud. Por cuanto hace al sujeto que debe satisfacer dicho requisito, éste debe ser bien la IFE, por definición, o en su defecto la Sociedad Relacionada. Es en este último caso

<sup>123</sup> No sólo tal ausencia de reglas de origen en servicios financieros, sino también la reforma al *IBA* mencionada en la página 28 abrieron la puerta al uso de subsidiarias constituidas en los Estados Unidos por instituciones financieras de terceros países como vehículo para invertir en el referido sector en México.

que dicha Sociedad actualiza su razón final, la de ser un vehículo o medio a través del cual una IFE impedida para invertir directamente en el capital social de la filial, o a la que por diversas razones no le resulte conveniente, pueda hacerlo por vía indirecta.

Una Sociedad Relacionada sólo será tal cuando y en tanto que cumpla esa función. De otra manera, aun cuando satisfaga el requisito de constitución y se ubique en los supuestos de "relación",<sup>124</sup> dispuestos por la fracción IV de la Primera de las Reglas, no deberá ni podrá ser considerada como Sociedad Relacionada si no cumple con el "requisito de inversión", que consiste en adquirir cuando menos las acciones Serie "F" representativas del 51% del capital social de la filial.

Con la finalidad de exponer con mayor claridad los casos en que en efecto hay una Sociedad Relacionada presente en una solicitud y de exponer de igual manera los supuestos en que una sociedad controladora puede fungir como IFE, no obstante los requisitos de control señalados en la definición de la fracción IV de la Primera de las Reglas, a manera de preámbulo a las conclusiones que se pueden extraer del estudio realizado, resulta que el universo de posibilidades que podrían presentarse en las solicitudes de autorización para la conversión o establecimiento de una filial pueden descomponerse en los siguientes supuestos:

I. Tanto la institución financiera como su controladora están constituidos en un país con el que se tiene celebrado un tratado en virtud del cual se permite el establecimiento de filiales, y ambas están facultadas para llevar a cabo la inversión en el capital social de la filial; la institución financiera celebra en dicha jurisdicción operaciones similares a las que la filial llevará a cabo en México, y la controladora tiene naturaleza financiera, por ser una *bank holding company*, o equivalente. Este caso puede derivar en cualquiera de los siguientes supuestos:

- La institución financiera formula la solicitud e invierte directamente en el capital de la filial. Así no habrá Sociedad Rela-

cionada en la solicitud, y le será autorizado el establecimiento de una filial similar a ella.

- La sociedad controladora efectúa la solicitud e invierte directamente en el capital de la filial.
- Si solicita autorización para convertir o establecer una Sociedad Controladora Filial, la promovente tendrá el carácter de IFE, y no habrá Sociedad Relacionada presente.
- Si solicita autorización para establecer una filial similar a la institución financiera que controla, dicha controladora tendrá que asumir el carácter de Sociedad Relacionada, su inversión se considerará como hecha por la institución financiera y habrá que exhibir la información relativa a ambas.

II. Ambas instituciones están constituidas en un país con el que México ha celebrado un tratado que autorice el establecimiento de filiales, ambas son de naturaleza financiera, pero sólo una de ellas está autorizada por las leyes de su país de origen para invertir en el capital de una filial. En este caso, se debe distinguir cuál es la que tiene tal autorización:

Si aquella sociedad que presta servicios financieros en la jurisdicción en la cual está constituida es la autorizada para efectuar la inversión, ella deberá formular la solicitud con el carácter de IFE, y no habrá Sociedad Relacionada.

Si a dicha sociedad le está vedada tal inversión, pero no así a su controladora o a alguna de las integrantes del mismo grupo financiero, cualquiera de estas dos puede formular la solicitud correspondiente con el carácter de Sociedad Relacionada, pudiendo de ello derivar lo siguiente.

Que la controladora solicite con el carácter de IFE la autorización para convertir o establecer una Sociedad Controladora Filial, y sucesivamente una filial, o bien con el carácter de Sociedad Relacionada la de una filial análoga a la institución financiera primeramente referida.

Que la segunda institución financiera solicite con el carácter de Sociedad Relacionada la autorización para convertir o establecer una filial similar a sí misma o a aquella a la cual le está vedada la inversión.

III. La institución financiera está constituida en un tercer país en el cual presta servicios financieros, es controlada por una sociedad que lo fue en un país con el cual el nuestro ha suscrito un tratado que

<sup>124</sup> Los cuales son propiamente supuestos de vinculación.

permite el establecimiento de filiales, y está autorizada para participar en el capital social de una filial en México, pero que no se dedica a la prestación de servicios financieros. Esta última podrá formular la solicitud con el carácter de IFE, a efecto de constituir una Sociedad Controladora filial y, sucesivamente, una filial similar a la institución financiera.

## V. CONCLUSIONES

El concepto de Sociedad Relacionada, valga la cacofonía, no se relaciona con el de persona relacionada, pues los supuestos de control accionario requeridos por uno y otro son diversos. El concepto existente en el orden jurídico mexicano que más se asemeja a la definición de la fracción IV de la Primera de las Reglas es el de "persona vinculada", que se extrae del artículo 61 del Reglamento de la Ley de Comercio Exterior.

Toda vez que ninguno de dichos conceptos es un producto legislativo, originado en las reformas a las leyes financieras llevadas a cabo a partir de la suscripción del TLCAN, sino que son reglamentarios, producidos por autoridades administrativas, lo más deseable hubiera sido utilizar la misma denominación para el concepto introducido en las Reglas para el Establecimiento de filiales de instituciones financieras del exterior.

Dicho concepto fue desarrollado a partir del derecho comparado, siguiendo el modelo estadounidense de las *Edge Act* y las *Agreement Corporations*, que dan a los bancos miembros del Sistema de la Reserva Federal de los Estados Unidos la posibilidad de invertir indirectamente en el capital social de instituciones extranjeras, lo cual les está vedado por regla general a través de la *Regulation Y*.

La función de la figura de la Sociedad Relacionada es, en consecuencia, sólo la de servir como vehículo de inversión a las IFEs, permitiéndoles por una parte eludir limitaciones como la referida en la conclusión anterior, así como satisfacer el requisito de prestación directa o indirecta en su país de origen servicios financieros como los que pretenden prestar en México a través de la filial.

En vista de lo anterior, una sociedad sólo podrá ser una Sociedad Relacionada en la solicitud de autorización para la conversión a o establecimiento de una filial cuando y en tanto que no sea la IFE,

sino aquélla, constituida en su mismo país de origen y a la que controle, que controle a ésta o que las controle a ambas, la que lleve a cabo la inversión en la mayoría del capital social de la filial.

El hecho que, toda vez que conforme a nuestra legislación mercantil se requiere que toda sociedad anónima tenga, cuando menos, dos accionistas, no convierte en Sociedad Relacionada a aquélla que suscriba el 49% restante del capital social de la filial. Ésta será solamente el otro accionista de la filial.

Siempre que las Reglas requieran una determinada información relativa a la Sociedad Relacionada, será preciso presentar la equivalente que corresponda a la IFE (salvo que alguna de dichas sociedades no se ubiquen en el supuesto generador de la información, como las sociedades que no colocan valores, en cuyo caso no sería posible presentar, por ejemplo, su último prospecto de emisión), mas no a la inversa, puesto que en toda solicitud de conversión a o establecimiento de una filial debe haber, por definición, una IFE, mas no así una Sociedad Relacionada, como se refirió en la conclusión anterior.

En el caso que una sociedad controladora del exterior pretenda llevar a cabo la conversión a o establecimiento de una filial en México, ésta debería ser considerada como IFE en tanto tenga carácter financiero precisamente como sociedad controladora, aun cuando no preste en su país de origen servicios financieros, sin quedar sujeta a los requisitos de prestación de servicios financieros similares en su país de origen, y sin considerar como Sociedad Relacionada a cualquiera de las integrantes de dicho grupo.

Sin embargo, solamente podrá convertir o establecer en México, en primer término, una Sociedad Controladora Filial, siendo posible que con posterioridad constituya una filial.

### COMPETENCIA DESLEAL (ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 6 BIS DEL CÓDIGO DE COMERCIO)

Alfredo TRUJILLO BETANZOS

SUMARIO: I. Antecedentes. 1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 2. Ley de la Propiedad Industrial. 3. Ley Federal de Protección al Consumidor. 4. Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial. II. Derecho comparado. 1. España. 2. Francia. 3. Argentina. III. Artículo 6 bis del Código de Comercio.

#### I. ANTECEDENTES

En el año de 2005, fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* un artículo 6 bis, que pretende ser una norma cuyo ámbito de validez sea todo el campo del derecho mercantil, y que establezca para los gobernados, las sanciones necesarias a fin de evitar conductas que se puedan traducir en lo que se conoce como “*competencia desleal*”.

Este pequeño trabajo busca analizar si efectivamente el derecho positivo mexicano requería una norma en ese sentido o si ya teníamos un ordenamiento que preveía la competencia desleal así como su sanción, y en caso de que sí fuera necesaria una nueva norma jurídica, si el legislador al incorporar el artículo 6 bis, cumplió con su cometido y pudo crear un supuesto normativo que estableciera una sanción ante la “*competencia desleal*”, que cumpliera con las características que deben tener las disposiciones en materia mercantil, es decir, celeridad y efectividad.

Para abordar este tema, se debe afirmar en primer término, que la concurrencia mercantil puede entenderse como la participación o competencia de dos o más sujetos en una actividad comercial, ofreciendo sus productos o sus servicios al público y rigiéndose por la ley de la oferta y la demanda, buscando en todo momento, y en la medida de lo posible, evitar factores externos que distorsionen el mercado.

En el sistema económico conocido como “*economía de mercado*”, propio de los países capitalistas, la concurrencia implica la libre competencia entre los comerciantes, con reglas claras de juego y con la obligación por parte del Estado, de proporcionar una certeza jurídica, mediante normas claras, que no tengan otra finalidad más que el bienestar de los consumidores y sin llegar a convertirse en obstáculo para el desarrollo económico.

Este tema reviste especial importancia en nuestros días, ya que vivimos inmersos en una competencia económica derivada de la globalización, la cual no es un fenómeno ideológico de izquierda o neoliberal, sino que su origen hay que encontrarlo en el progreso y las innovaciones en los transportes, comunicaciones y medios de información.<sup>1</sup>

México, como país que busca su desarrollo económico, participa en el “concierto de las naciones” y por consiguiente debe contar con leyes que fomenten y permitan la libre competencia por una parte, y por otra, brinden seguridad jurídica a los gobernados, lo cual redundará siempre en un beneficio para la sociedad.

Estas leyes, no deben ser un catálogo de buenas intenciones, sino que deben influir en la realidad y ser útiles para el desarrollo de la economía del país.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> PAZOS, Luis, *Globalización, riesgos y ventajas*, Diana, México, 2002, p. 17.

<sup>2</sup> Es una clara tendencia en nuestros órganos legislativos a lo largo de la historia, pensar que al establecer disposiciones legales, mediante la emisión de nuevos ordenamientos legales, podemos cambiar la realidad del país; basta con ver todo nuestro bagaje legislativo del siglo XIX, para darnos cuenta como “buenas legislaciones” que no están acompañadas de “buenos ciudadanos” sirven para muy poca cosa.

## 1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

En el sistema jurídico mexicano, el fundamento legal de esta libre competencia o concurrencia, es la libertad de comercio que establece el artículo 5o. de la Constitución, según el cual: “a ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo *lícitos*”.

Su ejercicio, según se señala en el mismo precepto, “sólo podrá vedarse por determinación judicial cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad”.

El maestro Juventino V. Castro denomina a este derecho como *garantía ocupacional*,<sup>3</sup> la cual no es un derecho absoluto sino que tiene limitaciones, pero a la vez, seguridades jurídicas, las cuales a continuación se analizan.<sup>4</sup>

### A. Conductas ilícitas

En virtud de que la Constitución no tiene una definición de la ilicitud, es menester recurrir al concepto que da el Código Civil Federal sobre la “ilicitud”, al cual haremos mención más adelante y que señala que “*es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres*”.

Si bien, el Código Civil Federal no determina cuáles son las leyes de orden público, se han unificado los criterios en el sentido de que las leyes de orden público son aquellas que regulan directamente los intereses del Estado y de la sociedad; es decir, no quedan comprendidas las que únicamente regulan intereses particulares.<sup>5</sup>

Por otra parte, son buenas costumbres, aquellas que en un momento dado, en un lugar concreto se consideran permitidas por no dañar o molestar los intereses y sentimientos del grupo social, según un promedio ideal que evidentemente resulta impreciso y vago.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> CASTRO, Juventino V., *Lecciones de garantías y amparo*, Porrúa, México, 2a. ed., 1978, p. 75.

<sup>4</sup> *Idem*.

<sup>5</sup> *Idem*.

<sup>6</sup> *Idem*.

No obstante lo poco preciso del término "buenas costumbres", considero que es correcto que sea considerado como causa de la ilicitud, ya que al evolucionar la sociedad día a día, la legislación debe brindar al juez las armas necesarias para poder adaptar la legislación al momento histórico en que vive una comunidad y de esta manera evitar que el ordenamiento legal sea sólo un conjunto de normas vacías sin contenido real.<sup>7</sup>

#### B. Limitación por resolución judicial

En materia penal es claro que un individuo puede ser sancionado con la suspensión o privación de derechos, y dentro de ellos, está el de ejercer una profesión o actividad.<sup>8</sup>

También podemos encontrar este tipo de limitaciones en normas civiles, mercantiles o laborales que permiten la limitación del ejercicio de una actividad por diversas circunstancias.<sup>9</sup>

#### C. Limitación por resolución gubernativa

Esta limitación prácticamente no es independiente, ya que cualquier resolución de la autoridad administrativa deberá basarse en una ley que lo sea desde el punto de vista formal y material.<sup>10</sup>

#### D. Limitación a actividades reguladas

También es una limitación la que existe respecto a determinadas actividades que requieren determinada capacitación profesional debidamente acreditada y reconocida.

<sup>7</sup> Cabe aquí hacer el comentario respecto a que, si es necesario que la legislación civil sea adaptable a las nuevas necesidades de la sociedad, con mucha más razón la legislación mercantil, ya que las conductas que son reguladas por este ordenamiento cambian de día a día. Tal vez uno de los grandes problemas que nuestra legislación mercantil tiene hoy es que en muchas de sus disposiciones se ha quedado rezagada y la autonomía de la voluntad a través de figuras innominadas ha tenido que llenar este vacío.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 76.

<sup>9</sup> *Idem*.

<sup>10</sup> *Idem*.

En estos casos, generalmente se requiere la obtención de un título, debidamente registrado, así como la expedición de la cédula profesional, lo cual constituye una limitación ocupacional y que puede motivar responsabilidades penales para el caso de que no se cumpla con los requisitos establecidos en la ley.<sup>11</sup>

Finalmente, también encontramos como limitación, la que existe respecto al trabajo de los menores de edad, en los términos del artículo 123 de la Constitución y su ley reglamentaria.<sup>12</sup>

Generalmente, las garantías constitucionales se traducen únicamente en que el Estado no se opondrá al ejercicio de los derechos garantizados, salvo las limitaciones que la Constitución impone a las propias garantías; sin embargo, algunas garantías constitucionales van más lejos, y ordenan al Estado que adopte una posición no pasiva sino activa, frente al ejercicio de los derechos por parte de las personas, surgen así, las "seguridades constitucionales" para el libre ejercicio de un derecho que el propio texto constitucional reconoce.<sup>13</sup>

De esta manera, el artículo quinto constitucional establece las siguientes seguridades.

La parte final del primer párrafo del mencionado artículo señala: "nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial". Este principio se encuentra reglamentado en la Ley Federal del Trabajo.

Tampoco, nadie puede ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su propio consentimiento.

Esta seguridad, no es un derecho absoluto, ya que es plenamente válido el trabajo impuesto como una pena por la autoridad judicial y otro tipo de trabajos como son los electorales, censales, etcétera.<sup>14</sup>

Otra seguridad consiste en que no se puede admitir convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona, por cualquier causa.

Si bien ya está prevista la libertad del individuo, este artículo reafirma su libertad en el ámbito laboral.<sup>15</sup>

<sup>11</sup> *Idem*.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 78.

<sup>13</sup> *Idem*.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 80.

<sup>15</sup> *Idem*.

No obstante la garantía constitucional antes analizada, en una economía de mercado, lamentablemente no existe esa “mano invisible” que lo controla y por consiguiente, no se cumplen las características de un mercado perfecto e ideal donde los oferentes en igualdad de circunstancias se presentan ante un universo de consumidores bien informados que no son inducidos a adquirir bienes por causas distintas a la calidad de los productos, su costo y en términos generales, el beneficio para el consumidor.

Esta situación, que debe ser reconocida por el Estado, lo lleva a la necesidad de intervenir, en la medida de lo posible, para corregir las anomalías en el tráfico comercial y evitar que haya entre otras interferencias, una competencia desleal, pero sin caer, o mejor dicho sin volver a caer, en los vicios del viejo populismo, donde el gobierno en lugar de corregir los puntos oscuros que impedían la libre competencia en el mercado, lo distorsionó con grandes daños para la economía de la nación.

El respeto a la propiedad privada, la libertad económica y la libre competencia son requisitos indispensables para un país que quiere desarrollar su economía. El valor supremo que tiene el ser humano es la “libertad” y ésta sólo puede ser limitada, cuando su ejercicio dañe la libertad de los demás individuos.

A lo largo de la historia, las empresas y medios de producción que son administrados por el Estado, han resultado improductivos e incapaces de abastecer a los ciudadanos de los “beneficios sociales” que pretenden proporcionar y además, dichos beneficios son ampliamente superados en los países que poseen una economía de libre mercado.<sup>16</sup>

Podemos afirmar que no hay peor empresario que el Estado y es por eso que su función no es generar riqueza, sino dar los mecanismos necesarios a fin de que sea la sociedad la que la cree, pues la función del Estado es brindar la “seguridad jurídica” necesaria para que se dé la libre competencia dentro del mercado.

Dentro de estos mecanismos, de los que se sirve el Estado para permitir la libre y sana competencia en la economía, encontramos el

<sup>16</sup> Milton FRIEDMAN citado en HERRERÍAS, Armando, *Fundamentos para la historia del pensamiento económico*, Limusa, 3a. ed., México, p. 310.

artículo 28 constitucional, que en términos generales prohíbe los monopolios y los actos que atentan contra la libre competencia, y reitera este principio, con una redacción ambigua que admite que se restrinja la libertad de comercio cuando ocasione “ventajas indebidas a favor de una o varias personas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social”.

En el ejercicio de esta facultad, el Estado ha intervenido en disposiciones como las contenidas en la Ley de la Propiedad Industrial y la Ley Federal de Protección al Consumidor, las cuales se analizan a continuación.

## 2. Ley de la Propiedad Industrial

La Ley de la Propiedad Industrial señala como infracciones las siguientes:<sup>17</sup> “Realizar actos contrarios a los buenos usos y costumbres en la industria, comercio y servicios que impliquen competencia desleal y que se relacionen con la materia que esta ley regula”, y posteriormente, en la fracción X del artículo 213 establece que se considera como infracción: “Intentar o lograr el propósito de desprestigiar los productos, los servicios, la actividad industrial o comercial o el establecimiento de otro”.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> A partir de las reformas de 1994, la Ley de la Propiedad Industrial fue engrosada por lo que respecta a las infracciones administrativas y por consiguiente disminuyeron las conductas tipificadas como delitos. La tendencia consistente en despenalizar algunas conductas para regularlas como infracciones administrativas es una orientación que tiene como causa la suposición de que la complejidad e implicaciones del proceso penal en muchas ocasiones no resultan adecuados para resolver el tipo de situaciones concretas que se presentan y que implican una violación de derechos. De esta manera, se considera que el tratamiento de las conductas bajo el esquema de infracción administrativa, permite una reacción más rápida del aparato jurídico, para poner remedio a la conducta lesiva. Además se considera que la regulación de estas conductas como infracciones permite la más eficaz imposición de sanciones económicas, que se considera que tienen un efecto ejemplificativo y preventivo muy adecuado para el tipo de ilícitos de que se trata, en los que el contenido patrimonial de los derechos parece sugerir que la sanción tenga esta misma orientación, JALIFE DARÉ, Mauricio, *Comentarios a la Ley de la Propiedad Industrial*, Porrúa, México, 2002, pp.544 y 545.

<sup>18</sup> Sobre los conceptos establecidos en la fracción primera del artículo 213 “costumbre comercial” y “usos comerciales”, un gran sector de la doctrina se inclina por darles distinto significado, sin embargo, los argumentos de diferenciación que expresan son tan ambiguos, que difícilmente se pueden distinguir; además de lo anterior, la ley los utiliza en forma indistinta. Para un análisis de los mencionados conceptos ver *ibidem* p. 548.

La hipótesis normativa se refiere a que se logre o intente desprestigiar los servicios, productos o establecimiento de otro, lo que puede darse por diversas maneras y mecanismos, no sólo a través de lo que es conocido como "publicidad comparativa".<sup>19</sup>

La propia fracción X del artículo 213 de la mencionada ley, que señala la infracción a que hace referencia los párrafos precedentes, establece una excepción a la infracción al señalar: "No está comprendida en la disposición la comparación de productos o servicios con el propósito de informar al público, siempre que dicha comparación no sea tendenciosa, falsa o exagerada, en los términos que establecen la Ley Federal de Protección al Consumidor".

La finalidad de esta excepción es hacer explícita la particular cuestión de que, de ser legal la publicidad comparativa realizada, no debe considerarse como pretendido o logrado el propósito de desprestigiar los productos o servicios de alguien, ya que la finalidad en la economía de mercado, es que el consumidor esté informado sobre las bondades y defectos de los productos que existen en el mercado y por consiguiente, la comparación por sí misma no está prohibida, sino que al contrario, el Estado busca fomentarla, para tener un grupo de consumidores mejor informado.

Es oportuno realizar una crítica sobre lo antes mencionado, puesto que el tema antes abordado, no debería estar regulado en esta ley, ya que no es de su ámbito de competencia, puesto que no es propio de esta materia regular la actividad entre comerciantes, además de que implica la concurrencia de competencias, entre la Procuraduría Federal del Consumidor y el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial.

De la propia disposición legal, se desprende que siempre se requerirá la intervención de la Procuraduría Federal del Consumidor en cualquier conflicto que surgiera, ya que ésta es el parámetro para determinar la legalidad de la publicidad realizada, y con base en esto determinar si se constituye un desprestigio de los productos o servicios de otro competidor.

Por consiguiente, en cualquier caso en que la solicitud de declaración administrativa de infracción planteada ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial con base en esta fracción invoque a la

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 568.

publicidad como medio para que se logre el desprestigio de los bienes o servicios de un competidor, el Instituto no estará en aptitud de evaluar si la conducta es o no contraria a las reglas que sobre el particular prescribe la Ley Federal de Protección al Consumidor, debiendo recurrir a la Procuraduría Federal del Consumidor, como autoridad especializada en materia de publicidad para obtener de su parte la opinión o dictamen sobre el particular.<sup>20</sup>

Sin embargo, mientras la Ley Federal de Protección al Consumidor, como veremos más adelante, busca preservar los intereses de los consumidores como destinatarios de la publicidad, en el sentido de asegurarse de que la información que habrán de recibir es objetiva, veraz y confiable, y sólo como una consecuencia secundaria de los límites impuestos por la normativa se genera la protección de los intereses del competidor afectado, en la materia de propiedad industrial, la fracción X del artículo 213 está orientada de manera preponderante, a la preservación de valores propios de la competencia, protegiendo a la empresa de los ataques injustificados e ilegales de un competidor.

En este sentido, el precepto adquiere una trascendencia vital, al no constreñirse sólo a casos de publicidad, sino a cualquier tipo de actividad que pueda representar un desprestigio para el competidor afectado.<sup>21</sup>

Por consiguiente, en el caso de publicidad agravante que es planteado ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, únicamente éste tendrá que solicitar la intervención de la Procuraduría Federal del Consumidor para contar con la determinación de que la misma resulta tendenciosa, falsa o exagerada de conformidad con la Ley Federal de Protección al Consumidor; y si dicha autoridad es enterada de la existencia de un tipo de publicidad que resulta contraria a sus normas, su intervención oficiosa estaría asegurada, en términos de su propia norma, para ordenar la suspensión o corrección de la misma y para imponer las sanciones que resultasen procedentes.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 569.

<sup>21</sup> *Idem*.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 570.

Por lo que respecta a las sanciones a las conductas ilícitas a que hemos hecho referencia, el artículo 214 de la citada ley establece que pueden ser:

"I. Multa hasta por el importe de veinte mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal.

II. Multa adicional hasta por el importe de quinientos días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, por cada día que persista la infracción.

III. Clausura temporal hasta por noventa días.

IV. Clausura definitiva.

V. Arresto administrativo hasta por 36 horas".

Los criterios que la autoridad seguirá para la determinación de las sanciones serán: el carácter intencional de la conducta, las condiciones económicas del infractor y la gravedad que la infracción implique en relación con el comercio de productos o la prestación de servicios, así como el perjuicio ocasionado a los directamente afectados, en los términos del artículo 220 de la Ley de la Propiedad Industrial.

Finalmente, debemos mencionar que la investigación de las infracciones se realizará de oficio o a petición de parte interesada, según se señala en el artículo 215 de la mencionada Ley.

### 3. Ley Federal de Protección al Consumidor

La Ley Federal de Protección al Consumidor establece las conductas u omisiones por parte de los proveedores de bienes o servicios que son consideradas ilícitas, en virtud de resultar una trasgresión a los derechos básicos de los consumidores.

En forma incorrecta, al copiar la legislación vigente en el ordenamiento legal brasileño, en vez de hablar de los derechos básicos de los consumidores, nuestro legislador prefirió denominarlos principios básicos,<sup>23</sup> los cuales son los siguientes:

<sup>23</sup> FAVELA, citado en GARCÍA GARCÍA, Rodolfo, *Tratado sobre derecho de protección al consumidor*, Porrúa, México, 2005, p. 32.

I. La protección de la vida, salud y seguridad del consumidor contra los riesgos provocados por productos, prácticas en el abastecimiento de productos y servicios considerados peligrosos o nocivos.

II. La educación y divulgación sobre el consumo adecuado de los productos y servicios, que garanticen la libertad para escoger y la equidad en las contrataciones.

III. La información adecuada y clara sobre los diferentes productos y servicios, con especificación correcta de cantidad, características, composición, calidad y precio, así como sobre los riesgos que representen.

IV. La efectiva prevención y reparación de daños patrimoniales y morales, individuales o colectivos.

V. El acceso a los órganos administrativos con vistas a la prevención de daños patrimoniales y morales, individuales o colectivos, garantizando la protección jurídica, económica, administrativa y técnica a los consumidores.

VI. El otorgamiento de información y de facilidades a los consumidores para la defensa de sus derechos.

VII. La protección contra la publicidad engañosa y abusiva, métodos comerciales coercitivos y desleales, así como contra práctica y cláusulas abusivas o impuestas en el abastecimiento de productos y servicios.

VIII. La real y efectiva protección al consumidor en las transacciones efectuadas a través del uso de medios convencionales, electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología y la adecuada utilización de los datos aportados, y

IX. El respeto a los derechos y obligaciones derivados de las relaciones de consumo y las medidas que garanticen su efectividad y cumplimiento.

Para efectos de esta investigación, son las fracciones III, VI y VII, que se extienden a la protección contra la publicidad engañosa y abusiva, métodos comerciales coercitivos y desleales, así como contra las prácticas y cláusulas abusivas o impuestas en el abastecimiento de productos o servicios las que nos interesan.

El desarrollo de esta protección lo encontramos principalmente en el capítulo II de la mencionada ley, el cual está destinado a la información y publicidad.

Para proteger los derechos del consumidor, la publicidad así como la información contenida en los productos debe tener entre otras, las siguientes características.<sup>24</sup>

<sup>24</sup> *Ibidem*, pp. 36 y 37.

### A. Veracidad

La información debe contener datos verdaderos, por lo cual el producto o servicio debe corresponder a los elementos aportados sobre los mismos en la publicidad.

### B. Posibilidad de comprobación

La información deberá elaborarse con justificación respecto de las características del producto o servicio en particular.

### C. Precisión

Se prohíbe la utilización de publicidad engañosa, la cual se concretiza cuando contiene algún elemento que induzca o pueda inducir a error al consumidor, por ser falsa, inexacta, exagerada, parcial, artificiosa o tendenciosa.

Es prudente también hacer mención al artículo 32 que señala:

“La información o publicidad relativa a bienes, productos o servicios que se difundan por cualquier medio o forma, deberán ser veraces, comprobables y exentos de textos, diálogos, sonidos, imágenes, marcas, denominaciones de origen y otras descripciones que induzcan o puedan inducir a error o confusión por engañosas o abusivas.

Para los efectos de esta ley, se entiende por información o publicidad engañosa o abusiva aquella que refiere características o información relacionadas con algún bien, producto o servicio que pudiendo o no ser verdaderas, inducen a error o confusión por la forma inexacta, falsa, exagerada, parcial, artificiosa o tendenciosa en que se presenta.

La información o publicidad que compare productos o servicios, sean de una misma marca o de distinta, no podrá ser engañosa o abusiva en términos de lo dispuesto en el párrafo anterior. La Procuraduría podrá emitir lineamientos para la verificación de dicha información o publicidad a fin de evitar que se induzca a error o confusión al consumidor”.

Es publicidad engañosa tanto la que hace caer en un error al consumidor respecto de los elementos esenciales del producto o del servicio como la que tiene la aptitud de hacer caer en ese error, independientemente de que se logre o no este resultado. Esta aptitud

de inducir al error puede deberse tanto a afirmaciones contenidas en la publicidad como a omisiones.<sup>25</sup>

En el primer caso, se contempla la necesidad de proteger a los consumidores de cualquier daño o posible daño originado por la publicidad engañosa.

No se requiere que se haya producido efectivamente un daño en el comportamiento económico del consumidor, sino sólo que se haya dado esa posibilidad.<sup>26</sup>

Por lo que respecta al segundo supuesto, estamos hablando de la publicidad desleal, respecto de la que se estima que no sólo se afecta al competidor con la publicidad engañosa, sino que esta publicidad engañosa también afecta el interés general de los consumidores.<sup>27</sup>

Finalmente, debemos mencionar que la mencionada ley otorga facultades a la Procuraduría Federal del Consumidor para ordenar la corrección o suspensión de la publicidad que pretenda confundir o engañar a los consumidores.

Esta facultad se ejercerá sin perjuicio de la intervención que otras disposiciones legales asignen a distintas dependencias o entidades públicas.<sup>28</sup>

En virtud de que la ley tiene como finalidad proteger los intereses de los consumidores, la mencionada ley prohíbe los acuerdos, códigos de conducta o cualquier colusión entre proveedores, publicistas y otras personas, encaminados a ocultar información en perjuicio de los consumidores.

Como antes lo hemos expresado, esta ley protege al mercado de la competencia desleal, en forma indirecta; es decir, al proteger al consumidor como consecuencia se protege al competidor.

## 4. Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial

No obstante las disposiciones que hemos señalado con anterioridad, la prohibición general de la competencia desleal en nuestro sistema

<sup>25</sup> FAVELA, citado en *ibidem*, p. 53.

<sup>26</sup> FAVELA, citado en *ibidem*, p. 54.

<sup>27</sup> FAVELA, citado en *idem*.

<sup>28</sup> FAVELA, citado en *ibidem*, p. 55.

legal, hasta ahora, no estaba contemplada en una disposición interna de carácter general, sino en un tratado internacional, que es el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 1883, y revisado por última vez en 1975, mismo que fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* en 1976 y que en términos del artículo 131 constitucional es una norma con plena eficacia en el Estado mexicano no obstante que no haya sido incorporado a nuestro ordenamiento legal mediante una ley en sentido formal y material.

El artículo 10 bis de dicho convenio define a la competencia desleal como "todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial" y en particular prohíbe:

1. Cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un *competidor*.
2. Las aseveraciones falsas en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un *competidor*.
3. Las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error, sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.

En este punto es prudente señalar que el artículo 418 del proyecto de Código de Comercio de 1966, contemplaba diversas conductas sancionables, entre las cuales se establecían: "realizar actividades encaminadas a evitar o dificultar el acceso de la clientela"; "sonsacar a los trabajadores o empleados de una empresa" y "cualesquiera otros actos análogos encaminados a desviar la clientela de otro comerciante".

Como lo hemos dicho, este tratado no requiere para su incorporación en nuestro ordenamiento legal, una actividad por parte del órgano legislativo, ya que la Constitución le reconoce, plena vigencia.<sup>29</sup>

<sup>29</sup> Incluso la Corte ha resuelto en el sentido de considerar a los tratados internacionales jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución federal. Instancia Pleno. Novena época. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Tesis LXXVII/99.

## II. DERECHO COMPARADO

Debido a la estrecha relación comercial que tenemos con los Estados Unidos de América, es común que en muchas ocasiones, las nuevas figuras que por necesidad del tráfico comercial se incorporan a nuestro derecho, se busquen analizar a la luz del derecho anglosajón, lo cual en mi opinión no es correcto ya que este sistema jurídico tiene características especiales que en la mayoría de los casos son incompatible con el sistema latino.

Es por eso que en este pequeño trabajo, he buscado analizar el tratamiento que a esta materia dan ordenamientos legales con la misma herencia jurídica latina que nosotros, y así, se analizan a continuación los ordenamientos legales de España, Francia y Argentina.

### 1. España

En España existe la Ley 3/1991 de Competencia Desleal que ofrece una tutela a los empresarios perjudicados por actos de competencia desleal, y ha extendido esa protección a otras personas afectadas en sus intereses por esos actos. Para ello, ha legitimado para ejercitar las acciones contra el acto de competencia desleal no sólo a los directamente perjudicados o amenazados (frecuentemente los empresarios o competidores) sino también a otras personas cuyos intereses se vean perjudicados o afectados por dichos actos (como pueden ser las asociaciones de competidores, asociaciones profesionales, de consumidores, etcétera).

Esta defensa está reservada, en principio al Tribunal de Defensa de la Competencia, pero también se puede acudir a los tribunales ordinarios.

La ley señala que "se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe", desprendiéndose de los demás artículos, que la competencia desleal es todo comportamiento de una persona que opere en el mercado español, con la finalidad de difundir sus propias prestaciones o las de un tercero, siempre que dicho comportamiento resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.

De la exposición de motivos se reconoce que la intención del legislador es que esta noción de competencia desleal también sea aplicable a los artesanos, agricultores, profesionales, etcétera.

Para que se actualice la hipótesis normativa, no se exige la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y pasivo, ya que, según considera la doctrina española, dentro del concepto de acto de competencia desleal han de comprenderse no sólo los actos realizados por un empresario que fabrica los mismos productos que otro, sino también los actos que se presentan cuando los empresarios tienen acceso al mercado ofreciendo proyectos y servicios que se relacionan entre sí, como sucede con las conductas desleales de una empresa en relación con otra empresa situada en un estadio distinto del proceso económico.

Los actos considerados como competencia desleal por la legislación española se pueden clasificar de la siguiente manera:

- a) *Vs.* competidor determinado
  - a. Denigración
  - b. Comparación que no sea análoga o comparable
  - c. Imitación de prestaciones de un tercero
  - d. Aprovechar en forma indebida la reputación de otro
  - e. Inducir a que se viole un secreto industrial
- b) *Vs.* el buen funcionamiento del mercado en general
  - a. Confusión de actividad o establecimientos ajenos
  - b. Inducir al error
  - c. Obsequios que prácticamente obliguen a comprar determinados productos
  - d. Aprovecharse de una ventaja competitiva adquirida por infracción de las leyes
  - e. Discriminación al consumidor
  - f. Vender en formas sistemática por debajo del precio

Las acciones que derivan de la ley y que es importante tomarlas en cuenta para cuando hablemos de la situación mexicana son:

- a) Declarativa de deslealtad del acto
- b) Acción de cesación del acto

- c) Acción de remoción de los efectos
- d) Acción de rectificación de la información engañosa
- e) Acción de resarcimiento de daños y perjuicios
- f) Acción de enriquecimiento injusto

Además de esta ley, también existe protección en otros ordenamientos como son el Código Penal, la Ley de Patentes y la Ley General de Publicidad.<sup>30</sup>

## 2. Francia

En Francia, la jurisprudencia fue la que desarrolló la teoría de la competencia desleal que autoriza a las víctimas de conductas contrarias al correcto funcionamiento del comercio a exigir la responsabilidad civil.

A falta de un texto que regulara en términos generales la competencia desleal, la jurisprudencia basó la acción en los artículos 1382 y 1383 del Código Civil.

Las resoluciones judiciales no sólo se limitaron a la indemnización al afectado, sino que también hay medidas administrativas tendientes a evitar la continuación de la conducta desleal.

La doctrina distingue entre la competencia desleal que es la que tiene que seguir la vía civil y la competencia ilegal que sí tiene legislación particular (ya sea en materia penal o de propiedad industrial), y distingue cuatro clases de competencia desleal:

- a) La denigración. Consiste en desacreditar mediante información a la clientela a una persona o un producto mediante una información dolosa o peyorativa.
- b) La confusión. Consiste en imitar nombres comerciales, publicidad, marcas, etcétera, de los competidores para provocar un error en los consumidores.
- c) "*Le parasitisme économique*". Su traducción al castellano es algo así como, la conducta económica parasitaria, que consis-

<sup>30</sup> RUIZ DE VELASCO, Adolfo, *Manual de derecho mercantil*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, pp. 95 y ss., y SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Instituciones de derecho mercantil*, vol. I, McGraw-Hill, 23a. ed., Madrid, pp. 127 y ss.

te en utilizar exactamente los mismos elementos que un competidor usó, para hacer una empresa similar que acapare su clientela.

- d) Desorganización de una empresa o su marcha. Se utilizan diversos métodos, desde la incitación a obreros a rescindir sus contratos laborales, hasta la divulgación de secretos comerciales o industriales.<sup>31</sup>

### 3. Argentina

La disposición del Código Penal que habla de la competencia desleal señala: "Será reprimido con multa de mil a cuatro mil pesos, el que por maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o cualquier medio de propaganda desleal, tratare de desviar, en su provecho, la clientela de un establecimiento comercial o industrial" (artículo 159). De este artículo se desprende que los elementos del tipo penal son: maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o cualquier medio de propaganda desleal. Dentro de este concepto caben cualquier tipo de maquinación fraudulenta, pero al ser redundante el artículo busca prever todas las posibilidades.

Tratar de desviar. No es necesario que se logre el cometido, basta que los actos tengan la intención.

A diferencia de lo que ocurre en España, la doctrina argentina considera que tanto el sujeto activo como el pasivo de la conducta deben ser comerciantes o industriales, de ramo afín o idéntico; por consiguiente al estar hablando de un tipo penal y no permitirse la analogía, quedan excluidas las personas que ejerzan una profesión liberal. Este criterio ha sido corroborado por el poder judicial argentino mediante una tesis jurisprudencial.

Finalmente hay que mencionar, que además de la sanción penal, el afectado podrá recurrir a la vía civil para pedir daños y perjuicios.<sup>32</sup>

<sup>31</sup> RIPERT, G., ROBLLOT, R., *Traité de droit comercial*, t. 1, L.G.D.J., 17a. ed., pp. 506 y ss.

<sup>32</sup> *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. III, Driskill, Buenos Aires, 1998, voz "competencia desleal".

### III. ARTÍCULO 6 BIS DEL CÓDIGO DE COMERCIO

En sesión de fecha 16 de marzo de 2004, la Secretaría dio cuenta al Pleno de la Cámara de Diputados de la minuta con proyecto de decreto por el que se adicionaba un artículo al Código de Comercio, específicamente el artículo 6, actualmente derogado, con disposiciones en materia de competencia desleal entre comerciantes. El texto de la iniciativa era el siguiente:

Artículo 6. Los comerciantes deberán realizar su actividad de acuerdo con los *usos mercantiles* en materia industrial o comercial, por lo que se abstendrán de realizar actos de competencia desleal que:

- I. Creen confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial, de otro *comerciante*.
- II. Desacrediten el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial, de cualquier otro *comerciante*.
- III. Induzcan al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.

Se puede apreciar que en términos generales, el texto es similar al de la Convención de París, con una diferencia que más adelante comentaremos. En la iniciativa, se establecen como finalidades:

- a) Englobar los supuestos de competencia desleal no previstos en las leyes especiales vigentes por no pertenecer a su rama.
- b) Proporcionar el verdadero fundamento de lo que es la competencia desleal.
- c) Sentar las bases de que el tema de la competencia desleal es del comercio en general y no propio de una sola área.

Se busca con esta reforma, una disposición general sobre competencia desleal, ya que en opinión del autor de la iniciativa, esta conducta se encontraba únicamente sancionada por el artículo 1910 del Código Civil Federal cuyo texto dice: "El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima".

En el dictamen de la comisión de economía, se prefirió agregar un artículo 6 bis y se menciona que para “efectos de sistematización de la ley e incluso didácticos, se considera oportuno que un artículo que fue derogado en algún momento, no vuelva a tener vigencia con un contenido distinto al que tuvo”.

Independientemente de que eso sea cierto o no, descubrimos en nuestro legislador la nula consistencia, ya que basta con abrir cualquier legislación para ver que éste cambia de criterios muy seguido.

Otro cambio a la iniciativa fue la cuestión de los “usos mercantiles en materia industrial o comercial” que ésta señalaba.

La comisión consideró que los usos pueden estar acordes con lo que disponen las leyes; también pueden no estar en concordancia con éstas y sin embargo no oponerse a las mismas; o bien, estar en contra de lo dispuesto por la ley, por lo que en este último caso, no podrán ser válidamente invocados, tal y como lo dispone el artículo 10 del Código Civil Federal.

Resulta curioso el criterio de la comisión haya sido que “usos mercantiles” es un término que puede ir contra las leyes, puesto que en forma unánime la doctrina considera que los usos deben tener el carácter de lícitos y precisamente como menciona el propio artículo 10 del Código Civil Federal: “contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario”.

La comisión consideró prudente que fuera cambiado por “*usos honestos*”, el cual es el concepto manejado por la Convención de París, aunque esto no fue la razón que motivó a la comisión para incluirlo, sino el deseo del legislador de evitar que conductas ilícitas fueran consideradas como usos mercantiles; pero siendo en mi opinión, la “honestidad” un concepto totalmente subjetivo, no creo que se haya evitado de todo la “interpretación libre por parte del gobernado” que buscó el cambio en la comisión.

Las tres fracciones que establecía la iniciativa no sufrieron cambios en la comisión y podemos comentar algunas cosas de ellas.

I. *Creen confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial, de otro comerciante.*

A diferencia de la Convención de París, la conducta no necesariamente se refiere a un competidor, sino que puede ser a cualquier

comerciante, por lo cual, al igual que en la legislación española, el sujeto activo y el sujeto pasivo no necesariamente deben tener una relación de competencia, bastando entre nosotros únicamente con que ambos sean comerciantes en los términos de los artículos 3 y 4 del Código de Comercio.

De esta fracción, que salvo lo señalado con anterioridad, es igual a la de la Convención de París, surge una interrogante: ¿qué entendemos por confusión? Lamentablemente el legislador no tradujo este término a uno que tenga sustento en nuestra legislación, ya que en mi opinión, la confusión va a ser trascendente cuando se convierta en un error determinante de la voluntad.

Pensemos qué es lo que ocurre en un error indiferente; por ejemplo, que un comerciante cree confusión respecto a la nacionalidad del dueño de determinado establecimiento mercantil; si mi falsa creencia no influye en la decisión del consumidor de adquirir los productos, definitivamente no podríamos hablar de un caso de competencia desleal.

II. *Desacrediten el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial, de cualquier otro comerciante.*

En esta fracción cabe el mismo comentario que hicimos a la anterior, respecto a que no necesariamente la conducta se da frente a un competidor, sin embargo, al decir “otro comerciante”, se debe entender que tanto sujeto activo como sujeto pasivo, tienen ese carácter.

III. *Induzcan al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.*

Aquí, ya no se está hablando del otro comerciante; por consiguiente, el error puede ser también sobre el comerciante que está realizando la conducta sancionada. Volvemos sobre la ambigüedad del legislador, porque no se determina qué tipo de error es el sancionado. ¿Qué pasa con el dolo bueno? Al fin y al cabo, basta con ver la publicidad de cualquier producto o servicio para darnos cuenta que siempre hay un grado de falsedad en las aseveraciones de los productos.

Se agrega una cuarta fracción de lo que se considera competencia desleal, para prever conductas que “*se encuentren previstas*

en otras leyes” buscando hacer un concepto más general de competencia desleal que pueda abarcar conductas previstas en todo el ordenamiento legal.

Del análisis de todas estas fracciones en su conjunto, surge otra duda, ¿la conducta sancionada es de resultado o basta la intención? Porque como hemos visto, la legislación argentina sí es clara al sancionar la sola intención. Sobre este tema ahondaremos más adelante.

Finalmente la comisión agregó un último párrafo que señala: “Las acciones civiles producto de actos de competencia desleal, sólo podrán iniciarse cuando se haya obtenido un pronunciamiento firme en la vía administrativa, si ésta es aplicable”.

La razón que tuvo la comisión para agregar ese párrafo es que existen otros organismos de índole administrativa que tienen carácter de peritos para determinar la existencia o inexistencia de competencia desleal, como lo son el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, la Comisión Federal de Competencia Económica, la Comisión Nacional para Defensa de Usuarios de Servicios Financieros, la Comisión Federal de Telecomunicaciones, la Comisión Reguladora de Energía entre otras, con facultades para emitir una resolución firme al respecto, con la que el competidor afectado podrá fundamentar procesalmente sus acciones en contra de los competidores desleales, para el pago de daños y perjuicios ante instancias judiciales. De este párrafo hay que mencionar algunas cosas.

Primero se habla de “acciones civiles”, lo cual resulta curioso hoy en día que muchos defienden la total separación del derecho civil del mercantil; ya que este artículo nos demuestra que una relación mercantil, entre comerciantes y regulada por el Código de Comercio provoca acciones civiles y no por eso se sale del campo mercantil; sino que en la mayoría de los casos, la distinción entre derecho civil y mercantil es arbitraria.

Por lo que respecta al órgano jurisdiccional competente en esta materia, recordemos que la competencia judicial para conocer y resolver los litigios mercantiles fue atribuida a los tribunales de las entidades federativas en forma concurrente con los tribunales federales en los términos del artículo 104 fracción 1 A de nuestra Constitución.

Este párrafo habla de la necesidad de un pronunciamiento firme en la vía administrativa, pero ¿qué significa esto? No conozco dispo-

sición legal alguna que defina lo que es un pronunciamiento firme, ¿será el que no admite recursos? y en caso de que sea así ¿qué clase de recursos, administrativos o judiciales? o ¿se referirá por pronunciamiento firme simplemente aquél que cumple con los requisitos del artículo 3 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo? Es precisamente esta ley la que señala que los actos administrativos pueden ser entre otros, reglamentos, decretos, acuerdos, normas oficiales, circulares y formatos, así como los lineamientos, criterios, metodologías, instructivos, directivas, reglas y manuales; ¿a cuál de ellos se referirá el artículo?

En mi opinión, si bien comparto la razón del legislador para esperar una resolución administrativa, considero que hay ambigüedad en su disposición.

Pero una vez que hemos hablado del nuevo artículo y la razón que se tuvo para establecerlo, debemos analizar si en verdad se solucionó algo, ya que el Código de Comercio no señala ninguna sanción para quien realice las conductas a que se refiere la mencionada disposición, y así, al igual que aquella disposición que obliga a publicar e inscribir los estados financieros de las sociedades, en primera instancia estamos ante una ley que en la clasificación de Korkounov se conoce como *imperfectae*.

Uno de los axiomas que García Maynez<sup>33</sup> señala es que “lo que no está jurídicamente permitido está jurídicamente prohibido”, es decir, lo que no es lícito en sentido jurídico, es ilícito y por consiguiente, pese a la intención del legislador tenemos que recurrir a la legislación civil para encontrar la sanción a las conductas tipificadas en el artículo 6 bis del Código de Comercio y así la hallamos al amparo del artículo 1910 que dice: “El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima”.

Del análisis en conjunto de los artículos 6 bis del Código de Comercio y 1910 del Código Civil Federal, se desprende en mi opinión que esta conducta ilícita es de resultado, porque no basta la intención

<sup>33</sup> Citado por ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho civil mexicano*, t. V, vol. II, 8a. ed., Porrúa, México, pp. 207 y 208.

de dañar al competidor sino que se requiere obtener un resultado perjudicial para el competidor para que con base en el artículo 1910 se pueda pedir la reparación del daño, la cual en términos del artículo 1915 del propio ordenamiento civil, consistiría a elección del ofendido en el reestablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios.

Es decir, estamos ante lo que se conoce como responsabilidad civil, cuyos elementos son: a) la comisión de un daño, b) la culpa, y c) la relación de causa a efecto entre el hecho y el daño.

Si no existiere un daño en el sentido amplio de la palabra, es decir, comprendiendo también el perjuicio, o sea, la privación de una ganancia lícita, es evidente que para el derecho civil no puede existir responsabilidad aun cuando hubiere dolo en el agente y existiere la relación de causa a efecto de que se ha hecho mención que en este caso propiamente no podría referirse al hecho y al daño, toda vez que éste por hipótesis no se causaría, sino que tal relación sólo podría mediar entre el hecho y la culpa.<sup>34</sup>

Para el derecho civil, y éste es el caso, nace sólo una obligación como consecuencia de un hecho ilícito cuando ese hecho causa un daño, pues el objeto que se persigue al establecer el deber jurídico, se concreta simplemente a la reparación de ese daño, de tal manera que si existiere un hecho, aun cuando fuere ilícito, pero no llegare a causar un menoscabo patrimonial, o a privar de una ganancia lícita, nada habrá que reparar desde el punto de vista del derecho civil, sin perjuicio de las sanciones penales que en su caso pudiere haber.<sup>35</sup>

Por lo que se ha expuesto y como una conclusión final, considero que la incorporación del artículo 6 bis al Código de Comercio no era necesario, ni su integración al ordenamiento legal cumplió con alguna de las finalidades que tenía el legislador.

A la anterior opinión se llega en primera instancia, porque por lo que respecta a la hipótesis normativa genérica, ésta ya estaba prevista en el Convenio de París que es un ordenamiento con plena vigencia en nuestro sistema jurídico y que aunque no había sido incorporado de manera formal al derecho positivo mexicano, tiene plena vigen-

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 119.

<sup>35</sup> *Idem*.

cia, en los términos del artículo 131 constitucional y la resolución de la Suprema Corte de Justicia a que hemos hecho referencia y finalmente, por lo que respecta a la sanción prevista en el mencionado artículo, el legislador no nos dio una sanción particular sobre esta conducta que cumpliera con la eficacia y celeridad que el derecho mercantil requiere y por consiguiente, tenemos que seguir acudiendo al viejo artículo 1910 del Código Civil Federal para encontrarla.

## LA DIFAMACIÓN Y CALUMNIA COMO DELITOS PRIVADOS

Jorge ADAME GODDARD

SUMARIO. I. *Introducción*. II. *Los delitos privados en el derecho romano clásico*. III. *Los delitos privados en el derecho mexicano*. IV. *La protección del honor personal en la ley de responsabilidad civil para la protección del derecho a la vida privada, el honor y la propia imagen en el Distrito Federal*. V. *Conclusiones respecto de los delitos de difamación, calumnia y otros como delitos privados*. VI. *Una propuesta para proteger el honor de las personas sin poner en riesgo la libertad de expresión: la difamación y calumnia como delitos privados*.

### I. INTRODUCCIÓN

En el debate actual acerca de los delitos de difamación y calumnias se propone que estas conductas dejen de estar tipificadas como delitos, a los que corresponde una pena establecida en un procedimiento público, y se consideren sólo como conductas que generan una responsabilidad civil de reparación del daño. Con esto se pretende dar una garantía a la libertad de expresión y evitar así que los comunicadores por medios masivos queden sujetos a procesos penales por el solo hecho de externar sus opiniones respecto de algún personaje público.

Siguiendo esa tendencia favorable a la libertad de expresión, se ha publicado en el Distrito Federal recientemente<sup>1</sup> una *Ley de responsa-*

<sup>1</sup> *Gaceta oficial del Distrito Federal*, 19 de mayo de 2006.

*bilidad civil para la protección del derecho a la vida privada, el honor y la propia imagen en el Distrito Federal*, que deroga el capítulo de delitos contra el honor, que contemplaba los delitos de difamación y calumnia. Con la nueva ley, en vez de esos delitos, se considera que quien por un acto ilícito afecta el "patrimonio moral" es responsable sólo de la reparación del daño; ya no hay pena pública para los difamadores ni para los calumniadores.

La despenalización de la calumnia y la difamación se presenta como un avance democrático en favor de la libertad de expresión, aunque de hecho principalmente beneficia a las grandes empresas de medios de comunicación masiva que pueden evitar así las presiones que se derivan de estar sujetos sus comunicadores a procesos penales.

Sin embargo no se puede olvidar la gravedad y el daño social que pueden causar estos delitos contra el honor o la buena fama de las personas. Un profesionalista, por ejemplo, sea abogado, médico, ingeniero o de cualquier otra especialidad puede ver grave y negativamente afectada su vida profesional por publicaciones que le atribuyan actos graves de corrupción. Lo mismo puede sucederle a un político, a un comerciante o a un industrial. La calumnia y la difamación pueden también alterar gravemente la vida de las familias, de las empresas, sindicatos o incluso de una nación. No es fortuito que uno de los medios de combate en la guerra sea la difusión entre los combatientes enemigos de difamaciones y calumnias que afectan a sus dirigentes, a quienes fácilmente se les califica de traidores.

Como en muchas otras conductas antisociales, la difamación y calumnia pueden ser más o menos graves, pero en sí mismas esas conductas son nocivas, antisociales. Si dejan de considerarse como delitos, con el fin de garantizar la libertad de expresión, se perdería la noción de que son conductas gravemente antisociales y con ello, aun sin ser esa la intención de la reforma, se facilitaría su proliferación y la irresponsabilidad de los comunicadores.

Por otra parte, parece razonable que se proteja a los comunicadores de modo que cuando revelen información de actos deshonestos cometidos por personajes públicos, y que es conveniente que la sociedad conozca, estén libres de la presión de enfrentar un procedimiento penal que puede llevarlos a prisión temporal.

Me parece que se puede encontrar una regulación que satisfaga ambas posiciones acudiendo al concepto romano de delito privado,

que es muy diferente de lo que los códigos mexicanos han entendido como delito o cuasidelito privado.

Con el objetivo concreto de contribuir al debate sobre la despenalización de los delitos de difamación y calumnia, hago aquí una exposición, en términos generales y breves de cómo se entendió el delito privado en la época clásica del derecho romano. Posteriormente analizaré cómo se ha recibido ese concepto en los códigos civiles y penales mexicanos. Terminaré concluyendo cómo podrías servir ese concepto para regular los delitos de difamación y calumnia.

## II. LOS DELITOS PRIVADOS EN EL DERECHO ROMANO CLÁSICO

Los juristas de la época clásica distinguieron, aunque no es una distinción muy rigurosa, entre los crímenes (*crimina*) y los delitos (*delicta*). En ambos casos se trata de actos ilícitos, contrarios a las leyes o al Edicto del pretor.

Los crímenes son actos ilícitos que afectan el interés público y que dan lugar a un proceso público o criminal, ante unos tribunales públicos especializados llamados *quaestiones*, que pueden imponer alguna pena pública, como confiscación de bienes, deportación, trabajos forzados, azotes o muerte, entre otras. A partir del siglo II antes de Cristo se establecen tribunales permanentes, llamados *quaestiones perpetuae*, para conocer de los siguientes crímenes: exacciones ilícitas o atropellos por parte de los magistrados (*q. de repetundis*; hoy diríamos abuso de poder de funcionarios), homicidios (*q. de sicariis*), envenenamientos (*q. de veneficiis*, entre los que se comprendía el aborto), traición al pueblo romano (*q. de maiestate*), actos violentos (*q. de vi*), falsificación (*q. de falsis*), manejos ilícitos en las elecciones (*q. de ambitu*), apropiación de fondos públicos (*q. de peculatu*), secuestro de personas libres (*q. de plagiariis*) y ciertos tipos de fraude (*q. de stellionatu*).

Los delitos, en cambio, son conductas ilícitas que afectan principalmente a una persona privada, en sus bienes o en su integridad física o moral. Dan lugar a una acción judicial privada, que se ejerce ante un juez privado y que conduce a la imposición de una pena pecuniaria (ordinariamente un múltiplo del valor del daño causado).

Los delitos privados originales de carácter patrimonial eran el robo y los daños injustamente causados. El robo ordinario daba lugar a

que la víctima tuviera, además de la acción para recuperar la cosa robada, otra acción de carácter penal, la acción de hurto (*actio furti*), por la que se condenaba al ladrón al pago de una pena equivalente al doble del valor de la cosa robada. La acción se daba también cuando el robo consistía en hacer un uso no autorizado de la cosa (*furtum usus*), por ejemplo cuando el depositario usaba la cosa depositada, y también cuando consistía en que el propietario privara de la posesión (*furtum possessionis*) a quien tenía derecho a ella, como en el caso del pignorante que sustrae la prenda al acreedor. Cuando se daba el robo con violencia, además de que la pena del robo se agrava al cuádruplo, la práctica de las conductas violentas, que pueden consistir simplemente en amenazas, constituía un crimen sancionado de conformidad con la Ley Julia sobre violencia (*lex Julia de vi*).

Los diversos delitos de daños comprendidos en la Ley de las XII tablas fueron prácticamente absorbidos por el régimen del delito de daño injustamente causado (*damnum iniuria datum*) tipificado en la Ley Aquilia. Esta ley, que en realidad fue un Plebiscito del año 286 a. C., contemplaba como daño el detrimento que sufre una persona en sus bienes, es decir el detrimento o menoscabo patrimonial. Reprimía el daño cuando hubiera sido injustamente causado (*iniuria datum*), lo cual interpretó la jurisprudencia que ocurría cuando alguien lo causaba intencionalmente (*dolo*) o cuando lo causaba sin intención pero por su descuido o negligencia (*culpa*). En ambos casos, el ofendido tenía la acción de la Ley Aquilia para exigir del causante del daño el pago de una cantidad equivalente, no al valor de la reparación o indemnización del daño, sino al valor máximo que hubiera tenido la cosa dañada para su propietario (lo cual excede el valor de la indemnización del daño) en los últimos 12 meses, si el daño consistía en la muerte de un esclavo o de ganado mayor, o en los últimos 30 días, si fuera cualquier otro tipo de daño. Los juristas entendieron que la condena a que daba lugar esta acción comprendía el valor de la reparación del daño más una pena por haberlo causado, por lo que la acción era "mixta" ya que en la condena incluía la reparación y la pena.

El régimen de la Ley Aquilia exigía que el daño fuera causado "cuerpo a cuerpo" (*corpore corpori*), es decir mediante una relación directa entre el agente y la cosa dañada, pero esta limitación fue superada, por interpretación de los juristas asumida por el pretor, al establecer éste que daría una acción, con el mismo objeto, contra

quien, aunque no causara directamente el daño, hubiera proporcionado la causa para que se produjera (*causam damni praestare*), por ejemplo abriendo la puerta de un establo que permite que los animales salgan, se pierdan o se lesionen. Gracias a esta ampliación, el delito de daño consiste no sólo en causar directamente el menoscabo patrimonial, sino también en poner la causa para que se produzca.

El delito contra la integridad personal, física o moral, era el delito llamado injurias (*iniuriae*). Consistía en la conducta intencional que lesionaba la integridad corporal de una persona libre, como los golpes, pero sobre todo su integridad moral u honor. En el derecho arcaico se tipificaban ciertos casos de injurias a los que correspondía una pena pecuniaria fija, pero con la intervención de la jurisprudencia el pretor dio una acción (*actio iniuriarum* también llamada "estimatoria") con pena variable, según la calidad y gravedad de la ofensa. El criterio para definir la pena era principalmente la ofensa moral sufrida (*contumelia*) y no tanto la lesión física, por lo que se podía castigar gravemente a quien hubiera abofeteado en público a algún ciudadano, más si era senador, aunque no hubiera lesión física. La cantidad que se paga es toda en concepto de pena, y no de reparación del daño, pues se considera que el cuerpo de una persona libre y su libertad y dignidad son algo que no puede estimarse en dinero.

En el Edicto del pretor había una cláusula general que reprimía todo tipo de injurias, y otras cláusulas especiales que se referían a ciertos supuestos típicos: los actos difamatorios, la burla en público, los atentados al pudor de una mujer honesta o de un impúber y los agravios a los dueños por ofensas hechas a sus esclavos.

Además de estos delitos civiles, comprendidos ya en la Ley de las XII Tablas, el pretor fue configurando otros delitos sancionados con acciones especiales *in factum*, es decir con acciones que tenían como fundamento, no un derecho o un deber incumplido, sino un hecho que el pretor consideraba que debía reprimirse. Entre estos delitos, los más importantes, por su aplicación general, fueron los de intimidación (*metus*) y engaño o dolo (*dolo*).

El delito de intimidación se da no contra el que intimida, es decir contra quien hace una amenaza actual y grave, sino contra el que retiene una cosa que fue sustraída por intimidación. El proferir amenazas constituye un crimen *de vi*, con sanción pública. El delito previsto por el pretor no consiste en eso, sino en la retención de algo,

por ejemplo una suma de dinero, que fue obtenido mediante amenazas. El delito lo comete quien retiene la cosa, que puede ser persona distinta de quien amenazó. La acción (*actio quod metus causa*) se da, por lo tanto, contra quien retiene la cosa y tiene por objeto condenar al cuádruplo del valor de la misma, pero el demandado puede salir absuelto si restituye la cosa antes de la sentencia. Es una acción penal por su objeto, aunque prácticamente sirve como acción recuperatoria.

El delito de dolo fue una gran invención del genio jurídico romano que constituyó una protección general contra cualquier forma de engaño en el tráfico comercial. Originalmente se entendió por dolo la simulación, esto es los actos por los que se aparentara hacer algo cuando en realidad se hacía otra cosa, como el que aparenta ser solvente, mostrando documentos o exhibiendo bienes, sin realmente tener dinero. Por interpretación de los juristas se llegó a definir como dolo cualquier engaño malicioso, hecho de cualquier modo, con palabras, acciones o incluso guardando silencio. El ofendido disponía de la acción de dolo (*actio de dolo*), por la que podía exigir que se le pagara el valor simple de lo que hubiera perdido por el engaño, de modo que en cuanto a su objeto inmediato parecía una acción de reparación, pero se le consideró siempre una acción penal, quizá por la consecuencia que tenía de tachar con infamia al condenado por ella, de lo cual se tratará más adelante.

Una cualidad muy interesante de la acción de dolo fue su carácter de acción subsidiaria, esto es, de una acción que procede siempre y cuando no existiera alguna otra acción disponible para corregir el engaño. Con esto, se delimitaba su campo por exclusión: sólo se da respecto de engaños maliciosos que no están protegidos por otra acción. Quedaban así fuera los engaños en materia contractual, puesto que las propias acciones derivadas de los contratos, como acciones de buena fe, servían para reprimir el dolo de cualquiera de los contratantes; también se excluían los casos de pago por error (que incluye el error inducido o engaño), para los cuales la misma acción que servía para recuperar las cantidades prestadas, la *condictio*, servía para exigir la devolución de lo así pagado.

Cuando se comete cualquiera de estos delitos privados se genera una obligación a cargo del delincuente de pagar una suma de dinero al ofendido en concepto de pena. Éste tiene una acción

personal, como en las demás relaciones obligaciones, para exigir el pago de esa cantidad. El ofendido tiene la decisión de ejercer o no la acción, e incluso cuando la ejerce, puede llegar a un arreglo prejudicial o transacción, pues siendo una acción privada, no se afecta con ello el interés público.

En todas las acciones penales privadas cuando se condena al demandado, éste, además de quedar obligado con el actor a pagar la pena, sufre un castigo adicional que es la nota de infamia. Esto significa que queda inhabilitado para realizar ciertos actos jurídicos, como el de actuar como representante judicial de otra persona.

Como la comisión de un delito genera una obligación, se consideró que los delitos privados constituyen una fuente de las obligaciones civiles, es decir, son un tema propio del derecho patrimonial de los ciudadanos romanos (*ius civile*) y no un tema de derecho público.

Es de observar que el ejercicio de estas acciones privadas penales es independiente de la represión policiaca que pudieran requerir esas conductas.

### III. LOS DELITOS PRIVADOS EN EL DERECHO MEXICANO

El objeto de esta parte es determinar si fue o no recibido el concepto de delito privado (o delito como fuente de las obligaciones) en los códigos civiles mexicanos, sin tener la pretensión de hacer una historia de la institución en las fuentes medievales y modernas, cosa que sería por demás interesante.

El código civil francés, que fue el modelo principal de los primeros códigos mexicanos, en el libro tercero (sobre los diferentes modos de adquirir la propiedad) tenía un título III sobre los contratos y las obligaciones convencionales en general y un título IV sobre las obligaciones que se forman sin convención, que comprendía dos capítulos, el primero sobre los cuasicontratos y el segundo sobre los delitos y los cuasidelitos.

El capítulo segundo citado (artículos 1382 a 1385) se refería exclusivamente al delito consistente en un daño causado a otra persona, sin especificar que se tratara de daño patrimonial. Como su artículo 1383 hablaba de daño causado intencionalmente o por negligencia, la doctrina comenzó a llamar delito al daño intencional y cuasidelito al daño causado por imprudencia o negligencia. Se san-

cionaban también los daños causados por personas subordinadas o por cosas y animales que se tenían en propiedad.

Si bien la existencia de un capítulo sobre los delitos en el código civil permitía mantener la noción de que existen delitos privados, la responsabilidad civil a que daban lugar era meramente la de reparar el daño causado. No subsiste una responsabilidad propiamente penal, por lo que tampoco resulta congruente hablar de delitos privados (no hay delito sin pena).

*El código civil de 1870.* El código civil de 1870 se apartó del código civil francés en este punto, pues los codificadores decidieron que todo lo relativo a los delitos debía incorporarse en el código penal,<sup>2</sup> de suerte que conservó el título sobre las obligaciones convencionales, y excluyó el de las obligaciones no convencionales con sus dos capítulos sobre los cuasicontratos y sobre los delitos y cuasidelitos. Con esto se suprimía del todo la noción de delito civil.

Al respecto es ilustrativa la opinión de Manuel Mateos, en su comentario al código civil de 1870, pues si bien reconoce que “todos los autores” consideran los delitos y los cuasi-delitos como fuentes de las obligaciones, advierte que el código civil “no establece ninguna regla relativamente a las obligaciones que nacen de los delitos intencionales ó de culpa”, y que de esto se ocupa el código penal, en su libro segundo, donde señala la “extensión y requisitos de la responsabilidad civil de los culpables”. En vista de esto, y dado el carácter de comentario legal de su estudio, el autor concluye que “no nos ocuparemos del estudio de las reglas que se refieren a las obligaciones provenientes de los delitos intencionales ó de culpa ‘a los cuales llama también cuasidelitos’, por ser enteramente extraños al objeto de estas lecciones”.<sup>3</sup>

En este sistema, no hay más delitos que los establecidos en el código penal, ni otra responsabilidad que derive de la comisión de los mismos que la que establece el mismo código y que puede ser doble:

<sup>2</sup> Ver los artículos 301 a 367 del Código Penal para el Distrito Federal de 1871.

<sup>3</sup> MATEOS ALARCÓN, Manuel, *Lecciones de derecho civil. Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal promulgado en 1870, con anotaciones relativas a las reformas introducidas por el Código de 1884*, t. III (México, 1885, reimpr. 2004) p. 5.

la de asumir una pena pública y, cuando el delito importó la comisión de un daño, la de pagar la indemnización del mismo, llamada responsabilidad civil.

No obstante, el código (artículo 1574 = 1458 del código de 1884), en su capítulo sobre responsabilidad civil, dentro del título de los contratos, señala que la responsabilidad civil proviene, o del incumplimiento de un contrato, o de “actos u omisiones” que, por disposición de ley, den lugar a responsabilidad civil. Se trata entonces de actos u omisiones que no están tipificados como delitos en el código penal, pero como causan un daño, generan la responsabilidad de indemnizarlo. Entre esos casos de responsabilidad civil que no dependen del incumplimiento de un contrato, señala: *i)* el del dueño de un edificio que es responsable de los daños que cause su ruina a otras personas, si ello dependió de descuido en la reparación del edificio o en defectos originales de la construcción (artículo 1592 = 1476 del código de 1884); *ii)* los daños causados por caída parcial de un edificio, de árboles u otros objetos, los que deriven de la descomposición de canales y de presas, de la construcción o reparación de edificios y, en general, los que “sean resultado de cualquier acto lícito en sí mismo, pero en cuya ejecución haya habido culpa o negligencia” (artículo 1594 = 1478 código civil de 1884); *iii)* los daños que “causen los establecimientos industriales” por el peso o movimiento de las máquinas, la exhalaciones deletéreas, la acumulación de materias o animales nocivos a la salud “o por cualquier otra causa que realmente perjudique a los vecinos” (artículo 1595 = 1479 código civil de 1884). Contempla además *iv)* el daño causado por animales, cuyo régimen se remite al código penal (artículo 1596 = 1480 código civil de 1884).

Estos casos de responsabilidad civil que no dependen de un incumplimiento contractual, y que tampoco constituyen un delito tipificado por el código penal, resultaban difíciles de ser explicados por la doctrina. Manuel Mateos, contradiciendo la afirmación de que no se ocuparía de los delitos por ser materia del código penal, dice que los actos y omisiones que causan la responsabilidad civil de indemnizar el daño “son los delitos intencionales, los de culpa, llamados antiguamente *cuasi delitos* y las faltas”.<sup>4</sup> Y explica: “parecerá ente-

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 214.

ramente extraño que el Código Civil se ocupe de la responsabilidad resultante de los actos punibles, que debiera ser materia del Código Penal; pero esa responsabilidad, aunque producida necesariamente por la comisión de tales actos, jamás va incluida en la acción pública, de manera que no se hace efectiva por los jueces ó por el Ministerio Público, sino que tiene el carácter de meramente civil y privada, que se ejercita por los ofendidos en la forma que señala el Código de Procedimientos Civiles".<sup>5</sup>

Había entonces dos posibles fuentes de la responsabilidad civil de indemnizar los daños: la derivada de la comisión de algún delito tipificado en el código penal, que se regulaba por las disposiciones de ese código, y la causada por alguno de los actos u omisiones mencionados en el código civil y regida por el mismo.

La responsabilidad civil que regulan esos dos códigos es simplemente la de reparar el daño causado, de modo que no es propiamente una responsabilidad penal, de pagar una pena. No se conservó en los códigos el concepto de delito privado, como aquel que da lugar al pago de una pena pecuniaria, aparte la indemnización, a favor de la víctima. Cuando los autores hablan de delitos o cuasidelitos civiles lo hacen de manera impropia, pues sólo se refieren a los supuestos en que alguna persona, por su acción u omisión, causa un daño patrimonial a otra, y tiene, en consecuencia, la obligación de reparar el daño. No son propiamente delitos privados porque no dan lugar al pago de una pena a favor de la víctima.

Al perderse la noción de un verdadero delito privado se pierde también el concepto de pena privada. Cuando estos autores dicen que la pena es la reparación del daño, confunden la pena con el deber de indemnizar, el cual no es exclusivo de la comisión de un delito, pues también lo tienen personas independientemente de la comisión de un delito como las partes de un contrato, o el poseedor de una cosa ajena. No existe la noción de una pena privada consistente en pagar una suma de dinero a la víctima del delito.

Lo que quedó en lugar del delito privado fue sólo la responsabilidad civil de indemnizar el daño causado.

<sup>5</sup> *Ibidem*, pp. 214-215.

*El código civil de 1928*. En este código se incluyó, en el título sobre las fuentes de las obligaciones (Libro cuarto, primera parte, título 1) un capítulo específico denominado "de las obligaciones que nacen de los actos ilícitos" (artículos 1910 a 1934). Este capítulo recoge los supuestos que generaban responsabilidad civil según el código anterior, por ejemplo la responsabilidad del propietario del edificio por los daños que cause con su ruina (artículos 1931 y 1932), además regula el supuesto, que antes se dejaba al código penal, de los daños causados por animales (artículos 1929 y 1930), introduce, en términos generales, dos nuevos supuestos, y reglamenta la responsabilidad causada por personas subordinadas.

Uno de esos dos supuestos nuevos, es la regla general (artículo 1910) de que toda persona es responsable de reparar el daño causado a otro si actúa "ilícitamente o contra las buenas costumbres". En este supuesto la causa o fuente de la responsabilidad es un acto ilícito, que, como no se define de manera concreta, se entiende que es cualquier acto ilícito o contrario a las buenas costumbres. Se podría pensar que esto se aproxima al concepto de delito privado, y así lo entendió Rojina Villegas,<sup>6</sup> quien explicaba que los actos ilícitos, si están tipificados en el código penal son o "delito penal", si son intencionales, o "cuasidelito penal", si son imprudenciales; estos delitos o cuasidelitos generan, además de la responsabilidad penal, la responsabilidad civil de reparar el daño acusado. Los otros actos ilícitos que no están tipificados en el código penal, los llama este autor "delito civil" o "cuasidelito civil", según sean intencionales o imprudenciales, y sólo generan la responsabilidad civil de reparar el daño.

Sin embargo, no puede seguirse la opinión del autor de que se trata de delitos civiles, porque la responsabilidad generada no es la de sufrir una pena, sino la de reparar un daño, la cual, según el artículo 1915 consiste "en el restablecimiento de la situación anterior a él 'al daño', y cuando ello sea imposible, en el pago de daños y perjuicios".

El código introdujo además otro supuesto que la doctrina ha denominado de "responsabilidad objetiva" (artículo 1913) esto es casos en que alguien, por el uso de sustancias, mecanismos o procedimientos

<sup>6</sup> ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho civil mexicano*, 7a. ed., México, 1998, t. V, vol. II, p. 92.

tos en sí mismo peligrosos, causa un daño, lo cual genera la obligación de repararlo "aunque no obre ilícitamente". La responsabilidad se exceptúa sólo en el caso de que la víctima del daño lo haya causado por su imprudencia inexcusable. Este supuesto está todavía más alejado del concepto de delito privado, porque la fuente de responsabilidad ya no es un acto ilícito, sino el uso, en sí mismo lícito, de ciertas sustancias, mecanismos o procedimientos. La doctrina ha dicho que la fuente de responsabilidad es el "riesgo creado".<sup>7</sup>

Hay, en el artículo 1916 original, una responsabilidad adicional en el caso de que muera la víctima de un hecho ilícito, que es la de pagar "una indemnización equitativa, a título de reparación moral", que no puede exceder de la tercera parte del monto de la reparación del daño. El pago de esta cantidad tampoco se concibe como pena sino como una forma simbólica o "moral" de reparar un daño irreparable, como es la muerte de una persona.

Este artículo se ha reformado varias veces, con el objeto de ampliar los casos en que procede esta "reparación moral", incluyendo los daños consistentes en incapacidad total o parcial, y la forma de calcular la reparación, haciendo referencia a las disposiciones de la ley federal del trabajo, pero sigue con la idea de reparación del daño. Esto se echa de ver más ahora, ya que la disposición contenida en el texto del artículo 1916 original, que inicialmente se concebía como algo adicional a la reparación del daño patrimonial, pasó a formar parte del actual artículo 1915 que trata sólo de la reparación ordinaria del daño. Esta fusión de dos tipos de daño, el patrimonial y el de la integridad física de las personas, en un mismo artículo también supone la pérdida de la concepción de que el daño a la persona es un daño no patrimonial, en cierto modo irreparable.

Por reformas del año de 1982, se introdujo (artículos 1916 y 1916 bis) una nueva fuente de responsabilidad civil, el llamado "daño moral", que es el daño causado a una persona en sus sentimientos, creencias, honor, reputación o fama.

No está muy claro si el acto causante de la responsabilidad por daño moral es un acto lícito o ilícito. El primer párrafo del artículo 1916 parece indicar que puede ser un acto lícito o ilícito, pues

dice, en su última frase, que se presume que hubo daño moral, cuando se lesiona la libertad o la integridad física o moral de las personas, de lo que podría inferirse que se trata de una responsabilidad objetiva, en el sentido de que demostrándose la lesión sufrida se entiende que existe la responsabilidad consiguiente de repararla. Pero el párrafo segundo dice que la obligación de reparar se da cuando el daño moral lo produce "un hecho u omisión ilícitos". De modo que puede considerarse, como punto de partida, que el acto que funda la responsabilidad por el daño moral es un acto ilícito. Pero la parte final del mismo párrafo añade que cuando una persona ha incurrido en responsabilidad objetiva, es decir aunque no hubiera un acto ilícito, conforme al artículo 1913 es también responsable del daño moral que hubiera causado; con base en esto, cabe afirmar que un acto lícito también puede ser causante de responsabilidad por daño moral, si es que lo ha sido por daño patrimonial.

En síntesis podría decirse que, en principio, el acto causante de la responsabilidad por daño moral es un acto ilícito (y esto se exige expresamente cuando se demanda responsabilidad por daño moral a los periodistas y comunicadores, artículo 1916 bis) pero que puede serlo ocasionalmente un acto lícito cuando el mismo genera responsabilidad por daño patrimonial.

En todo caso, la responsabilidad por daño moral sigue siendo sólo una responsabilidad civil, no penal, que se funda, no en un delito privado, sino en un acto ilícito o, eventualmente, en uno lícito.

Del análisis anterior de los diversos supuestos de responsabilidad por daño patrimonial o moral en el código de 1928, puede concluirse que este código desarrolló el concepto de responsabilidad civil que había en los códigos precedentes, precisando que se trata de responsabilidad civil por actos ilícitos o contra las buenas costumbres, pero no una responsabilidad penal, y distinguiéndola de la responsabilidad objetiva (fundada en la teoría del riesgo creado) por los daños causados por actos lícitos. No hay propiamente el concepto de delito privado como acto ilícito que genera la responsabilidad de pagar a la víctima una pena, aparte de la indemnización del daño.

Como la responsabilidad civil de reparar el daño es la misma, sea que se cause por un acto ilícito, sea se cause por uno lícito (responsabilidad objetiva), Rojina Villegas ha criticado con razón esta equiparación, diciendo que la responsabilidad por acto ilícito debe ser de

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 119.

pagar una “indemnización total”, mientras que la responsabilidad por acto lícito, si no hubo dolo o culpa, debe ser de pagar una “indemnización parcial”.<sup>8</sup> En el fondo de esta crítica, me parece entrever la idea de un delito privado que, por haber dolo o culpa, genera una responsabilidad de pagar una pena adicional a la reparación del daño, mientras que el acto lícito que causa un daño sólo genera la responsabilidad de repararlo.

*Los códigos penales.* El tema de la responsabilidad civil se complicó aun más porque los códigos penales para el Distrito Federal, que se expidieron con posterioridad al código civil de 1928 (1929 y 1931), no obstante que el código civil introdujo el capítulo de responsabilidad por actos ilícitos, siguieron reglamentando la responsabilidad civil derivada de delitos tipificados en los mismos códigos penales.

Los códigos penales de 1929 y 1931 introdujeron la idea de que la reparación del daño es una pena pública que, por lo tanto, debe ser solicitada por el ministerio público. El código penal actualmente en vigor (2002) en el Distrito Federal mantiene ese punto de vista. En consecuencia, la reparación del daño se considera hoy (artículo 37) una pena o sanción pecuniaria, pero consiste, no en el pago de algo adicional al valor del daño causado, sino (artículo 42) en la reparación del daño, en términos semejantes a los del código civil. Como es una pena pública, el ministerio público tiene la obligación de solicitarla y demostrar el monto del daño que debe ser reparado. Siendo una pena pública, no es negociable, y si la víctima renuncia a cobrarla, deberá ser pagada al gobierno del Distrito Federal, que la destinará a un fideicomiso para apoyo de las víctimas del delito (artículo 51).

Esta confusión de la responsabilidad de reparar el daño con una responsabilidad penal da lugar a conclusiones que francamente contravienen los principios mismos del derecho penal, como el artículo 46 del código penal vigente en el Distrito Federal que señala, entre los obligados a pagar la pena de reparación del daño, a los dueños o encargados de establecimientos mercantiles por los “delitos” que cometan sus empleados o trabajadores, con lo cual resulta que un inocente está obligado a pagar una pena por un delito ajeno.

#### IV. LA PROTECCIÓN DEL HONOR PERSONAL EN LA LEY DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA PRIVADA, EL HONOR Y LA PROPIA IMAGEN EN EL DISTRITO FEDERAL

Esta ley, por una parte, deroga el capítulo de los delitos contra el honor que tenía el Código Penal de Distrito Federal, con lo que la difamación y la calumnia dejan de ser delitos. Por otra parte, establece un régimen de responsabilidad civil por daño causado al “patrimonio moral”, es decir a la vida privada, el honor o la propia imagen. En este régimen las conductas que lesionan el honor de una persona son conductas ilícitas pero no son delitos, y la consecuencia que tiene el cometerlas es la de pagar una reparación del daño causado y no la de sufrir una pena. La reparación consiste en la publicación de la sentencia donde se acredite el daño moral causado y, si esto no es suficiente reparación, se paga además una cantidad de dinero que no exceda del equivalente 350 días de salario mínimo en el Distrito Federal, es decir unos 17,500 pesos aproximadamente.

El contenido de esta ley parece un resultado de la evolución del derecho mexicano arriba descrita. La derogación de los delitos contra el honor (difamación y calumnia) parece congruente desde la perspectiva de que los actos lesivos del honor personal son asimilables al daño patrimonial. Y como no existe el concepto de delito privado, entonces esos actos no pueden ser castigados con una pena, sino sólo generar una responsabilidad de reparar el daño, semejante a la que generan los actos u omisiones ilícitos, o incluso lícitos, que causan daños patrimoniales. Lo reducido de la cantidad indemnizatoria prevista en la ley parece consecuencia de la confusión entre la injuria moral (difamación o calumnia) y el daño patrimonial, ya que la injuria moral en la mayoría de los casos tiene pocas consecuencias patrimoniales que puedan probarse como consecuencias directamente causadas por la injuria, y por eso el ofendido tiene que contentarse con una “reparación” mínima, más bien simbólica que real.

#### V. CONCLUSIONES RESPECTO DEL CONCEPTO DE DELITO PRIVADO EN EL DERECHO MEXICANO

La exposición anterior me parece que demuestra que el concepto romano de delito privado, como un acto gravemente ilícito que da lu-

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 78.

gar a una acción penal privada por la que la víctima puede exigir que se condene al delincuente al pago de una pena pecuniaria (una pena privada) y que además le imponga nota de infamia, se desconoce en los códigos civiles y penales mexicanos.

Los autores, comentaristas del código civil de 1870 y del de 1928, hablan de “delitos civiles”, quizá influenciados por la doctrina francesa, en un sentido diferente, el de un acto ilícito que genera la responsabilidad de reparar el daño causado. La responsabilidad de reparar el daño no es una responsabilidad penal, porque no es la de sufrir una pena o castigo, y por eso puede tener responsabilidad de reparar un daño alguien que no comete un delito, como el que incumple un contrato, el que posee de buena fe una cosa ajena o el que incurre en alguno de los supuestos de responsabilidad objetiva. Por eso me parece que es un error calificar como “delito” (aunque se le diga “delito civil”) a una conducta que causa un daño y genera sólo la responsabilidad de repararlo. Si a todo delito corresponde una pena, y se distingue la pena de la reparación o indemnización, el acto que genera la responsabilidad de reparar o indemnizar no puede llamarse delito.

Al incluirse en los códigos penales la responsabilidad civil de reparar los daños causados por algún delito, y no existiendo el concepto de delito privado, se llegó a la lamentable confusión de considerar la reparación del daño causado por delitos como una “pena pública”, exigible en el procedimiento penal a instancias del agente del ministerio público, con lo cual se restan posibilidades a los ofendidos para obtener la reparación del daño y, eventualmente, negociar su monto.

Con la introducción del concepto de “daño moral” entre los artículos del código civil que se refieren al daño patrimonial causado por actos ilícitos o lícitos (responsabilidad objetiva), se va perdiendo la distinción entre las ofensas a la integridad moral de una persona (*injuriae* en el derecho clásico) y el deterioro patrimonial o daño. Ambos ilícitos quedan comprendidos en la misma categoría, la de “daño”, que tiene un significado predominantemente patrimonial, lo que implica una cierta equiparación del honor o buen nombre de una persona con las cosas patrimoniales.

La reforma legal en el Distrito Federal que derogó los delitos contra el honor (calumnia y difamación) es un lamentable y grave error, porque deja el buen nombre de los ciudadanos (un bien verdaderamente importante) sin protección adecuada. Los actos que lesionan

el honor ya no son delitos sino actos ilícitos de poca gravedad, semejantes a los que causan un daño patrimonial. El resultado es que se puede difamar y calumniar a una persona, desprestigiar gravemente su reputación profesional, por ejemplo, o afectar fuertemente su vida familiar, y el agresor sólo tiene que pagar 17,500 pesos, en el peor de los casos. Es una situación semejante a la que narra Cicerón, cuando en la Roma republicana, por causa de la inflación, se había vuelto excesivamente bajas las penas, previstas en la Ley de las XII Tablas, por las injurias cometidas contra los ciudadanos; cuenta que un hombre rico, acompañado de un esclavo que traía una bolsa con algunas monedas de dinero, salía a pasear por las calles e injuriaba a cuantos les salían al paso, y acto seguido el esclavo les pagaba, con unas moneditas, la pena prevista en la ley.

#### VI. UNA PROPUESTA PARA PROTEGER EL HONOR DE LAS PERSONAS SIN PONER EN RIESGO LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: LA DIFAMACIÓN Y CALUMNIA COMO DELITOS PRIVADOS

El honor o buen nombre de una persona es un bien muy importante que merece una protección jurídica adecuada. La difamación y la calumnia degradan la vida civil más gravemente que el robo y el fraude. Son formas de corrupción social incompatibles con una sociedad democrática que tiene como fundamento el respeto por la dignidad de las personas.

Para protegerlo adecuadamente sin arriesgar la libertad de prensa podría recuperarse la noción de delito privado, como un acto ilícito grave que se castiga con una pena en favor de la víctima, quien la exige por medio de un juicio privado. La difamación y calumnias pueden ser tratados como delitos privados, es decir conductas reprobables, pero que dan lugar, no al ejercicio de una acción pública penal, sino al de una acción privada, ante un juez civil, para exigir el pago de una cantidad como pena por haber delinuido, que lógicamente incluiría la reparación del daño patrimonial causado, pero que no se limitaría a ello, pues se agravaría con el pago de una cantidad en concepto de pena.

Siendo una acción privada y la pena también privada, la acción no necesitaría la intervención del agente del ministerio público, ni la

detención del “indiciado”, y el asunto podría resolverse extrajudicialmente por transacción entre las partes.

La tipificación de los delitos privados, y en particular de los delitos de difamación y calumnias, y el señalamiento de sus correspondientes penas privadas se haría en un capítulo adicional en los códigos civiles, en el título sobre las fuentes de las obligaciones, el cual comprendería, además de las otras fuentes convencionales o no convencionales, un capítulo sobre la reparación del daño causado sin culpa ni dolo (riesgo creado o responsabilidad objetiva) y otro sobre los delitos privados como fuentes de la obligación de pagar una pena pecuniaria privada. En el capítulo sobre delitos privados se incluirían: los delitos consistentes en un daño patrimonial causado dolosamente o por culpa y los consistentes en ofensas morales o injurias (difamación y calumnia) causadas intencionalmente.

El concepto de delito privado podría tener aplicación en otros ámbitos. Por ejemplo, en lo que ahora se denomina fraude genérico (artículo 231 del Código Penal del Distrito Federal), que tiene una tipificación muy amplia, pues sólo exige que alguien obtenga un beneficio por medio de dolo o engaño. Esto produce que quien sufre cualquier menoscabo patrimonial por haber sido engañado, intenta reclamar por vía penal, pues piensa que así amedrentará a la contraparte (lo que irónicamente se llama “título ejecutivo penal”), aunque el asunto pudiera resolverse en una mera responsabilidad civil. Si ese delito de fraude genérico fuera un delito privado, el afectado exigiría responsabilidad por vía civil para obtener la reparación del daño y el pago de una pena adicional por el engaño maquinado, sin tener que involucrar al agente del ministerio público y a los jueces penales, a los que más bien debe corresponderles el castigo de los delitos que afectan el interés público.

Para cualquier cultura jurídica es una riqueza tener una tradición en la cual encontrar elementos para reflexionar sobre los problemas actuales. México tiene la tradición del derecho romano, una tradición multiseccular y universal de la que puede servirse como de cosa propia. Con esto no se trata, como diría Alfonso Reyes, de revivir el pasado en el presente, sino de fecundar el presente con el pasado.

DON LUIS R. LAGOS: "PALADÍN DE LAS BUENAS  
CAUSAS" EN TIEMPOS DIFÍCILES  
(DATOS INÉDITOS SOBRE SU VIDA Y SU OBRA)

Jaime DEL ARENAL FENOCHIO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Nuevos datos sobre su vida*. III. *Su labor al servicio de la Escuela Libre de Derecho*. IV. *En el derecho mercantil y en la Barra Mexicana*. V. *Los últimos años*.

I. INTRODUCCIÓN

La vida y la obra de quien fuera el segundo rector de la Escuela Libre de Derecho, una vez que este cargo quedó formalmente establecido en 1932,<sup>1</sup> han pasado prácticamente desconocidas por quienes conocen algo de la historia de la institución educativa fundada en 1912, no obstante que durante más de treinta años fue maestro de la misma

<sup>1</sup> Hay que recordar que aun cuando don Agustín Rodríguez, don Miguel S. Macedo y don Emilio Rabasa, han sido reconocidos como los tres primeros "rectores" de la Escuela, la institución del rector no se contempló en sus tres primeros Estatutos, el de 1912, el de 1913, y el de 1927. Todos, en su lugar, contemplaron el gobierno colegiado de una Junta Directiva compuesta por tres profesores elegidos cada año como vocales por la Junta General de Profesores. Sin embargo, desde 1912 cada uno de estos vocales fue llamado, indistintamente, "rector". El peso de una tradición, que quizá comenzó cuando la dirección efectiva de la Escuela se dejó en manos del licenciado Rabasa, segundo vocal de dicha junta directiva por varios años consecutivos, así como la necesidad de contar con una dirección unipersonal dieron paso a lo que el cuarto Estatuto de la Escuela —aprobado en 1932— estableció por vez primera: el cargo de rector, cuyo primer beneficiado fue don Pedro Lascuráin. Véase ARENAL FENOCHIO, Jaime DEL, *Hombres e historia de la Escuela Libre de Derecho*, México, Escuela Libre de Derecho, 1999, pp. 355-374.

y su rector en tiempos particularmente difíciles para el país y, en especial, para la propia Escuela. Tal vez el hecho de no haber alcanzado la fama de los cuatro primeros “rectores”, y no haber dejado una obra científica de grandes alcances han impedido que su nombre pase desapercibido entre los muy ilustres abogados que han ocupado la rectoría escolar. ¿Quién fue y qué hizo don Luis R. Lagos Peniche? Acerca de su vida y obra apenas y quedan vestigios en algunas revistas especializadas. En 1984, con motivo de la publicación de una serie de semblanzas de los rectores de la Escuela en el núm. 8 de la *Revista de Investigaciones Jurídicas*, la Srita. Eva Angélica de Jesús Lagos Romo, hija de don Luis, proporcionó a la Sra. licenciada Laura Trigueros, entonces catedrática de Derecho internacional privado en las aulas de la Libre, una serie de valiosos datos acerca de la vida de su padre. Hasta ahora esta breve semblanza constituye la más completa fuente para el conocimiento de nuestro personaje.<sup>2</sup> Aquí mismo, se volvió a publicar una conferencia pronunciada por Lagos en el Anfiteatro de la Escuela Nacional Preparatoria el 18 de noviembre de 1916 y publicada por vez primera en la ahora muy rara *Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho* correspondiente a los meses de enero y febrero de 1917, es decir, en forma contemporánea a la promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de este mismo año.<sup>3</sup> De muy poco más se podía afirmar de quien llegó a ser también Presidente de la Barra Mexicana Colegio de Abogados y cuyo retrato forma parte de la interesante galería de rectores que cuelga de los muros del salón de exámenes profesionales de la Escuela.

Dos hechos me han permitido —y obligado— a interesarme ahora por su persona y por su obra: el haber dado inicio hace algunos meses las tan anheladas tareas de organización y clasificación del Archivo Histórico de la Escuela, con vistas al primer centenario de su fundación, lo que permitirá rescatar y conocer miles de importantes documentos inéditos u olvidados; y el haber localizado —por fin,

<sup>2</sup> LAGOS ROMO, Eva Angélica de Jesús, “Datos de la vida del Sr. Lic. D. Luis R. Lagos”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 8, núm. 8, t. I, pp. 115-118.

<sup>3</sup> *Ibidem*, pp. 118-132. La publicación en la *Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho* se encuentra en el t. II, núms. 15 y 16, de enero y febrero de 1917, pp. 15-35.

después de reiteradas e infructuosas búsquedas— los documentos relativos al segundo amparo interpuesto por la Escuela Libre de Derecho en contra de la Secretaría de Educación Pública durante la década de los treinta del siglo pasado. Todos estos documentos arrojan luces acerca de la obra de don Luis al frente de la Libre de Derecho. En efecto, algo se sabía —muy poco— acerca de que Lagos había llegado a la rectoría de la Escuela como un rector de transición y casi provisional, en medio de una profunda crisis suscitada entre los profesores, y que había obligado a renunciar a la larga a su primer rector —don Pedro Lascuráin— y a la Junta Directiva en pleno. También se conocía que, precisamente bajo el rectorado de Lagos, la Escuela había decidido interponer un nuevo amparo en contra de las autoridades educativas federales —entonces bajo la jefatura de don Narciso Bassols— por diversas violaciones que implicaban ni más ni menos que la cancelación de su autorización para impartir con validez oficial la enseñanza del derecho y de sus ciencias auxiliares;<sup>4</sup> hecho que pareció repetir la situación de marzo de 1932, cuando, bajo el rectorado de Lascuráin, la Escuela se había visto obligada a interponer un primer amparo en contra de la mencionada Secretaría, que se había propuesto, al parecer desde entonces, aniquilar la institución educativa liberal fundada por un grupo de estudiantes y juristas veinte años atrás.<sup>5</sup> También se sabía que la Escuela había obtenido el año de 1937 el amparo solicitado a la justicia federal y que de esta forma había asegurado su existencia. Pero, más allá de unas cuantas cosas, ¿qué se sabía acerca de la crisis que había provocado la acción gubernamental?, ¿cómo se había defendido la Escuela? ¿qué había argumentado?, ¿qué razones había expresado la Secretaría de Educación Pública?, etc. La documentación hallada permitirá contestar todas estas interrogantes, y permitirá confirmar el calificativo que en 1952 le diera a don Luis, el Lic. Manuel R. Samperio: “Paladín de las buenas causas”.<sup>6</sup> Pero los documentos revelan un aspecto aún más

<sup>4</sup> Véase *La Escuela Libre de Derecho*, México, Escuela Libre de Derecho, 1947, p. 6.

<sup>5</sup> Respecto a este primer amparo, véase *Amparo de la Escuela Libre de Derecho vs. Secretaría de Educación Pública. Sentencia de la Suprema Corte de Justicia*. México, Escuela Libre de Derecho, 1933.

<sup>6</sup> Véase “Discurso pronunciado por el Lic. don Manuel R. Samperio, Presidente de la Barra Mexicana-Colegio de Abogados, en la sesión solemne en honor del Lic. don Anto-

trascendente: que don Luis supo enfrentar con enorme responsabilidad y valor algunos de los momentos más difíciles de la historia de la Escuela. Sin desearlo, asumió el compromiso de decir sí, cuando esto significaba la unidad de la Escuela, y de decir un rotundo no, cuando esto implicó la salvación de la misma. Casi forzado, mantuvo la rectoría de la Escuela el tiempo suficiente para asegurar su marcha normal y la dejó cuando vio que la misma podía prescindir de su tiempo y de su sacrificio. No fue, ni con mucho, un hombre de poder o de ambición política; fue un jurista, y como tal defendió a la Escuela de una de sus más graves amenazas. Al dejar la rectoría en 1937, la Escuela estaba unida nuevamente y a salvo de las acciones emprendidas en su contra por parte del gobierno federal. Nada más por estas razones merece la gratitud de los hombres y mujeres que han egresado de sus aulas y que su nombre no sólo no se olvide sino que se le reconozca como uno de los más importantes rectores que han guiado el destino de la Libre de Derecho.

Para contribuir a estos dos propósitos, en tanto que se prepara la edición de los documentos relativos al amparo interpuesto en 1934, y para continuar con la elaboración de una historia de la Escuela Libre de Derecho que pueda aparecer publicada en 2012, doy ahora a conocer una serie de noticias e información inédita que contribuyan a completar la semblanza de este hasta ahora poco conocido "paladín" de la Escuela.

## II. NUEVOS DATOS SOBRE SU VIDA<sup>7</sup>

Originario de Cosamaloapan, Veracruz, donde nació el 27 de abril de 1884, don Luis egresó de la Escuela Nacional de Jurisprudencia que, dirigida entonces por el jurista "científico" don Pablo Macedo, en 1907 había aprobado un nuevo plan de estudios, y en 1908, inaugu-

nio Ramos Pedrueza, el 20 de agosto de 1952", *El Foro*, diciembre de 1952, p. 11. Este documento no se encuentra capturado en forma digital en el CD *75 Aniversario de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados A. C.*, pero puede localizarse vía Internet, en la página de esta institución: [www.bma.org.mx/publicaciones/elforo](http://www.bma.org.mx/publicaciones/elforo).

<sup>7</sup> Remito al interesado a la semblanza citada de doña Eva Angélica de Jesús Lagos, cuya valiosa información no deseo repetir aquí.

rado su nuevo edificio en las calles de San Ildefonso,<sup>8</sup> y se recibió de abogado dos meses antes de fundarse la Escuela de la que habría de ser rector, el 25 de mayo de 1912. En 1915 comenzó a dar clases en la Escuela Nacional de Jurisprudencia,<sup>9</sup> y hacia 1917 estableció su primer vínculo formal con la Libre, al publicar en las páginas de la *Revista de Investigaciones Jurídicas*, de la Escuela Libre de Derecho, la conferencia a la que me he referido, titulada: "Organización social de la Nueva España y su influencia en el desarrollo económico", que anticipa ya su posterior interés y dominio por los asuntos y temas relacionados con la economía y el comercio.

A partir del 4 de febrero de 1920 formó parte de la "Orden Mexicana de los Abogados" constituida el 11 de junio de 1917 bajo la primera presidencia del Lic. Antonio Pérez Verdía, y que tuvo como órgano de difusión la revista *El Foro*.<sup>10</sup> Como miembro de esta asociación, en 1921 presidió su Comisión de Publicidad y formó parte de su Gran Comisión, y este mismo año suscribió, el 31 de mayo, junto con otros juristas miembros de la Orden, la convocatoria al "Primer Congreso Jurídico Nacional" a celebrarse en la Ciudad de México entre el 15 y el 27 de septiembre, como parte de los festejos conmemorativos del Primer Centenario de la Independencia Mexicana.<sup>11</sup> Resulta interesante conocer parte del texto de esta convocatoria porque exhibe un espíritu de conciliación entre visiones de la historia mexicana ya por entonces muy encontradas entre sí:

"A todos hacemos un llamamiento fraternal para celebrar con una obra de ciencia, de paz, y de verdadero patriotismo, el aniversario del día en que comenzamos a ser un pueblo libre, el día en que recibimos de manos de los

<sup>8</sup> Sobre la Escuela Nacional de Jurisprudencia, véase MENDIETA Y NÚÑEZ, Lucio, *Historia de la Facultad de Derecho*, 2a. ed., México, UNAM, 1975, pp. 148-199, y AGUILAR ISLAS, Jorge, *Escuela Nacional de Jurisprudencia. 1867-1910*, México, UNAM-CESU, 1984. Acerca de la gestión de Macedo al frente de esta institución, véase DEL ARENAL, *op. cit.*, pp. 15-47.

<sup>9</sup> "Expediente de Luis R. Lagos como profesor de esta Escuela", Archivo Histórico de la Escuela Libre de Derecho, Expedientes de Profesores, carta del 8 de junio de 1949.

<sup>10</sup> *El Foro*, t. I, núms. 5 y 6, octubre de 1918, pp. 80-85.

<sup>11</sup> Véanse las actas del Congreso en *Memoria del Primer Congreso Jurídico Nacional, reunido en la Ciudad de México el 14 de septiembre de 1921 y clausurado el 12 de octubre del mismo año*, México, Imprenta de M. León Sánchez, 1922.

consumadores de nuestra independencia, Guerrero e Iturbide, la bandera tricolor, la sagrada enseña de la República, bajo cuya sombra hemos nacido, hemos conquistado las libertades que tenemos, y esperamos levantar nuestra patria hasta colocarla en el altísimo lugar que nuestro amor le tiene consagrado".<sup>12</sup>

Aunque participó en la organización de este importante evento académico no consta que haya intervenido en él con algún estudio, como el que había publicado en *El Foro* un año atrás, titulado "El artículo 123 constitucional", uno de los escritos pioneros sobre esta entonces novedosa disposición constitucional.<sup>13</sup>

Un mes antes de la celebración de este Congreso —que vio reunirse a juristas de la talla de Victoriano Pimentel, Demetrio Sodi, Manuel Borja Soriano y Emilio Rabasa—<sup>14</sup> también suscribió el 3 de agosto, junto a Ramón Prida, J. Lozano y Vivanco, Ignacio Padilla, y Gonzalo Alfaro, y a nombre de la Orden Mexicana, "Su Criterio Jurídico" respecto del impuesto llamado del Centenario, establecido mediante decreto de 28 de julio de ese mismo año: "La comisión respectiva... produjo el dictamen..., el cual fue aprobado en la asamblea que celebró aquella institución la noche del 12 del corriente mes, mandando se hiciera público con las observaciones que hizo el señor licenciado Manuel Rueda Magro, con la respuesta del licenciado don Ramón Prida y el informe presentado al presidente de la Orden Mexicana de Abogados, sobre la discusión habida en la Cámara de Diputados, al discutirse la ley que aprobó el uso que el poder ejecutivo había hecho de las facultades que se le dieron el 8 de mayo de 1917". Los miembros de la comisión se opusieron a dicho impuesto por anticonstitucional "y adverso a la buena economía".<sup>15</sup>

El 4 de marzo de 1922 firmó la Convocatoria al Segundo Congreso Jurídico Nacional a celebrarse el 14 de septiembre, como miem-

<sup>12</sup> *El Foro*, t. III, núms. 56 y 57, enero de 1921, p. 461.

<sup>13</sup> *Ibidem*, t. II, núm. 31, enero de 1920, pp. 106-114. El artículo está fechado en México, el 28 de noviembre de 1919.

<sup>14</sup> Véase la lista de participantes en *El Foro*, t. III, núms. 58, 59 y 60, febrero-marzo de 1921, p. 491.

<sup>15</sup> Puede verse el dictamen completo en *El Foro*, t. III, núm. 55 extraordinario, agosto de 1921.

bro que era de la Comisión permanente del Primer Congreso Jurídico Nacional. En esta ocasión sí presentó una ponencia acerca de las "Bases fundamentales para la reglamentación del trabajo" que fue publicada en las páginas de *El Foro*,<sup>16</sup> y que confirman su inicial interés por la novedosa materia laboral, lo que quedó una vez más de manifiesto al publicar en 1923 su estudio acerca de "El derecho de huelga", en respuesta a un folleto publicado por el Lic. Eduardo Pallares que criticaba el estudio leído por Lagos en el Segundo Congreso, manifestándose entre ambos juristas una controversia que según *El Foro* había que lamentar debido al "encono con que discuten dichos maestros". En efecto, Lagos concluyó su trabajo con las duras frases siguientes:

"Si el señor profesor de Filosofía del derecho hubiera aprovechado las lecciones de lógica que recibió en la Escuela Nacional Preparatoria y hubiera comprendido la doctrina del derecho que enseña su ilustre padre, [don Jacinto Pallares] con el concepto que se ha formado de la huelga, habría llegado, de acuerdo con una sana inferencia, a esta conclusión forzosa, fatal: ¡La Huelga no es un derecho!"<sup>17</sup>

Un año más tarde, la Orden a la que pertenecía lo propuso como candidato a magistrado de la Suprema Corte de Justicia, y el 30 de enero de 1924 fue electo como Vocal del Consejo Directivo de la misma institución. También el año de 1924 suscribió, como miembro del Consejo Directivo de la Orden Mexicana una "Protesta contra determinaciones del Procurador de Justicia del Distrito Federal", que en síntesis se limitaba a reprochar a este funcionario haber ordenado dejar en libertad, "sin las formalidades de un verdadero proceso, [a] dos homicidas" argumentando que "con las primeras diligencias había quedado comprobada en ambos casos la circunstancia excluyente de responsabilidad que establece la fracción octava del artículo 34 del Código Penal".<sup>18</sup>

<sup>16</sup> *Ibidem*, t. IV, núms. 19-30, mayo-diciembre 1922, pp. 144-153, firmada en México, en septiembre 3 de 1922.

<sup>17</sup> *Ibidem*, t. IV, núms. 19-30, mayo-diciembre de 1922, pp. 228-230. El estudio está firmado en marzo de 1923.

<sup>18</sup> *Ibidem*, t. V, núms. 47 y 48, mayo-junio de 1924, pp. 51 y 52.

El 9 de diciembre de 1927 intervino en la asamblea que fusionó a la Orden Mexicana de los Abogados con la Barra Mexicana Colegio de Abogados, agrupación de abogados que había sido fundada el 29 de diciembre de 1922 como resultado de la celebración del Segundo Congreso Jurídico Nacional mencionado arriba, y que también tuvo como su primer director al abogado Antonio Pérez Verdía.<sup>19</sup> En 1922 y 1923 había sido promotor de esta institución y el año de la fusión fue nombrado su vicepresidente, y presidente de su Comisión de Biblioteca, responsabilidad esta última que mantuvo, al parecer, hasta cuando menos 1930, cuando don Pedro Lascuráin presidió la Barra y cuando don Salvador I. Reynoso —quien lo sustituiría en la rectoría de la Escuela Libre de Derecho— fungió como su vocal. En el informe del Presidente de la Barra don Alejandro Quijano, suscrito el 20 de diciembre de 1927, se puede leer:

“La Biblioteca de la Barra no se ha enriquecido en forma copiosa; pero, a más de las obras extranjeras que ha recibido en obsequio, y de las que se ha hablado antes, la labor que está emprendiendo en estos momentos la Comisión de Biblioteca, presidida por el distinguido barrista señor licenciado don Luis R. Lagos, es seguro que rendirá notorio provecho para nuestro acervo de libros, que, si modesto ahora, en un futuro no remoto es de esperarse que será de importancia positiva para todos los miembros de la agrupación”.<sup>20</sup>

Sin embargo, en el 10 de diciembre de 1929, en el informe de la Comisión de Biblioteca Lagos se quejó de haber obtenido pocos resultados debido a los pocos fondos que había para enriquecer el acervo bibliográfico.<sup>21</sup> En la Asamblea celebrada el 17 de diciembre de 1931 fue nombrado vocal de la Barra Mexicana,<sup>22</sup> al año siguiente su tercer Vocal y en 1934 segundo Vicepresidente; siempre durante los difíciles tiempos del radicalismo del Maximato.<sup>23</sup>

<sup>19</sup> *Ibidem*, t. IX, núm. 1, enero-marzo de 1928, p. 6.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>21</sup> *Ibidem*, t. X, núm. 4, octubre-diciembre de 1929, pp. 176 y 177. “Comisión de Biblioteca”.

<sup>22</sup> *Ibidem*, 1932, artículo bajado de Internet en dirección citada.

<sup>23</sup> Véase MEYER, Lorenzo, *Historia de la Revolución Mexicana. Periodo 1928-1934. El conflicto social y los gobiernos del Maximato*, México, El Colegio de México, 1978.

Durante este periodo, y reestablecida la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación en 1930, fue designado para ocupar el sitial número 27, en compañía de sus colegas en la Escuela Libre: los licenciados Lascuráin, Reynoso, Herrera y Lasso, y Carlos Vargas Galeana.<sup>24</sup> También era miembro del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados y se desempeñaba como Jefe del Departamento Legal de la Compañía de Luz y Fuerza Motriz.<sup>25</sup> Según lo afirmara el recientemente fallecido don Jesús Rodríguez Gómez el 26 de julio de 1979, intervino en contra de la promulgación de la Ley de Expropiación de 1936 en unión de los licenciados Luis Cabrera, Alberto Vázquez del Mercado, Aquiles Elorduy, Antonio Pérez Verdía, Pedro Lascuráin, Salvador I. Reynoso, Manuel de Medina Baeza y Roberto Cosío y Cosío.<sup>26</sup>

### III. SU LABOR AL SERVICIO DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO

Habiendo sido profesor de la Escuela Nacional de Jurisprudencia durante cinco años,<sup>27</sup> comenzó a impartir como profesor interino el Curso Teórico de Procedimientos Civiles en las aulas de la Libre en 1922, gracias a sus magníficas relaciones con los licenciados Pedro Lascuráin, Salvador I. Reynoso, y Miguel S. Macedo, profesores todos de la Escuela Libre de Derecho, curso que desempeñaría hasta 1926.<sup>28</sup> En 1924 le correspondió pronunciar, “por disciplina”,<sup>29</sup> el tradicional discurso oficial en la ceremonia de inauguración del curso escolar;<sup>30</sup> sin embargo, en septiembre de este mismo una dolencia hepática lo obligó a solicitar una licencia temporal.<sup>31</sup> Si durante 1927

<sup>24</sup> SAUCEDO ZARCO, Carmen, “La Academia Mexicana de Jurisprudencia y legislación (Correspondiente de la de Madrid)”, en *Estudios Jurídicos*, Sociedad de Alumnos de la Escuela Libre de Derecho, núm. 5, 1993, p. 187.

<sup>25</sup> LAGOS, Eva Angélica de Jesús, *op. cit.*, p. 116.

<sup>26</sup> *El Foro*, Sexta Época, núm. 18, julio-septiembre de 1979, p. 20.

<sup>27</sup> “Expediente”, carta del 8 de junio de 1949.

<sup>28</sup> “Expediente” citado.

<sup>29</sup> *Ibidem*, carta del 4 de febrero de 1924.

<sup>30</sup> Véase en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, 2a. época, t. II, 1924, p. 220.

<sup>31</sup> En septiembre de 1924 hubo de viajar a Tehuacán para reponerse de una litiasis hepática que venía padeciendo desde hace algún tiempo. “Expediente”, carta del 12 de septiembre de 1924.

no impartió curso alguno, en 1928 fue designado profesor del primer curso de Derecho mercantil en sustitución del Lic. Felipe de J. Tena.<sup>32</sup> Con tal carácter compareció —en compañía de los demás profesores— a la firma de la “Escritura Constitutiva de la Escuela Libre de Derecho” el 6 de febrero de 1932.<sup>33</sup> A los pocos meses se suscitó una grave crisis dentro de la Escuela que implicó a los alumnos y al Lic. Pablo Macedo, profesor de Derecho civil, y que llevó a que presentarían sus renuncias el rector Lascuráin y los vocales de la Junta Directiva. Lagos, en solidaridad con el rector y con los vocales, renunció a su cátedra el 14 de junio de 1932.<sup>34</sup> No obstante, superada esta crisis, Lagos continuó impartiendo su curso lo que restaba del año, pero solicitó una nueva licencia para separarse de su encargo durante el curso escolar de 1933.<sup>35</sup>

Debilitada la posición del rector Lascuráin y de la Junta Directiva, Lagos fue designado Rector por la Junta General de Profesores el 12 de enero de 1934, cargo al que llegó en tiempos por demás difíciles, tanto para la Escuela como para el país. Comenzaban los años del cardenismo que sustituirían a los no menos complicados del Maximato.<sup>36</sup> Durante estos años le tocaría no sólo dirigir la marcha de la Escuela y procurar su reconciliación después de la crisis de 1932, sino también encabezar una nueva y definitiva defensa contra la nueva arremetida del gobierno federal. Al frente de la rectoría, Lagos mostró dos características evidentes: su poco apego al poder y su espíritu de sacrificio.

Lo primero queda de manifiesto por el hecho de haber presentado en reiteradas ocasiones su renuncia al cargo que le había sido conferido —la primera vez al cumplir un año de su elección—, y por la interpretación que realizó a la cláusula relativa a la duración del cargo de vocal de la Junta Directiva, que él consideró aplicable al del rector, es decir, limitado a un año. Esta actitud la confirmó en su

<sup>32</sup> El curso del año de 1927 lo impartió el Lic. Rafael Martínez Carrillo. Cfr. Libro de Actas de la Escuela Libre de Derecho, núm. 1, f. 227.

<sup>33</sup> Véase *70 Aniversario*, México, Escuela Libre de Derecho, 1982, pp. 53-56.

<sup>34</sup> “Expediente”, carta del 14 de junio de 1932.

<sup>35</sup> *Ibidem*, carta del 5 de enero de 1933.

<sup>36</sup> Véase LERNER, Victoria, *Historia de la Revolución Mexicana. Periodo 1934-1940. La educación socialista*, México, El Colegio de México, 1979.

definitiva y última carta de renuncia a la rectoría dirigida a los profesores de la Escuela el 15 de enero de 1937:

“Nunca he estado de acuerdo con que el Rector permanezca indefinidamente en su puesto, como lo he expresado en otras ocasiones; porque no hay razón para justificar la diferencia existente entre miembros de una misma unidad directiva, ni razón alguna en que fundar un cargo prácticamente vitalicio, ya que sólo motivos muy poderosos pueden determinar la destitución de un Director, sea por consideración al desinterés con que presta sus servicios, sea por la trascendencia que para la Escuela pueda tener un acto como éste. [...] Consecuencia de lo anterior, es la convicción que abrigo de que, cada año, debe presentar el Rector su renuncia para dejar en libertad a la Junta General de nombrar a la persona que lo sustituya”.<sup>37</sup>

Un año atrás, el 3 de febrero, en otra carta de renuncia había manifestado otras razones:

“Por otra parte abrigo la convicción de que la permanencia por mucho tiempo de una persona en el mismo puesto directivo, es, por diversos conceptos de los expuestos —la rutina entre otros— perjudicial a la Escuela y creo que todos los profesores deben tener la oportunidad de dirigir el establecimiento para que se den cuenta prácticamente de las necesidades de éste”.<sup>38</sup>

Lo segundo, porque no obstante sus ocupaciones, su salud, su poca tolerancia al desorden estudiantil que —al parecer era una característica de la Escuela por aquellos años—, y los difíciles momentos por los que la Escuela pasaba, nunca eludió su compromiso ni el sacrificio que le implicaba ser rector de la Escuela en años particularmente difíciles y complicados tanto al interior como por la acción gubernamental en su contra. Al aceptar su encargo lo había hecho movido por “las circunstancias que entonces prevalecían en el establecimiento”; y después lo había mantenido obligado porque había surgido “el conflicto con la Secretaría de Educación”, y “era deber que correspondía cumplir a la Junta Directiva, y como miembro de ella no debía rehuirlo ni eludir las responsabilidades consiguientes”.<sup>39</sup>

<sup>37</sup> “Expediente”, carta del 15 de enero de 1937.

<sup>38</sup> *Ibidem*, carta del 3 de febrero de 1936.

<sup>39</sup> *Ibidem*, carta a la Junta General de Profesores de 10. de febrero de 1935.

Este mismo espíritu de sacrificio lo llevó en diversas ocasiones a encargarse de terminar los cursos que la informalidad de ciertos profesores amenazaba con dejar inconclusos.

No puede desconocerse, sin embargo, que la tarea más notable llevada a cabo por Lagos al frente de la institución, además de conciliar a un profesorado dividido, fue la defensa judicial que llevó a cabo frente a la Secretaría de Educación Pública, mediante el hasta ahora desconocido amparo interpuesto por la Escuela, obra del Lic. Luis MacGregor, segundo vocal de la Junta Directiva, el año de 1934.<sup>40</sup> De esta labor daré cuenta puntual en la publicación que preparo de los documentos relacionados con este juicio de amparo y que hace poco he localizado.

#### IV. EN EL DERECHO MERCANTIL Y EN LA BARRA MEXICANA

Cumplidas a cabalidad las tareas propuestas, y en momentos “en que la Escuela marcha normalmente”, Lagos presentó por tercera vez su renuncia y en esta ocasión le fue aceptada; los siguientes años retomaría el curso normal de su actividad profesional, continuaría con sus clases en la Libre y seguiría participando en la Barra Mexicana, donde fue electo octavo Vocal en 1944, y cuya presidencia asumió en el bienio 1949-1950, sustituyendo a don Gustavo R. Velasco, quien fuera su discípulo en la Escuela Libre y quien llegaría a ser también designado Rector de la misma durante los años de 1944 y 1955 a 1964. Algo, sin embargo, cambió: su preferencia inicial por el derecho laboral dio paso al cultivo del derecho mercantil, lo que parece evidente al consultar los escritos publicados durante las décadas siguientes.

En efecto, si en 1938 todavía publicó en las páginas de la revista *Jus* un estudio acerca del párrafo primero del artículo 123 de la Constitución, titulado “El contrato de trabajo como acto condición”,<sup>41</sup> seis años después, en coautoría con Roberto L. Mantilla Molina, publicó unas “Observaciones de la Barra Mexicana al Anteproyecto del Li-

<sup>40</sup> La paternidad del amparo la confesó el propio Lagos en su primera carta de renuncia a la Junta General de Profesores del 10. de febrero de 1935, *loc. cit.*

<sup>41</sup> *Jus*, t. I, núm. 4, 15 de noviembre de 1938, pp. 7-12.

bro Primero del Código de Comercio”.<sup>42</sup> En septiembre de 1944, al crearse las Secciones de Estudio de la Barra, Lagos fue nombrado presidente de “la Comisión de Derecho Mercantil que comprende las de Derecho Bancario, de Fideicomiso y de Sociedades”, su secretario fue el Lic. Javier O. Aragón. Esto no le implicó olvidarse de otras disciplinas jurídicas: a fines del mismo año el Presidente de la Comisión de Derecho Administrativo, el Lic. Carlos Sánchez Mejorada, informaría al Consejo Directivo de la Barra que Lagos ya había presentado el estudio “acerca del Proyecto elaborado por la Secretaría de Agricultura y Fomento de una nueva Ley de Aguas de Propiedad Nacional”.<sup>43</sup> En 1948, junto con quien lo sustituyera en el curso de Derecho mercantil en las aulas de la Libre de Derecho, el Lic. Álvaro Espinosa Barrios, dio a conocer unas “Observaciones sobre el proyecto del libro I y anteproyecto de los libros II y IV del Código de Comercio”, publicadas también en las páginas de *El Foro*.<sup>44</sup> En 1948 esta revista publicaría el estudio “Los tratados en el derecho constitucional mexicano. Estudio de la sección de Derecho constitucional y administrativo de la Barra Mexicana”, suscrito por quien entonces ya era Presidente de la Barra y por el Lic. Jorge I. Aguilar.<sup>45</sup>

Por lo que se refiere a su actividad docente en la Escuela Libre de Derecho, habiendo ingresado a la Escuela su hijo José Luis, hubo de excusarse de examinarlo cuando éste fue su alumno en el curso escolar de 1938.<sup>46</sup> En el mes de enero de 1939 volvió a pedir una nueva licencia temporal para separarse de su curso, dejando en su lugar al Lic. Espinosa Barrios, calificado por él como “uno de los alumnos más distinguidos de esta escuela” y quien era, “en la actualidad, un abogado de muy clara inteligencia y amante del estudio”.<sup>47</sup> Sin perjuicio de su titularidad como profesor del primer curso de Mercantil, la Junta Directiva lo nombró el 20 de julio de 1939 profesor del curso de Derecho público, mismo que comenzó a impartir el

<sup>42</sup> *El Foro*, 2a. época, t. I, núm. 1, septiembre de 1944, pp. 33-82.

<sup>43</sup> *Ibidem*, t. I, núm. 2, diciembre de 1944, p. 156.

<sup>44</sup> *Ibidem*, t. V, núm. 4, diciembre de 1948, pp. 352-391.

<sup>45</sup> *Ibidem*, t. V, núm. 2, junio de 1948, pp. 197-207.

<sup>46</sup> “Expediente”, carta del 14 de noviembre de 1938.

<sup>47</sup> *Ibidem*, carta del 31 de enero de 1939.

martes 25 de ese mes, de ocho a nueve de la mañana.<sup>48</sup> No debió de encargarse de este curso de forma definitiva pues en 1947 ya lo impartía don David Casares Nicolín.<sup>49</sup> Una vez más, en 1944, pidió licencia por un año para abstenerse de impartir su curso de Derecho mercantil. En octubre de 1945, solicitó al Secretario de la Escuela, el Lic. Manuel Sainz Larrañaga, expedirle una certificación acerca de los años que había impartido gratuitamente clases en la institución, así como el cargo de rector y el de sinodal en los exámenes ordinarios y profesionales, a efecto de cubrir el requisito de prestar un servicio social que el Reglamento de la Ley Orgánica de los artículos 4 y 5 de la Constitución exigía para registrar los títulos profesionales.<sup>50</sup> Al año siguiente, un infarto lo obligó a permanecer en cama "bastante tiempo" y recluido en sus habitaciones "durante varios meses" y lo decidió a renunciar a su curso de Derecho mercantil,<sup>51</sup> renuncia que naturalmente le fue rechazada por la Junta General de Profesores el 13 de agosto de 1946, que, en su lugar, le concedió una licencia ilimitada, considerándolo, no obstante la misma, "como Profesor Titular de dicha materia y formando parte integrante del Cuerpo de Profesores".<sup>52</sup>

Al frente de la Barra le correspondió designar, de acuerdo con su Consejo Directivo, a la comisión respectiva que debía preparar la intervención de la Barra de Abogados, en la Sexta Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados que se iba a celebrar en la ciudad de Detroit, Michigan, del 22 de mayo al 1.º de junio de 1949. La designación recayó en los señores licenciados Gustavo R. Velasco, Antonio Martínez Báez, Pedro Suinaga y Luján, y en el propio Lagos.<sup>53</sup> No asistió a dicha conferencia, pero en lo que sí participó fue en el Comité de Vigilancia de la Federación General de Colegios de Profesionales de la República, en representación de la Barra Mexicana.<sup>54</sup>

<sup>48</sup> *Ibidem*, cartas del 20 y del 21 de julio de 1939.

<sup>49</sup> Cfr. La "Lista de profesores en el año de 1947", en *La Escuela Libre de Derecho*, p. 31.

<sup>50</sup> "Expediente", carta del 3 de octubre de 1945.

<sup>51</sup> *Ibidem*, carta del 2 de mayo de 1946.

<sup>52</sup> *Ibidem*, carta del 14 de agosto de 1946.

<sup>53</sup> *El Foro*, t. V, núm. 4, diciembre de 1948, p. 431.

<sup>54</sup> *Ibidem*, t. VI, núm. 3, septiembre de 1949, p. 251.

Como presidente de dicha asociación presentó a la Asamblea General Ordinaria, en junio y en octubre de 1949, los respectivos informes de actividades correspondientes a ese año,<sup>55</sup> así como le correspondió organizar y pronunciar un discurso en la ceremonia de colocación del retrato de su antecesor en la presidencia de la institución en el mes de marzo de 1950: sus palabras se publicaron en *El Foro* con el título "Discurso pronunciado con motivo de la colocación del retrato del Sr. Lic. Gustavo R. Velasco en el salón de la Barra".<sup>56</sup>

## V. LOS ÚLTIMOS AÑOS

Poco tolerante con la indisciplina de los alumnos de la Escuela, consciente de que era incapaz para mantenerla con 65 años de edad a cuestas, un nuevo acto de aquélla que afectó en esta ocasión su propio físico, lo orillaron a renunciar una vez más como profesor en el mes de junio de 1949. Vale la pena reproducir sus palabras pues exhiben el alto decoro y la dignidad de un profesor consciente de que comenzaba a declinar y a perder "auctoritas" entre las nuevas generaciones de alumnos:

"Es principio básico de la Escuela que el orden y la disciplina de ella quede confiada al honor de los alumnos; es decir, que el alumno debe ser tratado como persona consciente y responsable de sus actos, tanto en lo individual como en lo colectivo. En estas condiciones, considero que el profesor no debe esperar nunca el respeto que se le debe tener, por medio de la coacción de la Superioridad, sino imponerlo él mismo por medio del interés que separa a su clase, por el respeto que a sus alumnos manifieste y por las simpatías que de ellos se conquiste. Cuando ese respeto no existe o decaiga, es obligación del profesor dejar su lugar a otro; pues de lo contrario da origen a actos propios de la colectividad juvenil y contribuye al relajamiento de la disciplina que condiciona la prosperidad de un establecimiento docente, causando un mal en vez de hacer un beneficio".<sup>57</sup>

<sup>55</sup> *Ibidem*, t. VI, núm. 3, septiembre de 1949, pp. 239-248, y t. VII, núm. 1, marzo de 1950, pp. 77-84.

<sup>56</sup> *Ibidem*, t. VII, núm. 1, marzo de 1950, pp. 9-11.

<sup>57</sup> "Expediente", carta del 8 de junio de 1949.

Por fortuna la renuncia no le fue aceptada y don Luis continuó con su curso. De 1952 data el “Discurso pronunciado por el Lic. Luis R. Lagos, ex presidente de la Barra Mexicana Colegio de Abogados en la sesión solemne de homenaje al Lic. Antonio Ramos Pedrueza el 20 de agosto de 1952”.<sup>58</sup> Fue en esta misma ceremonia donde el Lic. Manuel R. Samperio —entonces Presidente de la Barra— lo calificó como “Paladín de las buenas causas”.<sup>59</sup> El 30 de enero de este mismo año el propio Samperio había pronunciado el discurso en homenaje a don Luis al que se refirió —transcribiendo algunos de sus párrafos— su hija Eva Angélica, y que aporta un número considerable de datos biográficos del homenajeado, tanto como miembro activo de esa asociación como respecto de otras actividades desempeñadas por don Luis, que no tiene caso repetir aquí.<sup>60</sup>

El fin se acercaba; en julio de 1950, una luxación y una fractura provocadas por un accidente le obligaron a pedir licencia por tiempo indefinido a su curso de Derecho mercantil.<sup>61</sup> Entonces formaba un despacho —sito en la calle Condesa núm. 8— en compañía, de los licenciados Germán y Eduardo Fernández del Castillo, Juan Antonio Peralta (mi recordado maestro de Seguridad Social en el curso escolar 1975-1976), y el fiel Álvaro Espinosa Barrios, entre otros.<sup>62</sup> Una nueva enfermedad lo obligó una vez más a guardar cama durante más de un mes en enero de 1953, así como alejarse de todo esfuerzo físico y mental, razones por las cuales volvió a renunciar a su curso en la Libre de Derecho a través de una carta suscrita el 23 de enero de ese año dirigida a la Junta Directiva de la Escuela; en ésta se lee:

“Desde que entré a prestar mis servicios a la Escuela en el año de 1922, he considerado un alto honor ser profesor de ella en diversas asignaturas y

<sup>58</sup> *El Foro*, 3a. época, núm. 1, diciembre de 1952, p. 11.

<sup>59</sup> También lo calificaría de “cumplido caballero, jurista y maestro”; véase el “Discurso pronunciado por el Lic. Manuel R. Samperio, en la sesión del 22 de enero de 1954, al descubrirse su retrato en la Sala de Actos de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados”, en *El Foro*, 4a. época, núm. 3, enero-marzo de 1954, p. 114.

<sup>60</sup> *Cfr.* LAGOS, Eva Angélica, *op. cit.*, pp. 117 y 118. Este discurso no se localiza ni en el CD de la Barra, ni en la dirección electrónica citada.

<sup>61</sup> “Expediente”, carta del 1o. de julio de 1950.

<sup>62</sup> Antes su despacho había estado situado en la calle de Gante 20, y en Palma Norte 330.

haber regido dicha institución en momentos críticos para ella. Esto indica que al presentar mi renuncia me desprendo, por necesidad, de algo con lo que mi vida estaba identificada. Licencia por tiempo indefinido, aunque sería un alto honor, no debo pedirla, porque es natural que quien me sustituya en la clase, lo que hará sin remuneración alguna y con el solo deseo de contribuir a la formación de abogados futuros, desee tener el carácter de profesor titular y no de profesor sustituto.

“Ruego a vuestra H., se sirva comunicar esta renuncia a la H. Junta de Profesores manifestando mi agradecimiento por los honores y las atenciones que he recibido de la Escuela, haciéndoles ver que la recompensa por los servicios prestados consiste simplemente en la satisfacción del deber cumplido”.<sup>63</sup>

También en esta ocasión, la Junta General de Profesores —dados “los relevantes méritos” de don Luis “como catedrático y como Rector”— acordó que no era de aceptársele su renuncia y le concedió una licencia “por todo el tiempo necesario para recuperar su quebrantada salud”.<sup>64</sup> Nunca más regresaría. Víctima de un nuevo infarto, falleció en la Ciudad de México el 11 de octubre de 1954. No tengo noticia de que la Barra Mexicana, ni la Academia Mexicana, ni la Escuela Libre de Derecho le hubieran organizado los homenajes fúnebres que su dedicación y lealtad por tantos años le merecieron.

<sup>63</sup> *Ibidem*, carta del 23 de enero de 1953.

<sup>64</sup> *Ibidem*, carta del 12 de febrero de 1953.

IN MEMORIAM

JOSÉ GÓMEZ GORDOA  
(1913-2005)

A principios del mes de noviembre de 2005, falleció en la Ciudad de México, después de una larga y penosa enfermedad, quien fuera Rector de la Escuela Libre de Derecho durante los años 1977 y 1979-1984, y catedrático por más de cuarenta años del segundo curso de Derecho mercantil, el Sr. Lic. don José Gómez S. Gordoa. Nacido en la ciudad de San Luis Potosí el 29 de septiembre de 1913, ingresó a las aulas de la Escuela Libre el año de 1931 donde obtuvo el título de abogado en 1936, después de defender una tesis acerca de la *Formación jurídica del pueblo del Estado*. Muy pronto se interesó por el estudio del derecho mercantil, del bancario y del financiero, destacando en todos estos conocimientos. El año de 1988 la editorial Porrúa publicó su libro *Títulos de crédito*, resultado de sus lecciones sobre esta materia en la Escuela que comenzaron a ser transcritas durante el curso escolar 1976-1977, antes de que partiera a España con el carácter de embajador de los Estados Unidos Mexicanos, en sustitución de quien fuera el primer embajador después de la reanudación de las relaciones entre ambos países, el Lic. Gustavo Díaz Ordaz. Estuvo al frente de la embajada dos años, durante los difíciles años de la transición española. Al regresar a México fue designado director del entonces Instituto Mexicano de Comercio Exterior; ahí acudí a solicitarle una recomendación para obtener una beca del gobierno español para iniciar mis estudios de posgrado en Historia del derecho en España. Nunca tuvo límites su generosidad ni su fino trato, cordial y a la vez inescrutable. Ocupó el sitial número 22 de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación y perteneció al Ilustre y Nacional Colegio de Abogados. Antes de ocupar la embajada mexi-

cana en España había sido director general del Banco Mexicano y del Banco Internacional y, a su regreso, también dirigió la Aseguradora Hidalgo. Al final de su valiosa vida dedicada al servicio público fundó con sus hijos un despacho de consultoría jurídica, y se dedicó más intensamente a su labor como editorialista en las páginas de *Excélsior*, siempre sin descuidar su magisterio en las aulas de la Escuela, ni su intensa actividad como estudioso del derecho mercantil, tareas cuyo fin sólo pudo señalarlo el inicio de su enfermedad.

Al frente de la Escuela, a don José le correspondió consolidar y apoyar el establecimiento de un grupo de investigadores que darían inicio a las labores de investigación jurídica dentro de la misma, así como continuar las labores de rescate, organización y enriquecimiento de su riquísima biblioteca. Como profesor, siempre se le recordará por su carácter adusto, por su finísimo trato, un tanto distante con sus alumnos pero siempre dispuesto a prestarles su ayuda y consejo, por su precisión conceptual, sus amplios conocimientos en la materia mercantil y su rigor expositivo: en sus clases nada se decía de más y nada dejaba de ser importante. Jurista, diplomático y político, a don José Gómez Gordo también se le recordará en las aulas de la Escuela por el magnífico discurso que pronunciara, a nombre de los maestros y ex alumnos de la misma, en la ceremonia conmemorativa del 75 aniversario de su fundación, celebrada en el Palacio de Bellas Artes el 24 de julio de 1987; aquí, ante la presencia del presidente Miguel de la Madrid, don José nos recordó a los hijos de la institución nacida para el cultivo del derecho “que nacimos libres, hemos seguido siéndolo y así, libérrimos hasta el fin”.

Gracias, don José, por tanto. Descanse, al fin, en paz.

Jaime DEL ARENAL FENOCHIO

### DISCURSO DE LA SEÑORA LIC. DOÑA JOSETTE SERRATO DE GARCÍA, PROFESORA DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO, EN LA CEREMONIA DE INAUGURACIÓN DE CURSOS 2006-2007

Señor Rector Ignacio Morales Lechuga,  
Señores miembros de la Junta Directiva,  
Distinguidos maestros,  
Muy queridos alumnos,  
Señoras y señores.

Estoy plenamente convencida que en la vida es conveniente ver siempre hacia adelante. No obstante, en contadas ocasiones dar cabida a un poco de historia y de nostalgia es muy útil para entender mejor en el tiempo y en el espacio en dónde nos encontramos. El futuro es un enigma, ¡el pasado realidad! La vida sólo puede ser comprendida mirando para atrás..., ¡mas sólo puede ser vivida mirando para adelante!

Desde el día de la fundación de la Escuela Libre de Derecho se inició la práctica de pronunciar el que ahora es el tradicional discurso inaugural. Comparto con ustedes unos cuantos nombres —para mí “ilustres”— de maestros a quienes he escuchado o visto en una ceremonia como ésta: Manuel Herrera y Lasso, Víctor Manuel Ortega, Francisco García Jimeno, José Luis de la Peza, Genaro María González, José Gómez Gordo, David Casares Nicolín, Raúl F. Cárdenas, Manuel Lizardi Albarrán, Sergio Vela Treviño, Gustavo R. Velasco, Rafael Preciado Hernández, Jerónimo Díaz, Javier de Cervantes, Luis Ruiz Rueda, Javier Creixell del Moral, José Becerra Bautista, Ignacio Mendoza Iglesias, Juventino Víctor Castro, Laura Trigueros Gaisman y muchísimos más que nos han enaltecido.

Es exactamente hoy, lunes 14 de agosto de 2006, que ocurre nuevamente la coincidencia entre alumnos y maestros plenos de ilusión, entusiasmo y energía, preparados para iniciar un nuevo ciclo que en verdad deseo por el bien de todos y muy particularmente de nuestra muy querida escuela, refleje nuevamente la calidad que nos es ampliamente reconocida.

La vida sin sueños es ininteligible, es nada, por ello pido a todos los aquí presentes, imaginar conmigo que estuvieran aquí con nosotros en este preciso instante todos y cada uno de los alumnos y maestros fundadores; aquellos visionarios que en plena revolución con valores de libertad irrestricta, sed de justicia y hambre de sabiduría, sin dudas ni temores hicieron nacer a nuestra *alma mater*, dotándola desde su inicio de principios, normas y reglas que a casi cien años de distancia han prevalecido en su esencia hasta la fecha. Imaginen conmigo, por favor, cómo verían la evolución lograda en: calidad del alumnado y del cuerpo docente; nuestras actuales instalaciones; el lustre que sus abogados han dado al foro mexicano a través de ex alumnos que desde los años veinte, generación tras generación han comprobado sin lugar a duda que es en esta maravillosa escuela que hicieron nacer, la mejor opción que ofrece el país entero para aprender el ético y profesional ejercicio de la abogacía.

La capacidad creativa de nuestros fundadores fue indescriptible, siempre en un afán de lograr la excelencia mediante reglas tan novedosas cuan claras, empezando por la manera de otorgar superiores, muy bienes o pases; exámenes ordinarios públicos, orales y con tres sinodales; confiar el orden y la disciplina al honor de los alumnos; porcentaje mínimo de asistencia por asignatura; reducción del número máximo de exámenes reprobados; participación como oyente; libertad de cátedra en su más amplio sentido; colegiatura y cuotas accesibles y ante todo la exigencia a su cuerpo docente de asumir su encargo bajo la premisa de ser "honoris causa", ejercido con amor, dedicación, capacidad, disciplina, entrega y la inapreciable humildad que caracteriza a toda persona que comparte sus conocimientos. En nuestra Escuela Libre ha cabido siempre para la enseñanza el concepto del amor por impartirla. Parafraseo a Roque Schneider, poeta portugués, que así bellamente lo describió: "el amor es la mejor música en la partitura de la vida, sin él serás un eterno desafinado en el inmenso coro de la humanidad".

Nuestro presente es fiel reflejo de la lucha y esfuerzo continuados que ilustres juristas iniciaron en julio de 1912: "*Nada nos ha sido dado gratis*". Vislumbrándose ya los cien años de existencia, serán justamente los alumnos que hoy ingresan al primer año quienes puedan obtener su título en el 2012. Les aseguro que para entonces, habrán pasado tanto por los grandes como por los difíciles momentos que unos 3,750 alumnos que los habrán precedido tuvieron también que experimentar.

Simplemente no existe otro lugar que reúna los valores, la tradición y el altruismo del cuerpo docente que se ofrece en nuestra escuela. Es invaluable además el sentido de pertenencia con el que se egresa; basta enterarse de que un colega también es ex alumno de la Libre para que casi invariablemente surja una empatía. Es incontable el número de "historias de éxito" escritas por ex alumnos en todas y cada una de las especialidades del derecho, sea litigando, asesorando, arbitrando, dando fe pública, en la academia, en la investigación, en el servicio público en todos sus ámbitos, en el sector privado y sobre todo, en el ejercicio profesional de la abogacía entendida en su más amplio concepto, tal y como el propio idioma la define: "perito en derecho".

A quienes hoy participan por primera vez como alumnos, les damos la más cordial bienvenida y les aseguramos que eligieron la mejor opción. Creo será bueno para ustedes enterarse que históricamente las estadísticas marcan que 17 de cada 100 que lo intentan, logran el título de abogado expedido por esta institución. En verdad mi único propósito al darles esta información es el de motivarlos. Nada en la vida compensa más que obtener una meta ambiciosa. Cada uno de ustedes, al decidir venir a formarse aquí, está demostrando autoestima y confianza en sí mismo; siempre tengan eso en cuenta, no desistan, tomen con la mayor seriedad este reto para poder superarlo, estudien, participen, cambien impresiones y conocimientos con sus nuevos amigos, pregunten a sus maestros cuantas veces sea necesario hasta disipar cualquier duda. Les garantizo que su paso por la Libre significará para ustedes una de las más bellas etapas de su vida; aquí harán grandes amistades y relaciones duraderas y auténticas, pero ante todo recibirán enseñanzas de connotados juristas a quienes algún día recordarán con inmenso respeto, cariño y gratitud.

Al alumnado en general lo exhorto a buscar, a procurar con tesón su deseo de titularse aquí. Ya lo hemos logrado muchos, háganlo ustedes también. Prepárense y aprendan a aprovechar, con la certeza de que todavía hay mucho que aprender. Emulen la sabiduría de Descartes: *"daría todo lo que sé, por la mitad de lo que ignoro"*. Por mi parte, yo les digo a cada uno: sé protagonista, sueña lo que quieras soñar, ve a donde quieras ir, sé quien realmente eres, porque la vida es corta y a veces tienes una sola oportunidad. ¡Las grandes almas tienen voluntades, las débiles tan sólo deseos! Tengan muy presente que uno crece cuando se planta y no retrocede, cuando enfrenta el invierno aunque pierda las hojas, recoge flores aunque tengan espinas y marca camino aunque se levante polvo, ¡claudicar es una palabra totalmente desconocida en tu diccionario!

¡Compañero!: sé como los atletas olímpicos, aunque no consigas el primer lugar, jamás abandones, llega hasta el fin. No desistas de tus ideales, no te quedes a la mitad del camino... di y repítelo tantas veces como te sea necesario: *"voy a vencer"*. Nunca dejes de soñar, quien no tiene sueños no tiene mucho. Ten objetivos y con actitud decide tu futuro. Reitero, toda realización lleva un riesgo, uno crece cuando no hay vacío de esperanza, ni debilitamiento de voluntad, ni pérdida de fe, cuando aceptas tu destino pero tienes la voluntad para cambiarlo y proyectar lo que puede ser el porvenir, en síntesis, uno crece cuando se supera, se valora y sabe dar frutos, cuando abre camino dejando huellas, asimilando experiencias e imponiéndose metas.

Necesitamos tanto asegurar el futuro en las mejores manos posibles, que únicamente por ello permítanme definir a un alumno en esta institución: es aquel que da con una mano, porque sabe que recogerá con las dos; siempre mira hacia arriba y camina hacia adelante; gobierna su destino y ejerce su facultad de elegir; reconoce al derecho como su vocación, y no descansa hasta que llega a ser un experto; utiliza sus facultades lo mejor que puede; desarrolla toda su capacidad y, sobre todo, es muy celoso de su tiempo, porque sabe que es su mayor tesoro.

No les quepa la menor duda, ser alumno de la Escuela Libre de Derecho es un privilegio y una distinción de unos cuantos. Ese carácter les confiere el derecho a aprender; a poder participar en las actividades académicas abiertas; al uso apropiado de las instalacio-

nes y servicios; a que sus profesores cumplan en tiempo y forma con su respectivo curso. En lo que corresponde a sus obligaciones, destaque el debido respeto a sus maestros, compañeros, personal, instalaciones y bienes de la institución, apego a las normas que rigen el buen funcionamiento de la actividad académica, asistir de preferencia a todas sus clases, observar buena conducta, apoyar a la sociedad de alumnos.

La abogacía tal y como siempre la ha concebido nuestra tradición, sólo debe ser ejercida por peritos en derecho, pues únicamente así se sirve a la sociedad. Ostentar una cédula profesional derivada de un título expedido en esta escuela, ha sido, es y deberá seguir siendo, una patente que constituye respetabilidad, honorabilidad y profesionalismo. Nunca aceptaremos que nuestra institución pierda el prestigio y reconocimiento que tiene; daremos los pasos necesarios para adaptarnos a las exigencias que el simple transcurso del tiempo y la modernidad plantean. Reitero, siempre estaremos en primer lugar.

Es sabido por todos nosotros, que la segunda mitad del siglo XX y lo que va del siglo XXI han marcado cambios acelerados en el mundo, mismos que inevitablemente alcanzan y afectan a nuestra disciplina profesional. Los métodos, formas, tradiciones y costumbres en materia de enseñanza, deben modernizarse tan vertiginosamente como la tecnología misma. El orbe se hace cada vez más pequeño por el prodigioso avance de las comunicaciones; los negocios internacionales crecen a un ritmo insospechado y esa tendencia continuará más aceleradamente. Por ello, estamos obligados a adaptarnos con inteligencia y rapidez para brindar a la sociedad mexicana la posibilidad ágil y dinámica de contar con un Estado de derecho acorde siempre a las nuevas circunstancias.

¡Señores! Nuestra fuerza ha sido, es y será la calidad; es increíble que después de noventa y cinco años sólo seamos aproximadamente un máximo de mil quinientos abogados de la Libre ejerciendo a lo largo y ancho de la República Mexicana, es decir uno por cada cuatrocientos mil habitantes. Dentro de ellos, por lo menos uno de cada tres sobresale en el ejercicio profesional con notoriedad ampliamente reconocida, sea litigando, encabezando grandes despachos, en el sector financiero, en el sector público, en el sector privado, dando fe pública, en la investigación y en la academia. Por otro lado, hoy en

día el país cuenta con más de quinientas cincuenta instituciones autorizadas para expedir títulos de “licenciado en derecho”, muchas de ellas tratando de seguir las normas, programas y filosofía de nuestra *alma mater*. Considero que sin faltar a la humildad, continuamos en un primerísimo nivel que estamos obligados a mantener siempre y a toda costa. Recordemos, además, que la Libre expide títulos de “abogado”, que es quien defiende y asesora a las personas en todo proceso que involucra a la justicia.

A ustedes, profesores, muy especialmente les pido evaluar la conveniencia de que la comunidad entera de la Escuela Libre de Derecho, es decir ex alumnos, alumnos y maestros, emulando el ánimo y la visión de nuestros fundadores, nos organicemos para el diseño de la proyección que nuestra institución debe de tener para servir mejor y al máximo a la sociedad. Es incuestionable la urgencia de contar con un marco jurídico moderno, que responda a las exigencias de las formas actuales de vida, negocios, ecología, seguridad. La interrogante es si debe o no existir la presencia de nuestra escuela, misma que está considerada en el más alto nivel para la enseñanza del derecho en nuestro país, en la estructuración de un marco jurídico nuevo e integral para la República Mexicana. ¿Nos toca o no tomar la iniciativa de pedir o exigir nuestra inclusión? ¿Sería o no conveniente hacer un mayor esfuerzo para lograr alianzas con otras instituciones de primer nivel y con barras y colegios?

Tradicionalmente el papel de nuestra escuela en la vida del país, se ha reducido a la aportación al foro mexicano de abogados bien preparados y que ejercen la profesión, en su enorme mayoría, con ética y eficacia. Me pregunto, ¿llegó ya el momento para tener más presencia? ¿Será acaso una oportunidad celebrar nuestros cien años presentando propuestas para modernizar adecuadamente el marco jurídico del país? Es una idea para ustedes integrar grupos por disciplina o especialidad, a fin de publicar uno o más libros (obviamente también editados en discos compactos o subidos a Internet) que aporten respectivamente a los poderes Judicial, Legislativo y Ejecutivo, doctrinas, interpretaciones, leyes, reglamentos, decretos, todos realizables, concretos, modernos y jurídicamente estructurados por peritos en derecho. Llegamos ya al momento de evolucionar y marcar diferencia adelantándonos a otras instituciones, ofreciendo arbitraje nacional e internacional; ofreciendo a diputados y senadores, sin

importar el partido político al que pertenezcan, la evaluación estrictamente jurídica sobre sus proyectos de ley.

En el ámbito académico, ¿convendrá a nuestra escuela ofrecer en primera instancia a nuestra propia comunidad, cursos completos en los nuevos medios brindados por la tecnología para la mejor preparación del alumnado? No es este el mecanismo para que nuestros grandes profesores individualmente o en grupo pasen a la posteridad, es decir, se conviertan en un tratadista “cibernético” a través de la tecnología más avanzada, tecnología que día a día será más impresionante y que además facilitaría al máximo la actualización constante de los contenidos. Sueñen conmigo que, por ejemplo, el curso completo de obligaciones está capturado, clase por clase, de tal manera que si por alguna causa el maestro se viera impedido de asistir o lo hiciera con algún retraso, a la hora en punto los alumnos recibirían la clase; todo esto sin perjuicio de la utilidad para ex alumnos y otros estudiosos del derecho de poder actualizarse cotidianamente en el ciberespacio. Este tipo de ejemplos para la modernización, que constituirían cambios externos que siempre simbolizan procesos de superación, debieran ser incluyentes cuando se trate de juristas reconocidos provenientes de otra institución de enseñanza superior.

Creo que es no sólo apropiado sino quizás también oportuno, aprovechar el inicio de clases que encierra siempre energía y que por esencia contiene la participación de sangre joven; gente inclusive incursionando por vez primera en nuestro ambiente, para reflexionar en qué momento histórico nos encontramos; cómo venimos manejando nuestros valores y tradición y por último con qué soñamos, cuál es o puede llegar a ser el o los campos de oportunidad para el futuro a corto, mediano y largo plazo. La rapidez con que transcurren nuestras vidas, no debe impedirnos tomar el tiempo necesario para evaluar, planear y aun mejor, la toma de decisiones que impliquen modernización. Somos una gran fuerza a la que quizás sólo le falta decidirse a trascender aun más. En una lluvia de ideas organizada para decidir el papel de nuestra escuela en la sociedad de nuestro amado país, estoy segura que surgirían grandes y realizables opciones, siempre respetando nuestros valores y tradición, los que habremos de honrar a perpetuidad.

Probablemente esta participación pueda ser considerada vanguardista, pero he aprovechado esta oportunidad en busca de dejar sin

ápice de duda mi amor por mi Escuela y en él, mi preocupación por ser creativos, por tener imaginación para nunca rezagarnos, para seguir los valientes pasos de nuestros fundadores, quienes con su ejemplo nos legaron entre otras experiencias, que la necesidad de producir peritos en derecho debe ser acorde con las exigencias del momento de la sociedad. Tenemos ya muchos años captando talento en cada nueva generación, signo del que podemos partir para que con absoluta confianza anticipemos que nuestra *alma mater* estará siempre en buenas manos, evolucionará conforme sea conveniente y mantendrá un reconocido y primerísimo nivel.

Muy queridos profesores y alumnos: deseo a ustedes mucha salud y buena suerte; que el esfuerzo para superar el año lectivo 2006/2007 sea muy productivo y que unidos logremos todos cumplir nuestros objetivos.

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  
2006-2007

Muy buenos días,  
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, don Miguel Ángel  
Hernández Romo y don Mario Alberto Becerra Pocaroba,  
Señores secretarios don José Manuel Villalpando César, don Jaime  
del Arenal Fenochio y don Rafael Estrada Michel,  
Distinguidos y queridos profesores,  
Estimados compañeros, y muy especialmente, los de nuevo ingreso,  
Señoras y señores,

El 24 de julio de 1912 nació un sueño, hoy hecho realidad, brindán-  
donos la oportunidad de festejar, como lo hemos hecho durante los  
últimos 94 años de vida de nuestra *alma mater*, el inicio de un nuevo  
ciclo escolar.

Queridos compañeros de nuevo ingreso, sean ustedes bienvenidos  
a ésta, su *alma mater*, un arduo camino inician el día de hoy. Aquí  
vivirán todas las emociones habidas y por haber, verán que día a día,  
se irá forjando ese cordón umbilical que los une a La Libre (como  
cariñosamente le llamamos los que formamos parte de ella) de tal  
manera, que cuando uno termina sus estudios, se vuelve parte de  
nuestra vida cotidiana.

Ser egresado de la Escuela Libre de Derecho es un honor que poco menos de 4,000 abogados gozan, parafraseando a uno de nuestros ex rectores: "La Libre debe ser pequeña de tamaño, pero grande en resultados". Verán, queridos compañeros, que su paso por esta institución será difícil, exigirá mucho esfuerzo, dedicación y sacrificio de su parte, tendrán que dejar de lado muchas actividades superfluas y empezarán a valorar y priorizar en lo que es más importante en sus vidas.

El riguroso sistema de nuestra querida Escuela es el elemento fundamental que permite que sus hijos sean a lo largo de su vida, juristas de gran nivel, marcando claramente la alta calidad en la educación de las ciencias jurídicas desde su fundación. La Libre es la segunda institución más antigua que imparte la carrera de derecho en la Ciudad de México, después de la Antigua Escuela Nacional de Jurisprudencia (hoy Facultad de Derecho de la UNAM), misma que fue fundada a mediados del siglo XVI.

Nuestro sistema permite que los estudiantes aprendamos a ser autodidactas, nos permite saber dónde buscar la información requerida, nos enseñan a cuestionar todas las teorías en doctrina, los criterios jurisprudenciales así como toda norma y su razón de ser, convirtiéndonos en juristas, críticos y analíticos para ampliar nuestro criterio jurídico y poder aportar lo que nos fue enseñado a la ciencia jurídica.

Queridos jóvenes, a partir de hoy forman parte de esta increíble familia que somos toda la asamblea de vivos y muertos que formamos la Escuela Libre de Derecho, siéntanse orgullosos y siempre den lo mejor de ustedes, con la frente en alto y con el ánimo de superación. Citando las palabras de nuestro querido Rector, don Ignacio Morales Lechuga en su discurso inaugural del ciclo escolar del año pasado dirigiéndose a nosotros, sus alumnos: "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".

Durante mi paso por la Libre fui testigo de la constante preocupación, entrega, esfuerzo y lucha que las autoridades de la Escuela junto con nuestros queridos maestros han llevado a cabo para estar al día y a la vanguardia, para actualizar nuestro plan de estudios, e in-

corporar todas las ramas que han surgido por la constante globalización de que somos partícipes.

Hoy no es suficiente contar con estudios a nivel licenciatura, el abogado y jurista del siglo XXI debe especializarse, y tener un panorama mundial del derecho y de las ciencias sociales, por eso como alumnos, pero sobre todo como profesionistas del mañana, celebramos que nuestra institución se convierta en una Facultad, que a partir de este año 2006 impartirá estudios de maestría en derecho, con una visión supranacional del fenómeno jurídico donde la excelencia, estudio, empeño, dedicación, rigor y esfuerzo seguirán siendo la materia prima que hacen de ésta la mejor institución en la enseñanza del derecho en nuestro país.

Así es, de ahora en adelante, no sólo seremos hijos de ella los que obtengamos el grado de abogado, sino quienes también nos convirtamos en maestros en derecho. Éste es, sin duda, un enorme logro, por lo que les solicito un caluroso aplauso en reconocimiento al esfuerzo realizado por nuestras autoridades y maestros.

No quisiera dejar pasar esta ocasión, para mencionarles que durante su paso por esta institución, seguramente tendrán grandes logros pero también se expondrán al riesgo de sufrir grandes pérdidas. Durante el cierre del anterior ciclo escolar, nuestra comunidad sufrió la lamentable pérdida de uno de sus alumnos de quinto año. Ricardo Manuel Torres Sánchez se nos adelantó en el camino, no sin antes habernos dado una conmovedora lección de lucha y amor a la vida. Ricardo, quien enfrentó el terrible fantasma del cáncer, durante los dos últimos años de su vida con gran valentía, encarando además, la gran exigencia de esta institución, nos demostró que cuando hay decisión y deseo de progresar, se puede superar cualquier obstáculo. Su partida no nos dejó un vacío, nos dio fortaleza, unión y esperanza de mejor vida. Ricardo, ahora que inicia un nuevo ciclo, te recordamos para que tu ejemplo sea motivo de inspiración en el desarrollo que nuestros compañeros de nuevo ingreso emprendan.

He tenido el privilegio de presidir la Sociedad de Alumnos de la Libre, durante dos ciclos escolares, lo que me permitió tener un gran acercamiento a nuestras autoridades y profesorado, quienes me abrieron las puertas para darme el honor de ser partícipe de muchos de los cambios y logros de los que hoy somos testigos, a quienes por su apoyo les doy mi agradecimiento. Asimismo, esta función me exigió

el acercamiento a mis compañeros para conocer sus expectativas y tratar de encauzarlas y lograr el éxito de las mismas. Di lo mejor de mí porque creo en esta institución, en sus principios y en los objetivos que busca al transmitirnos lo mejor de ella; pero principalmente, enfrenté esta obligación porque creo en mis compañeros y en su auténtica y cotidiana lucha por ser mejores, lucha, que es la mía propia.

Ahora que soy egresado, mas no abogado todavía, quiero agradecer por esta gran oportunidad que sin duda enriqueció mi vida y me permitió tener el gran privilegio de cursar mis materias con maestros de gran calidad y llegar a puerto con éxito, mi corazón se queda en sus aulas.

Compañeros y especialmente los de primer año, siéntanse orgullosos de pertenecer a esta gran institución que en el futuro reconocerán el haber pertenecido a ella como la gran oportunidad de sus vidas.

Muchas gracias y mucho éxito.

DISCURSO PRONUNCIADO POR EL SEÑOR LIC. DON  
ALEJANDRO OGARRIO RAMÍREZ ESPAÑA, A NOMBRE  
DEL COMITÉ DE POSGRADO, EN LA CEREMONIA  
DE INAUGURACIÓN DE LA MAESTRÍA EN DERECHO  
Y DE LOS CURSOS DE POSGRADO 2006-2007

Sr. Lic. Ignacio Morales Lechuga,  
Rector de la Escuela Libre de Derecho,  
Señores miembros de la Junta Directiva y del Comité de Posgrado,  
Señores profesores,  
Señoras y señores:

Es con gran alegría y entusiasmo que nos encontramos aquí reunidos con motivo de la iniciación de los cursos de posgrado de la Escuela Libre de Derecho, correspondientes al periodo 2006-2007. Pero particularmente grato, es el atestiguar el inicio de un curso en el que por primera vez, se ofrece un título de maestros en derecho, a aquellos estudiantes interesados en profundizar en el mundo de la ciencia jurídica.

Estamos próximos al centenario de la fundación de nuestra Escuela, y durante todos esos años, no se ha expedido un título distinto al de abogado. La solidez de la Escuela Libre de Derecho ha quedado comprobada por el reconocimiento que la sociedad ha otorgado a la calidad de sus egresados. Sin embargo, y no obstante contar con ese merecidísimo reconocimiento, no es sino hasta el día de hoy en que se ha decidido a tomar un paso tan trascendente, para continuar con la excelencia de sus funciones: como lo es, la organización de los cursos encaminados a otorgar el título de maestros en derecho.

Nuestra Escuela se ha desarrollado exitosamente en la formación de abogados, a lo largo de ya casi un siglo, gracias a una serie de

características propias que le dan fortaleza frente a otras instituciones; sin embargo, sus mismas características hicieron conveniente una autocontención en su desarrollo. No fue sino hasta la década de los noventa, cuando se planteó la necesidad de abrir los estudios al nivel de posgrado, donde no sólo se propuso que los alumnos contaran con estudios de especialidad, sino que además, nuestra Escuela se abriera a egresados de otras instituciones. Para dar ese primer paso se discutió si en verdad era necesario ampliar los estudios de nivel licenciatura, para los cuales la Escuela Libre de Derecho había sido creada. Este proceso de discusión interna llevó a la conclusión de que sí era oportuno crear una instancia de especialización de estudios, en la que los alumnos que concluyeran su formación como abogados tuvieran la oportunidad de conocer de manera más específica, temas de su preferencia. Al mismo tiempo, se consideró que el mercado de trabajo para el abogado estaba demandando esa especialización, y de ahí, se consideró apropiado que un primer paso era crear el nivel de diplomado con un enfoque teórico-práctico.

El tiempo que ha transcurrido desde aquel entonces, nos indica que la decisión fue acertada. No sólo han participado en forma creciente alumnos de la propia Escuela, sino que este ejercicio de apertura, y el prestigio ganado a través de los años, atrajo a alumnos egresados de otras instituciones.

De esta manera, se dotó a nuestros propios egresados de un instrumento de especialización, al tiempo que se amplió la trascendencia y proyección del esfuerzo que se ha alcanzado en la preparación de abogados de excelencia. Con la perspectiva que nos dan los años transcurridos, desde la fundación de los diplomados, estamos en condiciones de hacer un rápido recuento.

Los estudios del diplomado en la Escuela Libre de Derecho han tenido varios significados. Por un lado, se ha logrado el objetivo propuesto, pues la especialidad temática de los cursos se ha diversificado, y el interés por los mismos ha sido creciente.

Por otro lado, se motivó a los alumnos de la Escuela para ampliar su conocimiento, y con ello obtener una mejor preparación, más acorde con sus preferencias, para permitirles iniciar su ejercicio profesional en las mejores condiciones posibles de competencia. Al mismo tiempo, se constituyó una instancia de educación continua para los egresados de nuestra Escuela, y para egresados de otras instituciones.

El derecho, como otras profesiones, requiere hoy en día que los profesionistas cuenten con un espacio en el que puedan reafirmar y ampliar sus conocimientos, poniéndose al día de las necesidades que requiere el mercado de trabajo.

Habiéndose consolidado este primer paso en el proyecto de los estudios de posgrado en nuestra Escuela, ahora nos disponemos a dar un segundo paso, que es la creación de la maestría en derecho.

No es un paso sencillo, ya que supone crear una nueva estructura funcional educativa que permita de forma integral y amplia, no sólo una especialización enfocada hacia el trabajo, sino una seria profundización en el mundo del derecho. Lo que ahora se propone, es que el alumno ingrese a un proceso de enseñanza-aprendizaje más estructurado; a un sistema de estudios en el que se impartan materias que le permitan el acceso a diversas áreas del conocimiento, dentro de la temática jurídica, con el objeto de profundizar en conceptos, tal vez menos especializados, pero más afines con la realidad de la globalización en que México se encuentra inmerso.

No se pretende en estas circunstancias crear una segunda licenciatura; o sea, una prolongación de los estudios básicos previos, sino plantear un enfoque novedoso en el conocimiento jurídico que deben adquirir los alumnos, que les permita no sólo prestar sus servicios profesionales con mayor calidad y eficiencia, sino obtener y difundir una visión más profunda de los conceptos esenciales del derecho, a través de la investigación y la docencia.

Permítanme compartir con ustedes algunas ideas que se tomaron en cuenta en la decisión de crear la maestría.

En los estudios tradicionales, se tiende a proporcionar a los alumnos, una determinada cantidad de información necesaria para el conocimiento de las diversas áreas de la abogacía. Esto lo hemos hecho en nuestra Escuela, en la formación de los estudiantes, y, en los últimos tiempos, esta formación la hemos complementado con cursos teórico-prácticos que permitan al alumno un ejercicio de reflexión más apegado a su ejercicio profesional. Este tipo de enseñanza es necesaria, porque se parte de la base de que el estudiante está iniciando sus estudios, y requiere información que le permita avanzar en el área de conocimiento que se propone; sin embargo, a nivel maestría el enfoque debe ser sensiblemente diferente. El conocimiento jurídico básico ya ha sido adquirido, y de lo que se trata ahora, a

nivel maestría, es desarrollarlo sobre la base de profundizarlo en la formación del alumno, que le permita contribuir a la ampliación de la ciencia jurídica, e integrarla a nuestro medio.

Cuando me refiero a un proceso de esta naturaleza, se encuentran implícitas diversas consideraciones.

En primer lugar, el acceso a la información ya no debe ser el objetivo principal, debido a que parte sustantiva de esa información ya fue adquirida en el nivel de licenciatura, y ya no es necesario repetirla. Asimismo, la información hoy en día, sobre todo la información especializada, tiene cada vez una vida más corta. Surgen con más frecuencia nuevos conceptos, nuevas áreas de conocimiento, nuevos requerimientos profesionales que deben ser satisfechos. Con frecuencia, los nuevos requerimientos no pueden ser resueltos con la información que se ha adquirido previamente, por no estar enfocada hacia la resolución de las nuevas necesidades. De ahí, que sea necesario, a nivel maestría, crear en el estudiante una formación metodológica lo suficientemente completa que le permita abordar los nuevos requerimientos, ya no sólo desde la perspectiva de la información, sino, sobre todo, desde su posibilidad adquirida y aprendida para crear respuestas y alternativas en nuevas áreas del conocimiento jurídico, o simplemente, frente a problemas inéditos.

Dicho en otras palabras, la maestría debe servir como una instancia, en la cual los alumnos desarrollen una *capacidad de análisis*, y una *capacidad crítica*, asociadas de tal manera que ya no sólo se limiten a adquirir y repetir información que les sea proporcionada, sino muy especialmente, les permita abordar con toda precisión, y resolver, con enfoques novedosos, los problemas que les presenta su realidad cotidiana; capacidad que debe enfocarse, además, a una vigorosa labor de investigación que les posibilite transformar la información adquirida, y les proporcione la metodología de la actualización permanente. Se tratará en la maestría, que los alumnos puedan capacitarse para encontrar los medios y las vías más apropiadas del conocimiento jurídico; que fortalezcan la práctica de estudiar por sí mismos, que sepan, a partir de la metodología de estudio, la forma como enfrentar la resolución de casos concretos del ejercicio profesional, y que cuenten con los instrumentos más adecuados en ese proceso para lograrlo.

Con el ánimo de implementar estas ideas, la Junta Directiva de nuestra Escuela tomó la decisión de ofrecer los cursos de maestría.

En el momento en que nos encontramos ya no es posible diferir el ampliar la oportunidad educativa, la que además de traer un amplio beneficio para la población escolar interesada, y para la sociedad en general, redundará indudablemente en un mejoramiento de la estructura interna de la Escuela, de sus instalaciones, de su biblioteca, y principalmente del acervo humano que constituye su cuerpo de profesores, pues la maestría debe ser también un valioso instrumento para la formación de los docentes que requieren la propia Escuela, y otras instituciones.

En esta modalidad, se han incluido en el plan de estudios correspondiente, una importante carga de materias didácticas que posibiliten al alumno, el conocimiento profundo del proceso enseñanza-aprendizaje, y que los forme como docentes capacitados en las diversas áreas jurídicas que se requieren.

Una instancia de esta naturaleza, en el ámbito jurídico, repercutirá indudablemente en una mejoría sensible en el nivel de enseñanza de nuestra Escuela y la proyectará hacia el futuro.

A la luz de los eventos recientes que afectan a todos los mexicanos, podemos cuestionarnos: ¿en qué beneficia a la sociedad en general, ofrecer un programa de maestría que ayude a los alumnos a profundizar en el mundo del derecho? Hoy en día, los conceptos Estado de Derecho, el imperio de la ley, democracia, son utilizados cotidianamente como valores intangibles, de los que la sociedad desea asirse, y que aún sin comprenderlos plenamente, la propia sociedad concluye que no es posible la convivencia sin que ésta se base en el respeto hacia las reglas que la rigen. No podemos desentendernos del clamor que escuchamos cotidianamente, acerca de la necesidad de respetar la ley y las instituciones. Un programa de maestría no puede, ni debe estar desvinculado de tal clamor. En un México popularizado, si realmente se buscara minimizar las amplias brechas que dividen a los integrantes de la sociedad, resultaría evidente la relevancia de la relación entre Estado de Derecho, democracia y desarrollo.

No necesitamos ser ningunos genios, para percatarnos de la elocuencia de la evidencia empírica, pues es claro que las naciones que gozan de un verdadero imperio de la ley, dentro de una democracia

madura y estable, poseen el común denominador de altos niveles de desarrollo económico, y estructuras sociales relativamente igualitarias. El más sólido argumento en favor de un Estado democrático de derecho, es precisamente observar en los países que verdaderamente lo tienen, y lo respetan, una mejora consistente en las condiciones de vida de la población. Sin embargo, como lo ilustran con nitidez las experiencias recientes de nuestro país, aun las estrategias mejor fundamentadas desde un punto de vista técnico, con el propósito de obtener una mejoría en las condiciones de vida de la sociedad, deben poseer viabilidad política, y más en específico, deben contar con una base amplia de aceptación de la propia sociedad a la que pretenden beneficiar.

En años recientes, las instituciones han sido objeto de profundas críticas y de intenso debate, muy cargado de prejuicios políticos e ideológicos. Sin embargo no se nos olvide, que la adopción del modelo de país como el que vivimos, fue el fruto del fracaso del modelo de economía cerrada, y de fuerte intervencionismo estatal. Pero así como se critica el actual sistema, es cada vez más evidente la ausencia de criterios técnicos de aceptación universal, capaces de definir con rigor científico un único camino a seguir.

En el contexto de conformación de un sistema social mundial, y de diversas economías cada vez más articuladas a la dinámica general de la globalidad, las nociones claras y unívocas de lo que es el interés nacional, tienden a desdibujarse. Sin embargo, queda como un concepto válido, que cualquier Estado que logra la validación de los principios básicos de la democracia y del imperio de la ley, pueden lograr la construcción de acuerdos básicos sobre las líneas maestras del futuro que aspira alcanzar.

En México, el Estado democrático de derecho y el desarrollo son procesos en vías de construcción. El desarrollo, sólo alcanza su condición ideal en tanto incorpora criterios de evaluación, y metas que van más allá del mero crecimiento económico. El desarrollo humano, al aglutinar aspectos como el acceso a la educación, a la salud y la cobertura de estándares mínimos de seguridad social, resulta ser un indicador más adecuado para medir con una visión más amplia los avances del crecimiento.

Además, el Estado democrático de derecho debe ir más allá de la mera celebración de comicios transparentes, equitativos y creíbles.

Su consolidación presupone avanzar en otros terrenos, como una moderna conformación del sistema de partidos, y la renovación de nuestra arquitectura institucional, con el fin de garantizar la gobernabilidad y la funcionalidad del sistema político, así como la vigencia de las libertades y los derechos fundamentales.

Así enunciados, Estado de Derecho, democracia, y desarrollo, son objetivos susceptibles de ser suscritos por cualquier actor político, económico o social.

Lo que ya no resulta tan fácilmente generalizado, es el contenido concreto de esas aspiraciones, en el modelo de sociedad que se desea alcanzar.

El granito de arena que pone la Escuela Libre de Derecho, en el contexto antes mencionado, es el establecimiento de un programa de maestría con un contenido eminentemente jurídico, social, y con una visión internacional, que permita a sus estudiantes profundizar en la problemática de uno de los medios más adecuados para que cien millones de mexicanos puedan alcanzar sus metas y colmar sus anhelos, y para eso no hay mejor conducto que la existencia de un país en el que impere el concepto de Estado de Derecho en sus dos acepciones, un Estado, escrito con mayúscula, en el que impere la ley, pero también un estado, escrito con minúscula, o sea una situación, en donde el derecho reine con el imperio que le permitirá poner orden y armonía dentro de las relaciones sociales.

A la Junta Directiva de la Escuela, le agradezco el que me haya invitado a participar en esta importantísima ceremonia, de inauguración de los cursos de especialidad y de maestría; a todos los nuevos alumnos les doy, a nombre de nuestra Escuela, la más cordial bienvenida, y, en especial, a los candidatos de la maestría, les deseo éxito en la obtención de su título académico. Su éxito; será también el éxito de nuestra Escuela.

DISCURSO PRONUNCIADO POR EL SEÑOR DR. DON  
JORGE ADAME GODDARD, EN LA CEREMONIA DE  
INAUGURACIÓN DE LA MAESTRÍA EN DERECHO  
Y DE LOS CURSOS DE POSGRADO 2006-2007

I. INTRODUCCIÓN

Es para mí motivo de alegría volver a estar en un acto académico en esta Escuela, mi *alma mater*, y dirigirme a mis colegas y amigos, profesores de esta escuela, y a los jóvenes estudiantes que inician hoy un nuevo curso de estudio con el objeto de profundizar en la ciencia jurídica, de la cual ya son cultores y entendidos.

Saludo y agradezco al Lic. Ignacio Morales Lechuga, Rector de esta Escuela, a los distinguidos miembros del Comité de Posgrado, y especialmente al Dr. Rafael Estrada Michel, quien me hizo la invitación para participar en este evento.

La Escuela Libre de Derecho se ha distinguido por su contribución en la formación de juristas, que han destacado en la vida profesional y han hecho aportaciones importantes a la ciencia jurídica mexicana. Con el inicio de este curso de maestría, la escuela da otro paso importante en esa dirección, que no puede considerarse como el último. Es un paso más, al que han de seguir otros, porque México, cada vez con mayor urgencia, reclama más, pero sobre todo, mejores profesionistas del derecho, que cuenten con la formación intelectual y ética necesarias para afrontar los nuevos problemas que presenta el mundo actual en una constante y, por muchos conceptos, riesgosa transformación.

La ciencia jurídica vive en los juristas. No está en las bibliotecas, menos en los laboratorios, ni tampoco en las aulas universitarias. Los libros y las aulas son instrumentos para recoger o transmitir la

ciencia, pero no son la ciencia. La ciencia se expresa en palabras escritas o dichas, pero las palabras tampoco son la ciencia, sino sólo el vehículo por el que ésta se expresa. La ciencia es un hábito intelectual, una perfección o virtud de la inteligencia de personas concretas, y la ciencia jurídica es una perfección o virtud de las mentes de los juristas.

La contribución que la Escuela debe dar a la nación mexicana es la formación de la inteligencia de los juristas que se agrupan en torno a ella, de sus profesores, en primer término, que nunca pueden darse por satisfechos ni afirmar que su formación intelectual ha concluido; de los estudiantes más jóvenes que se acercan por primera vez a las aulas universitarias, de los ex alumnos que han de encontrar en las publicaciones, cursos, seminarios que ofrece la Escuela, una fuente siempre renovada para su constante formación, y ahora de esta primera generación de estudiantes de maestría que deberán terminar este curso con la satisfacción de entender más y mejor, de analizar con más cuidado, de juzgar con mayor acierto, de sintetizar en unidades más simples y a la vez más comprensivas, o, en pocas palabras, de poseer en un grado mayor la ciencia jurídica.

## II. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA CIENCIA JURÍDICA Y LA JUSTICIA

En estos días en que la discusión política parece invadir todos los ámbitos de la vida social, me permito hacer aquí algunas consideraciones breves sobre el carácter científico del derecho y, en consecuencia de las características y tono de la discusión jurídica, tan alejado de la toma de posiciones, la defensa de intereses o la descalificación retórica del adversario, propias de la discusión entre beligerantes o partes en conflicto.

La ciencia jurídica es una ciencia práctica, cuyo objetivo es la definición de la conducta justa en circunstancias específicas. ¿Qué es lo justo aquí y ahora? Esa es la cuestión en la cual nos afanamos quienes creemos en la capacidad de la razón humana para definir de manera objetiva, por encima de intereses políticos, económicos o preferencias ideológicas, la conducta que cada quien debe practicar en sus relaciones con otros o con la comunidad misma. El derecho, como lo dice el lema de la Escuela, no se guía por el dinero, ni por el

poder, ni por el favor o el placer. Ninguna ciencia lo hace. Su único compromiso es con la verdad, y específicamente con la verdad acerca de lo justo.

El positivismo tenía la pretensión de que no hay verdad en el derecho, sino sólo legalidad. Que el derecho era la ley, y la ley el derecho. Y en consecuencia pretendía que no había ciencia del derecho, sino únicamente un orden jurídico establecido por el legislador. El jurista era sólo el conocedor de la ley, o su intérprete, encargado, cuando más, de velar por su cumplimiento. Ante esta concepción resulta irrefutable el argumento que algunos pensadores hacían en contra de la categoría científica del derecho, cuando argumentaban ¿cómo puede ser ciencia un conocimiento que depende sólo de la voluntad de las cámaras legislativas, que por esencia son mudables y cambiantes?

La nueva organización política y económica que se va configurando en nuestros días bajo el confuso término de globalización ha llevado a los juristas a repensar el derecho. Si se sigue manteniendo la concepción positivista de que el derecho es sólo ley, las antiguas soberanías nacionales quedan ahora avasalladas por las leyes emitidas por los organismos supranacionales, que serán ahora los detentadores de una soberanía que, como antaño era la de los Estados nacionales, se entiende ilimitada por sí misma, con capacidad de ordenar cualquier conducta, siempre que cuente con los requisitos formales de aprobación. El término lógico del positivismo sería la configuración de "super estados" soberanos con capacidad económica y militar para avasallar los grupos nacionales, y con la argumentación jurídico-positivista como legitimadora de ese poder sin trabas. Hay incluso algunos más extremistas que piensan y pugnan por la configuración de un solo poder mundial, "one world".

La justicia, como regla objetiva del comportamiento en las relaciones entre personas y entre pueblos, vuelve a ser el centro de la reflexión jurídica. La vieja polémica entre positivismo y iusnaturalismo ha quedado superada. La cuestión se plantea ahora desde el punto de vista de la capacidad humana para vivir conforme a reglas racionales que den a cada una de las partes relacionadas, personas y comunidades, el lugar que les corresponde, sin que el poder de una de ellas sea determinante. ¿Pueden las personas y los pueblos vivir entre sí como personas y comunidades libres, con autonomía relativa, o sólo existe la posibilidad de una relación de dominante y domi-

nado? La primera alternativa es la de la justicia; la otra es la de la prepotencia.

La ciencia del derecho, repito, es la ciencia de lo justo objetivo. Todos los conceptos jurídicos, sus definiciones, sus distinciones, divisiones, particiones, sus reglas, soluciones, precedentes, interpretaciones, razonamientos, valoraciones, todas sus operaciones intelectuales son instrumentos para definir lo justo aquí y ahora, en esta relación, en este contrato, en el cumplimiento de esta ley, en el ejercicio de esta facultad, en el respeto por esta persona, en el uso de este bien, en la disposición de este otro, en el aprovechamiento de un bien público, en el pago de un impuesto, en el cobro de una cuenta, en la reivindicación de un bien, etcétera. Siempre, lo justo concreto, lo justo aquí y ahora, lo justo practicable, lo que puedo hacer yo o dejar de hacer, y que me irá volviendo así, paulatinamente, un hombre justo o injusto.

La justicia no es ni ideal, ni una meta para alcanzar en un futuro lejano. La justicia es una virtud de la voluntad que cada persona tiene y puede incrementar. La justicia se vive, la justicia se cumple, en cada persona que hace, respecto de los otros y de la comunidad, lo que es debido. La justicia se vive o se afronta cotidianamente. Cada jornada tiene numerosas ocasiones en que se prueba la justicia de cada persona. Por eso la justicia es virtud cotidiana, experiencia de muchos momentos en el día.

La ciencia del derecho capacita a los juristas para discernir lo justo, pero saber qué es lo justo, no es suficiente para practicarlo. Por esto, la formación del jurista requiere de otro elemento, no intelectual sino voluntario, que es la constante y perpetua voluntad de practicarlo, es decir, el amor a la justicia. Si lo justo es asunto de la verdad y no del poder, practicar la justicia es vivir conforme a la verdad de lo humano, es vivir conforme a la dignidad de personas que se gobiernan a sí mismas e interactúan entre sí buscando lo que objetivamente es bueno. El redescubrimiento del valor científico del derecho o, en otras palabras, de la existencia de una verdad acerca de la justicia, fortalece el amor por la justicia. Si el derecho es sólo poder y legalidad, el amor por la justicia tiene que ser efímero, débil, como lo son esos bienes.

A los estudiantes que inician este curso de maestría los invito a estudiar con la dable pasión propia del jurista, la pasión por la verdad

y la pasión por la justicia. No se conformen con la perspectiva de que están incrementando sus habilidades profesionales y sus posibilidades de éxito. Consideren el servicio que prestan a la sociedad, declarar y enseñar a otros lo que es justo y ayudar a practicarlo, sea cumpliendo lo que es debido, sea exigiendo lo que se debe. Procuren entonces, con estos estudios, tener mayor capacidad intelectual para juzgar rectamente acerca de lo justo, y fortalecer la voluntad de practicarlo en circunstancias fáciles y difíciles. Podrán así hacer un mejor servicio a México, que tanto requiere de justicia, es decir de conductas y leyes justas, pero sobre todo de mujeres y hombres justos.

### III. CONCLUSIÓN

Hoy, por la inauguración de este curso de maestría, es un día importante en la historia de la Escuela Libre de Derecho. Después de una experiencia exitosa en la impartición de diversos cursos de actualización profesional, se inicia un programa para una formación profesional más profunda. Es de esperar que tenga el nivel y calidad que son propios de sus estudios de licenciatura.

La Escuela no es una institución aislada, al servicio de un pequeño gremio de abogados. Es una institución educativa al servicio de México, que puede y debe contar con los recursos que el sistema educativo nacional ofrece a las instituciones que sirven al país. A partir de este programa, la Escuela podría ir incrementando sus relaciones con el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología para así tener acceso a los financiamientos que otorga para infraestructura, para tener estudiantes becados de tiempo completo, para realizar investigaciones, organizar congresos o promover a sus investigadores.

La Escuela puede hacer mucho por México, y México por la Escuela. Los vasos comunicantes que siempre han existido pueden ahora ensancharse para beneficio recíproco.

¡Que este curso de maestría sea un éxito para los estudiantes, los profesores, para la Escuela y para México! ¡Que sea un comienzo, no una conclusión! ¡Que sea una nueva etapa de más y mejores frutos, y así la Escuela permanecerá, a través de los años, siempre fecunda y siempre joven!

DISCURSO PRONUNCIADO POR EL SEÑOR LIC. DON  
IGNACIO R. MORALES LECHUGA, RECTOR DE LA  
ESCUELA LIBRE DE DERECHO, EN LA CEREMONIA  
DE INAUGURACIÓN DE LA MAESTRÍA  
EN DERECHO Y DE LOS CURSOS DE POSGRADO  
2006-2007

Maestros y rectores don Fausto Rico Álvarez y don Mario Becerra Pacoroba,  
Apreciados miembros y amigos de la Junta Directiva,  
Maestros de la licenciatura y del posgrado que nos hacen el honor de acompañarnos esta mañana,  
Comunidad de la Escuela,  
Alumnos de posgrado y alumnos de licenciatura:

Yo quiero destacar que en 1912, cuando México no acababa de salir de un régimen dictatorial que había perdurado a lo largo de 30 años y no se consolidaba todavía la democracia; en esa transición tan difícil que después sobrevino en el asesinato de nuestro presidente mártir, Francisco I. Madero, la Escuela nacía; nacía en medio de un México caótico, nacía como un grito de libertad y de esperanza, para hacer valer la libertad de cátedra y para enfatizar a los ojos del país al derecho como instrumento de la justicia y de la verdad. Nacía en medio de la autonomía, prerrequisito para que la libertad de cátedra pudiera expresarse a plenitud y para que la crítica, origen de la libertad, origen de la verdad, pudiera florecer.

Casi cien años después, cuando México también se encuentra inmerso en una transición, en ocasiones víctima de algunas expresiones caóticas, en medio de confusiones producto del maniqueísmo y

de la manipulación, donde en ocasiones la opinión pública no alcanza a entender dónde principia la verdad o dónde termina la mentira, o qué es verdad y qué es mentira, la Escuela Libre de Derecho aflora a un nuevo estadio de conocimientos, como son los estudios de maestría, y refunda su propia institución para abordar este segundo piso de conocimientos, vinculado a la investigación de nuestras instituciones y al análisis de las instituciones internacionales y supranacionales, y sus efectos o consecuencias en nuestro país. Esta es una refundación de la Escuela porque la Escuela Libre de Derecho inicia un nuevo rumbo para hacer frente a la nueva fenomenología jurídica que en ocasiones nos puede parecer parafernática. La globalización, en efecto, es un especie de *tsunami* jurídico que nos trajo nuevas instituciones, borró las anteriores, y nos insertó a más de 1,287 tratados internacionales relativos a la vida familiar, a la vida civil, a la vida mercantil, a la vida privada, a la vida pública, a la eficacia del gobierno, a las relaciones de las empresas, a los registros, y hasta el mundo laboral, por supuesto. Prácticamente todos los órdenes jurídicos se han visto afectados por ese fenómeno que hemos llamado globalización.

El nacimiento de esta nueva gestación de derecho, desde las fuentes supranacionales, que, efectivamente como lo ha aceptado el maestro Adame y como lo expresó antes el maestro Ogarrio, de alguna manera constituye una nueva vertiente jurídica obligatoria para los ciudadanos en forma directa, implica a la soberanía de los estados sujetos a esta supranacionalidad.

La Escuela tiene que hacer frente académicamente a este nuevo fenómeno; no podemos quedarnos aislados so pena de que nos ocurra lo de algunas instituciones o países como Cuba, que de alguna manera empiezan a estancarse, a permanecer aislados y, posteriormente, a rezagarse del conocimiento en todos los nuevos órdenes jurídicos. La Escuela tiene que estar a la vanguardia y para estar a la vanguardia tiene que afrontar la problemática y resolverla en sus aulas. Nuestra herramienta es la ciencia jurídica, la búsqueda del conocimiento, el análisis, el debate, la discusión para que florezca la verdad.

Desde otro orden de ideas, hay que reconocer que esta refundación de la Escuela que implica el nacimiento de la maestría es, por decir así, resultado del trabajo continuo de las anteriores Juntas Directivas y de los rectores; de manera especial, de mi maestro querido, Fausto

Rico Álvarez, quien tuvo la brillante idea de iniciar y de empujar el nacimiento del posgrado. Hoy le podemos decir a los alumnos del posgrado, que hace 17 años se iniciaron estas reflexiones y planes, y que nacieron dentro de la Escuela; que estamos cumpliendo con sus ideas y con el cometido de la actual Junta Directiva; que seguiremos avanzando, si es posible, para dejar las bases sentadas ya de lo que pueda ser el doctorado el día de mañana, para que la Escuela se convierta en una auténtica universidad de las ciencias jurídicas y de sus ciencias auxiliares, y que la ambición que tenemos es una ambición medida, medida sobre el dominio de todas las ciencias jurídicas; que queremos llevar a nuestros alumnos de la mano hacia ese dominio, y que éste es un esfuerzo de toda la comunidad de la Escuela, y en especial, de la Junta General de Profesores, de la Junta Directiva y del Comité de Posgrado.

Prácticamente trabajamos sin descanso y de manera especial el Comité de Posgrado, para ir revisando y analizando cada una de las materias que conformarían este programa de estudios de la maestría. Puedo decirles, sin temor a equivocarme, que el Comité de Posgrado analizó todos los cursos de maestría en toda la República y el nuestro no se parece a ninguno. Es absoluta y totalmente diferente, es decir, la Escuela en este momento está colocada en la catapulta del siglo XXI. La maestría está concebida básicamente para preparar al alumno en la metodología, en la investigación y en el acceso a los conocimientos sobre todas las fuentes de la supranacionalidad, del derecho internacional y del papel que está jugando nuestro país en el fenómeno de la globalización.

Sin duda alguna las herramientas del abogado que aborde la maestría de la Escuela serán muy distintas —y a profundidad— frente a las del resto de las universidades; y esto no lo digo como un orgullo vano, sino como expresión del reto que tenemos encima para hacer avanzar a esta generación, a esta primera generación de la maestría, sobre niveles sobresalientes.

Estoy consciente de que el posgrado hasta ahora tiene un sabor de boca insuficientemente satisfactorio, como lo tiene la licenciatura; lo hemos discutido, y lo sabemos en el Comité de Posgrado. Tengan ustedes la certeza de que antes de un año, las reflexiones, la buena fe y el trabajo del Comité de Posgrado hará reformas en el posgrado de la Escuela para que nos sintamos tanto o más orgullosos como nos

sentimos hasta la fecha. El nuevo plan de estudios de la licenciatura, las reformas del posgrado, la maestría, a futuro el doctorado, y la posibilidad de exploraciones sobre ciencias auxiliares, tendrán que darnos un nuevo perfil del abogado mexicano; del abogado mexicano más apto y preparado para los juicios orales, el abogado mexicano más apto para la investigación, del abogado mexicano con un criterio sin maniqueísmos ni manipulaciones, del abogado mexicano como promotor de la cultura de la legalidad, del abogado mexicano inmerso en el sentimiento de justicia.

En ocasiones puede dar sorpresa, estupefacción, y hasta cierto coraje, cuando uno escucha al discurso político hablar de la violencia, condenando la supuesta violencia del otro para defender la suya propia; atacando a las instituciones y al mismo tiempo presentándose como dizque defensor de ellas; atacando y vulnerando la democracia e impidiendo su ejercicio, buscando la destrucción del Estado de Derecho basado, supuestamente, en el mismo Estado de Derecho; hablando de un estado de sitio alrededor del Congreso y al mismo tiempo manteniendo un virtual estado de sitio *de facto* en cuatro kilómetros y medio, a través de una de las principales avenidas de la Ciudad hasta el Centro Histórico. Esta es la razón de ser también de esta Escuela: en ella se es o no se es, porque los disfraces, las simulaciones, los engaños, los maniqueísmos, las manipulaciones, tarde o temprano caen. Los muchachos de la Escuela Libre de Derecho, sus estudiantes, saben bien dónde está la verdad y dónde está la mentira; saben bien cuándo se les trata de manipular, conocen y saben distinguir las cosas más allá de lo que les quiere muchas veces presentar. Por esto, muchas veces, al hablar de elogios, hay que elogiar la vocación de la población mexicana por la paz social, la vocación de la sociedad por el derecho, la vocación de la sociedad por la legalidad, la vocación de la sociedad para condenar la violencia, porque todos estos valores y principios, apegados a la verdad y a la justicia, son los que han mantenido a nuestra Escuela incólume durante sus casi cien años de existencia. Esta Escuela está casada con la verdad, con la justicia, y con el derecho, y de este camino jamás nos separaremos; esta es la herencia de nuestros fundadores y a ella le damos lustre todos los días. Ante el caos, ante la violencia, ante las condenas políticas desviadas, ante la mentira, la manipulación y el maniqueísmo, la Escuela Libre de Derecho siem-

pre dirá: mi camino es la ley y la verdad, mi camino es el derecho, mi camino es la justicia.

Para cumplir con el protocolo, en esta fecha tan significativa y sencilla a la vez, 4 de septiembre del año 2006, a nombre de la Junta Directiva y de la comunidad que integran profesores y alumnos de la Escuela Libre de Derecho, en mi modesta condición y con mi agradecimiento y efusión, declaro, a las nueve horas con cinco minutos, inaugurados los cursos de la Maestría de la Escuela Libre de Derecho. Muchas gracias.

El presente artículo tiene como finalidad analizar el rol del juez en el proceso de la administración de justicia, en particular en el ámbito de la ejecución de las resoluciones judiciales. Se abordará el tema desde una perspectiva teórica y práctica, considerando los aspectos procesales y sustantivos que intervienen en esta actividad. Se analizará el rol del juez como garante de la efectividad de la justicia, así como los desafíos que enfrenta en el cumplimiento de sus deberes. Se abordará también el tema de la colaboración entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo para garantizar el cumplimiento de las resoluciones judiciales. Se analizará el rol del juez en el proceso de la administración de justicia, en particular en el ámbito de la ejecución de las resoluciones judiciales. Se abordará el tema desde una perspectiva teórica y práctica, considerando los aspectos procesales y sustantivos que intervienen en esta actividad. Se analizará el rol del juez como garante de la efectividad de la justicia, así como los desafíos que enfrenta en el cumplimiento de sus deberes. Se abordará también el tema de la colaboración entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo para garantizar el cumplimiento de las resoluciones judiciales.

*Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 30, editada por el Fondo para la Difusión del Derecho, de la Escuela Libre de Derecho, se terminó de imprimir en el mes de octubre de 2006, en los talleres de IMPRESOS CHÁVEZ, Tel. 55-39 51-08. La edición consta de 1,000 ejemplares.