REVISTA DE INVESTIGACIONES JURIDICAS

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

XCV ANIVERSARIO

REVISTA DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

AÑO 31 MÉXICO, 2007 NÚMERO 31

ESCUELA LIBRE DE DERECHO
BIBLIOTECA

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

Junta Directiva:

Lic. Ignacio R. Morales Lechuga, *Rector*
Lic. Francisco de Icaza Dufour, *vocal*
Lic. Francisco Simón Conejos, *vocal*
Lic. Emiliano Zubiría Maqueo, *vocal*
Lic. Federico Jorge Gaxiola Moraila, *vocal*
Lic. Mauricio Oropeza Estrada, *vocal*

Secretarios:

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

CONSEJO EDITORIAL

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

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

ISSN 0185-1438

© 2007. Derechos reservados conforme a la ley
Escuela Libre de Derecho
Dr. Vértiz núm. 12, México 06720, D. F.

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

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

ÍNDICE

DOCTRINA GENERAL

Jaime DEL ARENAL FENOCHIO
Con la ayuda de los estados: el reconocimiento oficial a los estudios de la Escuela Libre de Derecho 9

Mauricio ATRI
"Traer dinero no es delito, no declararlo sí lo es" (SAT y Aduana México) 39

Rosa María ÁVILA FERNÁNDEZ
Una visión sobre la argumentación jurídica 73

Carlos BÁEZ SILVA
El principio de definitividad en materia electoral federal 85

Miguel BONILLA LÓPEZ
La falta de legitimación de las autoridades jurisdiccionales para interponer recurso de revisión en contra de sentencias dictadas en el juicio de amparo indirecto 113

Luis Norberto CACHO PÉREZ
La enseñanza del derecho 139

Rolando CAÑAS MORENO y Ana ORTIZ MONASTERIO QUINTANA
Hacia la mercantilización de las relaciones naturaleza-sociedad: un ejemplo legislativo. Contribución a un debate 161

Rafael ESTRADA MICHEL
Orden constitucional y sistema federal 189

Santiago GARCÍA LUQUE
Los derechos de las minorías y de los terceros de buena fe en las sociedades anónimas: análisis de la ley y propuestas de protección 207

Xavier GINEBRA SERRABOU
El contrato de franquicia y el derecho de la competencia 241

Emilio GONZÁLEZ DE CASTILLA DEL VALLE y Edward MARTÍN REGALADO
La nueva configuración de la responsabilidad por daño moral en el Distrito Federal y en materia federal 267

Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO
El árbitro 305

Manuel GONZÁLEZ OROPEZA
Equidad de género en el derecho electoral 411

Yuri GONZÁLEZ ROLDÁN
Actio ad exhibendum y pérdida dolosa de la posesión 443

Ramón HERNÁNDEZ CUEVAS
El Supremo Poder Conservador en la perspectiva de los tribunales constitucionales 531

David HERNÁNDEZ GONZÁLEZ
Reflexiones jurídicas en torno al dinero 571

António M. HESPANHA
O direito administrativo como emergência de um governo activo (c. 1800-c. 1910) 601

Asier MARTÍNEZ DE BRINGAS
La deconstrucción del concepto de propiedad. Una aproximación intercultural a los derechos territoriales indígenas 641

Carlos MÜGGENBURG
La Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal. Indicio de ignorancia o de inaplicabilidad deliberada de la técnica jurídica legislativa por parte de una mayoría de diputados de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal que suscribieron la iniciativa Cuervo 671

Juan Pablo PAMPILLO BALIÑO
Del derecho comunitario al *mos europaeus* 709

Antonio M. PRIDA PEÓN DEL VALLE
El derecho eclesiástico del Estado mexicano, desde las perspectivas del ideario de Benito Juárez y del derecho internacional de los derechos humanos 743

Ricardo J. SEPÚLVEDA I.
El legado constitucional de Juárez 775

Mario SIMÓN CANTO
El secreto bancario: entre la ilegitimidad y la eficacia 793

Óscar Arnulfo DE LA TORRE DE LARA
El caso del maíz. Juridicidades que reproducen vida y sistemas jurídicos que producen muerte 811

Jesús Antonio DE LA TORRE RANGEL
El liberalismo jurídico de los *rojos* de Aguascalientes 841

Alfredo TRUJILLO BETANZOS
Las facultades del corredor público en materia de fe pública 883

Clemente VALDÉS S.
El poder de los jueces 907

SECCIÓN MONOGRÁFICA

Mario HERNÁNDEZ RAMOS
Apuntes sobre derecho islámico clásico. La oculta intromisión humana en la formación de un pretendido derecho inmutable 949

MISCELÁNEA

Luis M. DÍAZ MIRÓN
Una historia de terror. Cómo levantar una huelga en tierra de nadie (el abuso del derecho de huelga) 1025

Manuel RUIZ DAZA
Las lagunas de la ley 1035

IN MEMORIAM

Manuel López Medina (1934-2006) 1047

Miguel Ángel FERNÁNDEZ DELGADO
Índices a la *Revista de Investigaciones Jurídicas* 1997-2006 1051

CON LA AYUDA DE LOS ESTADOS: EL RECONOCIMIENTO OFICIAL A LOS ESTUDIOS DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO

Jaime DEL ARENAL FENOCHIO

SUMARIO: I. *Presentación.* II. *Los primeros pasos.* III. *El apoyo de algunos estados.* IV. *Un nuevo y fallido intento ante la Federación.* V. *Últimas batallas y reconocimientos.* VI. *Epílogo.*

I. PRESENTACIÓN

Al celebrarse el XCV aniversario de la fundación de la Escuela Libre de Derecho resulta oportuno aportar nuevos materiales y reflexiones que permitan escribir una historia crítica de la misma, lo mismo social que cultural y, ¿por qué no?, política, con vistas a su primer centenario. A este propósito obedecen, sin duda, la develación por parte del Presidente de la República, el pasado 24 de julio, de la placa de mármol que recoge el nombre de sus fundadores, tanto maestros como alumnos, ubicada en uno de los muros del edificio, así como la exposición temporal formada con documentos y fotografías provenientes del también recientemente formado Archivo Histórico, destinado a preservar la historia documental de la casi centenaria institución educativa. Tanto en piedra como dentro del acervo se conserva, además, la memoria de un hecho poco conocido y sin el cual no hubiera sido posible que la Escuela Libre de Derecho sobreviviera a esa temporada de lluvias que acompañó a su fundación. Se trata del indispensable reconocimiento de validez a sus estudios, títulos y certificados

se preocuparan por obtener el reconocimiento de validez oficial a los estudios de jurisprudencia que ofrecerían en adelante, pues ello implicaba la posibilidad de que sus egresados ejercieran legítimamente como abogados en los tribunales del país, tanto federales como locales. De aquí que primero buscaran el reconocimiento federal a sus estudios, y, si esto no fuera posible, el de la mayor parte de las entidades federativas de la República.

A menos de un mes de la fundación de la Escuela, ante la Junta de Profesores celebrada el día 19 de agosto de 1912, don Miguel S. Macedo, profesor del primer curso de Derecho penal, "propuso que se nombrara una comisión compuesta de los señores licenciados don Agustín Rodríguez, don José N. Macías y don Pedro S. Azcué, para que se acercaran al Sr. Secretario de Instrucción Pública y Bellas Artes con objeto de someter a su consideración la necesidad de iniciar ante quien corresponda la expedición de una ley que dé valor a los títulos profesionales" que extendiera la Escuela.[4] La gestión, de haberse llevado a cabo, no prosperó entonces, toda vez que el secretario de Instrucción Pública seguía siendo el mismo licenciado don José María Pino Suárez cuyo papel al frente de la Secretaría se había dañado seriamente con motivo de la huelga de los estudiantes de la Escuela Nacional de Jurisprudencia del mes de julio, y por haber decretado la expulsión de varios de los alumnos huelguistas. Ante esta circunstancia, el cuerpo de profesores suscribió el día 16 de octubre del mismo año un "Memorial" dirigido a la Cámara de Senadores solicitándole al Congreso de la Unión "la validez de los estudios que se hagan en la institución que, con el nombre de Escuela Libre de Derecho" habían fundado en la capital del país, y el reconocimiento de "la autoridad de los certificados que expida haciendo constar la aprobación de sus alumnos en materias correspondientes a la carrera de abogado".[5] Desde el día 30 de septiembre, la Escuela Libre había obtenido el patronato del Ilustre y Nacional Colegio de

10); Javier Garciadiego, *Los orígenes de la Escuela Libre de Derecho*, México, UNAM, 2006 (El Derecho y sus Maestros, 25); Lucio Mendieta y Núñez, *Historia de la Facultad de Derecho*, 2a. ed., México, UNAM, 1975, pp. 205-214.

[4] En Del Arenal, *Hombres e historia*, p. 126.

[5] *Ibidem*, p. 131. De los profesores que fundaron la Escuela no aparecen firmando el "Memorial" don luis Méndez, don Demetrio Sodi, ni don Carlos Díaz Dufoo.

de decreto –que no a la existencia de la Escuela Libre– se habían opuesto los senadores José Diego Fernández, Carlos Tagle, y Manuel Gutiérrez Zamora; el primero porque solicitaba la necesaria previa aprobación de una ley general para las escuelas libres (tal y como se llevaría a cabo en 1929); el segundo, tal vez porque no quedó explícito el carácter laico de la institución, y el tercero, por no creer en la viabilidad de la Escuela, por poner en duda que la calidad de los profesores fundadores se pudiera mantener en el futuro, y por no establecerse expresamente que los programas de estudios de la Escuela Libre se debieran ajustar "a los planes oficiales".[10]

Es necesario subrayar que el decreto mencionado no se refirió en forma alguna a los títulos de abogado que otorgara la Escuela Libre, sino exclusivamente a la validez de los certificados que expidiera acerca de los exámenes parciales presentados por sus alumnos; manifestación clara de que aún no se definía el carácter permanente de la institución recién establecida, lo que no se decidió en forma definitiva sino hasta el 4 de enero de 1913, cuando la Junta General de Profesores reformó el *Estatuto* provisional de la Escuela, suscrito el 24 de julio pasado, para incorporar el Patronato del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México.[11]

El proyecto de ley, una vez aprobado, pasó el 6 de noviembre a la Cámara de Diputados –a la célebre XXVI Legislatura- donde se encontraban listos para enfrentarlo precisamente don Luis Cabrera, y el ex secretario particular del ministro Pino Suárez, el diputado José I. Novelo.[12] El primero encontraría la manera de vengarse de quienes habían manchado su gestión al frente de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, principalmente de su viejo adversario, don Jorge Vera Estañol –también diputado–, y de los alumnos y profesores católicos a cuyo partido atribuía la fundación de la Escuela Libre.[13] El proyec-

cimientos de enseñanza no oficiales, sino que se expiden los títulos por el Estado, en esos 37 estados", *ibidem*, p. 156.

[10] *Ibidem*, pp. 147-157.

[11] *Ibidem*, pp.187 y 188. Se derogó el artículo 2o. transitorio del primer *Estatuto* que preveía el posible carácter no permanente de la Escuela, "porque el hecho de haberse aceptado el patronato implica la resolución de que la Escuela Libre subsistirá".

[12] Garciadiego, *op. cit.*, p. 4.

[13] Del Arenal, "Religión y política en los orígenes de la Escuela Libre de Derecho", en *Hombres e historia*, pp. 269-288.

de dicho gobierno durante diecisiete años. En efecto, la Junta General de Profesores de la joven institución decidió el 25 de abril, por "unanimidad de votos", no aceptar ningún subsidio del gobierno, "pues eso quitaría la libertad a la Escuela, exponiéndola a los vaivenes de la Política", aceptando, sin embargo, el ofrecimiento de dar validez oficial a los estudios realizados en sus aulas. Por su parte, la Cámara de Diputados, por iniciativa del diputado Novelo, recibió un nuevo proyecto de ley –integrado por nueve artículos y un transitorio– que supuso dejar definitivamente a un lado el texto aprobado por los senadores meses atrás, aunque rescataba la propuesta del senador Diego Fernández de reglamentar previamente el funcionamiento de las escuelas libres en general antes de otorgar el reconocimiento de validez a alguna institución en lo particular. La iniciativa de Novelo, apoyada por la Diputación de Durango, se presentó el día 17 de abril de 1913. Nunca llegaría a discutirse.[16]

III. El apoyo de algunos estados

1. Los primeros reconocimientos

Una vez obtenida la aprobación de los senadores, y previendo el posible rechazo a la iniciativa de ley por parte de los diputados, los "rectores" de la Escuela, Agustín Rodríguez, Francisco León de la Barra y Emilio Rabasa, decidieron invocar la ayuda de las legislaturas y de los gobiernos estatales. Para ello formularon un "machote" de solicitud donde dieron cuenta tanto de los antecedentes de la institución como de sus pretensiones. El texto fue dirigido el 25 de noviembre de 1912, hasta donde ha sido posible averiguar, primero a las legislaturas o gobiernos de Zacatecas, Aguascalientes, Jalisco, México y Querétaro, y después a los de Hidalgo, Michoacán, y Puebla; es decir, los estados más cercanos o comunicados con la capital federal, o en los cuales se habían establecido gobiernos o congresos afines al grupo fundador de la Escuela formado por católicos y liberales. No obstante, la respuesta favorable provino también de gobernadores y legislaturas considerados como revolucionarios y se dio a

[16] En Del Arenal, *Hombres e historia*, pp. 216-222.

que ella expida surtan los mismos efectos legales que los emanados del Estado".[17]

La novedad del texto consistía en incluir la solicitud de validez oficial para los cursos, certificados y *títulos* que expidiera una escuela que había tomado la decisión de subsistir permanentemente.

La primera legislatura en contestar fue la de Zacatecas, entonces controlada por el Partido Católico a cuyas filas también pertenecía el gobernador Rafael Ceniceros y Villarreal, quien el 31 de diciembre de 1912 promulgó el decreto de la legislatura sancionado el día 28: "Artículo único: Son válidos los estudios que se hagan en la Escuela Libre de Derecho, de la Ciudad de México. En consecuencia, los certificados y títulos que ella expida, formalmente legalizados, surtirán los mismos efectos que los expedidos por las Escuelas Oficiales del Estado".[18] El mismo día 28, los diputados secretarios de la legislatura, José Macías Ruvalcaba y M. E. Méndez, comunicaron a los miembros de la Directiva de la Escuela la favorable resolución.[19]

El 31 de diciembre la legislatura de Aguascalientes expidió el decreto número 1571: "Son válidos en el Estado, los estudios que se hagan en la Escuela Libre de Derecho de la Capital de la República. En consecuencia, los certificados que ella expida, sobre la aprobación de sus alumnos, en exámenes parciales sobre materias de la Carrera de Abogado, surtirán los mismos efectos que los de las Escuelas oficiales, conforme a las leyes que han estado vigentes". El decreto fue suscrito por los diputados Francisco L. Jiménez, Camilo Medina y Ramón Torres.[20] A diferencia de Zacatecas, el ejecutivo estatal provenía de las filas revolucionarias: Alberto Fuentes Dávila, maderista convencido.

La diferencia entre ambos decretos es evidente: si el de Zacatecas concedió la validez a los certificados y títulos expedidos por la Escuela Libre, el de Aguascalientes no se refirió a estos últimos, sino

[17] Archivo Histórico de la Escuela Libre de Derecho [AHELD], Exp. "Decretos que acreditan los estudios de la ELD en los estados de la República 1912-1930".

[18] Véase *Periódico Oficial del Estado de Zacatecas*, t. L, núm. 2, 4 de enero de 1913, p. 22. En AHELD, *loc. cit.*, "Zacatecas".

[19] AHELD. Exp. citado.

[20] *Ibidem*, "Aguascalientes"

gobernador. En consecuencia, bajo el gobierno nominal de quien también había sido presidente interino de la República y durante el interinato efectivo del Dr. Antonio Vilchis, el 19 de mayo la legislatura local informó al "Director y Profesores de la Escuela Libre de Derecho" que ese mismo día había decretado que "los certificados y títulos que expida la Escuela Libre de Derecho establecida en la Capital de la República para acreditar los estudios hechos en aquella surtirán en el Estado los mismos efectos que los expedidos por éste". Más amplio reconocimiento no era posible imaginar.[23]

En el caso del estado de Hidalgo los antecedentes del reconocimiento se remontan a la carta que el alumno de la Escuela Libre y diputado local, Eduardo del Corral, enviara a don Agustín Rodríguez el 5 de marzo de 1913:

> "Querido y respetado maestro:
> "El lunes de la presente semana que estuve á visitar á Ud con motivo de mi último examen del tercer año de la Escuela Libre, hice á Ud presentes mis deseos por que en el Estado de Hidalgo se aprobaran los títulos que dicha Escuela expidiera, ya que en la reciente Legislatura de esa entidad hay personas dispuestas á prestar su ayuda á nuestro plantel. Para este objeto dirijo á Ud la presente, suplicándole atentamente se sirva enviarme á esta su casa el proyecto de ley formado por el Consejo de la Escuela, así como todo lo que crea Ud necesario para ilustrar á la Legislatura de Hidalgo respecto al profesorado, estatutos, etc. á fin de que yo lo haga llegar á los Diputados que me han ofrecido presentarlo para su aprobación.
> "Aprovecho esta oportunidad para repetirme á sus órdenes como su agradecido discípulo y atto. S.S.
>
> Eduardo del Corral (jr)"[24]

El procedimiento empleado fue similar a los anteriores, aunque los solicitantes habían cambiado. En efecto, en el mes de septiembre de 1913 habían dejado de ser rectores de la Escuela los licenciados Rabasa y León de la Barra, habiéndolos sustituido los abogados Miguel S. Macedo y Demetrio Sodi, quienes el día 27 de ese mes eleva-

[23] *Ibidem*, "Estado de México"

[24] *Ibidem*. Del Corral se recibiría en la Escuela Libre hasta el 14 de septiembre de 1918, con una tesis titulada *El Senado en las legislaturas de los estados*.

Puebla fue el último estado en reconocer en esta primera fase la validez de los estudios y títulos de la Escuela Libre de Derecho. Sin embargo, el decreto correspondiente no fue obra de la legislatura local sino resultado de las facultades extraordinarias que gozaba el anticlerical general Francisco Coss, gobernador y comandante militar constitucionalista de la entidad. Mediante Bando solemne firmado el 23 de octubre de 1914, Coss decretó: "Se declaran válidos en el Estado los estudios hechos en la Escuela Libre de Derecho de México, así como los títulos que expida", siempre y cuando previamente se revalidaran "por conducto del Departamento de Fomento, Instrucción Pública y Estadística" del Estado.[28] Ahora se unían reconocimiento y revalidación para certificados y títulos.

No consta que la legislatura del estado de Querétaro haya contestado a la solicitud de la Junta Directiva de la Escuela formulada el 25 de noviembre de 1912.

2. Algunas dificultades

El 5 de febrero de 1917 se promulgó la nueva *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* en la ciudad de Querétaro. Tres de sus artículos se relacionaron directamente con la función y las facultades de la Escuela Libre: el 3o., que sancionó la enseñanza libre, tal y como ya lo había establecido el mismo artículo en la Constitución de 1857; el 4o., que otorgó a los estados la facultad de determinar las profesiones que necesitaban título para su ejercicio, las condiciones que debían llenarse para obtenerlo, así como las autoridades que debían expedirlo; y el 121, cuya fracción V dispuso: "Los títulos profesionales expedidos por las autoridades de un Estado, con sujeción a sus leyes, serán respetados en los otros". Esta última disposición vino a modificar de manera radical el ejercicio de las profesiones que requerían título, pues si bajo el imperio de la Constitución de 1857 quien obtuviera un título en una entidad federativa sólo podía ejercer su profesión en ella –tal y como expresamente quedó establecido en

del Archivo General y Público. Morelia, Imprenta del Gobierno, en la Escuela de Artes, 1918, t. XLII, pp. 228 y 229.

[28] *Ibidem*. "Puebla". También se conservan dos ejemplares del Bando respectivo.

Programas que se siguen en cada uno de los cursos; VI. Inscripción media de los alumnos, habida en todos los años de vida de la Escuela; VII. Número de alumnos que se han titulado y lugares donde ejercen; VIII. Inscripción de alumnos, habida en el presente año; IX. Carácter de los exámenes que se sustentan en la misma Escuela".[31] La iniciativa felizmente prosperó. En el Archivo de la Escuela se conservan tanto el borrador del decreto que emitiera la legislatura local como el ejemplar de la *Gaceta del Gobierno* del día 29 de noviembre de 1919, donde se publicó el decreto del gobernador constitucional interino mexiquense, Lic. Francisco Javier Gaxiola, promulgando el decreto del Congreso local del día 21 del mismo mes y mediante el cual se revalidaron los estudios "parciales y totales" hechos en la Escuela Libre. Sin embargo, este decreto introdujo una modalidad que supuso la invalidez permanente de los títulos expedidos por ésta: en lugar de reconocimiento se hablaba de revalidación, con lo cual había que "canjearlos" por títulos profesionales expedidos por el gobierno del estado, una vez que el Consejo Universitario los revalidara. Dice así esta importante disposición:

"La Legislatura del Estado de México, decreta.

Decreto Número 12

"Artículo 1o. Se revalidan en el Estado de México, los estudios parciales y totales hechos en la Escuela Libre de Derecho, de la Capital de la República.

"Artículo 2o. Para los efectos de la revalidación de los estudios parciales, los interesados presentarán al Consejo Universitario del Estado, los certificados que justifiquen que se han hecho los estudios de cuya revalidación se trata y que han sido aprobados en las respectivas materias, con lo cual se les expedirá el correspondiente pase, para que puedan continuar sus estudios en los Planteles Oficiales, con sujeción estricta a las disposiciones relativas de la Ley de Educación Pública.

"Artículo 3o. Para la revalidación de los estudios totales, los mismos interesados presentarán al propio Consejo Universitario, los justificantes que acrediten que hicieron los estudios necesarios para obtener el título de abogado, así como éste, con lo cual se les expedirá, por el Gobierno del Estado, un nuevo título, para ejercer la profesión de abogado en los Tribunales de la República".[32]

[31] AHELD, *loc. cit.*, "Estado de México".
[32] *Idem.*

Escuela Libre, recibió un proyecto de título que se emitiría por el Estado de México a quienes fueran aprobados en la propia institución formadora de abogados, que le había sido enviado "por el Licenciado Bassols".[34] El texto era el siguiente:

> "Estados Unidos Mexicanos
> "El Ciudadano Carlos Riva Palacio,
> Gobernador Constitucional del Estado Libre y Soberano del Estado de México,
> a los que el presente vieren sabed:
> "Que habiendo justificado ante este Gobierno el Ciudadano ..... haber sido aprobado en la Escuela Libre de Derecho de la Ciudad de México, así como haber cursado los estudios preparatorios correspondientes; en uso de la facultad que me confiere el artículo 3o. de la Ley de 21 de noviembre de 1919, he tenido a bien expedir el presente TÍTULO DE ABOGADO para que pueda ejercer la profesión de referencia en los Tribunales de la República, revalidando el que le fué otorgado en la Escuela Libre de Derecho.
> "Dado en el Palacio del Poder Ejecutivo en Toluca, a
>
> "TÍTULO DE ABOGADO expedido a
> favor del ciudadano".[35]

Sorprendentemente, el 20 de diciembre de 1926, el mismo Sainz Larrañaga –residente por entonces en Toluca– era informado por el entonces Secretario de la Escuela, el Lic. Daniel Escalante y Ortega, que el gobierno del Estado de México había derogado el decreto que reconocía los estudios de la Escuela Libre, gracias a las diligencias del propio Lic. Narciso Bassols, "quien, en esta materia ha seguido su norma de conducta acostumbrada".[36] Escalante solicitaba a Sainz "averiguar lo que a ese respecto" hubiera de cierto.[37]

Por lo que respecta al estado de Hidalgo, durante los últimos días de 1919, el gobernador constitucional, general Nicolás Flores, pro-

[34] Se trata del Lic. Narciso Bassols, entonces Secretario General de Gobierno del Estado de México y años más tarde Secretario de Educación Pública del gobierno federal y enemigo acérrimo de las escuelas libres.

[35] AHELD, *loc. cit.*, "Estado de México".

[36] Carta de Escalante a Sainz Larrañaga, en *idem*.

[37] *Ibidem*, "Hidalgo".

ciembre de 1920, los diputados Emilio Portes Gil, Salvador Franco Urías, Jaime A. Solís –alumnos fundadores de la Escuela–,[40] Enrique Meza –abogado egresado de la Escuela y constituyente en Querétaro en 1917–,[41] y Leopoldo E. Camarena, presentaron ante la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión un nuevo *Proyecto de Ley por el que se reconocen en el Distrito y Territorios Federales los estudios hechos en la Escuela Libre de Derecho*, también suscrito el 22 del mismo mes por los diputados A. Valadez Ramírez, Rafael Martínez de Escobar, S. García Socorro, Aurelio Manrique Jr., y hecho suyo por más de sesenta diputados federales. Es obvio que la iniciativa no hubiera sido posible si entonces no se diera la feliz circunstancia de encontrarse en la Cámara de Diputados cuatro ex alumnos de la Escuela. Consta que este proyecto se imprimió y pasó a la Comisión de Universidad y Bellas Artes, pero de aquí no pasó.[42] Por su importancia y por ser prácticamente desconocido se transcribe a continuación:

PROYECTO DE LEY

"Artículo 1o. Se reconocen en el Distrito Federal y Territorios de la Baja California y Quintana Roo, los estudios parciales hechos en la Escuela Libre de Derecho establecida en la ciudad de México.

"Artículo 2o. Se reconoce, igualmente, en el Distrito Federal y Territorios ya expresados, los estudios totales hechos en dicha escuela.

"Artículo 3o. En consecuencia, los certificados de estudios y los títulos profesionales que expida la 'Escuela Libre de Derecho', surtirán y tendrán los

[40] Si bien Franco Urías terminó sus estudios en la Libre nunca se recibió en ésta. Véase Archivo de la Escuela Libre de Derecho, Expedientes de alumnos no recibidos.

[41] Véase Del Arenal, "Enrique Meza Llorente, estudiante de la Escuela Libre de Derecho y diputado constituyente en 1917", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 26, núm. 26, 2002, pp. 53-70.

[42] *Proyecto de Ley por el que se reconocen en el Distrito y Territorios Federales los estudios hechos en la Escuela Libre de Derecho que presentan los CC. Emilio Portes Gil, Salvador Franco Urías, Jaime A. Solís, Enrique Meza y Leopoldo E. Camarena y hacen suyo otros numerosos representantes.* [México], Congreso de los Estados Unidos Mexicanos. Cámara de Diputados, véase *Diario de los Debates de la Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos*, XXIX Legislatura, t. I, núm. 99, 28 de diciembre de 1920, p. 6.

TRANSITORIOS

"Artículo 1o. Esta ley empezará a regir desde la fecha de su promulgación en el 'Diario Oficial'.

"Artículo 2o. Los títulos profesionales ya expedidos y los certificados de estudios anteriores a la fecha de esta ley, quedan reconocidos en los términos de la misma, a cuyo efecto la Junta Directiva del plantel, junto con la noticia a que se refieren los artículos 5o. y 6o., enviará, desde luego una complementaria que indique qué personas han estado capacitadas, desde la fundación de la escuela, para firmar títulos profesionales y extender certificados de estudios, enviando sus firmas auténticas, si fuere posible.

"Salón de Sesiones de la H. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. México D.F., a 22 de noviembre de 1920. E. Portes Gil. Enrique Meza. A. Valadez Ramírez. S. Franco Urías. Rafael M. de Escobar. S. García G. Jaime A. Solís. Aurelio Manrique, jr. Leopoldo E. Camarena".

La iniciativa provino probablemente de uno de los tres rectores que entonces formaban parte de la Junta Directiva de la Escuela y que recientemente había vuelto a incorporarse a su cátedra de Derecho constitucional después de permanecer varios años en el exilio: don Emilio Rabasa. La documentación conservada, sin embargo, no recoge el nombre del ilustre constitucionalista sino proviene del entonces tesorero de la Libre, el Lic. Carlos Rovalo Fernández. En efecto, el día 3 de noviembre de 1920, éste le envió una carta al diputado Franco Urías adjuntándole "un proyecto de ley para el reconocimiento de los estudios de nuestra Escuela", donde le señalaba que el propio Rovalo "hubiera deseado poder hacer *también* la exposición de motivos", lamentándose de que ello no hubiera sido posible debido a que si originalmente el plan había sido que tanto Rovalo como Manuel Herrera y Lasso redactaran dicha exposición, la falta de colaboración de éste y la cantidad de trabajo que tenía lo impidieron.[43] Sin embargo, el día 19 del mismo mes se pudo enviar al diputado Franco la exposición de motivos prometida. Rovalo haría referencia a la opinión de Jaime Solís, en el sentido de que creía necesario "que intervenga algún comisionado de la Universidad en los exámenes"

[43] Rovalo se queja de la informalidad de don Manuel, no obstante haberse citado varias veces. AHELD, *loc. cit.*, "Federal".

vas esferas de acción, a superar a los planteles oficiales y realizar, de esta manera, el anhelo de libertad que ha animado a sus fundadores:

"4o. Que el Estado, por las razones anotadas en el párrafo segundo y en acatamiento a lo dispuesto por el artículo 3o. constitucional, debe, no sólo no oponerse o estorbar el funcionamiento de las escuelas libres, sino antes bien, fomentar y estimular su desarrollo;

"5o. Que uno de los mejores medios de estímulo para dichos establecimientos dentro de las condiciones actuales en que se encuentran, consiste en otorgar el reconocimiento oficial de los estudios profesionales que en ellos se hagan, siempre que tales establecimientos inspiren verdadera confianza, tanto por sus programas de enseñanza, cuanto por la competencia científica de su personal docente;

"6o. Que el establecimiento de enseñanza, fundado en esta Ciudad en el mes de julio de 1912, con el nombre de 'Escuela Libre de Derecho', reúne los caracteres a que alude el párrafo 5o. supuesto que, aparte de la bondad de sus programas y de la notoria competencia científica de su Cuerpo de Profesores, son palpables los buenos resultados que ha dado en la práctica durante sus ocho años de vida; habiendo producido hasta hoy 109 abogados titulados que desempeñan, muchos de ellos, numerosos puestos públicos de manera ampliamente satisfactoria y que ocupan, algunos otros, lugares prominentes en el Foro Nacional por su probidad y competencia;

"7o. Que son ya bastantes las legislaturas de los Estados de la República que han reconocido oficialmente los estudios hechos por la citada Escuela Libre de Derecho, entre las que se citan las siguientes: La de Zacatecas, según decreto de 28 de diciembre de 1912; la de Aguascalientes, por decreto de 31 de diciembre del mismo año; la de Jalisco, por decreto de 22 de febrero de 1913; la del Estado de México, por decreto de 22 de noviembre de 1919; la de Guerrero, por decreto de 25 del mismo mes y año y muy recientemente y de manera más amplia que antes, la del Estado de Hidalgo;

"8o. Que deben establecerse, a la vez que el reconocimiento amplio de los estudios que se hagan en la Escuela Libre de Derecho de la Ciudad de México, algunos requisitos de autenticidad en el modo de acreditarlos, sin que en ningún caso, esos requisitos envuelvan la idea de que el Estado se mezcle en el funcionamiento interno o económico del plantel, tanto para no hacer ilusoria la libertad de enseñanza, estableciendo una tutela oficial sobre el plantel que a ella se dedica, cuanto para el mayor estímulo de la Escuela, al reconocerse, al mismo tiempo que la validez de sus estudios, la seriedad de sus métodos y la competencia de sus profesores; apuntándose a la vez la conveniencia de señalar algunas penas, de acuerdo con el Código de la materia, para los casos desgraciados de falsificación de títulos o certificaciones.

nador provisional constitucional, Joaquín Rojas Hidalgo, quien dispuso: "Son títulos legales para ejercer las profesiones que conforme a la Ley lo requieren para su ejercicio... II. Los expedidos por las Escuelas Libre de Derecho y Homeopatía de la Capital de la República y de los Estados, así como los expedidos por las demás instituciones privadas autorizadas para ello por el Gobierno Federal o de los Estados"; es decir, se seguía la fórmula empleada por el Congreso de Hidalgo cinco años atrás.[47]

El caso de Tamaulipas resulta interesante porque evidencia, una vez más, el grado de participación de los abogados egresados de la Escuela y que ahora ocupaban puestos relevantes en la administración publica tanto de la Federación como de los estados. En efecto, el proceso de reconocimiento dio comienzo con la iniciativa del gobernador del estado, don Emilio Portes Gil, alumno fundador de la Libre de Derecho, para otorgar el reconocimiento a los estudios hechos en la Escuela. Esta iniciativa fue muy bien recibida por la Junta Directiva integrada entonces por Emilio Rabasa, Pedro Lascurain e Ignacio Burgoa, por lo que en septiembre de 1925 don Carlos Rovalo y Fernández, tesorero de la institución, dirigió sendas cartas tanto al gobernador del estado como al abogado Enrique Medina, quien se había titulado en la Libre el año de 1917 y por entonces era el Secretario General del Gobierno de Tamaulipas, para comunicarles su plena disposición de colaborar con el gobierno tamaulipeco en la tarea de obtener el tantas veces anhelado reconocimiento.[48] El Gobernador respondió en los siguientes términos:

"C. Victoria, Tamps. Septiembre 22 de 1925

"Sr. Lic. Carlos Rovalo
4a. calle de Tacuba 33
México D.F.

"Muy apreciado amigo y compañero:
"Las atentas letras de usted de fecha 8 de los corrientes, han llegado a mi poder.

[47] Véase *Periódico Oficial del Estado de Morelos*. Alcance al número 183. 20 de octubre de 1925, p. 3. Se conserva en AHELD, *loc. cit.*, "Morelos".

[48] Véase ambas cartas en AHELD, *loc. cit.*, "Tamaulipas".

Es decir, la fórmula de la revalidación que implicaba el canje de títulos se impuso a iniciativa de las propias autoridades de la Escuela, lo que no dejaba de suponer una cierta merma de la autoridad y prestigio (o cuando menos desconfianza) de los títulos expedidos por ella misma.

El mismo día 28, Medina telegrafió a los licenciados Rovalo y José María Gurría Urgell, otro alumno fundador de la Escuela, para manifestarles su alegría por el reconocimiento de estudios otorgado "de la manera más amplia y favorable" por la legislatura tamaulipeca, solicitándole a este último lo hiciera del conocimiento de los "compañeros".[52] Por su parte, el gobernador Portes Gil envió al presidente de la Sociedad de Alumnos de la Escuela un ejemplar del periódico oficial donde se había publicado el decreto mencionado.[53]

Al reconocimiento otorgado se sumó la necesitad de satisfacer ciertos requisitos y trámites burocráticos indispensables. A ellos se refiere la carta dirigida por Medina a Carlos Rovalo el 2 de febrero de 1926:

> "Mi querido y fino amigo:
> "Aunque con bastante tardanza me refiero hoy en que puedo disponer de algún tiempo libre a su afectuosa carta última. Como usted ya lo sabe la revalidación de los títulos así como de los estudios parciales y totales hechos en la Escuela Libre de Leyes [sic] de México, fue como se lo prometí a usted en carta anterior, por la Legislatura local de la manera más amplia y favorable para nuestros compañeros de escuela; y por tal concepto únicamente me resta indicar a usted para que asimismo lo haga saber a los demás compañeros interesados, que la forma de obtener fácilmente el título de abogado expedido por Tamaulipas es el consistente en enviar a las oficinas de este Ejecutivo del Estado el título respectivo expedido por la Libre de Leyes y además sesenta y tantos pesos casi setenta que importan los derechos correspondientes para tal objeto conforme a las leyes y demás disposiciones hacendarias vigentes en el Estado. Y esto es todo. Como usted vé sumamente fácil para obtener cuanto antes el nuevo título por lo que se refiere a los compañeros titulados.

[52] Telegramas en AHELD, *loc. cit.*, "Tamaulipas".
[53] *Idem.*

> rigen están en todo de acuerdo con los de su misma clase y de carácter oficial, como lo es la Facultad Nacional de Jurisprudencia;
> "Considerando: que los Poderes de Chiapas se hayan animado de un franco espíritu de progreso y libertad, viendo por lo tanto la solicitud de los estudiantes de Derecho de la Escuela Libre con agrado y procedente en todos conceptos, en consecuencia, Decreta:"

De lo que se concluye que tanto el laicismo, la libertad de enseñanza impartida por los particulares, y el deseo de no contaminarla con la política, como el hecho de contar con un régimen normativo propio y afín al de otros establecimientos educativos similares, privados o públicos, y el "espíritu de progreso"; es decir, los mismos ideales que movieron a fundar la Escuela en 1912, ahora sirvieron para inclinar la voluntad de los legisladores de Chiapas para otorgar el tantas veces solicitado reconocimiento de estudios y títulos.

Fue el gobernador constitucional Carlos A. Vidal quien llevó a cabo la promulgación del decreto correspondiente el día 19 del mismo mes.[56]

Aún después de promulgado el Decreto-Concesión federal de 1930, la situación de los egresados de la Escuela continuó en medio de cierta incertidumbre en el Estado de México, toda vez que en fecha tan tardía como el 14 de enero de 1935 todavía se seguían necesitando los buenos oficios del Lic. Carlos Pichardo, abogado egresado de la Escuela en 1915 y alto funcionario en el gobierno mexiquense encabezado por José Luis Solórzano, para impedir que éste derogase "el decreto que reconoce la validez de los estudios realizados y de los títulos expedidos por dicha Escuela".[57]

VI. Epílogo

Como es bien conocido, bajo la presidencia de Emilio Portes Gil, y bajo la dirección de Ezequiel Padilla –líder del movimiento estudiantil de 1912– al frente de la Secretaría de Educación Pública, el gobierno de la Republica reconoció finalmente la validez oficial de

[56] *Idem*.
[57] Copia de la Carta dirigida a Pichardo, sin firma, en *idem*.

"TRAER DINERO NO ES DELITO, NO DECLARARLO SÍ LO ES"
(SAT Y ADUANA MÉXICO)

Mauricio ATRI

"*Escribir una ley no es nada; hacer querer su cumplimiento es todo*"
(Demóstenes. Olint. III)

SUMARIO: I. *Ley Monetaria*. II. *Declaración aduanal*. III. *Cuestionamiento*. IV. *Reflexiones*.

I. LEY MONETARIA

De acuerdo con el artículo 1o. de la Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos ("Ley Monetaria"),[1] *la unidad del sistema monetario de México es el "peso"*.[2]

En este sentido, el artículo 7o. de dicha Ley establece: "*las obligaciones de pago, de cualquier suma en moneda mexicana se denominarán invariablemente en pesos*".

En este orden de ideas, el párrafo primero del artículo 8o. de la Ley en comento señala: *la moneda extranjera no tendrá curso legal*

[1] Ley del 25 de julio de 1931.

[2] El artículo 2o. de dicho ordenamiento legal precisa cuáles son las únicas monedas y billetes circulantes en la República Mexicana.

en la República Mexicana, salvo en los casos en que la ley determine expresamente lo contrario. En cualquier caso, las obligaciones de pago en moneda extranjera contraídas dentro o fuera de la República Mexicana, para ser cumplidas en ésta, deben ser solventadas entregando el equivalente en moneda nacional al tipo de cambio que rija en el lugar y fecha en que se haga el pago, de acuerdo con el tipo de cambio determinado por las disposiciones del Banco de México, en los términos de su ley orgánica.

Conforme al párrafo sexto de la Constitución general y al artículo 1o. de la Ley del Banco de México, éste es un "organismo autónomo" en el ejercicio de sus funciones y en su administración; y de conformidad con el párrafo séptimo constitucional, los artículos 21, 24 y 35 de la Ley del Banco de México,[3] y en los términos del numeral 1.2 de las Disposiciones Aplicables a la Determinación del Tipo de Cambio para Solventar Obligaciones Denominadas en Moneda Extranjera Pagaderas en la República Mexicana, *dicho Banco Central regula los cambios*, esto es determina los tipos de cambio mediante la emisión de dichas disposiciones, las cuales son publicadas en el *Diario Oficial de la Federación*.[4]

Nótese que el artículo 4o. del Código Civil Federal establece que cuando la disposición de observancia general de que se trate fije el día en que debe a comenzar a regir, obliga desde ese día, con tal de que su publicación haya sido anterior. Lo cual se vincula con el artículo 21 del mismo ordenamiento legal, el cual prescribe que la ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento.[5]

Es de señalarse que las prevenciones de los citados artículos 7o. y 8o. de la Ley Monetaria no son renunciables y toda disposición en contrario será nula (artículo 9o. de dicha Ley).[6]

[3] Así como los artículos 8o. y 10o. del Reglamento Interior del Banco de México.

[4] En efecto, el artículo 35 de la Ley del Banco de México establece: "El Banco de México expedirá las disposiciones conforme a las cuales se determine el o los tipos de cambio a que deba calcularse la equivalencia de la moneda nacional para solventar obligaciones de pago en moneda extranjera, contraídas dentro o fuera de la República para ser cumplidas en ésta...".

[5] Para profundizar sobre el tema véase la Ley del *Diario Oficial de la Federación* y Gacetas Gubernamentales (arts. 1o., 5o., 7o. y 10o.).

[6] A mayor abundamiento véase Borja Martínez, Francisco, "Aplicabilidad de normas transitorias referidas al pago de obligaciones en moneda extranjera", en *Homenaje a Manuel Borja Martínez*, Porrúa y Colegio de Notarios del Distrito Federal, México, 1992, pp. 43-57 y Sánchez Medal, Ramón, *De los contratos civiles*, 13a. ed., Porrúa, México, 1994, pp. 88, 101-104.

II. Declaración aduanal

Por su parte de la actual *Declaración de Aduana para pasajeros que ingresan a México, procedentes del extranjero* ("Declaración Aduanal"), emitida por el Servicio de Administración Tributaria (SAT) y por la Aduana México,[7] se desprende que su referencia monetaria son los dólares de Estados Unidos, lo cual pudiera ser cuestionable a la luz de lo dispuesto por la Ley Monetaria mexicana.

En realidad existen *dos formatos de dicha Declaración Aduanal*, uno de ellos con cierto tiempo de circulación al cual llamaremos "*formato A*" y otro recientemente emitido al cual denominaremos "*formato B*", donde se realizan ciertas modificaciones formales, buscando ser más preciso.[8]

Así las cosas, en ambos formatos la *Declaración Aduanal* mexicana comienza dando un caluroso recibimiento, indicando textualmente: "BIENVENIDOS A MÉXICO"; y acto seguido *requiere que todo pasajero o jefe de familia, que proporcione cierta información* (formato B) y que entregue llenada dicha declaración (formato A); solicitando el llenado de los generales de la persona, a la cual se le pregunta, entre otras cosas, si es residente mexicano o extranjero, y cuál es el medio de transporte utilizado (marítimo, aéreo o terrestre).

Posteriormente por un lado el formato A de la Declaración Aduanal manifiesta textualmente: "*Traer dinero no es delito, no declararlo sí lo es*". Sin precisar a qué delito se refiere, ni el ordenamiento que lo contiene.

Mientras que el recientemente modificado formato B de la Declaración Aduanal manifiesta textualmente: "*El transporte de dinero en efectivo o instrumentos monetarios es legal, no obstante, la omisión*

[7] Véase punto 2.1.2 de la correspondiente Resolución Miscelánea de Comercio Exterior.

En http://www.aicm.com.mx/Principal/Autoridades/Aduana/Aduana.htm, se puede apreciar la anterior declaración de aduana.

[8] Cabe señalar que hasta el mes de septiembre de 2006, pudimos constatar la coexistencia de ambos formatos.

de la declaración del monto total puede conducir al embargo de cantidades en efectivo o instrumentos monetarios y puede ser objeto de sanciones administrativas y penales". Tampoco indicando a cuáles sanciones administrativas y penales se refiere, ni el ordenamiento que las regula.

Por una parte, el formato A de la Declaración Aduanal procede a preguntar:

> "¿Trae consigo cantidades en efectivo, cheques y cualquier otro documento por cobrar que sumados excedan el equivalente a *10 mil dólares de los EUA*?"

Este formato A no hace referencia a que dicho monto puede resultar en su equivalente en pesos mexicanos (moneda nacional) o en cualquier otra moneda extranjera distinta del citado dólar, lo cual sí sucede con el recientemente reformado formato B.

Acto seguido el formato A de la Declaración Aduanal pide al pasajero, que en caso de que conteste en sentido afirmativo a la pregunta de referencia, "…indique cuánto lleva en total_____,". Sin precisar en qué referente monetario se debe especificar el monto total de la cantidad de que se trate.

Por su parte, el formato B de la Declaración Aduanal procede a preguntar:

> "¿Trae consigo cantidades en efectivo, cheques, cheques de viajero y cualquier otro instrumento monetario que sumados excedan los *10 000 dólares de los Estados Unidos de América (dólares) o su equivalente en moneda nacional o extranjera*?"

Y acto seguido el formato B de la Declaración Aduanal pide al pasajero, que en caso de que responda 'sí', declare la cantidad total en dólares, $_____. De tal manera que lo positivo que fue el haber agregado el que la referencia no fuera solamente en dólares, sino también su equivalente en moneda nacional o extranjera, se desdibuja cuando en el formato de referencia se solicita indicar la cantidad total de dólares, haciendo caso omiso de que también pudiera ser su equivalente en moneda nacional o extranjera.

Solicitando en ambos casos el formato B el llenado de: *i)* su domicilio en México; *ii)* el documento de viaje utilizado, pasaporte u otro;[9] y, *iii)* el o los países que visitó durante el correspondiente viaje –previo al arribo a México–. Requiriéndolo para que pase al módulo de atención de aduanas en la terminal de arribo, antes de pasar al área de revisión.

Más adelante solicita se *declare si transporta*:

i) Animales vivos;
ii) Alimentos[10]/Alimentos frescos;[11]
iii) Plantas, flores o frutas;
iv) Productos químicos, farmacéuticos o de uso agrícola;
v) Materiales, sustancias o residuos peligrosos;
vi) Armas y cartuchos;
vii) Equipo profesional de trabajo;
viii) Muestras;
ix) Mercancía adicional a su equipaje y franquicia por la que deba pagar impuestos.

Por un lado, el formato A de la Declaración Aduanal expresamente procede a indicar: "*Constituye un delito introducir artículos sin la declaración, los permisos y el pago de impuestos correspondientes*". Nuevamente sin precisar a qué delito se refiere, ni el ordenamiento que lo contiene.

Por otro lado, el formato B de la Declaración Aduanal expresamente procede a indicar: "*Introducir mercancías sin la declaración, permisos y pago de impuestos, aplicables, podrá ser objeto de sanciones administrativas y penales*". De nueva cuenta sin indicar a qué sanciones administrativas y penales se refiere, ni el ordenamiento que las regula.

Cerrando con un espacio para la firma, donde el formato A de la Declaración Aduanal señala: "*Declaro bajo protesta de decir verdad que los datos asentados son ciertos*". Mientras que el formato B de la Declaración Aduanal indica: "*He leído la información al reverso de esta forma y realizado una declaración verdadera y exacta*".

[9] Debiendo indicar el país que lo expidió.
[10] Formato B de la Declaración Aduanal.
[11] Formato A de la Declaración Aduanal.

Requiriendo ambos formatos de la Declaración Aduanal que después de recoger su equipaje, se presente esta declaración al personal de la aduana en el área correspondiente.

La declaración también indica que los pasajeros internacionales, residentes en el país o en el extranjero, *pueden introducir libre de pago de impuestos: equipaje y franquicia*.

Entendiendo por "*equipaje*":

i) Bienes de consumo personal[12] nuevos o usados, como ropa, calzado y productos de aseo que sean acordes a la duración del viaje y que por su cantidad no puedan ser objeto de comercialización;
ii) Una cámara fotográfica;
iii) Una cámara de video grabación;[13]
iv) Hasta 12 rollos de película o videocintas;[14]
v) Material fotográfico;[15]
vi) Un aparato de telefonía celular;
vii) Un radiolocalizador;
viii) Una máquina de escribir;
ix) Una computadora portátil o laptop;[16]
x) Una copiadora o impresora portátil;[17]
xi) Dos equipos personales deportivos usados que puedan ser transportados por una persona;
xii) Un aparato portátil de radio/CD;
xiii) Cinco discos láser;
xiv) Cinco discos DVD;
xv) 20 discos compactos (CD) o casetes;

[12] La fracción I del artículo 106 del Código Fiscal Federal establece que son "mercancías de uso personal", los alimentos y bebidas para su consumo, ropa y otros objetos personales, excepto joyas, cosméticos, productos sanitarios y de aseo, lociones, perfumes, medicamentos y aparatos médicos o de prótesis que utilice, artículos domésticos para su casa habitación, siempre que no sean dos o más de la misma especie.

[13] El formato B de la Declaración Aduanal agrega en su caso con su fuente de poder.

[14] El formato B de la Declaración Aduanal precisa hasta 12 rollos de película virgen o videocasetes.

[15] El formato B de la Declaración Aduanal puntualiza impreso o filmado.

[16] El formato B de la Declaración Aduanal detalla un equipo de cómputo portátil nuevo o usado, de los denominados lap top, notebook, omnibook o similares.

[17] El formato B de la Declaración Aduanal precisa nueva o usada.

xvi) Libros y revistas que por su cantidad no puedan ser objeto de comercialización;
xvii) Cinco juguetes que puedan ser transportados por una persona;
xviii) Medicamentos de uso personal (debiendo mostrar receta médica en caso de sustancias psicotrópicas);
xix) Un binocular;
xx) Un instrumento de música portátil;
xxi) Una tienda de campaña;
xxii) Un equipo para acampar;
xxiii) Un deslizador acuático con o sin vela;
xxiv) Hasta cuatro cañas de pescar con sus accesorios;
xxv) Solamente las personas mayores de edad pueden introducir hasta 20 cajetillas de cigarro, 25 puros o 200 gramos de tabaco y tres litros de vino, cerveza o licor;
xxvi) Las personas con capacidades diferentes podrán introducir los objetos de uso personal que les auxilien a suplir o disminuir su condición.[18]

Los dos formatos de la Declaración Aduanal difieren en lo que debe entenderse por "franquicia".

En efecto, mientras que para el formato A de la Declaración Aduanal dentro de la "*franquicia*" se comprende uno o varios artículos exentos de pago de impuestos cuyo valor se acredite con la factura o nota de venta y no exceda de:

i) 50 dólares de los EUA, tratándose de mercancías que hayan sido adquiridas *en* la franja o región fronteriza; o,
ii) 300 dólares de los EUA, tratándose de mercancías que hayan sido adquiridas *fuera* de la franja o región fronteriza.[19/20]

[18] El formato B de la Declaración Aduanal señala que las personas con capacidades especiales podrán introducir los objetos de uso personal que les auxilien en el desarrollo de sus actividades.

[19] Teniendo una pésima redacción, sumamente confusa, a saber: "Franquicia: Uno o varios artículos exentos de pago de impuestos cuyo valor se acredite con la factura o nota de venta y no exceda de 50 dólares, o 300 dólares de los EUA, tratándose de mercancías que hayan sido adquiridas en la franja o región fronteriza".

[20] Nótese que en la *Guía Paisano 2005-2006*, expedida por el presidente Vicente Fox Quesada, a foja 7 y con referencia a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público también se hace dicha acotación.

Sin que el citado formato A especifique los parámetros para identificar la correspondiente "franja" o "región fronteriza", para lo cual habrá que estar a lo dispuesto por la Ley Aduanera.[21] Notándose que de acuerdo con el artículo 136 de la Ley Aduanera, para los efectos de dicha Ley: "se considera como *franja fronteriza* al territorio comprendido entre la línea divisoria internacional y la línea paralela ubicada a una distancia de veinte kilómetros hacia el interior del país. Por *región fronteriza* se entenderá al territorio que determine el Ejecutivo Federal".

Por su parte para el formato B de la Declaración Aduanal dentro de la "*franquicia*" se comprende una o más mercancías cuyo valor se acredite con la factura o nota de venta y no exceda de:

i) 50 dólares, cuando su arribo sea por *vía terrestre*; o,
ii) 300 dólares o su equivalente en moneda nacional o extranjera, cuando su arribo sea por *vía marítima o aérea*.[22]

Por otro lado, ambos formatos de la Declaración Aduanal coinciden en que la franquicia no incluye bebidas alcohólicas, tabacos labrados o combustible automotriz.

La declaración señala que en el caso de que la misma se presente por familia (padre, madre, hijos), los límites de equipaje y franquicia pueden acumularse.

El formato A de la Declaración Aduanal indica que *si el pasajero trae consigo mercancía adicional a la permitida como equipaje y como franquicia, deberá importarla*, tomando en cuenta que si el valor de la mercancía es *hasta por mil dólares de EUA*, podrá importarla pagando en efectivo los impuestos correspondientes –una vez descontada la franquicia– aplicando una tasa global de 17% sobre el valor de la mercancía.

[21] Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 15 de diciembre de 1995.

[22] Dejando a un lado el tema de la franja o región fronteriza, para hacer la diferencia por la forma de arribo al país, de tal manera que entiende por "Franquicia: Una o más mercancías cuyo valor se acredite con la factura o nota de venta y no exceda de 300 dólares o su equivalente en moneda nacional o extranjera cuando su arribo sea por vía marítima o aérea; o 50 dólares, cuando su arribo sea por vía terrestre".

Mientras que el formato B de la Declaración Aduanal simplemente deja un espacio para uso oficial relacionado con la mercancía adicional por la que se deba pagar impuestos, para que se precise el número de la declaración y la cantidad pagada.

Cabe señalar que lo dicho es una cuestión que no solamente se desprende del correspondiente formato de Declaración Aduanal, sino que también se sigue de la *Ley Aduanera* y del *Código Fiscal de la Federación*.

Por una parte, el artículo 9o. de la *Ley Aduanera* regula el tema de la Declaración Aduanal, estableciendo:

> "*Toda persona* que ingrese al territorio nacional o salga del mismo y lleve consigo cantidades en efectivo, en cheques nacionales o extranjeros, órdenes de pago o cualquier otro documento por cobrar o una combinación de ellos, superiores al equivalente en la moneda o monedas de que se trate, a diez mil dólares de los Estados Unidos de América, *estará obligada a declararla* a las autoridades aduaneras, en las formas oficiales aprobadas por el Servicio de Administración Tributaria.
>
> *La persona que utilice los servicios de empresas de transporte internacional de traslado y custodia de valores, así como las de mensajería*, para internar o extraer del territorio nacional las cantidades en efectivo o cualquier otro documento de los previstos en el párrafo anterior o una combinación de ellos, *estará obligado a manifestar* a dichas empresas las cantidades que envíe, *cuando el monto del envío sea superior al equivalente en la moneda o monedas de que se trate, a diez mil dólares de los Estados Unidos de América.*
>
> *Las empresas de transporte internacional de traslado y custodia de valores, así como de mensajería*, que internen al territorio nacional o extraigan del mismo, cantidades en efectivo o cualquiera de los documentos previstos en el primer párrafo de este artículo o una combinación de ellos, *estarán obligadas a declarar* a las autoridades aduaneras, en las formas oficiales aprobadas por el Servicio de Administración Tributaria, las cantidades que los particulares a quienes presten el servicio les hubieren manifestado".

El punto 2.1.2 de la correspondiente Resolución Miscelánea de Comercio Exterior ("Resolución Miscelánea") señala:

> "Para los efectos del artículo 9o. de la Ley, *las personas* que al ingresar o salir del país lleven consigo cantidades en efectivo, en cheques nacionales o extranjeros, órdenes de pago o cualquier otro documento por cobrar o una

combinación de ellos, superiores al equivalente en la moneda o monedas de que se trate a 10 000 dólares, *están obligados a declararlas* en los formatos oficiales que forman parte del Anexo 1 de la presente Resolución, denominados '*Declaración de Aduana*' y 'Declaración de Dinero Salida de Pasajeros' Dichas declaraciones se deberán entregar en la aduana de entrada o salida según corresponda.

Tratándose de *empresas de transporte internacional de traslado y custodia de valores y las de mensajería y paquetería*, que internen o extraigan del territorio nacional, cantidades en efectivo o cualquiera de los documentos referidos en el párrafo anterior o una combinación de ellos, que les hubieren manifestado las personas a las que presten el servicio de traslado y custodia de valores o de mensajería y paquetería, *deberán declarar* las cantidades que trasladen en cada operación, utilizando el formato denominado 'Declaración de Internación o Extracción de Cantidades en Efectivo o Documentos Efectuada por Empresas de Transporte Internacional de Traslado y Custodia de Valores o Empresas de Mensajería' que forme parte del Apartado A del Anexo 1 de la presente Resolución, al que deberán anexar copia de la documentación en la que conste la manifestación de dichas cantidades por parte del solicitante del servicio de traslado.

La persona que utilice los servicios de empresas de mensajería o paquetería, deberá asentar la manifestación de las cantidades que envíe, a que se refiere el párrafo anterior, en el documento de embarque o guía aérea de que se trate".

El punto 2.1.3 de la citada Resolución Miscelánea indica:

"Para los efectos de lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 9o. de la Ley, *la obligación de declarar* a las autoridades aduaneras el ingreso o salida del territorio nacional de cantidades en efectivo, cheques nacionales o extranjeros, órdenes de pago o cualquier otro documento por cobrar o una combinación de ellos, *es aplicable a toda persona física que actúe por cuenta propia, a los representantes legales o mandatarios de personas físicas o morales nacionales o extranjeras, a los funcionarios y empleados de organizaciones internacionales y a los empleados de las empresas de mensajería que lleven consigo las cantidades que para tales efectos la Ley señala que deben declararse.*

Tratándose de *otros documentos por cobrar*, se entenderán los títulos de crédito o títulos valor regulados en los Capítulos I a VI del Título Primero de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, los documentos extranjeros que deban pagarse en México regulados por las disposiciones previstas en el Capítulo VII, del Título Primero de dicha Ley y los demás documentos por cobrar que señale cualquier otro ordenamiento legal aplicable".

Asimismo, se prevé que "Cometen las *infracciones* relacionadas con las obligaciones de presentar documentación y declaraciones, quienes:

"*Omitan declarar en la aduana* de entrada al país o en la de salida, que llevan consigo cantidades en efectivo, en cheques nacionales o extranjeros, órdenes de pago o cualquier otro documento por cobrar o una combinación de ellos, superiores al equivalente en la moneda o monedas de que se trate a diez mil dólares de los Estados Unidos de América" (artículo 184, fracción VIII, de la Ley Aduanera).

"*Omitan manifestar a las empresas de transporte internacional de traslado y custodia de valores o a las empresas de mensajería*, que utilicen para internar o extraer del territorio nacional las cantidades que envíen en efectivo, en cheques nacionales o extranjeros, órdenes de pago o cualquier otro documento por cobrar o una combinación de ellos, superiores al equivalente en la moneda o monedas de que se trate a diez mil dólares de los Estados Unidos de América" (artículo 184, fracción XV, de la Ley Aduanera).

"*Omitan declarar a las autoridades aduaneras*, las cantidades en efectivo, en cheques nacionales o extranjeros, órdenes de pago o cualquier otro documento por cobrar o una combinación de ellos, que las personas que utilizan sus servicios les hayan manifestado en los términos del segundo párrafo del artículo 9o. de esta Ley" (artículo 184, fracción XVI, de la Ley Aduanera).

Finalmente la fracción VII del artículo 185 de la Ley Aduanera establece: "Se aplicarán las siguientes *multas* a quienes cometan las infracciones relacionadas con las obligaciones de presentar documentación y declaraciones previstas en el artículo 184 de esta Ley:

"Multa equivalente de 20% a 40% de la cantidad que exceda al equivalente en la moneda o monedas de que se trate a diez mil dólares de los Estados Unidos de América a las infracciones establecidas en las fracciones VIII, XV y XVI".

Por otra parte, en el último párrafo de su artículo 105 prevé el *delito de contrabando equiparado*, estableciendo al efecto:

> "La persona que *no declare* en la aduana a la entrada al país o a la salida del mismo, que lleve consigo cantidades en efectivo o en cheques nacionales o extranjeros, órdenes de pago o cualquier otro documento por cobrar o una combinación de ellos, superiores al *equivalente en la moneda o monedas de que se trate a treinta mil dólares de los Estados Unidos de América* se le sancionará con pena de prisión de tres meses a seis años. En caso de que se dicte sentencia condenatoria por autoridad competente respecto de la comisión del delito a que se refiere este párrafo, el excedente de la cantidad antes mencionada pasará a ser propiedad del fisco federal, excepto que la persona de que se trate demuestre el origen lícito de dichos recursos".

De cualquier manera es de destacarse que por un lado, en ambos formatos de la *Declaración Aduanal* en comento y en la *Ley Aduanera* se sanciona la correspondiente infracción, haciéndose referencia a la falta de declaración de *"diez mil" dólares de los EUA*, mientras que por otro lado, en el *Código Fiscal de la Federación* se tipifica el delito de contrabando equiparado en relación a la falta de declaración de *"treinta mil" dólares de los EUA*.

i) Advirtiéndose que no se debería imponer la sanción administrativa de la Ley Aduanera y la sanción penal del Código Fiscal de la Federación, so pena de violar lo dispuesto por la parte segunda del artículo 23 constitucional (principio *non bis in idem*), en cuanto a que "Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito".
ii) Si una persona omite declarar en la aduana a la entrada al país o a la salida del mismo, que lleva consigo cantidades en efectivo o en cheques nacionales o extranjeros, órdenes de pago o cualquier otro documento por cobrar o una combinación de ellos:

   a. *Inferiores* al equivalente en la moneda o monedas de que se trate a *diez mil dólares de los Estados Unidos de América, no se le impondrá pena alguna*; por ejemplo si trae consigo $9 999 dólares EUA;
   b. *Superiores* al equivalente en la moneda o monedas de que se trate a *diez mil dólares de los Estados Unidos de América*, habrá que distinguir:

400282

   i. Si el monto *no es superior a los treinta mil dólares de los Estados Unidos de América, solamente podría proceder la sanción administrativa*; por ejemplo si trae consigo $29 999 dólares EUA;
   ii. Si el monto *es superior a los treinta mil dólares de los Estados Unidos de América, podría proceder la sanción administrativa o la penal*, pero técnicamente no con ambas; por ejemplo si trae consigo $31 000 dólares EUA.

   En este caso la cuestión reside en la determinación de la sanción aplicable; estimamos que no se trata de un tema de montos, sino de elementos de adecuación de la conducta ilícita, y en su caso de cierta discrecionalidad de la autoridad, pues ante la omisión de declaración de $1 000 000 de dólares pudiera imponerse la sanción administrativa prevista en la Ley Aduanera, y ante la omisión de declaración de $100 000 dólares pudiera imponerse la sanción penal prevista en el Código Fiscal de la Federación.

Nótese que la citada Declaración Aduanal mexicana encuentra semejanza con la *Customs Form* del *Department of the Treasury of the United States Customs Service* (en adelante la "*Customs Declaration*") en cuanto al dólar estadounidense como referente monetario, preguntándosele al correspondiente viajero o encargado de familia que arribe a los Estados Unidos de América para que indique si lleva divisas o instrumentos monetarios por *valor superior a $10 000 dólares de los EUA o su equivalente en moneda extranjera* (*Each arriving traveler or responsable family member must indicate if is "...carrying currency or monetary instruments over $10 000 U.S. or forgein equivalent*").

La *Customs Declaration* también indica que *el transportar divisas o instrumentos monetarios, es legal; sin embargo igualmente advierte que la falta de dicha declaración o la declaración falsa podría dar lugar a sanciones civiles y penales*.

En efecto, dicha *Customs Declaration* señala que transportar divisas o instrumentos monetarios es lícito, independientemente de su valor. Sin embargo, si se ingresan o sacan *más de $10 000 dólares o*

su equivalencia en moneda extranjera o una combinación de las dos cosas, la ley exige presentar un *informe* al Servicio de Aduanas de los Estados Unidos de América.[23] Los "*instrumentos monetarios*" incluyen monedas, dinero en efectivo, cheques de viajero e instrumentos al portador, tales como cheques personales y de gerencia, acciones y bonos. Indicándose que si se hace que otra persona transporte las divisas o el instrumento monetario, también se está obligado a presentar un informe. Manifestando que la no presentación del informe exigido o si no se informa el valor total transportado podría dar lugar al decomiso de la totalidad de las divisas o instrumentos monetarios y podría exponerlo a sanciones civiles y a un proceso penal. Requiriendo la firma de la correspondiente fidedigna declaración.[24]

Así la *Customs Declaration* norteamericana también da un caluroso recibimiento, indicando textualmente: "*El Servicio de Aduanas de los EE.UU. le extiende una cordial bienvenida a los Estados Unidos*".[25]

Observándose que la *Customs Declaration* menciona: "He leído la información importante…y he rendido una declaración fidedigna".[26]

III. Cuestionamiento

El cuestionamiento que nos ocupa radica en el hecho de que el formato A y B de la citada Declaración Aduanal, la Ley Aduanera, así como el Código Fiscal de la Federación hacen una *controvertida referencia a los dólares de los Estados Unidos de América y no a los pesos mexicanos, para la regulación de los pasajeros que ingresen a*

[23] "*The transportation of currency instruments, regardless of the amount, is legal. However, if you bring in or take out of the United States more than $10 000 (U.S. or foreign equivalent, or a combination of both), you are required by law to file a report…*".

[24] "*Monetary instruments include coin, currency, travelers checks and stocks and bonds. If you have someone else carrying the currency or monetary instrument for you, you must also file a report… Failure to file the required report or failure to report the total amount that you are carrying may lead to seizure of all the currency or monetary instruments, and may subject you to civil penalties and/or criminal prosecution*".

[25] "*The U.S. Customs Service Welcomes You to the United States*".

[26] "*I have read the important information…and have made a truthful declaration*".

México del extranjero, respecto del dinero o valores, así como para el equipaje y franquicia que puedan ingresar a nuestro país.

i) En este sentido, en el *formato A* de la Declaración Aduanal se le pregunta al correspondiente pasajero si trae consigo cantidades en efectivo, cheques y cualquier otro documento por cobrar que sumados excedan el equivalente a *10 mil dólares de los Estados Unidos de América*, y no a un monto en pesos mexicanos, ni a su equivalente en moneda nacional o extranjera.

ii) Por su parte en el recién expedido *formato B* de la Declaración Aduanal se le pregunta al correspondiente pasajero si trae consigo cantidades en efectivo, cheques, cheques de viajero y/o cualquier otro instrumento monetario que sumados excedan los *10 000 dólares de los Estados Unidos de América*, y si bien no se refiere a un monto en pesos mexicanos, ahora se agrega al equivalente de los citados 10 000 dólares en moneda nacional o extranjera.

iii) Asimismo en el *formato B* de la Declaración Aduanal pide al pasajero, que en caso de que haya respondido que 'sí' trae consigo cantidades en efectivo, cheques, cheques de viajero y/o cualquier otro instrumento monetario que sumados excedan los *10 000 dólares de los Estados Unidos de América (dólares) o su equivalente en moneda nacional o extranjera*, declare la cantidad total en dólares, $_____. Omitiendo mencionar que también puede declarar dicha cantidad total en *su equivalente en moneda nacional o extranjera*, $_____. De tal suerte que se le requiere al pasajero llenar la citada declaración respecto de dólares norteamericanos, moneda que no es la del curso legal en México.

iv) Por su parte, en el *formato A* de la Declaración Aduanal, la regulación de la franquicia libre de impuestos se hace conforme al *dólar de los Estados Unidos de América*, al indicar que es de *50 dólares* dentro de la franja o región fronteriza y de *300 dólares* fuera de ella.

v) Mientras que, en el *formato B* de la Declaración Aduanal, la regulación de la franquicia libre de impuestos también se hace conforme al dólar de los Estados Unidos de América, con una fórmula diferente, al indicar que es de *50 dólares* cuando su

arribo sea por vía terrestre, y de *300 dólares* cuando su arribo sea por vía marítima o aérea, sin embargo solamente para este último caso de 300 dólares se agrega o su equivalente en moneda nacional o extranjera.

vi) En este sentido, en todo caso, la *regulación del equipaje y de las franquicias de importación* se hace con referencia a dólares estadounidenses.

vii) Asimismo, la *Ley Aduanera* se refiere a la obligación consistente en que toda persona que ingrese al territorio nacional o salga del mismo y lleve consigo cantidades en efectivo, en cheques nacionales o extranjeros, órdenes de pago o cualquier otro documento por cobrar o una combinación de ellos, superiores al equivalente en la moneda o monedas de que se trate, a *diez mil dólares de los Estados Unidos de América*, deberá declararla a las autoridades aduaneras (en las formas oficiales aprobadas por el Servicio de Administración Tributaria), en términos del artículo 9o., párrafo primero.

Asimismo, la *Ley Aduanera* califica como infracción la omisión de declarar en la aduana de entrada al país o en la de salida, que llevan consigo cantidades en efectivo, en cheques nacionales o extranjeros, órdenes de pago o cualquier otro documento por cobrar o una combinación de ellos, superiores al equivalente en la moneda o monedas de que se trate a *diez mil dólares de los Estados Unidos de América*, de acuerdo con el artículo 184, fracción VIII.

Igualmente, la *Ley Aduanera* sanciona con multa de 20% a 40% de la cantidad que exceda al equivalente en la moneda o monedas de que se trate a *diez mil dólares de los Estados Unidos de América*, conforme al artículo 185, fracción VII.

viii) Por su parte, el *artículo 105 último párrafo del Código Fiscal de la Federación* sanciona con pena de prisión de tres meses a seis años, a la persona que no declare en la aduana a la entrada al país o a la salida del mismo, que lleve consigo cantidades en efectivo o en cheques nacionales o extranjeros, órdenes de pago o cualquier otro documento por cobrar o una combinación de ellos, superiores al equivalente en la moneda o monedas de que se trate a *treinta mil dólares de los Estados Unidos de América*. Sin indicar en momento alguno que la referencia a dichos dólares también pudiera ser a su equivalente en moneda nacional o extranjera.

ix) Así las cosas, dichas disposiciones en vez de hacer referencia al peso mexicano como moneda de curso legal, parecen hacer referencia a la *divisa del dólar* de los Estados Unidos de América como tal.[27]

Nos queda claro que el Congreso de la Unión a través de la Ley Aduanera y del Código Fiscal de la Federación, así como el SAT y la correspondiente Aduana por medio de la citada Declaración Aduanal, usan al dólar de los EUA como el referente monetario para tales situaciones por razones prácticas, utilitarias y operativas, precisamente siguiendo una práctica internacional; máxime que se trata de un referente mundial, por tratarse de una moneda sólida y estable, por supuesto con una menor fluctuación que el peso mexicano;[28] aunado a que el mayor porcentaje de los viajes que llegan a México procedentes del extranjero son de los EUA; todo lo cual en términos generales pudiera estimarse beneficioso, indudablemente *facilitando el comercio exterior y la administración aduanal*, tanto para las correspondientes autoridades, como para los respectivos importadores y exportadores.

Mi querido maestro, don Ramón Sánchez Medal, ya alertaba de la *tendencia en México a la "dolarización"*, esto es a la conversión de las obligaciones de suma a plazo en obligaciones de moneda extranjera,[29] pero ello para el caso de operaciones entre particulares, como

[27] Para los efectos de la Ley del Banco de México, el término "divisa" comprende, entre otros, los billetes y monedas metálicas extranjeros, títulos de crédito y toda clase de documentos de crédito, sobre el exterior y denominados en moneda extranjera, así como en general, los medios internacionales de pago.

[28] En efecto, el "valor de cambio" y el "valor intrínseco" del peso mexicano es notoriamente inferior al del dólar norteamericano; y al respecto Sánchez Medal, *De los contratos civiles*, *op. cit.*, pp. 87-89, indica que "Infortunadamente, esta necesaria coordinación o armonía entre el monto del circulante monetario y el volumen de los bienes y servicios que mediante él van a intercambiarse no se ha mantenido siempre en nuestro país...", lo que ha dado lugar a las conocidas crisis de infame memoria.

[29] Sánchez Medal, *De los contratos civiles*, *op. cit.*, p. 101.

lo pudieran constituir préstamos,[30] mutuos,[31] precio de compraventas,[32] renta de arrendamientos,[33] letras de cambio,[34] pagarés,[35] etcétera, no para el caso de obligaciones para con el Estado, donde es más que claro que "...la moneda extranjera no tiene circulación legal, o sea que carece de *curso legal*...".[36/37]

Asimismo Sánchez Medal hacía referencia a la *tendencia a la "indexación de las leyes"*, como una forma de alejarse del nominalismo monetario, huyendo de la moneda nacional como parámetro de cambio, utilizándola solo como instrumento de pago, por ejemplo en casos como en los cuales se hace referencia a determinado monto de salarios mínimos para la imposición de sanciones, como sucede entre otros ordenamientos, con el Código Penal Federal, con las sanciones pecuniarias de "días multa".[38]

De cualquier manera el artículo 20 del Código Fiscal de la Federación es claro en el sentido de que: "Las contribuciones y sus accesorios se causarán y pagarán en moneda nacional", y la actualización que corresponda también se haría en moneda nacional.[39]

[30] Art. 2389 del Código Civil Federal.

[31] Art. 359 del Código de Comercio.

[32] Tesis con número de registro 914 389 del CD Rom de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN).

[33] Jurisprudencias con número de registro 239 848 y 239 851 del CD Rom de la SCJN.

[34] Jurisprudencias con número de registro 818 110 y 913 211 del CD Rom de la SCJN.

[35] Tesis con número de registro 240 639 del CD Rom de la SCJN.

[36] *Idem*.

[37] A mayor abundamiento respecto de la naturaleza de las leyes monetarias, la Tesis con número de registro 358 583 del CD Rom de la SCJN, señala: "Una de las facultades constitucionales del Estado, es reglamentar las funciones monetarias del mismo, de tal manera que los principios adoptados en esta materia son de observancia general, toda vez que a nadie se le oculta la trascendencia que en la vida de una nación tiene el régimen monetario que se adopte...".

[38] Sánchez Medal, *De los contratos civiles*, *op. cit.*, pp. 89-101. Así las cosas, el párrafo segundo del artículo 29 del Código Penal Federal establece: "La multa consiste en el pago de una cantidad de dinero al Estado, que se fijará por días multa... El día multa equivale a la percepción neta diaria del sentenciado en el momento de consumar el delito, tomando en cuenta todos sus ingresos".

[39] "Las cantidades en moneda nacional que se establezcan en este Código se actualizarán en el mes de enero y julio de cada año..." (artículo 17-B del Código Fiscal de la Federación). Lo cual se corrobora con la tesis con número de registro 181 132, del CD Rom de la SCJN.

Lo dicho lleva a cuestionar si las razones prácticas y utilitarias, o si la tendencia a la dolarización o a la indexación representan una justificación válida y suficiente para que nuestras autoridades operen como se ha indicado.

Así las cosas las autoridades mexicanas estiman que los pasajeros que ingresen a México del extranjero, tienen un mejor referente con el "dólar de los Estados Unidos de América" que con el "peso mexicano", respecto del dinero o valores, así como del equipaje y de la franquicia que puedan ingresar a nuestro país.

Pues bien, no debe perderse de vista que si bien dicha práctica pudiera estar justificada en materia administrativa, aduanal y fiscal, ello es discutible en materia penal; pues de acuerdo con el *principio de legalidad* y concretamente al de *reserva de la ley* y al de *lex scripta*, las normas penales deben estar previstas en leyes *en sentido formal y material*, debiendo ser expedidas por el Poder Legislativo, siendo un monopolio del parlamento el definir conductas constitutivas de delito y disponer la aplicación de penas para ello, con lo cual se cumple con el apotegma *nullum crimen sine lege, nullum poena sine lege*. Quedando excluidas como fuente de delitos y penas los reglamentos y las normas reglamentarias emanadas del Poder Ejecutivo o de cualquier organismo autónomo como lo pudiera ser el Banco de México.[40]

Al efecto, es de destacarse que precisamente el *párrafo tercero del artículo 14 de la Constitución Federal*, catalogado por don Ignacio Burgoa dentro de las "garantías de seguridad", prevé dicho principio de legalidad en materia penal y de reserva de la ley,[41] estableciendo:

> "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 que se trata".

[40] Nótese que como organismos autónomos también se encuentran el Instituto Federal Electoral (art. 41, fracción III, párrafo primero constitucional), la Comisión Nacional de Derechos Humanos (art. 102, apartado B, párrafo cuarto constitucional) y las universidades e instituciones de educación superior autónomas por ley (art. 3, fracción VII constitucional). Lo cual se corrobora de la tesis aislada identificada con el número de registro 922 785, de la Tercera Época, Instancia Sala Superior, Apéndice actualización 2002, t. VIII, P.R. Electoral, Tesis 166, p. 194.

[41] *Cfr*. Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las garantías individuales*, 25a. ed., Porrúa, México, 1993, pp. 505, 574-579; y, Castro, Juventino V., *Garantías y amparo*, 8a. ed., Porrúa, México, 1994, pp. 217, 219, 240-242.

Mientras que el artículo 1o. del Código Penal para el Distrito Federal prescribe lo siguiente:

> "A nadie se le impondrá una pena o medida de seguridad, sino por la realización de una acción u omisión *expresamente prevista como delito en una ley* vigente al tiempo de su realización, siempre y cuando concurran los presupuestos que para cada una de ellas señale la ley y la pena o la medida de seguridad se encuentren igualmente establecidas en ésta".

Como bien dice el catedrático Berdugo: "la atribución exclusiva al legislador de la facultad de establecer delitos y disponer la aplicación de penas por la comisión de los mismos constituye desde la Revolución Francesa la piedra angular del derecho penal moderno"; se trata del "principio de reserva absoluta de la ley".[42] En el mismo sentido Burgoa indica que la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal "...implica el tradicional principio de legalidad que se enuncia *nulla poena, nullum delictum sine lege*. Este postulado establece la bifurcación de la legalidad sobre dos elementos: los delitos y las penas. A virtud de él, por consiguiente, un hecho cualquiera, que no éste reputado por la ley en su sentido material como delito, no será delictuoso, o sea, susceptible de engendrar una penalidad para el que lo comete".[43] En el mismo orden de ideas, Juventino V. Castro indica que dicha disposición constitucional implica una referencia al "...principio universal del derecho penal que se enuncia como: *nullum crimen nulla poena sine lege*...que...prohíbe la creación *extra legem* de delitos y penas por parte del juzgador",[44] y por supuesto no sólo del juez, sino de cualquier autoridad distinta de la legislativa.

Asimismo el principio de legalidad se manifiesta a través del *principio de determinación, de certeza o de taxatividad* (*lex praevia*, *lex scripta* y *lex stricta*), por virtud del cual las normas penales: *i)* deben

[42] Berdugo, *Lecciones de derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 43, 45-46, 48. Implica el monopolio del parlamento para definir las conductas constitutivas de delito y disponer la aplicación de penas con exclusión de la utilización de otras disposiciones legales de inferior rango.

[43] Burgoa, *Las garantías individuales*, *op. cit.*, p. 574.

[44] Castro, *Garantías y amparo*, *op. cit.*, p. 241.

de existir con anterioridad a la conducta sancionada, prohibiéndose la retroactividad en perjuicio y la interpretación extensiva o analógica *in malam partem*; *ii)* deben de ser claras y precisas; *iii)* debiendo contener el mandato de determinación, por virtud del cual la ley penal establezca y determine de forma suficientemente diferenciada la conducta punible de que se trate; *iv)* y en caso de tratarse de "normas penales en blanco", la remisión debe ser a una ley *en sentido formal y material*.[45]

Así las cosas, estamos en presencia de una *ley en sentido formal* cuando emana del Poder Legislativo, esto es del Parlamento, y *en sentido material* cuando se trata de normas generales, abstractas e impersonales;[46] luego entonces no estamos en presencia de una ley *en sentido formal* cuando no emana del Poder Legislativo, como sucedería, por ejemplo, si procede del Poder Ejecutivo o de un organismo autónomo; y no estamos en presencia de una ley *en sentido material* cuando se trata de una ley privativa.

En este sentido, Berdugo confirma que la técnica de las *leyes penales en blanco*, que remiten a normas de rango inferior a la ley para expresar el supuesto de hecho punible, por ejemplo a un reglamento, plantea un problema, pues afecta el mandato de la reserva de la ley

[45] *Cfr.* Mir Puig, *Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 110-113 y 116; Berdugo, *Lecciones de derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 43-52; y, Zúñiga, *Política criminal*, *op. cit.*, pp. 181-182.

[46] Véase Burgoa, *Las garantías individuales*, *op. cit.*, pp. 281-286; Castro, *Garantías y amparo*, *op. cit.*, pp. 190-191 y 313-318; Padilla, José R., *Sinopsis de amparo*, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1990, p. 237; Góngora Pimentel, Genaro, *Introducción al estudio del juicio de amparo*, 5a. ed., Porrúa, México, 1995, pp. 25-43, 83-92; García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 43a. ed., Porrúa, México, 1992, pp. 3 y ss., 52-61; e Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, t. III, 6a. ed., Porrúa y UNAM, México, 1993, pp. 1963-1964, este último indica que la ley *en sentido formal* es aquella que independientemente de su contenido, ha sido creada por el órgano legislativo del Estado, ajustándose al procedimiento de legislación; mientras que la ley *en sentido material* es la norma jurídica general y abstracta, sin importar el órgano que la expide ni su modo de creación. En este sentido la tesis aislada identificada con el número de registro 232 948, de la séptima época, Instancia Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, vol. 72, Primera Parte, p. 13, establece: "De acuerdo con la Constitución federal, los actos del Congreso en que se contienen disposiciones generales tienen el carácter de leyes *en sentido formal y material*; los reglamentos que expida el Ejecutivo, en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 89, fracción I, de la Carta Fundamental, son leyes *en sentido material*".

y puede afectar el mandato de determinación, en la definición de lo punible por delegar en instancias administrativas parte de la tarea legislativa.[47] Asimismo Mir Puig estima de "discutible constitucionalidad" las leyes penales en blanco que remiten a normas de rango inferior de la ley.[48] Igualmente Zúñiga considera que de acuerdo con el principio de la ley escrita requiere de la "reserva absoluta de la ley" derivada del Parlamento.[49]

En el mismo sentido Mir Puig indica que con la exigencia de una *ley scripta* la norma escrita debe ser la fuente de los delitos y de las penas; siendo "...preciso que tenga *rango de ley* emanada del Poder Legislativo, como representación del pueblo". "Quedando excluidas como fuente de delitos y penas las normas reglamentarias emanadas del Poder Ejecutivo como decretos, órdenes ministeriales, etc.",[50] y en el mismo orden de ideas, nos permitimos agregar que también quedan excluidas como fuente de delitos y penas si provienen de organismos autónomos.

En cuanto a la acreditación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad[51] del *delito de contrabando equiparado* previsto en el último párrafo del artículo 105 del Código Fiscal de la Federación:

i) El "*sujeto activo*" es la persona pasajera que ingresa a México procedente del extranjero.

ii) El "*sujeto pasivo*" es el Estado mexicano, y concretamente el fisco federal.

iii) La "*conducta típica*" la constituye el que dicho sujeto activo no declare: a) en la aduana a la entrada al país, o b) a la salida del mismo, que lleve consigo cantidades en efectivo o en cheques nacionales o extranjeros, órdenes de pago o cualquier otro documento por cobrar o una combinación de ellos, superiores al equivalente en la moneda o monedas de que se trate a *treinta mil dólares de los Estados Unidos de América*.

[47] Berdugo, *Lecciones de derecho penal...*, *op. cit.*, p. 48.
[48] Mir Puig, *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 116.
[49] Zúñiga, *Política criminal*, *op. cit.*, pp. 181-182.
[50] Mir Puig, *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 112.
[51] Véase art. 168 del Código Federal de Procedimientos Penales.

iv) Se trata de un "*delito de omisión*"[52] que solamente permite su "*comisión dolosa*".[53]

v) El "*objeto del delito*" lo constituye la cantidad de valor superior a *treinta mil dólares de los Estados Unidos de América*, en efectivo y en cheques nacionales y extranjeros, órdenes de pago y cualquier otro documento por cobrar.

vi) Los "*elementos normativos*" lo son:

a. La aduana mexicana;
b. México como país;
c. El efectivo como dinerario;
d. Las órdenes de pago o cualquier otro documento por cobrar, como lo serían letras de cambio, pagarés, cheques obligaciones, certificados de depósito y bonos de prenda, así como los documentos extranjeros que deban pagarse en México (ello en términos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito);[54]

[52] Arts. 7, párrafo primero y 8o. del Código Penal Federal.
[53] Arts. 8o. y 9o., párrafo primero del Código Penal Federal.
[54] Asimismo de acuerdo con la referida Resolución Miscelánea, los "otros documentos por cobrar" (cualquier otro documento por cobrar) equivale a los títulos de crédito o títulos valor regulados en los Capítulos I a VI del Título Primero de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; entendiendo por "títulos de crédito" los documentos necesarios para ejercitar el derecho literal que en ellos se consigna (cap. I, art. 5o.). Así se incluyen como "documentos por cobrar": las letras de cambio (cap. II), pagarés (cap. III), cheques (cap. IV), obligaciones (cap. V), certificados de participación (cap. V bis), certificados de depósito y bonos de prenda (cap. VI), así como los documentos extranjeros que deban pagarse en México regulados por las disposiciones previstas en el capítulo VII del Título Primero de dicha Ley. De acuerdo con el artículo 6o. de la citada Ley, no considera como títulos de crédito los boletos, contraseñas, fichas u otros documentos que no estén destinados a circular y sirvan exclusivamente para identificar a quien tiene derecho a exigir la prestación que en ellos se consigna.

¿Las acciones de una sociedad anónima cuyo valor sea superior a diez mil dólares de los Estados Unidos de América, incluso a treinta mil dólares, deberían o no de ser declaradas en la aduana a la entrada o a la salida del país? ¿Haría alguna diferencia que las acciones sean de una empresa mexicana o de una extranjera? Para lo cual habría que tomar en cuenta, entre otras cosas, que: *i)* ni la Ley Aduanera, ni la correspondiente Resolución Miscelánea, ni el Código Fiscal de la Federación hacen expresa referencia a las acciones de empresas; *ii)* la Resolución Miscelánea habla de "cualquier otro instrumento monetario" además de cantidades en efectivo, cheques o cheques de viajero; *iii)* mientras que la Ley Aduanera y el Código Fiscal de la Federación hacen mención a "...órdenes de

e. La moneda o monedas de que se trate como el tipo de capital;
f. El valor superior al equivalente en la moneda o monedas de que se trate a *treinta mil dólares de los Estados Unidos de América*, como el referente cambiario, establecido de acuerdo con las Disposiciones Aplicables a la Determinación del Tipo de Cambio para Solventar Obligaciones Denominadas en Moneda Extranjera Pagaderas en la República Mexicana, expedidas por el Banco de México.

vii) El "*bien jurídico tutelado*" lo es el patrimonio del Estado.
viii) La "*sanción*" es:

a. La pena de prisión de tres meses a seis años; y,
b. El decomiso del excedente de la cantidad antes mencionada respecto de la cual el sujeto activo no acredite el origen lícito de dichos recursos.

Así las cosas, *para la "determinación del tipo de cambio del dólar de los Estados Unidos de América" habrá que hacer una remisión a las Disposiciones Aplicables a la Determinación del Tipo de Cambio para Solventar Obligaciones Denominadas en Moneda Extranjera Pagaderas en la República Mexicana*, expedidas por el Banco de México, operando lo que en derecho penal se conoce como "leyes penales en blanco". Sin embargo no debe perderse de vista que de acuerdo con el párrafo sexto del artículo 28 de la Constitución general y el artículo 1o. de la Ley del Banco de México, precisamente *el Banco Central de México es una persona de derecho público con carácter autónomo, por lo que no forma parte del Poder Legislativo, y por tanto las disposiciones que expide no se les puede dar el carác-*

pago o de cualquier otro documento por cobrar", además de las cantidades en efectivo, los cheques nacionales o extranjeros (arts. 9o. p. 1 LA y 105 ult. p. CFF); *iv)* el artículo 111 de la Ley General de Sociedades Mercantiles establece que "Las acciones en que se divide el capital social de una sociedad anónima estarán representadas por títulos nominativos que servirán para acreditar y transmitir la calidad y los derechos de socio, y se regirán por las disposiciones relativas a los valores literales, en lo que sea compatible con su naturaleza y no sea modificado por la presente Ley."; y que, *v)* la materia fiscal y la penal son de interpretación estricta (art. 5, p. 1, CFF y principio de legalidad).

ter de leyes en sentido formal y material; luego entonces se pone en tela de juicio la constitucionalidad del tipo penal en comento.

Definitivamente la citada remisión se hace a un ordenamiento de rango inferior a la ley, para expresar el supuesto de hecho punible, consistente en el objeto del delito y en el elemento normativo justamente como parte del elemento objetivo del tipo penal, referente al tipo de cambio relacionado con los dólares de los EUA de que se traten; el tema es, si al afectarse el principio de reserva de la ley, se afecta o no el mandato de determinación en la definición de lo punible, precisamente por delegar en el Banco de México como organismo autónomo parte de la tarea legislativa.

No se desconoce que tal práctica se utilice en el ámbito penal, como sucede en materia penal-ambiental, sin embargo la constatación de cierta práctica no es de suyo algo técnico.

Por otro lado de acuerdo con el *principio de presunción de inocencia*, toda persona es inocente hasta que no se demuestre lo contrario, por lo cual la carga de la prueba del delito de que se trate recae en la parte acusadora,[55] sin que sea lícita la *reversión de la carga de la prueba*, pues ello implicaría la aplicación del principio inverso, esto es que la persona sea culpable hasta que no demuestre su inocencia.[56]

Nótese que el formato B de la Declaración Aduanal, y el Código Fiscal de la Federación, así como la *Customs Declaration* hacen referencia a la figura del embargo y decomiso (*seizure*).

En efecto, por un lado, el formato B de la Declaración Aduanal indica que la omisión de la declaración del monto total del dinero o

[55] Fernández López, Mercedes, *Prueba y presunción de inocencia*, Iustel, Madrid, 2005, pp. 105 y ss.; Montero Aroca, Juan, Juan Luis Gómez Colomer, Alberto Montón Redondo, Silvia Barona Vilar, *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*, 12a. ed., Tirant Lo Blanch, Madrid, 2004, pp. 32, 36-37, 290-291 y ss.; Armenta Deu, Teresa, *Principio acusatorio y derecho penal*, Bosch, 1995, España, pp. 15 y 67; Hassemer, Winfried, *Crítica al derecho penal de hoy*, trad. de Patricia S. Ziffer, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1998, p. 81; y Berdugo, *Lecciones de derecho penal...*, p. 328.

[56] Cuestión de dudosa constitucionalidad que también se presenta en el tipo penal del enriquecimiento ilícito previsto en el artículo 224, párrafo primero del Código Penal Federal: "Existe enriquecimiento ilícito cuando el servidor público no pudiere acreditar el legítimo aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes a su nombre o de aquéllos respecto de los cuales se conduzca como dueño".

instrumentos monetarios transportados, puede conducir al "*embargo*" de cantidades en efectivo o instrumentos monetarios.[57]

Asimismo, de acuerdo con el Código Fiscal de la Federación, para el caso de que el juez penal dicte una sentencia condenatoria respecto de la comisión del delito previsto en el último párrafo de su artículo 105, *el excedente de la cantidad de 10 000 dólares de los EUA, respecto de la cual la persona de que se trata no demuestre el origen lícito de dichos recursos, será decomisada, pasando a ser propiedad del fisco federal*.

Mientras que por otro lado, de acuerdo con la *Customs Declaration*, la no presentación del informe exigido o la falta de información sobre el valor total transportado podría dar lugar a que, no sólo como en México *el excedente de la cantidad de 10 000 dólares de los EUA sea decomisado, sino que lo sea la totalidad de las divisas o instrumentos monetarios*.

En otro orden de ideas, de conformidad con el *principio non bis in idem*, nadie puede ser juzgado ni sancionado dos veces por la misma conducta. En este sentido, el artículo 23 de la Constitución federal establece: "Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene".

Burgoa considera a dicha garantía dentro del rubro de las de seguridad jurídica.[58] Berdugo indica que el principio *ne bis in idem* significa que "...se prohíbe castigar más de una vez a la misma persona por el mismo hecho. El principio rechaza que un mismo hecho pueda dar lugar a más de una pena o a la aplicación de una agravante ya tomada en consideración en el delito básico, o a una sanción penal acompañada de sanción administrativa".[59] Por su parte de acuerdo con el principio *non bis in idem* Mir Puig cataloga como un problema la coexistencia de sanciones penales y administrativas en el ordenamiento jurídico.[60] Mientras que Zúñiga indica: "Es verdad que las

[57] Además de la posible imposición de sanciones administrativas y penales.

[58] *Cfr.* Burgoa, *Las garantías individuales*, *op. cit.*, p. 667.

[59] Berdugo, *Lecciones de derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 52-54. "Lo que el principio proscribe es la duplicidad de sanciones para un mismo *sujeto*, por un mismo *hecho* y por sanciones que tengan un mismo *fundamento*, o dicho de otro modo, que tutelen un mismo bien jurídico".

[60] Mir Puig, *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 49.

funciones de intervención en los diferentes ámbitos de la vida social del Estado social y la necesidad de reglar las diversas esferas sociales y económicas en la nueva sociedad ha ampliado sobremanera su intervención con la proliferación de infracciones penales y administrativas, en claro proceso de repliegue del principio de intervención mínima".[61] Lo cual Silva Sánchez denomina como una manifestación del "proceso de administrativización del derecho penal".[62]

En la especie, el formato A de la Declaración Aduanal señala que la falta de declaración de los citados valores en exceso del equivalente a 10 mil dólares de los EUA es un delito. Mientras que el formato B de la Declaración Aduanal indica que la omisión de la declaración del monto total del dinero o instrumentos monetarios transportados, "...puede ser objeto de sanciones administrativas y penales".[63] Al igual que la *Customs Declaration* que indica que la no presentación del informe exigido o si no se informa el valor total transportado podría dar lugar a la imposición de sanciones civiles y penales.[64] De tal manera que:

i) La "*sanción civil*" sería la *multa* equivalente de 20% a 40% de la cantidad que exceda al equivalente en la moneda o monedas de que se trate a diez mil dólares de los Estados Unidos de América (artículos 9o., párrafo primero, 184, fracción VIII y 185, fracción VII de la Ley Aduanera); y,
ii) La "*sanción penal*" sería la *pena* de prisión de tres meses a seis años; y el decomiso a favor del fisco federal del excedente de la cantidad ilegal correspondiente a los diez mil dólares de

[61] Zúñiga, *Política criminal*, *op. cit.*, p. 272. "Lo que se ha dado en llamar la 'administrativización del derecho penal' o carácter meramente sancionatorio del derecho penal alejándose de su función mínima de tutela de bienes jurídicos, parece una constante del derecho vigente que empieza a consolidarse, sancionando meras desobediencias o incumplimientos de procesos reglamentarios".

[62] A mayor abundamiento, véase Silva Sánchez, Jesús-María, *La expansión del derecho penal. Aspectos de política criminal en las sociedades posindustriales*, 2a. ed., Civitas, Madrid, 2001, pp. 121-130.

[63] Además de que puede conducir al embargo de dichas cantidades en efectivo o instrumentos monetarios.

[64] "*...may subject you to civil penalties and/or criminal prosecution*". Aunado al posible decomiso de la totalidad de las divisas o instrumentos monetarios de que se traten.

los Estados Unidos de América (artículo 105, último párrafo del Código Fiscal de la Federación).

Sin embargo insistimos en que no estimamos ortodoxa la aplicación simultánea de ambas sanciones, en puridad técnica solamente debiera imponerse una u otra.

El tema de las *empresas de transporte internacional de traslado y custodia de valores, así como las de mensajería y paquetería*, para internar o extraer del territorio nacional las cantidades en efectivo, en cheques nacionales o extranjeros, órdenes de pago o cualquier otro documento por cobrar o una combinación de ellos, superiores al equivalente en la moneda o monedas de que se trate, a diez mil dólares de los Estados Unidos de América, merecería un estudio particular, por lo que ahora basta señalar que se encuentra regulado por los artículos 9o., 184, fracciones XV y XVI, así como 185, VII de la Ley Aduanera, y por los puntos 2.1.2 y 2.1.3 de la mencionada Resolución Miscelánea.

Al respecto se deben distinguir dos sujetos, dos obligaciones y dos sanciones:

i) En efecto, los *sujetos* son:

   a. Por un lado, se encuentra el "*usuario*" o "*cliente*", esto es la persona que utiliza los servicios de las empresas de transporte internacional de traslado y custodia de valores, así como las de mensajería, que internen al territorio nacional o extraigan del mismo, cantidades en efectivo, en cheques nacionales o extranjeros, órdenes de pago o cualquier otro documento por cobrar o una combinación de ellos, superiores al equivalente en la moneda o monedas de que se trate, a diez mil dólares de los Estados Unidos de América (las "empresas"); y,
   b. Por otro lado, están dichas "*empresas*".

ii) Mientras que sus correspondientes *obligaciones* son las siguientes:

   a. *Los usuarios o clientes tienen la obligación de manifestar a dichas empresas las cantidades* en efectivo, en cheques nacionales o extranjeros, órdenes de pago o cualquier otro documento por cobrar o una combinación de ellos, superiores al equivalente en la moneda o monedas de que se trate, a diez mil dólares de los Estados Unidos de América, que envíen por conducto de dichas empresas (artículo 9o., párrafo segundo, así como los artículos 184, fracción XV, *a contrario sensu*, en relación con el artículo 185, fracción VII, de la Ley Aduanera); y,
   b. *Las empresas tienen la obligación de declarar a las autoridades aduaneras*[65] *las cantidades* en efectivo, en cheques nacionales o extranjeros, órdenes de pago o cualquier otro documento por cobrar o una combinación de ellos, superiores al equivalente en la moneda o monedas de que se trate, a diez mil dólares de los Estados Unidos de América, *que los clientes les hayan manifestado* (artículo 9o., párrafo tercero, así como los artículos 184, fracción XVI, *a contrario sensu*, en relación con el artículo 185, fracción VII, de la Ley Aduanera).
   c. En otras palabras, los clientes tienen que manifestar a las empresas la situación del traslado de efectivo y de títulos valor en monto superior a los 10 mil dólares de los EUA, en las correspondientes guías, y las empresas deben hacer lo propio a las autoridades aduaneras, en los formatos establecidos para ello.

iii) Respecto de las *sanciones* tenemos que:

   a. *La omisión de la citada manifestación del cliente a la empresa* es sancionada con multa equivalente de 20% a 40% de la cantidad que exceda al equivalente en la moneda o monedas de que se trate a diez mil dólares de los Estados

[65] Ello en los formatos denominados "Declaración de Internación o Extracción de Cantidades en Efectivo o Documentos Efectuada por Empresas de Transporte Internacional de Traslado y Custodia de Valores o Empresas de Mensajería".

Unidos de América (artículos 185, fracción VII, y 184, XV, de la Ley Aduanera); y,

b. De igual manera es sancionada *la omisión de la citada declaración de la empresa a la autoridad aduanal* (artículos 185, fracción VII, y 184, XVI, de la Ley Aduanera).

iv) Se ha presentado la cuestión de clientes que no han manifestado a la correspondiente empresa de traslado internacional de valores que su respectivo envío contiene cantidades en efectivo, en cheques nacionales o extranjeros, órdenes de pago o cualquier otro documento por cobrar o una combinación de ellos, superiores al equivalente en la moneda o monedas de que se trate, a diez mil dólares de los Estados Unidos de América, y que por consecuencia la empresa no lo manifieste a su vez a la autoridad aduanal.

a. Al respecto estimamos que en dicho caso, el responsable sería el cliente, y no la empresa.
b. El cliente se haría acreedor a la correspondiente sanción. No así la empresa.
c. Ello toda vez que, la obligación de la empresa de declarar a las autoridades aduaneras el extremo en comento se encuentra condicionada/supeditada a que el cliente haga la manifestación correspondiente (es una *conditione sine qua non*); esto es, se trata de una condición, un requisito previo. De tal manera que la omisión de la correspondiente manifestación del cliente a la empresa es una limitante, un obstáculo para la declaración de la empresa a la autoridad.[66]
d. Ello es así con base en los artículos 14 y 16 constitucionales, el artículo 5o. del Código Fiscal de la Federación, el cual establece que las disposiciones fiscales que establecen cargas, infracciones y sanciones para los particulares son de aplicación estricta. Aunado a que en todo caso operaría el principio "nadie está obligado a lo imposible". No se puede declarar lo que se desconoce. Si el cliente omitió dar

[66] Ello independientemente del tema del derecho de inspección.

a conocer a la empresa de mensajería y paquetería el valor del bien trasladado, cuando esté exceda los $10 000 dólares, la empresa se encuentra imposibilitada para cumplir con su correspondiente obligación. Situación diferente sería si el usuario sí hace la manifestación de referencia a la empresa, pero ésta fuera la omisa.

IV. Reflexiones

Finalmente, y sin ánimo de encontrar la cuadratura al círculo, simplemente para la reflexión dejamos el hecho de que independientemente de las bondades que para el comercio exterior represente el hecho de que tanto la Declaración Aduanal, como la Ley Aduanera, la Resolución Miscelánea, y el Código Fiscal de la Federación, tomen como referencia monetaria a los dólares de los Estados Unidos de América, se suscitan las siguientes interrogantes: ¿no resulta cuando menos *inusitado* que la citada Declaración Aduanal mexicana, la Ley Aduanera y el Código Fiscal de la Federación mexicano tomen como referente monetario al dólar de los Estados Unidos de América para la regulación no sólo de franquicias y de equipajes, sino también como un elemento del delito de contrabando equiparado?

¿El correspondiente pasajero mexicano *estará o no obligado a conocer el correspondiente tipo de cambio* contenido en las Disposiciones Aplicables a la Determinación del Tipo de Cambio para Solventar Obligaciones Denominadas en Moneda Extranjera Pagaderas en la República Mexicana, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, por virtud del cual se le obliga a llenar una declaración por escrito y bajo protesta de decir verdad, con apercibimiento de la comisión de un delito, el de contrabando equiparado, tanto en el caso de no declarar correctamente la introducción de dinero o valores, como de determinados artículos?[67]

En caso de que al correspondiente pasajero se le impute la comisión del citado delito de contrabando equiparado previsto en el últi-

[67] Ello máxime que la Primera Sala de la SCJN ha establecido que es válida la declaración del reo ante la Aduana, no debiendo de ser repetida o ratificada ante el Ministerio Público o Juez (Tesis aislada con número de registro: 294 564, de la Quinta época, fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, t. CXXIII, p. 127).

mo párrafo del artículo 105 del Código Fiscal de la Federación ¿sería viable el que en su defensa alegue como causa de exclusión del delito, un "*error de tipo*"[68] respecto de la paridad del dólar frente al peso? ¿Operaría el principio de que la ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento?[69]

Y en caso de que se estime la procedencia de la citada excluyente ¿se estaría ante un error "*vencible*" *o* "*invencible*"?

¿Será legítimo el que la citada *Declaración Aduanal* manifieste que constituye un delito la falta de declaración de "*diez mil*" *dólares* de los Estados Unidos de América, al igual que en la Ley Aduanera (artículos 9o., párrafo primero, 184 f., VIII y 185 f., VII), mientras que en todo caso la tipificación del correspondiente delito de contrabando equiparado previsto en el último párrafo del artículo 105 el *Código Fiscal de la Federación* procede con la falta de declaración de "*treinta mil*" *dólares* de los Estados Unidos de América? ¿Se trata de un acto de "terrorismo fiscal" o de un error inocente?

Más aún, ¿podría discutirse sobre la *constitucionalidad del tipo penal previsto en el último párrafo del artículo 105 del Código Fiscal de la Federación*, atento el principio de legalidad, el principio de reserva de la Ley y el principio de determinación, de certeza o de taxatividad, precisamente por su estructura de "ley penal en blanco", con su correspondiente remisión a las Disposiciones Aplicables a la Determinación del Tipo de Cambio para Solventar Obligaciones Denominadas en Moneda Extranjera Pagaderas en la República Mexicana, expedidas por el Banco de México, siendo que dichas disposiciones no son leyes *en sentido formal y material*? Con ello, ¿se viola o no el principio de reserva absoluta de la ley? ¿Se afecta o no el mandato de determinación en la definición de lo punible? ¿Podría violarse el principio de legalidad y el principio de reserva absoluta de la ley, sin afectarse el mandato de determinación?, y en este caso ¿el tipo penal sería constitucional o no?

Lo anterior independientemente de que también ¿podría dudarse del cumplimiento del *principio de presunción de inocencia*, cuando la parte final del último párrafo del artículo 105 del Código Fiscal de

[68] Artículo 15, fracción VIII, del Código Penal Federal.
[69] Artículo 21 del Código Civil Federal.

la Federación establece que: *i)* por regla general el excedente de la cantidad de treinta mil dólares de los Estados Unidos de América pasará a ser propiedad del fisco federal; *ii)* excepto que la persona de que se trate demuestre el origen lícito de dichos recursos; revirtiendo con ello la carga de la prueba de la fiscalía al imputado, para evitar el decomiso en cuestión?

Asimismo, de acuerdo con el principio *non bis in idem* y con el artículo 23 constitucional, ¿será lícito que la omisión de la declaración del monto total del dinero o instrumentos monetarios transportados por el pasajero que ingrese a México, dé lugar a sanciones administrativas y penales, o en su caso sólo podría dar lugar a una de ellas? ¿Ante un caso de la citada omisión procedería la multa de acuerdo con los artículos 9o., párrafo primero, 184 f., VIII y 185 f., VII, de la Ley Aduanera o la pena de prisión y el decomiso previsto en el artículo 105, párrafo último, del Código Fiscal de la Federación? ¿Cuál sería la lógica para la correspondiente determinación?

UNA VISIÓN SOBRE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Rosa María ÁVILA FERNÁNDEZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Robert Alexy*. III. *Manuel Atienza*. IV. *Rolando Tamayo*. V. *Jaime Cárdenas*. VI. *Análisis de las posturas de los autores*. VII. *Comentarios finales sobre argumentación jurídica*.

I. INTRODUCCIÓN

El presente ensayo se refiere al tema de la argumentación jurídica, que constituye uno de los tópicos fundamentales de la teoría del derecho.

Hoy ya no sólo hablamos de interpretación jurídica, como aquel ejercicio encaminado a desentrañar el sentido de un texto o, en el mejor de los casos, a atribuir un sentido a determinado texto; sino que la filosofía jurídica moderna nos ha demostrado que este ejercicio es insuficiente, porque se requiere de la argumentación jurídica, precisamente para sostener el sentido de una interpretación.

Nos encontramos en un ámbito en el que se ha desvirtuado el dogma de la plenitud hermenéutica del derecho, y se ha reconocido que existen casos que no pueden ser resueltos sólo con el texto legal, sino que se requiere de interpretación, argumentación y, por lo tanto, de creación del derecho.

El derecho no se encuentra en un estadio de perfección, sino en un continuo y permanente desarrollo que se alimenta de la argumentación, de las razones para sostener determinada postura, frente a otras muchas que sólo tendrán sentido en función de la solidez de sus argumentos.

Expuesto lo anterior, procederemos a analizar la teoría de dos filósofos del derecho extranjeros, y la de dos filósofos del derecho mexicanos, para, a continuación, manifestar nuestros comentarios e inclusive una postura propia sobre un tema fundamental.

II. Robert Alexy

La teoría de la Argumentación Jurídica de Robert Alexy deriva de su tesis doctoral publicada en 1978 sobre *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Este trabajo ha sido analizado por la filosofía jurídica contemporánea y ha sido la base de revisiones y de crítica; sus trabajos han contribuido al desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica de los últimos años, aunque hay que reconocer parte de los trabajos que con anterioridad realizaron Perelman y MacCormick.

En fundamental reconocer que Alexy justifica la construcción de una teoría de la argumentación jurídica en las insuficiencias del método lógico-deductivo, ya que existen casos que no se pueden solucionar con el método lógico-deductivo y, sin embargo, la cuestión de derecho se debe resolver, por lo que queda en el intérprete un amplio margen de acción en el que tendrá que elegir entre varias posibles soluciones, para lo cual requerirá de la argumentación.

Alexy considera dentro del sistema jurídico dos elementos fundamentales, a saber, las reglas y los principios (la subsunción es para las reglas, lo que la ponderación es a los principios), los cuales se deben complementar con un tercero, "...con una teoría de la argumentación jurídica, que dice cómo, sobre la base de ambos niveles, es posible una decisión racionalmente fundamentada...".[1]

El autor en comento parte de la teoría del discurso racional de Habermas para construir su teoría del discurso práctico racional, la teoría consensual de la verdad. Esta teoría se circunscribe a determinar que la solución correcta se alcanza si se sigue un método o procedimiento adecuado, si se usan correctamente las reglas de la argumentación jurídica, que el propio Alexy propone.

[1] Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México, 1993, p. 21.

No obstante lo anterior, Alexy reconoce que siempre existirá un núcleo de incerteza que no podrá ser eliminado por completo,[2] además de que reconoce que el objetivo no es la verdad, sino acercarse a la *corrección*. Esta corrección es bajo el presupuesto del orden jurídico vigente, sin que se puedan fundamentar racionalmente, teniendo en cuenta la ley, el precedente y la dogmática.

La teoría de la argumentación jurídica de Alexy tiene como propósito desarrollar una teoría analítico-normativa del discurso jurídico, una teoría que estudia la estructura lógica de los argumentos realmente efectuados o posibles con el fin de establecer y fundamentar criterios para la racionalidad del discurso jurídico. De aquí se desprenden las formas y las reglas de la argumentación.

En resumen, Robert Alexy formula veintiocho reglas y seis formas de argumento del *discurso práctico general* que clasifica en seis grupos diferentes: reglas fundamentales, reglas de razón, y derivadas de ésta, las reglas que contienen los requisitos de la situación ideal de habla, reglas sobre la carga de la argumentación, seis formas de argumento, reglas de fundamentación, y reglas de transición; además de las reglas específicas del discurso jurídico: seis formas o reglas de la justificación interna y al menos diecinueve reglas y formas de justificación externa, que corresponderían a los siguientes grupos: interpretación, argumentación dogmática, uso de los precedentes, argumentación práctica general, argumentación empírica, y de formas especiales de argumentos jurídicos. Estos son los criterios que justifican la racionalidad de las decisiones en el ámbito del derecho.

Para Alexy: "Este sistema de reglas que pretende formular algo así como un código de la razón práctica, no sólo complementa las reglas específicas del discurso jurídico, sino que constituye también la base para su justificación y crítica, en el marco de una justificación crítica del sistema jurídico en su conjunto".[3]

Robert Alexy nos dice: "El punto decisivo aquí es que los respectivos participantes en un discurso jurídico, si sus afirmaciones y fundamentaciones han de tener un pleno sentido, deben, indepen-

[2] Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. M. Atienza y I. Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 278.

[3] Alexy, *Derecho y razón práctica*, p. 23.

dientemente de si existe o no una única respuesta correcta, elevar la pretensión de que su respuesta es la única correcta. Las respuestas que se encuentren, en el marco de este intento, sobre la base del nivel de la regla y de los principios, de acuerdo con los criterios de la argumentación jurídica racional, que incluyen los de la argumentación práctica general, también responden entonces, aunque no sean las únicas respuestas correctas, a las exigencias de la razón práctica y, en este sentido, son al menos *relativamente correctas*".[4]

III. Manuel Atienza

Manuel Atienza nos presenta un "Proyecto de una teoría de la argumentación jurídica" fundada en el estudio de cinco concepciones que analiza en su obra *Las razones del derecho*, por lo que proporciona líneas fundamentales que deberían guiar la construcción de una teoría de la argumentación jurídica plenamente desarrollada, señalando tres aspectos: objeto, método y funciones.

En cuanto al objeto de la teoría se debe considerar que se trata de argumentación de hechos, además de las cuestiones normativas, y de ahí que tenga vinculación no sólo con la teoría del derecho, sino con la sociología jurídica; también debe considerar, además de la interpretación y aplicación del derecho, su producción, básicamente, se refiere a la legislación, y así se habla de racionalidad lingüística, racionalidad jurídico-formal, racionalidad pragmática, racionalidad teleológica y una racionalidad ética; debe también considerar los medios de solución de problemas jurídicos por mediación o negociación, no sólo el ámbito judicial; se debe considerar también un carácter descriptivo aunado al prescriptivo; y finalmente, no se debe limitar al contexto de la justificación, sino también al descubrimiento.

Respecto al método tenemos que para Atienza, una teoría de la argumentación jurídica requiere de un método que permita representar adecuadamente el proceso real de la argumentación, así como de criterios para juzgar sobre la corrección de esas argumentaciones y de sus resultados, las decisiones jurídicas. Nos habla de esquemas de representación de la argumentación y de criterios de corrección.

[4] *Ibidem*, p. 24.

Ahora bien, en tratándose de las funciones de la teoría el autor indica que son de carácter teórico o cognoscitivo, de naturaleza práctica o técnica y de carácter político o moral.

Nos dice Manuel Atienza: "La teoría de la argumentación jurídica tendrá que comprometerse con una concepción –una ideología política y moral– más crítica con respecto al derecho de los estados democráticos, lo que, por otro lado, podría suponer también adoptar una perspectiva más realista",[5] e incluye dentro de la clasificación de casos fáciles y difíciles, un tercer tipo de casos, los trágicos, en los siguientes términos: "Un caso puede considerarse trágico cuando, en relación con el mismo, no cabe encontrar una solución que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado fundamental desde el punto de vista jurídico y moral. La adopción de una decisión en tales supuestos no significa ya enfrentarse con una simple alternativa, sino con un dilema".[6]

En otro trabajo de Atienza, *El derecho como argumentación*, atinadamente, nos dice: "Así, no es posible construir una teoría de la argumentación jurídica que cumpla las funciones teóricas, prácticas y pedagógicas a las que antes se aludió, si se deja de lado un adecuado análisis estructural del derecho... y, en general, las relaciones entre el derecho y el mundo de los valores; los límites (formales) del razonamiento jurídico; o los elementos ideológicos y de poder que, por supuesto, se pueden hallar en el derecho y en el razonamiento jurídico. Lo que el enfoque del derecho como argumentación trata de hacer es conectar todos esos elementos de análisis a partir de una concepción dinámica, instrumental y "comprometida" del derecho que arranca de la noción de conflicto".[7]

IV. Rolando Tamayo

En *El juego de argumentar y cómo jugarlo*, el doctor Rolando Tamayo nos dice que la argumentación es un juego, argumentar consiste en

[5] Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004, p. 218.

[6] *Ibidem*, p. 219.

[7] Atienza, Manuel y Luigi Ferrajoli, *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005, p. 79.

confrontar argumentos, se trata de una contienda regulada, "...Los "argumentos" son las "jugadas" de la argumentación",[8] quien argumenta expresa una afirmación que contiene un desafío, si el argumento no puede ser vencido, si no puede ser refutado, entonces éste es el argumento "verdadero", "correcto" o "válido"; un argumento no refutado clausura la confrontación.

Para el doctor Tamayo: "En la argumentación sólo participan argumentos cuya identidad, conmensurabilidad y oportunidad ha sido satisfecha. La argumentación no es indefinida, la argumentación presupone un ámbito bien determinado, espacial (identidad de 'jugadores'), material (sólo jugadas del juego), espacial y temporalmente. El argumento (o contrargumento) que 'venza' (refute) a los otros argumentos y no pueda ser 'vencido' por ningún argumento ulterior es la 'jugada ganadora'."[9]

Continúa el desarrollo de su teoría diciendo que las normas pueden ser consideradas como razones para la acción, pero eso no es suficiente para concluir que las normas sean sólo razones. Estas razones pueden ser de dos niveles: razones ordinarias (razones para la acción) o razones de segundo orden (son para seleccionar o excluir razones para la acción), y es en este último sentido que se habla de razones excluyentes.

El doctor Tamayo sostiene: "...la argumentación jurídica puede ser descrita en cercana analogía con jugar juegos".[10] Cuando tomo en cuenta una norma y considero que ésta sea el único tipo de razones sobre la base de las cuales voy a actuar, estamos en el ámbito de la argumentación jurídica.

En el juego de la argumentación jurídica, los jugadores tienen que pasar por alto todo tipo de razones salvo una: la que constituye el punto de vista jurídico, que lo proporcionan las normas que gobiernan el juego, la premisa es "juega actuando sólo sobre la base de normas jurídicas".

[8] Tamayo y Salmorán, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004, p. 195.

[9] *Ibidem*, pp. 196 y 197.

[10] Tamayo y Salmorán, *op. cit.*, p. 214.

El juego consiste en una confrontación entre dos partes (actor y demandado), quienes tratan de probar que lo que ellos hacen es jurídicamente justificado, de conformidad con las normas jurídicas que consideran se aplican al hecho. La más clara expresión de confrontación es el litigio que tiene que resolverse por un tercero, ese tercero es quien además de resolver, conduce el proceso, quien admite o rechaza "jugadas". En esta confrontación ningún tipo de razones participa, salvo las normas jurídicas.

Concluye el doctor Tamayo diciendo: "...jugar el juego de la argumentación jurídica requiere de una norma fundamental del juego, la cual es una razón de segundo orden que, precisamente, establece que únicamente normas jurídicas son admitidas y que todas las otras razones son excluidas".[11]

V. Jaime Cárdenas

En la obra *La argumentación como derecho*, el doctor Jaime Cárdenas realiza un análisis exhaustivo de las teorías modernas de la argumentación jurídica, pero, además, nos da su propia teoría que se sintetizará en este apartado.

El doctor Cárdenas reconoce que el derecho es un fenómeno muy complejo, compuesto de elementos diversos, expresión de cultura y práctica social, sin embargo, considera que la argumentación de las distintas piezas del derecho en relación con su contexto social, económico, y político constituye una clara expresión de que "...el derecho de nuestros días es sobre todo argumentación",[12] porque: "...El derecho ha dejado de estar sólo en los códigos y en las leyes, y ha pasado a ocupar su lugar en las decisiones de autoridades y jueces, y sobre todo en el debate cotidiano de la multitud de intérpretes jurídicos que componen una comunidad".[13]

Para el doctor Cárdenas, la argumentación como derecho es una superación de la interpretación tradicional del derecho centrada en

[11] *Ibidem*, p. 218.

[12] Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2006, p. 1.

[13] *Ibidem*, p. 6.

métodos interpretativos que son incapaces de dar cuenta, por ejemplo, de problemas entre principios; la argumentación implica que la seguridad jurídica no tiene la solidez formal del pasado, ya no es producto de un silogismo sino de un ejercicio argumentativo.

Interpretar ya no es conocer o averiguar, cada vez más es valorar y decidir, el referente de la sentencia correcta ya no lo proporciona un método de interpretación sino que ahora son criterios sociológicos o de justicia. Estamos ante un nuevo paradigma porque se traspasa el edificio jurídico y se entiende el razonamiento jurídico como esencialmente dialógico, ya no estamos ante un razonar subjetivo sino intersubjetivo, "...las razones que se expresan hacia los otros como justificación de las opciones y decisiones no provienen de su correspondencia con una norma previa, sino de la aceptación de un hipotético auditorio universal capaz de ser convencido con las mejores razones aportadas... teniendo en cuenta el componente de irracionalidad que puede existir en cualquier decisión, se debe intentar darle un carácter de racionalidad a la argumentación".[14]

En palabras del doctor Cárdenas, interpretar consiste en sopesar alternativas de solución y decidirse por una, la argumentación es el elemento presente en la deliberación y en el juicio interpretativo que posteriormente servirá para determinar si nuestro procedimiento y resultado fue formal, material y dialécticamente correcto. La argumentación permite –aunque no sólo– entender el derecho como una técnica de solución de conflictos prácticos, como un instrumento que nos auxilia para perfeccionar el ordenamiento jurídico en cada decisión de autoridad, orientando esa actividad hacia objetivos sociales valiosos a través del respeto a principios y valores racionales y razonablemente comprometidos con los derechos humanos, los principios democráticos y el Estado de Derecho".[15]

Algo fundamental dentro de la teoría de la argumentación jurídica de Jaime Cárdenas es el significado de "seguridad jurídica", ya que se entiende como una seguridad jurídica no referida con exclusividad a la aplicación mecánica de las reglas, sino que incorpora la pluralidad de métodos interpretativos, así como la aplicación del princi-

[14] *Ibidem*, pp. 23-24.
[15] *Ibidem*, pp. 24-25.

pio de proporcionalidad para solucionar conflictos entre principios jurídicos contrapuestos; y en ese sentido, la labor interpretativa es más ardua, menos simple, ya que exige un conocimiento profundo del ordenamiento jurídico y de los valores que lo orientan.

Y es en este orden de ideas que concluye parafraseando a Liborio Hierro: "...el Estado de Derecho contemporáneo no concibe el derecho exclusivamente como conjunto de reglas, sino también de principios jurídicos expresos e implícitos que subordinan el derecho infraconstitucional al constitucional, pero que debido a la indeterminación y la fuerza expansiva de los principios, es imprescindible la argumentación de todo el ordenamiento. Bien podríamos decir que el derecho de nuestro tiempo es argumentación; el Estado de derecho no es ya el imperio de la ley sino el imperio del derecho, esto es, de la Constitución, de los principios y de la labor de los intérpretes y argumentadores".[16]

VI. Análisis de las posturas de los autores

La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy constituye un esfuerzo singular por encontrar, dentro del ámbito complejo de la argumentación, un esquema de racionalidad que permita analizar el pensamiento jurídico bajo un tamiz objetivo, de ahí que formule reglas y formas del argumento con una pulcritud intelectual, en aras de lograr una decisión verdadera, una decisión racionalmente fundamentada.

Considero que Robert Alexy se niega a aceptar que el derecho no tenga un margen de certeza, de seguridad, y si bien reconoce que el método lógico-deductivo ha demostrado su insuficiencia, tampoco permite un margen amplio de discrecionalidad para la solución de los problemas que se le presentan al derecho, ya que el análisis sobre la corrección de la solución se realiza con base en las reglas y formas que él mismo elabora en su teoría, buscando acercarse lo más posible a ese ámbito de corrección.

Desde mi punto de vista, el esfuerzo de Alexy es considerable al buscar dar una teoría sólida que resuelva los cuestionamientos que el

[16] Cárdenas Gracia, *op. cit.*, pp. 34-35.

método tradicional no resuelve, y al reconocer la existencia en el sistema, no sólo de reglas, sino de principios que deben valorarse en forma distinta, bajo la ponderación. Sin embargo, considero que no logra apartarse totalmente de la pretensión de la única respuesta correcta al caso, dependiendo de su proximidad a las reglas y las formas, y en ese sentido les da el carácter de relativamente correcta.

El caso de la teoría de Manuel Atienza considero que tiene el mérito de determinar cuáles son los elementos esenciales que cualquier teoría de la argumentación jurídica debe reunir para considerarse como tal, tan es así que más que presentar una teoría presenta un proyecto, lo cual considero atinado.

Sin duda, resulta una gran aportación que nos hable de la argumentación de hechos, y no sólo de normas, ya que ha existido una clara tendencia en el devenir del derecho, de circunscribir lo jurídico a las normas, olvidando que son los hechos los que le dan nacimiento. Reconoce también la existencia de valores inmersos en lo jurídico. Sin embargo, también nos habla de que debe existir un método que permita analizar el proceso de la argumentación y de criterios que permitan juzgar esos argumentos, lo cual considero un resabio del método lógico-deductivo.

Desde mi punto de vista, el que Manuel Atienza considere que el derecho arranca de la noción de conflicto me parece muy valioso, porque implica el reconocimiento de la realidad, esa realidad que justifica esa superestructura llamada derecho.

Pasando a los autores mexicanos que se expusieron en líneas precedentes, retomando la teoría del doctor Rolando Tamayo he de decir que resulta por demás sencilla, lógica y congruente, ya que efectivamente la argumentación es un juego, en el que "gana" aquel que expone el argumento que no puede ser vencido, es decir, aquel que expone el argumento más sólido.

El doctor Tamayo nos indica que en este juego de la argumentación sólo juegan las reglas –yo diría que también los principios–, las cuales ante una contienda deberán exponerse como argumentos para que un tercero –juez– decida el caso en determinado sentido, y esta resolución será únicamente vigente para ese caso particular, sin que vincule a posteriores situaciones que podrán presentarse, ya que en eso consiste precisamente el juego, en que se pueden presentar jugadas distintas en cada caso, y por tanto el resultado del juego dará la

victoria a aquel que haya presentado aquel argumento que no haya sido vencido.

El mérito de la teoría del doctor Tamayo es darle suma claridad a un proceso argumentativo que puede complicarse considerablemente, pero siempre bajo estas reglas básicas.

Ahora bien, sin duda alguna comparto en sus términos la teoría de la argumentación jurídica que expresa el doctor Jaime Cárdenas, me parece una teoría seria, sólida, contundente y comprometida verdaderamente con el desarrollo del derecho.

La teoría del doctor Cárdenas evidencia la relación que existe entre el problema jurídico, la interpretación, la argumentación y la aplicación del derecho. Reconoce la existencia de diversas piezas dentro del sistema jurídico, y no sólo, el de las reglas o las normas, sino también de los principios, en donde se incluyen los valores. El doctor Cárdenas reconoce la insuficiencia de la ley para resolver los problemas jurídicos, con lo que implícitamente revalora y redimensiona a las demás fuentes del derecho que han sido prácticamente olvidadas. Destruye el paradigma del intérprete auténtico y casi exclusivo que tradicionalmente se reconocía en el legislador, incorpora al juzgador y señala a la multitud de intérpretes jurídicos que componen una comunidad, es decir, al jurista; entre líneas se aprecia la dimensión que busca dar al intérprete particular y no sólo a la autoridad.

Se consideraba que el derecho sólo se integraba con ley y que todo lo demás se consideraba ajeno al derecho, del malentendimiento de la *Teoría pura del derecho* de Hans Kelsen se ha parcializado la realidad del derecho, se le ha dejado trunco, se le ha amputado, y por tanto, hoy estamos ante un reconocimiento de un derecho insuficiente para resolver los problemas que se presentan en la realidad tan compleja que vivimos, por lo que no existe otro camino que el de la redimensión del derecho, entendido como argumentación, y entonces sí podemos hablar del derecho que requiere la sociedad, un derecho que solucione conflictos que superan el ámbito normativo.

El autor reconoce implícitamente que no estamos ante una respuesta correcta para cada caso, sino ante una pluralidad de alternativas que pueden dar solución a problemas, en la medida en que sean argumentadas, por lo que serán igualmente plausibles, siempre que consideren principios y valores comprometidos con los derechos humanos y con los principios democráticos del Estado de Derecho.

EL PRINCIPIO DE DEFINITIVIDAD EN MATERIA ELECTORAL FEDERAL

Carlos BÁEZ SILVA

En este trabajo se intenta sistematizar los diferentes criterios de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en torno al requisito de procedencia que deben cubrir diferentes medios de impugnación en materia electoral federal, consistente en que los actos o resoluciones en contra de las cuales se interpongan, deben ser definitivos y firmes. Si bien dicho *presupuesto procesal* parece reclamar una *filiación* del derecho de amparo, resulta importante identificar las características propias que, en una materia *sui generis*, adquiere tal requisito.

La *definitividad* es la cualidad o característica de definitivo; así, si se dice que algo adquirió "definitividad", se afirma que ha adquirido la cualidad o característica de "definitivo". Esta palabra es un adjetivo, es decir, expresa una cualidad o accidente de algo, califica al sustantivo. De forma tal que "definitivo" siempre es "algo" de lo que se afirma tal característica o cualidad.

Lo "definitivo" es aquello que decide, resuelve o concluye;[1] Moliner, por su parte, afirma que "definitivo" resulta aquello que es "[y]a como tiene que ser y no sujeto a cambios... De una vez para siempre... Invariable".[2] De esta forma, "definitivo" es una palabra sinónima de concluyente, decisivo, seguro, resolutivo, terminante, perentorio, evidente, resuelto; y es, a la vez, antónima de incierto y

[1] *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, Madrid, 2001, p. 673.

[2] Moliner, María (1990), *Diccionario de uso del español*, Madrid, Gredos, p. 875.

dudoso. Por lo tanto, lo "definitivo" es lo seguro, aquello que *no es* incierto o dudoso. "Seguro" es una palabra que califica a aquello que es o resulta cierto, indubitable y en cierta manera infalible, lo firme, constante y que no está en peligro de faltar o caerse.[3] "Cierto" es una palabra que aplicamos a aquello acerca de lo cual no se tiene duda alguna.[4] La cualidad de "cierto" es la "certeza", sinónima de certidumbre, evidencia, seguridad.

Así, cuando se afirma que algo ha alcanzado la característica de *definitividad* lo que se intenta reportar es que ese algo es seguro, es cierto y no se tiene duda alguna al respecto. Incluso, el propio *Diccionario de la Lengua Española* precisa que una de las formas más comunes de utilizar la palabra "definitivo (a)" es enlazándola a la palabra "sentencia", de donde se sigue que "sentencia definitiva" es aquella en que el juzgador, concluido el juicio, resuelve finalmente sobre el asunto principal, declarando, condenando o absolviendo, y más específicamente precisa que es la que termina el asunto o impide la continuación del juicio, aunque contra ella sea admisible recurso extraordinario.[5]

En el ámbito del derecho electoral, la *definitividad*, si bien conserva su sentido original, es aplicada en dos ámbitos distintos. Por una parte, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 41, fracción IV, primer párrafo se prescribe:

> Para garantizar los principios de constitucionalidad y legalidad de los actos y resoluciones electorales, se establecerá un sistema de medios de impugnación en los términos que señalen esta Constitución y la ley. Dicho sistema dará *definitividad* a las distintas etapas de los procesos electorales y garantizará la protección de los derechos políticos de los ciudadanos de votar, ser votado y de asociación, en los términos del artículo 99 de esta Constitución.

El Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales establece, a lo largo de su artículo 174:

[3] *Cfr. Diccionario de la Lengua Española*: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=.

[4] Moliner, *op. cit.* p. 626.

[5] *Cfr. Diccionario de la Lengua Española*: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=.

a) El proceso electoral ordinario se inicia en el mes de octubre del año previo al de la elección y concluye con el dictamen y declaración de validez de la elección de Presidente de los Estados Unidos Mexicanos. En todo caso, la conclusión será una vez que el Tribunal Electoral haya resuelto el último de los medios de impugnación que se hubieren interpuesto o cuando se tenga constancia de que no se presentó ninguno.
b) Para los efectos de dicho código, el proceso electoral ordinario comprende las etapas siguientes:

- Preparación de la elección.
- Jornada electoral.
- Resultados y declaraciones de validez de las elecciones.
- Dictamen y declaraciones de validez de la elección y de Presidente electo.

c) Atendiendo al principio de *definitividad* que rige en los procesos electorales, a la conclusión de cualquiera de sus etapas o de alguno de los actos o actividades trascendentes de los órganos electorales, el Secretario Ejecutivo o el Vocal Ejecutivo de la Junta Local o Distrital del Instituto, según corresponda, podrá difundir su realización y conclusión por los medios que estime pertinentes.[6]

Conforme a la disposición constitucional citada, el artículo 3 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral prescribe que el objeto de dicho sistema estriba en garantizar:

a) Que todos los actos y resoluciones de las autoridades electorales se sujeten invariablemente, según corresponda, a los principios de constitucionalidad y de legalidad.
b) La *definitividad* de los distintos actos y etapas de los procesos electorales.

[6] En casi todas las entidades federativas se reproducen las disposiciones constitucional y legal citadas. En Baja California Sur, Estado de México, Nuevo León y Sonora esta disposición sólo se encuentra en la respectiva constitución.

Por otra parte, la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral prescribe, en su artículo 10.1 d) como requisito *general* de procedencia o presupuesto procesal de los medios de impugnación que ella misma prevé, el agotamiento de las instancias previas establecidas por las leyes, federales o locales, según corresponda, para combatir los actos o resoluciones electorales y en virtud de las cuales se pudieran haber modificado, revocado o anulado.[7] Respecto de los dos juicios constitucionales, la citada ley prescribe, además, como requisito *particular* de procedencia, que el actor haya agotado todas las instancias previas y realizado las gestiones necesarias para estar en condiciones de ejercer el derecho político-electoral presuntamente violado, en la forma y en los plazos que las leyes respectivas establezcan para tal efecto,[8] por un lado, y que los actos impugnados sean definitivos y firmes y que se hayan agotado en tiempo y forma todas las instancias previas establecidas por las leyes, para combatir los actos o resoluciones electorales en virtud de los cuales se pudieran haber modificado, revocado o anulado,[9] por el otro. Aunque es factible diferenciar los dos ámbitos en lo que rige el principio de definitividad en materia electoral, el objeto del mismo es único: la certeza o la seguridad.

La Constitución prescribe, en su artículo 41, fracción III, primer párrafo, que en la organización de las elecciones federales, entendida como una función estatal, rigen los principios de *certeza*, legalidad, independencia, imparcialidad y objetividad. La "certeza" significa conocimiento seguro y claro de alguna cosa.[10] De acuerdo con la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el principio de certeza consiste en la dotación de facultades expresas a las

[7] Disposición que, lógicamente, es aplicable a todos los medios de impugnación previstos en dicha ley: recurso de revisión, recurso de apelación, juicio de inconformidad, recurso de reconsideración, juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, juicio de revisión constitucional electoral y juicio para dirimir los conflictos o diferencias laborales de los servidores del Instituto Federal Electoral.

[8] Artículo 80.2, respecto del juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano.

[9] Artículo 86.1, a) y f), respecto del juicio de revisión constitucional electoral.

[10] *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, Madrid, 2001, p. 466.

autoridades electorales, de forma tal que todos los participantes en el proceso electoral conozcan previamente con claridad y seguridad las reglas a que la actuación de tales autoridades está sujeta.[11]

De acuerdo con la interpretación de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, el contenido de los actos y resoluciones electorales se rige por el principio de certeza; esta regencia se actualiza si dichos actos y resoluciones gozan de definitividad y firmeza,[12] lo que se consigue con *a*) la interposición y resolución de medios de impugnación o con *b*) el transcurso del tiempo establecido para interponer tales medios.[13] En otras palabras:

- El principio de certeza rige cabalmente el proceso electoral si los actos y resoluciones emitidas a lo largo del mismo adquieren definitividad y firmeza.
- Los actos y resoluciones emitidos en cada una de las etapas del proceso electoral se convierten en definitivos y firmes si:

  1. Tales actos y resoluciones son impugnados de manera oportuna y son, a su vez, confirmados, modificados o revocados; o si
  2. Tales actos y resoluciones *no* se impugnan oportunamente.

De esta forma, la definitividad como manifestación del principio de certeza, rector del proceso electoral, se relaciona de manera directa con el ejercicio oportuno del derecho de acción procesal para impugnar los actos y resoluciones que las autoridades dicten, emitan o ejecuten dentro de cada etapa de dicho proceso electoral.

[11] MATERIA ELECTORAL. PRINCIPIOS RECTORES. EN LAS CONSTITUCIONES Y LEYES DE LOS ESTADOS DEBE GARANTIZARSE, ENTRE OTROS, EL DE CERTEZA EN EL DESEMPEÑO DE LA FUNCIÓN ELECTORAL, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena época, t. XIII, abril de 2001, Tesis: P./J. 60/2001, p. 752.

[12] "Firmeza" es la cualidad de "firme", lo que a su vez significa estable, fuerte, que no se mueve ni vacila. "Estable" significa constante, permanente. Lo "permanente" es lo inmutable, es decir, lo que no cambia. Si lo "definitivo" es lo que no varía o cambia y lo "firme" es lo estable, entonces, lo definitivo es firme. Conforme a la jurisprudencia S3ELJ 023/2000, tanto la definitividad como la firmeza constituyen un solo requisito de procedibilidad del juicio de revisión constitucional electoral.

[13] Tesis relevante S3EL 016/2001.

El no ejercicio oportuno del derecho de acción procesal trae consigo la caducidad del mismo, es decir, la extinción de tal derecho; la no caducidad es una condición *sine qua non* para el ejercicio del derecho de acción, por lo que para que la caducidad no se actualice deben ejercitarse los actos que al respecto indique la ley dentro del plazo fijado imperativamente por la misma. La caducidad sólo requiere la inacción del interesado para que los juzgadores la declaren oficiosamente, pues no hay propiamente una destrucción de la acción, sino la falta de un requisito o presupuesto necesario para su ejercicio.[14] El proceso electoral federal se define legalmente[15] como el *conjunto de actos*

- *ordenados* por:
  a) la Constitución y
  b) el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales,
- *realizados* por:
  a) las autoridades electorales,
  b) los partidos políticos nacionales y
  c) los ciudadanos,
- que *tiene por objeto* la renovación periódica de los integrantes de los poderes Legislativo y Ejecutivo de la Unión.

Dicho proceso electoral se compone de las diversas etapas ya mencionadas:

Etapas del proceso electoral federal			
Preparación de la elección	Jornada electoral	Resultados y declaración de validez de las elecciones	Dictamen y declaraciones de validez de la elección y de Presidente electo

[14] Jurisprudencia S3LAJ 02/98.

[15] *Cfr.* Artículo 173.1. del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales.

Conforme al principio de definitividad, los actos que, en el desarrollo de cada una de las etapas de dicho proceso, emitan y ejecuten las autoridades electorales adquieren, a la conclusión de cada una de dichas etapas en que dichos actos se emiten, la característica de invariables y ya no son susceptibles de cambio; ello tiene como finalidad esencial otorgarle certeza al desarrollo de los comicios, así como seguridad jurídica a los participantes en los mismos.[16]

De esta forma, una vez clausurada una etapa del proceso electoral, todo lo realizado, todos los actos de autoridad que dentro de dicha etapa se hayan llevado a cabo, no podrán ser modificados o sometidos a algún examen de legalidad o constitucionalidad posteriormente, ya que, al concluir la etapa electoral respectiva, los actos y resoluciones ocurridos durante la misma que hayan surtido plenos efectos y que no se hayan revocado o modificado dentro de la propia etapa, deberán tenerse por definitivos y firmes con el objeto de que los partidos políticos, ciudadanos y autoridades electorales se conduzcan conforme a ellos durante las etapas posteriores, adquiriendo por tales razones el carácter de irreparables,[17] para los efectos de la procedencia de algún medio de impugnación.

Por lo tanto, los actos realizados dentro de cada una de las diferentes etapas del proceso electoral, que no sean impugnados dentro del plazo legal, no pueden ser revocados, modificados o sustituidos en una etapa posterior.[18] Esto implica, incluso, que al momento de que se resuelva la procedencia de un medio de impugnación interpuesto oportunamente, se debe considerar que la reparación solicitada sea material y jurídicamente posible dentro de los plazos electorales, *hasta en tanto no inicie la siguiente etapa del proceso comicial*;[19] el caso que generó este criterio estribó en la impugnación de la negativa a registrar y aprobar un convenio de coalición, y durante la tramitación del medio impugnativo concluyó el plazo para el registro de candidatos; sin embargo, puesto que el registro tanto del convenio de la coalición como de los candidatos de la misma son actos realizados o realizables dentro de la etapa del proceso electoral correspondiente a

[16] Tesis relevante S3EL 040/99.

[17] *Idem.*

[18] Tesis relevantes S3EL 035/99 y S3EL 023/99.

[19] Tesis relevante S3EL 112/2002.

la preparación de la elección, la reparación solicitada (registro de la coalición y, consecuentemente, de los candidatos de la misma) resultaba material y jurídicamente posible hasta en tanto no se clausure tal etapa e inicie la siguiente (la jornada electoral).[20]

Se afirma que la definitividad de los actos y resoluciones electorales se explica por la regencia del principio de certeza, en virtud de que es preciso que los diferentes sujetos que participan en el proceso electoral (partidos políticos, coaliciones, candidatos, ciudadanos y autoridades electorales administrativas) conozcan y tengan plena seguridad de las "reglas del juego", pues el conocimiento de éstas y la seguridad de su vigencia es indispensable para que dichos sujetos actúen o se conduzcan con posterioridad. Es comúnmente aceptado que para que los sujetos tomen decisiones eficientes y razonables, es preciso que tengan información precisa y confiable, lo que incluye a las "reglas del juego", es decir, a los actos y resoluciones que tomen las autoridades encargadas de organizar las elecciones.

La necesidad de certeza en torno a las "reglas del juego", por un lado, y la rapidez con que necesariamente se ha de desarrollar un proceso electoral, por el otro, explican el hecho de que los plazos para la interposición de los diferentes medios de impugnación de los actos o resoluciones electorales sean muy breves; por ejemplo, tratándose de los juicios de constitucionalidad federal, el plazo es de cuatro días,[21] en tanto que en el caso del juicio de amparo el plazo de interposición de la demanda es de quince.

Conforme a lo anterior, el sistema general de medios de impugnación en materia electoral federal cumple su cometido constitucional de dotar de definitividad a las diversas etapas del proceso electoral mediante la posibilidad de que los actos o resoluciones de la autoridad encargada de organizar las elecciones sean impugnados, para lo cual la normatividad prevé plazos brevísimos, y en caso de que dichos actos o resoluciones no sean impugnados oportunamente, los mismos no podrán ser modificados o revocados posteriormente. De

[20] SUP-JRC-057/2000.

[21] Recuérdese que una vez iniciado el proceso electoral, todos los días y horas son hábiles.

aquí que un acto o resolución impugnada no puede tenerse por definitiva mientras sobre la misma penda una decisión jurisdiccional.

Lo anterior ha llevado a sostener que el proceso electoral de una entidad federativa concluye hasta que la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación resuelve el último de los juicios de revisión constitucional electoral o para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, promovidos para impugnar los actos o resoluciones de las autoridades electorales, emitidos al final de la etapa de resultados, en virtud de que las ejecutorias que se dictan en los referidos juicios son las que proporcionan realmente la certeza de que dichos actos impugnados han adquirido definitividad.[22]

Algunos criterios relevantes en torno a este ámbito de observación del principio de definitividad son:

- El conteo de votos recibidos en una casilla se lleva a cabo dentro de la etapa de denominada "jornada electoral" y el resultado se plasma en el acta correspondiente, tras lo cual se forma y cierra un paquete que incluye, entre otros documentos, las boletas electorales; la referida etapa del proceso concluye con la clausura de la casilla, por lo que el conteo llevado a cabo adquiere definitividad y sólo en casos extraordinarios se justifica la apertura del mencionado paquete:

  > en la medida en que se reserve el ejercicio de esta atribución extraordinaria [la apertura de paquetes electorales], se evitarán la incertidumbre y la inseguridad jurídicas, preservando al mismo tiempo tanto el sistema probatorio en la materia como el principio de definitividad de los procesos electorales, al otorgar valor probatorio a los medios legalmente reconocidos y obviar retrotraer el proceso electoral a etapas concluidas, mediante el ejercicio debidamente justificado de esta trascendente atribución de la autoridad jurisdiccional.[23]

- Los acuerdos por los cuales se aprueban los registros de las candidaturas a cargos de elección popular forman parte de la

[22] Jurisprudencia S3ELJ 01/2002.

[23] Jurisprudencia S3ELJ 14/2004.

etapa de preparación de la elección, por tanto, es evidente que, si la impugnación de tales registros se presenta después de que concluyó esta etapa, e incluso, con posterioridad a la celebración de la jornada electoral, resulta material y jurídicamente imposible reparar la violación que, en su caso, se hubiese cometido a través de los referidos acuerdos de aprobación, pues, aun cuando se llegare a revocar la sentencia impugnada, ya no podría proveerse lo necesario para dejar insubsistentes los acuerdos emitidos respecto del referido registro.[24]

- En la etapa del registro de candidatos se deben acreditar los requisitos de elegibilidad previstos en la legislación correspondiente, como requisito para la obtención del registro. Por tal razón la definitividad de esta etapa sólo se produce con relación al *otorgamiento*, y no a la *elegibilidad*, con la consecuencia de que los candidatos, la fórmula o la planilla de que se trate, adquieren el derecho a contender en la elección y todas las prerrogativas que deriven de esa calidad, y contraigan las obligaciones correspondientes, sin que esos aspectos puedan revisarse nuevamente por algún medio, por lo que la consideración hecha en la etapa de registro de candidatos, respecto a la elegibilidad de éstos, no produce la definitividad, es decir, no trae como efecto la imposibilidad de su examen posterior, sino que al contrario, esto debe ser examinado nuevamente al calificar la elección, y si no se hace o se incurre en infracciones en tal examen, el tema puede ser planteado ante la autoridad jurisdiccional electoral a través del medio de impugnación que proceda.[25]
- Si bien el análisis de la elegibilidad de los candidatos puede realizarse tanto en el momento de su registro ante la autoridad electoral, como en el momento en que se califica la elección respectiva, ello no implica que en ambos momentos pueda ser impugnada la elegibilidad por las mismas causas, de tal forma que si la supuesta inelegibilidad de un candidato ya fue objeto de estudio y pronunciamiento al resolver un medio de impugnación interpuesto con motivo del registro, no es admisible que las causas invocadas para sustentar la pretendida inelegibilidad vuelvan a ser planteadas en un ulterior medio de impugnación, interpuesto con motivo de la calificación de la elección, máxime si la resolución dictada en el primero ya adquirió la calidad de definitiva e inatacable. En este sentido, los dos diversos momentos para impugnar la elegibilidad de un candidato se refieren a ocasiones concretas y distintas en las que se puede plantear dicho evento por causas también distintas, mas no a dos oportunidades para combatir la elegibilidad por las mismas razones, en forma tal que la segunda constituya un mero replanteamiento de lo que antes ya fue impugnado, analizado y resuelto, pues ello atentaría en contra de la certeza y la seguridad jurídicas, así como del principio de definitividad de las etapas de los procesos electorales previsto en los artículos 41, fracción IV, y 116, fracción IV, inciso e), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.[26]
- No deben sumarse los votos obtenidos por los partidos políticos en la elección de diputados por el principio de mayoría relativa, con motivo de algún proceso extraordinario, con los conseguidos por el principio de representación proporcional en la jornada electoral ordinaria. Consecuentemente, la asignación de diputados por el principio de representación proporcional debe realizarse únicamente con la votación recibida el día de la jornada electoral en el proceso electoral ordinario.[27]

Por otra parte, en torno a la conocida causa abstracta de nulidad de una elección, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha sostenido que las elecciones están regidas por los siguientes principios fundamentales:

1. El sufragio universal, libre, secreto y directo.
2. La organización de las elecciones a través de un organismo público y autónomo.

[24] Tesis relevante S3EL 085/2001.
[25] Tesis relevante S3EL 032/97.
[26] Jurisprudencia S3ELJ 07/2004.
[27] Tesis relevante S3EL 079/98.

3. La certeza, legalidad, independencia, imparcialidad y objetividad como principios rectores del proceso electoral.
4. El establecimiento de condiciones de equidad para el acceso de los partidos políticos a los medios de comunicación social.
5. El control de la constitucionalidad y legalidad de los actos y resoluciones electorales.
6. En el financiamiento de los partidos políticos y sus campañas electorales debe prevalecer el principio de equidad.

Para considerar que las elecciones son libres, auténticas y periódicas, tal y como se consagra en el artículo 41 de dicha Constitución, es decir, propias de un régimen democrático, los principios referidos deben regir el proceso electoral. Si tales principios se inobservan o se vulneran de manera generalizada durante dicho proceso, no se puede calificar de democráticas a las elecciones.

> En consecuencia, si alguno de esos principios fundamentales en una elección es vulnerado de manera importante, de tal forma que impida la posibilidad de tenerlo como satisfecho cabalmente y, como consecuencia de ello, se ponga en duda fundada la credibilidad o la legitimidad de los comicios y de quienes resulten electos en ellos, es inconcuso que dichos comicios no son aptos para surtir sus efectos legales y, por tanto, procede considerar actualizada la causa de nulidad de elección de tipo abstracto, derivada de los preceptos constitucionales señalados. Tal violación a dichos principios fundamentales podría darse, por ejemplo, si los partidos políticos no tuvieran acceso a los medios de comunicación en términos de equidad; si el financiamiento privado prevaleciera sobre el público, o bien, si la libertad del sufragio del ciudadano fuera coartada de cualquier forma, etcétera. Consecuentemente, si los citados principios fundamentales dan sustento y soporte a cualquier elección democrática, resulta que la afectación grave y generalizada de cualquiera de ellos provocaría que la elección de que se trate carecería de pleno sustento constitucional y, en consecuencia, procedería declarar la anulación de tales comicios, por no haberse ajustado a los lineamientos constitucionales a los que toda elección debe sujetarse.[28]

"Calificar" significa apreciar o determinar las calidades o circunstancias de una persona o cosa. Calificar una elección implica, por

[28] Jurisprudencia S3ELJ 23/2004.

tanto, apreciar o determinar las calidades de la misma o las circunstancias en las que se llevó a cabo. Por mandato constitucional, las elecciones deben ser democráticas; para que las elecciones puedan ser *calificadas* como democráticas, las mismas deben regirse por los principios indicados en la jurisprudencia antes citada. Sólo las elecciones calificadas como democráticas pueden ser declaradas válidas. En otras palabras, para que una elección sea declarada como válida, se torna necesario apreciar o determinar las calidades de la misma o las circunstancias en las que se llevó a cabo, para poder afirmar, en su caso, que se trató de una elección democrática.

La declaración de validez de la elección o "calificación" de la misma, se lleva a cabo una vez superadas las etapas de preparación de la elección y de jornada electoral, por lo que los actos o resoluciones de las autoridades encargadas de la organización de la elección que no hubiesen sido impugnados oportunamente o los que lo hubiesen sido y sobre los cuales hubiera recaído una resolución jurisdiccional, se consideran definitivos y firmes. Sin embargo, el principio de definitividad sólo opera respecto de actos o resoluciones de las autoridades encargadas de organizar las elecciones y no es aplicable a actos o resoluciones de autoridades distintas,[29] o a actos de personas o entidades diferentes como pueden ser los de los ciudadanos en general o de los partidos políticos.

Así, es posible que ciudadanos, partidos políticos u organizaciones civiles, respecto de cuyos actos no opera el referido principio, lleven a cabo actos que por sí mismos o aunados a otros, vulneren los principios que rigen al proceso electoral y cuya observancia resulta indispensable para poder calificar a la elección de democrática y, por lo tanto, de válida. En tales casos, no se viola el principio de definitividad de las distintas etapas del proceso electoral, puesto que dentro de éstas, lo que se torna definitivo y firme es el conjunto de actos o resoluciones de la autoridad encargada de organizar la elección. Una cosa es tener certeza de las "reglas del juego" y otra distinta es que jugando de acuerdo con las reglas, la competencia devenga inequitativa. Por ello se considera que la causa abstracta de nulidad de elección no afecta o contraviene este principio.

[29] Tesis relevante S3EL 012/2001.

Por otra parte, y por lo que se refiere a la firmeza y definitividad de los actos objeto de impugnación mediante un juicio de constitucionalidad en materia electoral, es preciso reiterar que se trata de un requisito de procedencia de la acción o presupuesto procesal.

Los presupuestos procesales son los requisitos de admisibilidad y las condiciones previas para la tramitación de toda relación procesal; precisan entre qué personas, sobre qué materia, por medio de qué actos y en qué *momento* se puede dar un proceso.[30] La doctrina procesal latinoamericana define los presupuestos procesales como los antecedentes necesarios para la existencia válida de un proceso.[31] De esta forma, un supuesto previo o requisito indispensable para el nacimiento válido de un proceso constitucional en materia electoral federal, su desenvolvimiento y normal culminación, consiste en que la acción[32] sea promovida en un determinado *momento*: cuando el acto que se pretende impugnar ha adquirido firmeza y definitividad, es decir, inmutabilidad.

Un acto o resolución emitida por alguna autoridad electoral adquiere esa característica de invariable o inmodificable de dos maneras: a) si es impugnada de manera oportuna y, a su vez, es confirmada, modificada o revocada; o b) si *no* se impugna oportunamente. Si el acto no se impugna oportunamente (es decir, dentro del plazo que la ley otorga para ello), el derecho a impugnarlo caduca.

Para que proceda tanto el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano como el juicio de revisión constitucional, es requisito indispensable que el actor haya agotado todas las instancias previas para combatir el acto o resolución impugnada, en virtud de las cuales dicho acto pudiera haber sido modificado, revocado o anulado. En otras palabras, sólo es factible acudir a la instancia constitucional cuando todas las demás instancias se han agotado y el acto que se reclama no se ha modificado o revocado. Ello es así, fundamentalmente, porque la instancia constitucional es *excepcional* o *extraordinaria*.

Resulta indudable que el juicio de amparo, en sus diferentes sectores, sirvió de inspiración o modelo al diseño procesal de los dos juicios de constitucionalidad en materia electoral. De aquí que, en búsqueda de una explicación mayor en torno al principio de definitividad, se recurra a lo que, en torno a dicho tema, se ha escrito respecto del juicio de amparo.

Lo primero que destaca al respecto es que la definitividad y firmeza de los actos impugnados no es una característica original del amparo, pues la asimilación de dicho principio al tradicional juicio constitucional data de principios del siglo XX.[33] Castro sostiene que lo anterior se explica en razón del hecho de que el juicio de amparo asimiló muchas de las reglas propias del recurso de casación, en virtud de la paulatina preponderancia del primero sobre el segundo, hasta el grado de que se sostiene que uno de los diversos sectores del juicio de amparo estriba, precisamente, en el denominado "amparo casación".[34] Fix-Zamudio describe a la casación como:

> un medio de impugnación, que se traduce en el recurso extraordinario de nulidad, a través del cual el tribunal de casación examina la legalidad de los actos procesales, anulando, en su caso, los que estime incorrectos, ordenando la reposición del procedimiento o bien pronunciando un nuevo fallo, para lo cual está facultado para reenviar el expediente al juez de la causa o

[30] Bülow, Oskar Von (1964), *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, Buenos Aires, EJEA, p. 5.

[31] *Cfr.* Couture, Eduardo J. (2002), *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Ediciones Bdef, p. 84; Devis Echandía, Hernando (2004), *Teoría general del proceso*, Buenos Aires, Editorial Universidad, p. 273; Ovalle Favela, José (2005), *Teoría general del proceso*, México, Oxford University Press, p. 187; Gonzaíni, Osvaldo Alfredo (2005), *Elementos de derecho procesal civil*, Buenos Aires, EDIAR, p. 162.

[32] Couture distingue entre los presupuestos procesales de la acción y los presupuestos procesales de la pretensión; puesto que ésta consiste en la autoatribución de un derecho y la petición de que sea tutelado, los presupuestos procesales de la pretensión no consisten tanto en la efectividad de ese derecho, sino en la posibilidad de ejercerlo. Por lo tanto, para dicho autor, ante la ausencia de firmeza y definitividad del acto impugnado se está en presencia del incumplimiento de un presupuesto procesal de la pretensión, que no de la acción. *Cfr. op. cit.* p. 86.

[33] *Cfr.* Castro y Castro, Juventino V. (1979), *El sistema del derecho de amparo*, México, Porrúa, pp. 77 y ss.; Burgoa, Ignacio (1992), *El juicio de amparo*, México, Porrúa, p. 281.

[34] "Debemos considerar al juicio de amparo mexicano como una federación de instrumentos procesales, cada uno de los cuales posee una función tutelar específica, que a su vez determina una serie de aspectos peculiares que no pueden comprenderse sino por conducto de un análisis autónomo", *cfr.* Fix-Zamudio, Héctor (1999), *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, Porrúa, p. 18.

a uno de la misma categoría, o bien para sustituir a dicho juzgador y dictar la sentencia de fondo, todo ello con la doble finalidad de tutelar los intereses jurídicos del recurrente y de obtener la unidad del ordenamiento jurídico.[35]

El que se sostenga que la casación es un medio de impugnación que se traduce en un recurso no es baladí; según Fix-Zamudio, en tanto que el primero implica un proceso autónomo, diverso a aquél en el cual se ha pronunciado la resolución que se combate, el segundo implica la continuación de un proceso anterior, de forma total o parcial; además, el recurso puede ser ordinario, extraordinario o excepcional. En esta vertiente de recurso extraordinario es que el juicio de amparo en negocios judiciales o amparo directo sustituyó por entero a la casación en 1908, de forma tal que en la exposición de motivos del Código Federal de Procedimientos Civiles de ese año se sostuvo que la casación resultaba inútil ante la existencia del juicio de amparo.[36]

Así la casación es un recurso extraordinario que se interpone para combatir una resolución jurisdiccional, concretamente una sentencia. Ésta puede ser impugnada si se considera que el juzgador que la dictó.[37]

a) Se desvió de los medios señalados por el derecho procesal para su dirección del juicio, y tal desvío disminuyó las garantías del contradictorio y privó a alguna de las partes de una defensa plena de su derecho.
b) Aplicó una ley no aplicable, aplicó, de manera inexacta, la ley aplicable o dejó de aplicar la ley aplicable.

En México, a través del juicio de amparo en negocios judiciales o amparo directo, pueden ser impugnadas sentencias o resoluciones que pongan fin a un juicio o a un procedimiento seguido en forma de juicio, si se aduce, como tradicionalmente se hace, que el juzgador aplicó de manera inexacta la ley, por lo que, con ello, vulnera el co-

[35] Fix-Zamudio, *op. cit.*, p. 245.
[36] *Cfr.* Fix-Zamudio, *op. cit.* p. 249.
[37] *Cfr.* Couture, *op. cit.* p. 281, errores a los que comúnmente se les denomina, respectivamente, *in procedendo* e *in judicando*.

rrespondiente derecho constitucional consagrado en el artículo 14. En torno a esta "perversión" del juicio de amparo se han pronunciado muchas y diversas voces que, por el momento, no resulta pertinente citar.

Baste precisar que Rabasa sostiene que mediante la expresión del agravio consistente en la violación al artículo 14 constitucional por inexacta aplicación de la ley, resultado de una interpretación poco afortunada del texto de dicha prescripción, se emplea un subterfugio para convertir una controversia ordinaria en una controversia constitucional.[38] Al margen de lo anterior, es importante destacar que, por lo que hace a los juicios de constitucionalidad en materia electoral, el origen del principio de definitividad se remonta, precisamente, al juicio de amparo judicial o casación.

El fundamento de dicho principio rector del amparo estriba en que se considera al juicio constitucional como un medio extraordinario, *sui generis*, de invalidar los actos de las autoridades señaladas como responsables de la comisión de una violación a la Constitución. Esa característica de extraordinario reclama o exige que sólo se acuda a ese medio de impugnación o recurso cuando ya se hayan agotado o recorrido todas las jurisdicciones y competencias pertinentes para invalidar o modificar el acto que se considera que viola la Constitución.[39]

En virtud de lo anterior es posible sostener que, al igual que el juicio de amparo, los juicios de constitucionalidad en materia electoral, es decir, el de revisión constitucional electoral y el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, son considerados como medios de impugnación *extraordinarios* o *excepcionales*,[40] por lo que sólo es dable acudir a ellos cuando los remedios procesales previstos para conseguir la revocación o modificación del acto impugnado se han agotado.

Una característica notable de los juicios de constitucionalidad en materia electoral que los torna en verdaderos medios de impugnación y no sólo en recursos (por extraordinarios que puedan ser), es-

[38] *Cfr.* Fix-Zamudio, *op. cit.* p. 256.
[39] *Cfr.* Burgoa, *op. cit.* p. 282.
[40] *Cfr.* Tesis relevante S3EL 019/99.

triba en la necesidad de que la litis planteada en dichos juicios sea diferente a la planteada en el proceso previo. La diferencia, que no es poca, consiste en que la litis formulada ante la instancia constitucional debe tener por objeto, precisamente, una infracción o violación a la Constitución federal. De esa forma, el juicio o decisión primaria ha de recaer a esta litis constitucional, y sólo en caso de que se decida que, en efecto, la resolución impugnada o el proceso del que deriva sean violatorios de alguna norma constitucional federal, sólo entonces, y en ejercicio de la jurisdicción plena de la que goza en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, cabe una decisión en torno a la litis planteada en el proceso previo al constitucional.

Es por ello que, si bien se exige como presupuesto procesal o requisito de procedencia que se hayan agotado las instancias previas y pertinentes para combatir y conseguir la modificación o revocación del acto que se impugna, en las demandas de los juicios de constitucionalidad electoral no pueden ser esgrimidos los mismos agravios que se expresaron en dichas instancias previas, puesto que la litis es distinta. En las instancias previas los agravios manifestados no necesariamente han de girar en torno a la constitucionalidad del acto impugnado; pero en la instancia constitucional, evidentemente los agravios sólo pueden girar, en un inicio, en torno a la adecuación de la resolución dictada en la instancia previa a la Constitución federal. Sólo en caso de que se considere que los agravios de inconstitucionalidad son fundados, es posible analizar, en plenitud de jurisdicción, los agravios esgrimidos en contra del acto originalmente impugnado en el proceso previo.

Si el presupuesto procesal de la definitividad y firmeza del acto reclamado se traduce en una obligación de los sujetos legitimados, consistente en agotar o emplear, antes de iniciar alguno de los juicios de constitucionalidad en materia electoral, *todos* los recursos ordinarios o medios de impugnación *aptos* para conseguir la modificación o revocación de un acto o resolución electoral, el nacimiento y cumplimiento de tal obligación implica ciertos requisitos.

El primero de ellos consiste en que *existan* recursos o medios de impugnación para combatir el acto contra el que se inconforma el sujeto legitimado en el proceso. En otras palabras, para que nazca la obligación de agotar las instancias previas a la constitucional, es necesario que la ley (o, en su caso, la normatividad interna de los partidos políticos)[41] las prevea. Pero no es suficiente con la sola existencia de medios de impugnación o de recursos para combatir actos o resoluciones en materia electoral; es necesario que tales instrumentos procesales sean útiles o *aptos* para, en efecto, impugnar o combatir tales actos o resoluciones, y también para, en su caso, conseguir la satisfacción de la pretensión, es decir, los medios de impugnación o recursos deben ser mecanismos efectivos para alcanzar su propósito reparador. De nada serviría un medio o recurso para combatir un acto, si, no obstante su ejercicio, no existe posibilidad de que resulte útil para satisfacer la pretensión consistente en revocar o modificar dicho acto.

Así, para que el cumplimiento del requisito procesal de la definitividad sea exigible, es indispensable que las instancias previas a la constitucional que resulten agotables reúnan las dos siguientes características:[42]

a) Que sean las idóneas, conforme a las leyes locales respectivas, para impugnar el acto o resolución electoral de que se trate.
b) Que conforme a los propios ordenamientos sean aptas para modificar, revocar o anular a éstos.

El acento legislativo en la *aptitud* de las instancias previas para modificar o revocar los actos o resoluciones combatidos ha dado origen a que se interprete que existen dos versiones del concepto de *definitividad*.[43]

a) La formal, que postularía que el contenido del acto o resolución que se impugne no pueda sufrir variación alguna a través de la emisión de un nuevo acto o resolución que lo modifique, revoque o nulifique.

[41] El artículo 27.1. g) del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales prescribe que los estatutos de los partidos políticos deberán establecer sanciones aplicables a los miembros que infrinjan las disposiciones internas de los partidos políticos, así como los correspondientes medios y procedimientos de defensa.

[42] Jurisprudencia S3ELJ 18/2003.

[43] Jurisprudencia S3ELJ 01/2004.

b) La sustancial o material, que haría referencia a los efectos jurídicos o materiales que pueda surtir el acto o resolución de que se trate en el acervo sustantivo de quien haga valer el juicio de revisión constitucional electoral.

A la *idoneidad* del medio o recurso se aúna directamente la *pertinencia* del mismo, entendida como la calidad de "lo que viene a propósito". Es decir, además de ser idóneo para impugnar el acto o resolución, el medio o el recuso debe resultar *pertinente*, o sea que su agotamiento previo a la instancia constitucional no se traduzca en una amenaza seria a los derechos sustanciales que subyacen al litigio, en virtud de que los trámites de que conste y el tiempo necesario para llevarlo a cabo puedan implicar la merma considerable o hasta la extinción del contenido de las pretensiones o de sus efectos o consecuencias, por lo que el acto electoral impugnado se pueda llegar a considerar firme y definitivo.[44]

En caso de que el agotamiento de la instancia previa suponga un riesgo fundado y serio de que el acto que se combate adquiera, por el paso del tiempo el *status* de irreparable, por ejemplo, la obligación de agotar los medios o recursos ordinarios antes de acudir a los extraordinarios desaparece, por lo que al sujeto legitimado para impugnar el acto se le autoriza a acudir *per saltum* directamente a la instancia constitucional.

La *pertinencia* también se vincula con la utilidad, pues es factible que, en opinión del sujeto legitimado, con el medio o recurso no se pueda lograr la satisfacción completa, total y oportuna de las pretensiones jurídicamente tuteladas, ante lo cual dicho sujeto, al promover el respectivo juicio estará obligado a justificar su percepción de que el recurso o medio no es eficaz para la protección de sus derechos y por el contrario, propicia (o puede propiciar) la extinción de los mismos, lo que será objeto de estudio por parte del órgano jurisdiccional, a fin de verificar si la razón aducida, efectivamente conduce a la extinción del derecho, toda vez que en caso contrario no se justifica el salto a la jurisdicción.[45]

[44] Jurisprudencia S3ELJ 09/2001.
[45] *Cfr.* SUP-JDC-807/2002.

Puesto que la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación fijó el criterio de que el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano procede contra actos definitivos e irreparables de los partidos políticos,[46] los militantes de los partidos políticos, antes de promover dicho juicio, tienen la carga de agotar los medios de impugnación intrapartidarios, siempre y cuando cumplan la función de ser aptos para modificar, revocar o nulificar los actos y resoluciones contra los que se hagan valer.

Esta carga subsiste aún en los casos en los que no se prevea en norma interna alguna del partido político un plazo para resolver la *controversia* correspondiente pues debe entenderse que el tiempo para resolverla debe ser acorde con las fechas en que se realicen los distintos actos en cada una de las etapas de los procesos internos de selección de candidatos.[47]

No obstante lo anterior, la citada Sala ha prescrito que la obligación a cargo del militante consistente en agotar los medios de defensa intrapartidistas antes de acudir al juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano existe *siempre y cuando* se actualicen ciertos requisitos:

1. Los órganos partidistas competentes estén establecidos, integrados e instalados con antelación a los hechos litigiosos.
2. Se garantice suficientemente la independencia e imparcialidad de sus integrantes.
3. Se respeten todas las formalidades esenciales del procedimiento exigidas constitucionalmente.
4. Que formal y materialmente resulten eficaces para restituir a los promoventes en el goce de sus derechos político-electorales transgredidos.

Cuando falte algún requisito o se presenten inconvenientes a que su inexistencia da lugar, no existe el gravamen procesal indicado, sino que tales instancias internas quedan como optativas, ante lo cual el afectado podrá acudir directamente a las autoridades jurisdiccio-

[46] Jurisprudencia S3ELJ 03/2003.
[47] Jurisprudencia S3ELJ 05/2005.

nales, *per saltum*, siempre y cuando acredite haber desistido previamente de las instancias internas que hubiera iniciado, y que aún no se hubieran resuelto, a fin de evitar el riesgo de la existencia de dos resoluciones contradictorias.[48]

Finalmente, se exponen algunos criterios importantes en torno a este ámbito en el que rige el principio de definitividad:

- Debe considerarse satisfecho cuando el acto impugnado en el juicio de revisión constitucional electoral consista en la resolución dictada por un órgano jurisdiccional local que deseche un recurso o medio de defensa en la primera instancia, siempre y cuando concurran las circunstancias siguientes:
  1. Que un partido político promueva el citado juicio contra el desechamiento, y simultáneamente, *ad cautelam*, el recurso local que pudiera proceder (como el de reconsideración).
  2. Que antes de que el tribunal federal resuelva el juicio de revisión constitucional electoral, el tribunal local que conozca del recurso previsto en la legislación de la entidad federativa, lo deseche o declare improcedente.
  3. Que la resolución mencionada en el punto anterior se emita cuando ya sea prácticamente imposible tramitar, sustanciar y resolver el juicio de revisión constitucional electoral que eventualmente pudiera promoverse contra ésta, antes de la fecha constitucional o legalmente señalada para la instalación definitiva del órgano o la toma de posesión real de los funcionarios declarados electos o asignados.[49]
- El mencionado requisito debe tenerse por satisfecho si existe entre los actores litisconsorcio necesario y si el instituto político actor no agotó directamente la instancia previa local, pero sí su candidato.[50]

[48] Jurisprudencia S3ELJ 04/2003.
[49] Tesis relevante S3EL 007/98.
[50] Tesis relevantes S3EL 019/2004 y S3EL 042/2002.

- Cuando en fecha posterior a la interposición de una demanda surgen nuevos hechos estrechamente relacionados con aquellos en los que el actor sustentó sus pretensiones o se conocen hechos anteriores que se ignoraban, se debe admitir la necesidad de que la autoridad jurisdiccional del conocimiento le dé oportunidad de defensa respecto de los hechos novedosos o desconocidos, dado que no se puede exigir a los justiciables que se defiendan de lo que ignoran que existe o de hechos que puedan ocurrir en el futuro, porque esto implicaría propiamente exigir lo imposible, a lo que nadie está obligado. La ampliación de la demanda se justifica cuando tiene como propósito obtener la cabal y plena eficacia de las garantías de defensa y audiencia, sin que se obstaculice o se oponga a la impartición de justicia en forma pronta y expedita. Tales garantías no se infringen cuando los hechos novedosos o ignorados son conocidos por los actores con motivo de la vista de un informe circunstanciado y la documentación que se acompañe al mismo, y la autoridad responsable conozca la ampliación de la demanda a efecto de que pueda manifestar lo que estime conducente para sostener la constitucionalidad y legalidad de su acto, siempre y cuando la ampliación no conduzca a la invalidación de actuaciones legalmente realizadas o al retorno a etapas procesales anteriores; no constituya una segunda oportunidad de impugnación respecto de hechos ya controvertidos, ni se obstaculice o impida la solución de la controversia inicialmente planteada dentro de los plazos previstos en la ley.[51]
- Cuando en contra de un acto o resolución son admisibles tanto un medio de impugnación ordinario como otro extraordinario, pero se promueven simultáneamente, debe desecharse el segundo.[52]

Por último, es preciso hacer mención al hecho de que, al margen de los juicios de constitucionalidad, la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral también prescribe la

[51] Tesis relevante S3EL 008/2002.
[52] Jurisprudencia S3ELJ 16/2001.

regencia del principio de definitividad respecto del recurso de reconsideración y del juicio para dirimir los conflictos o diferencias laborales de los servidores del Instituto Federal Electoral.

El recurso de reconsideración procede contra dos diversos tipos de acto electoral, uno administrativo y otro jurisdiccional. En el primer caso, dicho recurso puede ser interpuesto en contra de la asignación que de diputados y senadores al Congreso de la Unión, en atención al principio de representación proporcional, lleve a cabo el Consejo General del Instituto Federal Electoral. En esta hipótesis de procedencia el recurso procederá si:[53]

- existe error aritmético en los cómputos realizados por el propio Consejo, o
- no se tomaron en cuenta las sentencias que, en su caso, hubiesen dictado las Salas del Tribunal, o
- se contravienen las reglas y fórmulas de asignación establecidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales.

A esta vertiente del recurso de reconsideración Galván Rivera[54] la considera un verdadero juicio o proceso de control de la constitucionalidad electoral, en tanto que al mismo recurso de reconsideración pero interpuesto en contra de las sentencias de fondo dictadas por la Sala Regional del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en los juicios de inconformidad, del que conoce la Sala Superior, lo considera un tradicional recurso de *alzada* o apelación.[55]

Dentro del capítulo III del título quinto de la citada ley procesal, denominado *De los Requisitos Especiales del Recurso*, el artículo 63.1. a) prescribe expresamente que para la procedencia del recurso de reconsideración, se deberá cumplir con, entre otros requisitos, el de haber agotado previamente en tiempo y forma las instancias de impugnación establecidas por dicha ley, lo que comúnmente se ha reconocido como el principio de definitividad.

[53] Artículo 62.1. b) I, II y III de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.

[54] Galván Rivera, Flavio (2006), *Derecho procesal electoral mexicano*, México, Porrúa, p. 649.

[55] "Recurso ordinario conferido al litigante que afirma haber sufrido algún agravio por la sentencia o resolución del juez inferior, para reclamar de ella y obtener su revocación por el superior", Couture, Eduardo J. (2004), *Vocabulario jurídico*, Buenos Aires, Bdef, p. 102; *Cfr.* Ovalle Favela, José (2003), *Derecho procesal civil*, México, Oxford University Press, p. 242.

Si se asume la distinción que Galván Rivera hace en torno al recurso de reconsideración, se habrá de convenir en que la prescripción antes referida es innecesaria, en virtud de que, respecto de dicho recurso, en su vertiente de juicio de constitucionalidad para impugnar la asignación que de diputados y senadores al Congreso de la Unión lleve a cabo el Consejo General del Instituto Federal Electoral, no existe instancia de impugnación alguna. Por otra parte, este medio de impugnación, no obstante su denominación, está lejos de ser un *recurso* y pues, propiamente, es un *proceso*. Por otra parte, el recurso de reconsideración, en su vertiente de recurso de alzada o apelación, en contra de las sentencias de fondo dictadas por las Salas Regionales en los juicios de inconformidad, no puede entenderse como tal, como *recurso* sin la existencia previa de un *proceso* o *juicio*.

De acuerdo con Ovalle Favela, los recursos son especies del género "medios de impugnación", y se caracterizan porque su interposición y resolución se lleva a cabo *dentro del mismo proceso*:

> Combaten resoluciones dictadas en el curso de [el proceso] o bien impugnan la sentencia definitiva, cuando todavía no es firme, abriendo una segunda instancia dentro del mismo proceso. No inician un nuevo proceso, sino que sólo continúan el que ya existe, llevándolo a una nueva instancia, a un nuevo grado de conocimiento. No plantean un nuevo litigio ni establecen una nueva relación procesal, sólo implican la revisión, el nuevo examen de la resolución recurrida. Las partes, el conflicto y la relación procesal siguen siendo los mismos.[56]

Así, el recurso de reconsideración en la vertiente indicada sólo es explicable y posible dentro de un proceso en contra de cuya sentencia se interpone: el juicio de inconformidad. Si en esta vertiente el de reconsideración es, en efecto, un auténtico *recurso* y puesto que éstos sólo existen dentro de un proceso o juicio, la prescripción del

[56] Ovalle Favela, *op. cit.*, nota 54, p. 233.

artículo 63.1.a) de la Ley General de Medios de Impugnación en Materia Electoral, consistente en indicar que para la procedencia del citado recurso un requisito indispensable consiste en haber agotado previamente en tiempo y forma las instancias de impugnación establecidas en la citada ley procesal, es innecesaria: si el de reconsideración es propiamente, en esta vertiente, un tradicional recurso de apelación,[57] si este recurso sólo procede en contra de una sentencia dictada al cabo de un proceso, para que proceda dicho recurso se debe haber seguido un proceso que haya concluido con una sentencia. En el caso de la reconsideración en materia electoral, dicho proceso al cabo del cual se dicta la sentencia objeto de impugnación en el referido recurso, es el juicio de inconformidad, por lo que la prescripción legal está de más.

En la referida Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral se localiza, finalmente, el artículo 96.2, que prescribe que un requisito de procedibilidad del juicio para dirimir los conflictos o diferencias laborales de los servidores del Instituto Federal Electoral consiste en que el servidor involucrado haya agotado, en tiempo y forma, las instancias previas que establezca el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales y el Estatuto del Servicio Profesional Electoral del propio Instituto, que son las normas que regulan, de acuerdo con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las relaciones laborales del citado Instituto con sus servidores.

Conforme al artículo 185 del Estatuto del Servicio Profesional Electoral y del Personal del Instituto Federal Electoral, en contra de las resoluciones que pongan fin al procedimiento administrativo que tiene como objeto resolver si ha lugar o no a la imposición de una sanción en contra del personal de carrera y administrativo del Instituto, procede el recurso de inconformidad, el cual se interpone ante la Secretaría Ejecutiva del mismo.[58] Las resoluciones recaídas al recur-

[57] Aunque con sus propias características: el recurso de reconsideración, en tanto que recurso de apelación, no puede ser interpuesto indistintamente por el actor y el demandado, sino únicamente por el primero y, en su caso, por el tercero interesado; además, sostiene Galván Rivera, dicho recurso es extraordinario, selectivo y de estricto derecho, lo que también lo diferencia de la tradicional apelación civil. *Cfr.* Galván Rivera, *op. cit.* p. 654.

[58] *Cfr.* García Escamilla, Georgina A. (2007), *Instituto Federal Electoral. Régimen laboral y de responsabilidades*, México, UBIJUS, p. 193.

so de inconformidad son impugnables mediante el juicio para dirimir los conflictos o diferencias laborales de los servidores del Instituto Federal Electoral, del que conoce en única instancia la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Conforme a lo anterior, es posible proponer, a manera de resumen, el siguiente cuadro.

Principio de definitividad					
Agotamiento de las instancias previas establecidas por las leyes, federales o locales, según corresponda, para combatir los actos o resoluciones electorales y en virtud de las cuales pudieran haber sido modificados, revocados o anulados.					
Medio de impugnación	Recurso de apelación	Recurso de reconsideración	Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano	Juicio de revisión constitucional electoral	Juicio para dirimir los conflictos o diferencias laborales de los servidores del Instituto Federal Electoral
			Instancia intrapartidista		
Instancias previas	Recurso de revisión	Juicio de inconformidad	Instancia de protección de los derechos político-electorales estatal o local Instancia administrativa federal	Instancia jurisdiccional estatal o local Instancia administrativa local	Recurso de inconformidad

LA FALTA DE LEGITIMACIÓN DE LAS AUTORIDADES JURISDICCIONALES PARA INTERPONER RECURSO DE REVISIÓN EN CONTRA DE SENTENCIAS DICTADAS EN EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO[1]

Miguel BONILLA LÓPEZ

SUMARIO. I. *Planteamiento del problema*. II. *Las objeciones*. III. *Crítica*. IV. *Las razones correctas*. V. *Conclusiones*.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El 24 de junio de 2003, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió la contradicción de tesis 44/98-PL, por mayoría de nueve votos. La jurisprudencia resultante dice así:

> REVISIÓN EN CONTRA DE LA SENTENCIA DE AMPARO DIRECTO E INDIRECTO. LOS ÓRGANOS JUDICIALES Y JURISDICCIONALES, INCLUSIVE LOS DEL ORDEN PENAL, CARECEN DE LEGITIMACIÓN PARA INTERPONERLA. Por regla general, la autoridad responsable en el juicio de amparo tiene legitimación para interponer la revisión con el propósito de que subsista el acto que de ella hubiera emanado, cuya inconstitucionalidad se cuestiona, lo cual es particularmente notorio tratándose de autoridades administrativas, que propugnan por el predominio de su pretensión en aras de la finalidad de orden público que persiguen; sin embargo, esto no sucede tratándose de las atribuciones que corresponden a las autoridades judiciales o jurisdiccionales, en virtud de que la característica fundamental de su función, conforme lo establece el

[1] Una primera versión, muy reducida, de este ensayo apareció en la revista *Lex. Difusión y análisis* de enero de 2007.

artículo 17 constitucional, es la completa y absoluta imparcialidad, el total desapego al interés de las partes, sean privadas o públicas, ya que sus resoluciones deben ser dictadas conforme a derecho y su actividad primordial se agota en el pronunciamiento de la sentencia. La imparcialidad del órgano jurisdiccional o judicial es una característica aceptada en el orden jurídico mexicano, aun tratándose del juez penal, puesto que conforme al artículo 102-A constitucional, la persecución de los delitos le corresponde al Ministerio Público –órgano administrativo– ante los tribunales; éstos tienen la función de decir el derecho entre partes contendientes de modo imparcial, y si bien es cierto que una de las funciones del juez penal, como la de cualquier otro juzgador, es la de velar por el interés público, esa tutela se encuentra limitada a su actuación como rector del proceso, sin que ese interés trascienda al juicio de amparo, pues en esa instancia corresponde a los órganos judiciales competentes la salvaguarda de las garantías individuales. Por otra parte, la existencia de algunos tipos penales establecidos en los artículos 215 y 225 del Código Penal Federal, como abuso de autoridad y delitos contra la administración de justicia no justifican la legitimación de los tribunales penales para interponer el recurso de revisión en contra de las sentencias que concedan el amparo respecto de sus resoluciones, ya que éstos no se configuran por el hecho de que un juez penal dicte resolución o sentencia, aparte de que la misma supuesta legitimación tendrían no sólo los jueces penales, sino los de todas las materias; con la salvedad de que si el titular –persona física– del órgano de autoridad es afectado en lo personal en la sentencia de amparo, como cuando en ella se le impone una multa, por tales afectaciones personales sí tiene legitimación para recurrir.[2]

Según se aprecia, conforme al criterio jurisprudencial los tribunales que tengan el carácter de autoridades responsables en el juicio de amparo indirecto –y hasta en el directo, aun cuando esta hipótesis no fue materia de la contradicción– carecen de legitimación para interponer revisión en contra de la sentencia que concede el amparo respecto de un acto por ellas dictado, "en virtud de que la característica fundamental de su función, conforme lo establece el artículo 17 constitucional, es la completa y absoluta imparcialidad".

[2] Contradicción de tesis 44/98-PL, entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado y el Primer Tribunal Colegiado del Octavo Circuito; la jurisprudencia y la ejecutoria se publicaron en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XVIII, julio de 2003, p. 23.

El anterior es un argumento de reducción al absurdo que amerita ser completado: la Corte supone que permitir que tal tipo de autoridad pueda interponer revisión sería tanto como permitir que trasgreda el principio de imparcialidad, pues si se deja que defienda la constitucionalidad de su propio acto reclamado, inclinaría la balanza a favor de aquella de las partes del juicio natural a la que dicho acto beneficia. Esta consecuencia sería inadmisible.

El criterio ha originado una fuerte oposición entre la comunidad judicial del país. Muchas son las voces que se han alzado en contra, sobre todo en el ámbito de los tribunales del orden común. Incluso, algunos siguen interponiendo recurso de revisión en contra de la sentencia que ampara respecto de alguna resolución suya, infructuosamente, claro.

A mi entender, los opositores parten de una idea incorrecta de la naturaleza del recurso de revisión; no obstante, no dejan de tener cierto atisbo de razón al criticar el criterio imperante. Como espero demostrar en este ensayo, la razón toral por la que los tribunales que tienen el carácter de autoridades responsables carecen de legitimación para interponer revisión contra la sentencia que concede el amparo respecto de resoluciones propias no es la que informa al criterio mayoritario del Pleno.

Examinaré aquí, en primer lugar, las objeciones que arguyen los detractores del criterio jurisprudencial, explicaré por qué no son atingentes y concluiré con la exposición de las razones que en mi concepto son las genuinamente válidas para definir la cuestión.

II. Las objeciones

El criterio ha encontrado dos críticas generales y una específica a la materia penal.[3] Entre las primeras se aduce un argumento de identidad de razón: si las autoridades jurisdiccionales son partes en el juicio de amparo, en acatamiento al principio de igualdad procesal de-

[3] Silvia Vergara Llano, "El recurso de revisión interpuesto por la autoridad responsable en el juicio de amparo de doble instancia (análisis y propuesta en asuntos penales)", publicado en la página electrónica siguiente: http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/refjud/cont/1/pjn/pjn6.htm y el voto particular de los ministros Guillermo Ortiz Mayagoitia y Humberto Román Palacios en la contradicción 44/98-PL.

ben contar con los mismos derechos procesales que cualquier otra parte, de modo que si al quejoso o al tercero perjudicado se permite la impugnación de la sentencia de amparo que les perjudica, lo mismo debe hacerse respecto de aquéllas.

Otro argumento general contra la jurisprudencia es de índole teleológico: la finalidad del recurso de revisión es, se afirma, que un tribunal de segundo grado examine la sentencia recurrida, a fin de constatar que no exista error de derecho. Así, si las autoridades judiciales hacen su trabajo con miras a satisfacer el imperativo de la verdad legal, permitir que impugnen las sentencias de amparo que conceden la protección constitucional respecto de un acto suyo, encontraría apoyo en que así se podrían "desfacer" los entuertos de una sentencia concesoria del amparo fincada en una incorrecta aplicación o indebida interpretación de la ley. Así, los jueces responsables no harían sino cumplir con su función de hacer valer la verdad legal.

La crítica específica a la materia penal es una variante de la anterior: la autoridad judicial del orden penal busca, además de la búsqueda de la verdad jurídica, garantizar los derechos de la sociedad y el interés público. Esto justificaría el interés legítimo en que su resolución subsista y, por ello, podría reclamar la sentencia de amparo que la hubiera nulificado.

III. Crítica

Ninguno de los argumentos reseñados en el apartado anterior resulta particularmente poderoso. Si bien se observa, los tres tienen como sustento una supuesta finalidad del recurso de revisión: que una instancia superior examine la corrección de una sentencia de primer grado. Tal sustento es erróneo, porque confunde el medio con el fin. La finalidad del citado medio impugnativo es reparar un agravio (vía el análisis de un tribunal superior, que es el medio) y justo esto es lo que no padece la autoridad judicial que tiene el carácter de autoridad responsable, en la generalidad de los casos. Así, si una sentencia de amparo no produce agravio al juez responsable, por más parte que sea dentro del juicio de garantías la igualdad procesal no puede llegar al extremo de que se le permita interponer revisión. Y como se verá, ni la vulneración de la verdad jurídica ni la de los derechos de

la sociedad son fuente de agravio para los jueces que dictan resoluciones contra las que se concede el amparo. La vulneración de la verdad jurídica es fuente de agravio para quienes litigan (el actor, el demandado, el inculpado) y la vulneración de los derechos de la sociedad lo es para quien sí tiene en sus manos velar porque el orden público no se quebrante, es decir, el Ministerio Público.

IV. Las razones correctas

Manuel Atienza ha escrito que al dar solución a un problema jurídico, uno debe plantearse todas y cada una de las posibles soluciones, a efectos de evaluarlas:

> desde todos los puntos de vista que [...] parezcan mínimamente plausibles. La mejor solución ha de ser la que, en su articulación y en sus consecuencias: A) resulte más coherente en relación con los principios jurídicos, las construcciones dogmáticas y el conocimiento fáctico disponible y relevante para la cuestión, y B) en consecuencia, pueda considerarse acreedora de un mayor consenso racional por parte de la comunidad jurídica.[4]

La solución dada por el Pleno al problema que aquí se examina es correcta en su sentido, pero se funda en una razón subsidiaria de otra que a mi entender constituye el verdadero basamento de que las autoridades responsables jurisdiccionales no puedan recurrir en revisión la sentencia que concede el amparo.

Al sustentarse en esa razón subsidiaria, se producen tres consecuencias indeseables: 1) deja de explicarse por qué la autoridad judicial sí puede interponer revisión cuando en la sentencia de amparo se le impone, por ejemplo, multa, hipótesis que claramente nada tiene que ver con la imparcialidad; 2) se olvida –ya se verá– una hipótesis en la que sí cabría la interposición de la revisión por parte de la responsable y que no puede ser explicada con arreglo a la violación al principio de imparcialidad, y 3) se soslaya el acervo jurisprudencial que la propia Corte ha establecido desde antaño, que más bien tiende a consentir la legitimación en ciertos supuestos bien acotados.

[4] Manuel Atienza, "Diez consejos para escribir un buen trabajo de dogmática", *Isonomía*, México, ITAM, núm. 3, octubre de 1995, p. 224.

Procedo, pues, a exponer las razones que estimo son las que sostienen la solución del Pleno.

Conviene tener presente el texto de diversos artículos de la Ley de Amparo; primeramente, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en los artículos 5o. y 11:

> Artículo 5o. Son partes en el juicio de amparo:
> I. El agraviado o agraviados;
> II. La autoridad o autoridades responsables;
> III. El tercero o terceros perjudicados, pudiendo intervenir con ese carácter:
>
> a) La contraparte del agraviado cuando el acto reclamado emana de un juicio o controversia que no sea del orden penal, o cualquiera de las partes en el mismo juicio cuando el amparo sea promovido por persona extraña al procedimiento;
> b) El ofendido o las personas que, conforme a la ley, tengan derecho a la reparación del daño o a exigir la responsabilidad civil proveniente de la comisión de un delito, en su caso, en los juicios de amparo promovidos contra actos judiciales del orden penal, siempre que éstas afecten dicha reparación o responsabilidad;
> c) La persona o personas que hayan gestionado en su favor el acto contra el que se pide amparo, cuando se trate de providencias dictadas por autoridades distintas de la judicial o del trabajo; o que, sin haberlo gestionado, tengan interés directo en la subsistencia del acto reclamado.
>
> IV. El Ministerio Público Federal, quien podrá intervenir en todos los juicios e interponer los recursos que señala esta Ley, inclusive para interponerlos en amparos penales cuando se reclamen resoluciones de tribunales locales, independientemente de las obligaciones que la misma Ley le precisa para procurar la pronta y expedita administración de justicia. Sin embargo, tratándose de amparos indirectos en materias civil y mercantil, en que sólo afecten intereses particulares, excluyendo la materia familiar, el Ministerio Público Federal no podrá interponer los recursos que esta ley señala.
>
> Artículo 11. Es autoridad responsable la que dicta, promulga, publica, ordena, ejecuta o trata de ejecutar la ley o el acto reclamado.

Por otra parte, el artículo 114, fracciones III, IV y V dispone:

> Artículo 114. El amparo se pedirá ante el juez de Distrito:
>
> III. Contra actos de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo ejecutados fuera de juicio o después de concluido.
> Si se trata de actos de ejecución de sentencia, sólo podrá promoverse el amparo contra la última resolución dictada en el procedimiento respectivo, pudiendo reclamarse en la misma demanda las demás violaciones cometidas durante ese procedimiento, que hubieren dejado sin defensa al quejoso.
> Tratándose de remates, sólo podrá promoverse el juicio contra la resolución definitiva en que se aprueben o desaprueben.
> IV. Contra actos en el juicio que tengan sobre las personas o las cosas una ejecución que sea de imposible reparación;
> V. Contra actos ejecutados dentro o fuera de juicio, que afecten a personas extrañas a él, cuando la ley no establezca a favor del afectado algún recurso ordinario o medio de defensa que pueda tener por efecto modificados o revocados, siempre que no se trate del juicio de tercería.

Además, debe tenerse presente el texto de los artículos 83, fracción IV, 88, párrafo primero, y 91, fracción I:

> Artículo 83. Procede el recurso de revisión:
>
> [...]
>
> IV. Contra las sentencias dictadas en la audiencia constitucional por los jueces de Distrito, o por el superior del tribunal responsable, en los casos a que se refiere el artículo 37 de esta Ley. Al recurrirse tales sentencias deberán, en su caso, impugnarse los acuerdos pronunciados en la citada audiencia.
>
> [...]
>
> En todos los casos a que se refiere este artículo, la parte que obtuvo resolución favorable a sus intereses, puede adherirse a la revisión interpuesta por el recurrente, dentro del término de cinco días, contados a partir de la fecha en que se le notifique la admisión del recurso, expresando los agravios correspondientes; en este caso, la adhesión al recurso sigue la suerte procesal de éste.
>
> Artículo 88. El recurso de revisión se interpondrá por escrito, en el cual el recurrente expresará los agravios que le cause la resolución o sentencia impugnada.

> Artículo 91. El tribunal en Pleno, las Salas de la Suprema Corte de Justicia o los tribunales colegiados de Circuito, al conocer de los asuntos en revisión, observarán las siguientes reglas:
>
> I. Examinarán los agravios alegados contra la resolución recurrida y, cuando estimen que son fundados, deberán considerar los conceptos de violación cuyo estudio omitió el juzgador.

También resulta importante tener en cuenta el contenido del artículo 87 de la misma Ley:

> Artículo 87. Las autoridades responsables sólo podrán interponer recurso de revisión contra las sentencias que afecten directamente al acto que de cada una de ellas se haya reclamado; pero tratándose de amparos contra leyes, los titulares de los órganos de Estado a los que se encomiende su promulgación, o quienes los representen en los términos de esta Ley, podrán interponer, en todo caso, tal recurso.
>
> Se observará lo dispuesto en el párrafo anterior, en cuanto fuere aplicable, respecto de las demás resoluciones que admitan el recurso de revisión.

Por último, también será de utilidad tener presente lo dispuesto en el artículo 37 del mismo ordenamiento:

> Artículo 37. La violación de las garantías de los artículos 16, en materia penal, 19 y 20, fracciones I, VIII y X, párrafos primero y segundo de la Constitución Federal, podrá reclamarse ante el juez de Distrito que corresponda o ante el superior del tribunal que haya cometido la violación.

De la lectura en conjunto de estos dispositivos, se sigue la regla general de que en el amparo indirecto en el que se reclaman cualquiera de los actos a que se refieren las fracciones III, IV y V del artículo 114 de la Ley de Amparo, la autoridad responsable –sea ésta un órgano jurisdiccional mixto o especializado en las materias civil, laboral, administrativa o penal–, si bien es parte, carece de legitimación para interponer revisión en contra de la sentencia dictada por el juez de amparo (o el superior del tribunal responsable en los casos del artículo 37 del mismo ordenamiento) en la audiencia constitucional, salvo que en el fallo se restrinja su ámbito de competencia, al menoscabar la facultad o atribución que en derecho le corresponde,

o si se resuelve imponerle multa o cualquier otra sanción que el juez del conocimiento estime procedente.

Para demostrar el aserto anterior, primero hay que reconocer que los tribunales en general tienen el carácter de partes dentro del juicio de amparo, como autoridades responsables, si se reclama un acto suyo, como ocurre cuando, como en los casos que dieron origen a las sentencias contradictorias, se promueve el amparo en la vía indirecta en contra de autos de término dictados por jueces de proceso, o resoluciones que confirman dichos autos emitidas por tribunales de apelación.

El texto terminante del artículo 5o., en consonancia con el del 11 y el 14 en sus fracciones III, IV y V, bastan para fundarlo.

En segundo lugar, también debe reconocerse que en cuanto partes, gozan de todos los derechos que la ley otorga a los de su clase, aunque en los términos y alcances previstos por el mismo legislador.

Uno de los derechos que el legislador otorga a las partes es el de estar facultadas para interponer el recurso de revisión en contra de las sentencias dictadas en la audiencia constitucional por los jueces de distrito, o la autoridad que hubiese conocido del amparo en el caso previsto en el artículo 37, según lo dispuesto en los artículos 83, 87 y 88 de la Ley de Amparo.

Esta facultad, empero, está condicionada, en el caso de las responsables y en el de las demás partes que intervienen en el juicio de garantías, por el agravio que les infrinja la sentencia, dadas las consideraciones que la fundamentan y motivan y los puntos resolutivos que de ella derivan. El recurso de revisión, como cualquier medio de impugnación de su tipo, está encaminado a combatir una resolución en tanto afecta el interés jurídico de una de las partes, afectación que esa parte, precisamente ella, supone contraria a derecho.

Por ello, al resolver la revisión, el tribunal *ad quem*, de estimar que no existe afectación o que, de existir, ésta no es ilegal, confirma la resolución recurrida; en caso contrario, la revoca o modifica.

Esto encuentra apoyo objetivo en el articulado de la Ley de Amparo. Conforme al numeral 88, en su primer párrafo, quien recurra debe expresar agravios (entendidos en su doble acepción de motivos de queja respecto de la resolución y de forma en que se plasman por escrito); mientras que el artículo 91 obliga al tribunal de alzada a examinar los agravios (otra vez, entendidos en esa doble acepción).

El último párrafo del artículo 83, al permitir la figura de revisión adhesiva, supone, también, la existencia de agravios.

La noción de agravio, entonces, es determinante para examinar la procedencia de un recurso, la legitimación de quien lo interpone y la legalidad o ilegalidad de la resolución recurrida.

En la doctrina procesal y en la jurisprudencia de los tribunales federales, el agravio, en materia de recursos y en materia específica del recurso de revisión, ha sido definido como la afectación en la esfera jurídica que sufre una de las partes que intervienen en un juicio, producida por una sentencia. Dicha afectación se traduce en la carga u obligación que pesa sobre esa parte para ejecutar o consentir una cosa.

El agravio, entonces, es el menoscabo, la lesión, el perjuicio en los derechos que sufre una parte y de la cual se queja, en calidad de recurrente, ante un juez superior, por habérselo causado el inferior.

Sobre este aspecto, en vía de ejemplo y en lo conducente, cabe citar los siguientes criterios jurisprudenciales, de entre un copioso elenco:

> AGRAVIOS. Se entiende por agravio la lesión de un derecho cometida en una resolución judicial, por haberse aplicado indebidamente una ley, o por haberse dejado de aplicar la que rige el caso, por consiguiente, al expresarse cada agravio, debe el recurrente precisar cuál es la parte de la sentencia que lo causa, citar el precepto legal violado y explicar el concepto por el cual fue infringido, no siendo apto para ser tomado en consideración, en consecuencia, el agravio que carezca de estos requisitos.[5]
>
> AGRAVIOS EN LA REVISIÓN EN AMPARO, Y EN LA APELACIÓN. La Suprema Corte ha establecido: "Se entiende por agravio, la lesión de un derecho cometida en una resolución judicial, por haberse aplicado indebidamente la ley, o por haberse dejado de aplicar la que rige el caso; por consiguiente, al expresar cada agravio, debe el recurrente precisar cuál es la parte de la sentencia que lo causa, citar el precepto legal violado y explicar el concepto por el cual fue infringido, no siendo apto para ser tomado en consideración, el agravio que carezca de estos requisitos". Ahora bien, esta tesis ha sido puntualizada y aclarada en el sentido de que fue elaborada únicamente con referencia a la revisión en el juicio de amparo y a los requisitos que en ella se deben observar, por lo cual no es aplicable al recurso de apelación ordinaria que, dado el sistema del Código –Común– de Procedimientos Civiles, no exige ese triple requisito formal.[6]
>
> AGRAVIOS, REQUISITOS DE LOS. Se entiende por agravio la lesión de un derecho cometida en una resolución judicial por haberse aplicado indebidamente la Ley, o por haberse dejado de aplicar la que rige el caso, por consiguiente al expresarse cada agravio, debe el recurrente precisar cuál es la parte de la sentencia que lo causa, citar el precepto legal violado y explicar el concepto por el cual fue infringido, no siendo apto para ser tomado en consideración, en consecuencia, el agravio que carece de estos requisitos.[7]

[5] Tesis de la Segunda Sala, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, sexta época, vol. XLVII, tercera parte, p. 19.

En este orden, si el acto procesal conlleva un agravio, procede el recurso que prevea la ley en su contra; se legitima para interponerlo quien sea susceptible de padecerlo, y cabe examinar si el acto resulta acorde o no con el derecho.

Esta misma línea de pensamiento es la que anima al artículo 87 de la Ley de Amparo, en consonancia con el 88 y el 91: si se permite que la autoridad responsable pueda recurrir en revisión la sentencia del juez de distrito, se permite sólo en tanto es factible hablar de que la resolución le agravie, le pare perjuicio, y por ello es que la ley expresamente dispone que sólo podrá hacerlo cuando la sentencia de amparo afecte directamente el acto que de ella se reclamó, no el de otra autoridad.

Resulta oportuno plantear algunos ejemplos para comprender de mejor manera lo expuesto hasta aquí.

Si en una sentencia de amparo se resuelve negar éste, el efecto para el quejoso es el de soportar, padecer, consentir que el acto reclamado se ejecute o que siga ejecutándose en su contra; existe, pues, afectación de su interés jurídico y por ello es que se permite recurrir esa resolución, y que esté legitimado para que un tribunal de alzada examine si la sentencia denegadora está ajustada a derecho o no.

De igual manera, en el amparo indirecto en el que exista tercero perjudicado, de llegar a otorgarse la protección de la justicia de la

[6] Tesis de la antigua Tercera Sala, en el *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, t. CXXIV, p. 913.

[7] Tercera Sala, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, t. CXIX, p. 2457.

Unión solicitada por el quejoso, la consecuencia directa e inmediata será que dicho tercero deba consentir un estado de cosas que antes no existía y privarse de uno preexistente; por ello, también está legitimado para recurrir el fallo protector.

Así, la revisión en contra de las sentencias pronunciadas por el juez de distrito en la audiencia constitucional, o por el superior del tribunal responsable en la hipótesis prevista en el artículo 37, tiene por objeto que el tribunal revisor examine el alegato del recurrente en el sentido de que en el fallo impugnado le resulta adverso y le causa agravio –una carga–, porque en él se aplicó una norma incorrectamente o una norma inaplicable, o se dejó de aplicar la norma aplicable, o de que en él se aplicaron incorrectamente los principios lógicos de apreciación de los hechos y de subsunción en la norma, o por adolecer de un vicio de forma originada por un error *in procedendo*.

En estos ejemplos es comprensible que dichos sujetos procesales tengan legitimación para recurrir. La sentencia que no acoge su pretensión, les agravia; y dicho agravio puede tener origen en hipótesis diversas, como las expuestas en el párrafo que antecede: el juez, en la sentencia, interpretó incorrectamente la ley aplicable y concedió el amparo; luego, le para un perjuicio al tercero perjudicado. O el juez dejó de aplicar una jurisprudencia y negó el amparo al quejoso; en consecuencia, lo agravia. En estos supuestos, es claro que ese tercero, ese quejoso tendrá legitimación para recurrir la sentencia de amparo, pues les impone una carga, un agravio derivado de lo que a su juicio constituye un proceder erróneo del juez de garantías en la apreciación de los hechos o en la interpretación de la norma.

En cambio, cuando la sentencia es por completo favorable al quejoso, no cabe que la recurra. Si, por el contrario, la sentencia le es completamente adversa, podrá recurrirla. Y viceversa: en el primer caso, el tercero sí podrá recurrirla, no así en el segundo. Esto es así porque falta el agravio.

Incluso, cuando la resolución favorece sólo parcialmente, como en el supuesto de que se conceda el amparo, pero no respecto de todos los actos que se reclaman o en el efecto deseado, el quejoso puede válidamente impugnar la sentencia; como sea, no obtuvo todo lo que pidió, debe consentir un estado de cosas, esto es, sufre un agravio, y podrá defenderse con argumentos tendientes a demostrar,

por ejemplo, que el juez de distrito le aplicó una ley inaplicable o que fue mal interpretada la que se le aplicó.

Sólo en el caso de que la sentencia, según su sentido, beneficie al quejoso o al tercero perjudicado, podrán éstos recurrirla si estiman que las consideraciones que la sostienen no son suficientes o correctas, a fin de reforzar tales consideraciones, y otra de las partes legitimadas ha impugnado el fallo, pero esta hipótesis está justificada por la eventualidad de que el tribunal revisor lo modifique y dicte uno nuevo que no sea favorable a quien originalmente se vio beneficiado. Esta es una excepción que el propio legislador ha establecido al principio general de que debe asistir interés jurídico, por razón de sufrir un agravio, a quien pretenda impugnar una sentencia. En este supuesto, incluso, el quejoso o el tercero podrán introducir cuestiones respecto de las cuales ya estaban conformes.[8]

Todo esto, por lo demás, guarda consonancia con el espíritu que anima al juicio de garantías, el cual sólo puede promoverse y seguirse a instancia de parte agraviada, por lo que si esto rige a lo general que es el juicio, con mayor razón a lo accesorio, que son los recursos que de él pueden derivarse. Puede afirmarse, entonces, que así como en el juicio de garantías el interés es la medida de la acción del quejoso, en los recursos previstos en el curso del mismo juicio, el agravio es la medida en que cualquiera de las partes intervenientes pueden impugnar las resoluciones.

Cabe citar aquí, por su evidente correspondencia con lo expuesto, la siguiente tesis aislada:

> LEGITIMACIÓN PARA LA ACCIÓN DE AMPARO Y RECURSOS Y ACCIONES INCIDENTALES. La legitimación, para iniciar y seguir el recurso de garantías, debe fundarse en la ofensa, lesión o agravio, causado por acto de autoridad o por la ley, al interés del particular, moral o físico, sea de naturaleza jurídica o patrimonial: y esa legitimación para lo principal, lógicamente se requiere para todas las incidencias o recursos que puedan ser propuestos, durante el curso del juicio o terminado éste, así sean, por razón de legitimación

[8] Véase, por ejemplo, la tesis CXLIII/96 del Pleno, en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. IV, noviembre de 1996, p. 141, de rubro: "REVISIÓN ADHESIVA. QUIEN LA HACE VALER PUEDE EXPRESAR AGRAVIOS TENDIENTES NO SÓLO A MEJORAR LAS CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA EN LA PARTE RESOLUTIVA QUE LE FAVORECE, SINO TAMBIÉN A IMPUGNAR LAS DE LA PARTE QUE LE PERJUDICA".

> y de igualdad, partes principales en la controversia constitucional, terceros perjudicados o terceros extraños; y de no llenarse esos requisitos básicos, surge ineludiblemente la improcedencia, sea también de la acción principal, recursos y acciones incidentales, en los términos del artículo 74 de la Ley de Amparo, ya que puede ocurrir que no se compruebe la afectación de los intereses jurídicos del quejoso; que el acto reclamado haya sido consentido, tácita o expresamente; que haya cambiado la situación jurídica del acto impugnado o dejado éste de surtir efectos por extemporaneidad de la demanda y otras causas. La legitimación por consecuencia, que requieren la acción de amparo, y los recursos o incidentes que surjan en la controversia o terminada ésta, no es otra, fundamentalmente que la lesión u ofensa de un derecho constitutivo del agravio que deba ser reparado por anticonstitucional o ilegítimo.[9]

En ciertos casos, la ley permite expresamente que algunos sujetos, incluso sin un interés directo, puedan recurrir en revisión las sentencias de los jueces federales. Tal es el supuesto de las autoridades que promulgan las leyes que han sido objeto de examen en una sentencia de amparo, quienes sí podrán recurrir, dados los términos de la parte final del primer párrafo del artículo 87. Cuando esto ocurre, la propia ley se encarga de explicitarlo.

Ahora bien, en otros casos, la ley *limita* expresamente la posibilidad de interponer revisión a alguna de las partes que intervienen en el juicio de garantías, precisamente porque no hay ningún interés que detenten y deban salvaguardar de la posible infracción del juzgador de amparo: el Ministerio Público Federal, por ejemplo, está facultado para interponer recursos, salvo en los amparos indirectos en materias civil y mercantil, en que sólo afecten intereses particulares, excluyendo la materia familiar; así lo manda el artículo 5o., fracción IV del ordenamiento en comento.

Otro ejemplo de prohibición expresa es el artículo 87, que impide a las autoridades responsables recurrir en revisión la sentencia que afecta un acto que no es propio –es decir, que no afecte directamente el acto que de ella se reclamó– aunque estén vinculadas en mayor o menor grado con él; los ejemplos consignados en la jurisprudencia son múltiples, verbigracia, el de la autoridad ejecutora que pretende

[9] Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, t. CXXX, p. 117.

impugnar parcialmente la sentencia que concede la protección federal, si hace valer agravios referidos al estudio indebido de causales de improcedencia aducidas en su informe justificado, sin exponer argumentos contra el fondo del asunto, si el amparo fue concedido por razón de la inconstitucionalidad de una ley y no por vicios propios del acto de aplicación atribuido a la ejecutora.

Ahora bien, la afectación exigida por el artículo 87 de la Ley de Amparo, además de estar condicionada necesariamente a que el acto que se reclama de la autoridad responsable sea propio de ella y no de otra, no puede desvincularse de la repercusión que la sentencia de amparo tenga en su esfera jurídica, esto es, que la sentencia le irrogue perjuicio, pues así como el gobernado tiene legitimación para interponer el recurso de revisión sólo cuando la sentencia afecta su interés jurídico, la autoridad responsable la tiene para recurrir el fallo sólo cuando éste la agravie, y por ello es que se exige que para recurrir debe expresar agravios (entendidos en esa doble acepción a la que se ha hecho referencia).

Debe precisarse cuándo se puede hablar de que la sentencia de amparo agravie a la autoridad responsable, y ello ocurre cuando por su virtud 1) se restrinja su ámbito de competencia o se menoscabe la facultad o atribución que en derecho le corresponde, o 2) cuando en la propia sentencia de amparo se resuelve imponerle multa o cualquier otra sanción que el juez del conocimiento estime procedente. Lo primero, porque mina su capacidad de ejercicio, el cúmulo de atribuciones que conforman su ser jurídico, su naturaleza en cuanto órgano estatal; lo segundo, porque afecta al individuo que encarna al órgano del Estado en cuanto obró como tal. En estas dos hipótesis, es claro que se les impone una carga, en el sentido apuntado párrafos atrás.

De no ser por esas causas, no cabe hablar de agravio en perjuicio de la autoridad responsable, por más que se haya concedido el amparo respecto del acto que se le reclamó y por más que las consideraciones en que descanse la concesión del amparo sean erróneas. Consecuentemente, en el evento de no acaecer alguna de las causas expuestas, no cabe tenerla por legitimada para recurrir en revisión un fallo de amparo.

Por regla general, la autoridad responsable en el juicio de amparo tiene legitimación para interponer la revisión con el propósito de que subsista el acto que de ella hubiera emanado, y cuya inconstitucionalidad

lidad se cuestiona. Esto es claro en el caso de autoridades administrativas, dadas sus atribuciones en relación con los particulares o gobernados y la *res pública.* La regla es que la autoridad administrativa pugne por el predominio de su pretensión en aras de la finalidad de orden público que persigue, inclusive sobre el interés privado, como cuando el Presidente priva de sus derechos a los particulares por exigirlo así necesidades de orden público, tal como acontece en los casos de expropiación por causa de utilidad pública, de dotación y restitución de tierras, de revisión de concesiones que hayan traído por consecuencia el acaparamiento de tierras, aguas y riquezas naturales de la nación, por una sola persona o sociedad, supuestos todos ellos en los que la propia Constitución autoriza a dicho ente a actuar en contra del interés particular.

Pero lo anterior no acontece cuando se trata de autoridades judiciales o jurisdiccionales, y se reclama de ellas, con motivo de un juicio, alguno de los actos a que se refieren las fracciones III, IV y V del artículo 114 de la Ley de Amparo.

Efectivamente, cuando se reclama, en vía de ejemplo, un acto dictado en juicio y el juez de amparo determina conceder la protección federal, basado en una interpretación errónea de la ley o en la indebida apreciación de hechos, a quien se afecta no es a la autoridad responsable, que nada resiente en sus atribuciones ni derechos en cuanto órgano jurisdiccional ni en cuanto a la persona que lo encarna; pues la sentencia de amparo en la que se determina conceder la protección constitucional, sobre la base de cierta interpretación de la ley sustantiva o, incluso, procedimental, distinta de la hecha por el tribunal responsable, no causa agravio alguno a éste, como sí lo causaría, en el ejemplo, al tercero perjudicado, quien habrá de consentir en un nuevo estado de cosas, inexistente hasta ese momento, y que le perjudica.

Ahora, si éste consintiera el fallo de amparo, ¿quién más tendría interés en pedir se revisara? Nadie, y menos aún el tribunal responsable, pues de hacerla rompería con la imparcialidad que le es obligada.

La actuación de los tribunales queda agotada, pues, con la emisión de la sentencia que dirime el conflicto; su actuación, regida entre otros principios por el de imparcialidad, termina allí. El interés para que subsista o no su determinación corresponde sólo a las partes contendientes, que pueden sentirse lesionadas en sus derechos.

En el caso de las sentencias de amparo, cuando el acto reclamado es de un tribunal, el interés de que subsista o no el fallo federal, corresponde sólo a quienes sufren un perjuicio efectivo, que por regla general y casi absoluta sólo pueden serlo el quejoso o el tercero perjudicado, y quienes, por ello, son los únicos que tendrían interés en que subsistiera o no la sentencia de amparo (salvo, como se ha dicho, en la propia sentencia se impusiera alguna sanción a la responsable o se estableciera un límite a su competencia).

De esta suerte, permitir que el tribunal o juez responsables, en los casos de que el amparo se pida en su contra con motivo de un juicio ante ellos seguido, puedan sin necesidad de agravio, recurrir en revisión la sentencia de amparo que, por su sentido, agravie al quejoso o al tercero perjudicado, sería tanto como permitir que se sustituyera a estos sujetos procesales, según resultaran favorecidos o no, para demostrar la ilegalidad de la sentencia federal, por razón de la incorrecta aplicación de la ley o la indebida apreciación de los hechos y, así, tomar partido –en suma, despojarse de su imparcialidad– por alguna de las partes contendientes en el juicio natural, sea ésta civil, laboral o administrativo y hasta penal, caso éste en el que el órgano jurisdiccional responsable se arrogaría, indebidamente, el papel de coadyuvante del reo, del Ministerio Público o del ofendido, según el caso. Pero la imparcialidad, como dije desde el principio, es una razón subsidiaria de la real: la existencia de agravio es lo que determina la legitimación.

Los tribunales, pues, no pueden alegar agravios que sustancialmente corresponde invocar al quejoso o al tercero perjudicado.

Un argumento adicional para sostener que la facultad de interponer revisión debe acotarse: las sentencias recurribles en revisión, según el artículo 83, fracción IV, de la Ley de Amparo pueden ser dictadas por un juez de distrito o bien por el superior, el tribunal responsable, si se trata del supuesto contenido en el artículo 37 del mismo ordenamiento.

Conforme a este dispositivo, la violación de las garantías de los artículos 16, en materia penal, 19 y 20, fracciones I, VIII y X, párrafos primero y segundo, constitucionales, puede ser reclamada por el quejoso ante el superior del tribunal responsable.

Supóngase que en una entidad federativa, se pide amparo, precisamente por violación de tales garantías, respecto de alguna resolución dictada por un juez de primera instancia. El amparo se promueve

ante su superior, verbigracia, una de las Salas del respectivo tribunal superior de justicia. Ésta concede el amparo. De admitir que las responsables que tienen el carácter de órganos jurisdiccionales pueden recurrir las sentencias que conceden el amparo respecto providencias suyas, se llegaría al absurdo de que, en casos como el relatado, un tribunal inferior, sometido a la jurisdicción de alzada, pudiese controvertir la determinación, correcta o incorrecta, pero de rango mayor, del tribunal superior. Esto es inaceptable.

En otro orden, no cabe admitir un posible interés abstracto en beneficio de la interpretación correcta de la ley, de los derechos de la sociedad o del orden constitucional, para sostener que en pos de él, la autoridad judicial responsable pudiera recurrir la sentencia de amparo que se basa en una incorrecta inteligencia de la norma jurídica, puesto que el papel de los órganos jurisdiccionales no es ese, sino el de dirimir imparcialmente controversias jurídicas concretas, referidas a personas y cosas específicamente considerados, y la noción de agravio, para los efectos de la procedencia de los recursos previstos en la Ley de Amparo, como se ha visto, está restringida a una afectación de carácter más bien directo y concreto, que no indirecto y abstracto.

Por lo demás, consentir en que la autoridad judicial responsable pudiera recurrir la sentencia de amparo que nulificara alguna de sus resoluciones, sin necesidad de agravio –en el sentido apuntado a lo largo de este considerando– y simplemente por estimar que el fallo de amparo está basado en apreciaciones incorrectas de la ley, multiplicaría injustificadamente el número de los recursos de revisión y prolongaría la duración normal de los juicios de garantías, haciendo más difícil la tarea de impartir justicia, pues es natural que a quien se le ha dicho que su interpretación es errónea, busque una instancia para controvertirlo e intentar validar su propio punto de vista; esto, sin embargo, no es el fin que persigue el sistema de recursos que prevé la Ley de Amparo y mucho menos el fin que se persigue con el recurso de revisión, el cual, como se ha demostrado, tiene como propósito, exclusivamente, enmendar los posibles agravios que pudieran sufrir las partes que intervienen en el juicio de garantías.

Podría decirse, por último, que los tribunales responsables tendrían un interés legítimo para recurrir la sentencia de amparo que nulificara sus resoluciones, consistente en defender la constitucionalidad de sus actos y liberarse de cualquier tipo de responsabilidad.

Sin embargo, el juicio de amparo, ni por su teleología ni por su objeto, es el medio para que los funcionarios públicos se descarguen de la responsabilidad en que pudieran incurrir en el desempeño de sus funciones, amén de que no necesariamente el que se concediera el amparo respecto de alguna resolución suya, significaría que habrían incurrido en responsabilidad.

Consecuentemente, aun cuando la autoridad responsable es parte en el juicio constitucional y como parte puede interponer los recursos previstos por el mismo, ha de considerarse que ello es correcto como regla general, pero cuando se trata de autoridades responsables judiciales o jurisdiccionales y en la sentencia de amparo que emite el juez de distrito no se cuestiona de ellas ninguna atribución legal ni se les impone sanción alguna, carecerán de legitimación para interponer el recurso.

De no estimarlo así, se llegaría a las siguientes consecuencias inadmisibles: 1) se trastocaría el sistema de los medios de impugnación previstos en la Ley de Amparo, que requieren, necesariamente, de la existencia del agravio, entendido como carga; 2) se vulneraría el principio de imparcialidad que, constitucionalmente, debe imperar en el proceder de los tribunales; 3) se pondrían las condiciones para aumentar considerablemente el número de los recursos promovidos ante las instancias federales, con el correspondiente aumento injustificado de su carga de trabajo.

Así, por regla general los órganos jurisdiccionales señalados como autoridades responsables en los juicios de amparo indirecto seguidos en contra de los actos previstos en las fracciones III, IV y V del artículo 114 de la Ley de Amparo, carecen de legitimación para interponer el recurso a que se refiere la fracción IV del artículo 83 de la Ley de Amparo, en tanto les falta interés para pugnar por la subsistencia del acto reclamado. Sólo dos excepciones cabe hacer a esta regla general, y que legitima a las autoridades responsables jurisdiccionales a recurrir en revisión la sentencia de amparo dictada en la audiencia constitucional: en el caso de que en ella 1) se afecte su esfera de competencia o la facultad o atribución que en derecho le corresponde, o 2) cuando en la propia sentencia de amparo se resuelve imponerle multa o cualquier otra sanción que el juez del conocimiento estime procedente.

El criterio sostenido aquí es consistente, en lo que interesa, con diversos precedentes fallados por la Suprema Corte de Justicia de la

Nación, en distintas épocas del *Semanario Judicial de la Federación*, en las que se ha establecido, justamente, la idea de imparcialidad como límite de la actuación de los tribunales cuando impugnan sentencias que nulifican resoluciones propias, pero sobre todo, la necesidad de agravio para que puedan hacerlo:

> REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO. LAS AUTORIDADES JURISDICCIONALES RESPONSABLES CARECEN DE LEGITIMACIÓN PARA INTERPONERLA. Es cierto que las autoridades responsables son parte en el juicio de garantías y que, por tal razón, en términos generales y conforme a lo dispuesto en los artículos 107, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 4o., 5o., fracción II, 11, 83, fracción V y 87 de la Ley de Amparo, pueden válidamente intervenir en el juicio de garantías e interponer los recursos establecidos en la ley, pero también es cierto que las autoridades responsables que ejercen funciones jurisdiccionales carecen de legitimación para recurrir en revisión las sentencias de amparo directo dictadas por un Tribunal Colegiado de Circuito que efectuó consideraciones sobre la inconstitucionalidad de la ley aplicada en la resolución reclamada, ya que este tipo de autoridades tienen como característica esencial la imparcialidad que es intrínseca a la función jurisdiccional. En efecto, estas autoridades tienen como finalidad la búsqueda de la verdad jurídica mediante el ejercicio de la función de decir el derecho entre las partes contendientes, con la única y exclusiva pretensión de administrar justicia y garantizar los derechos de la sociedad y el interés público, lo que les impide asimilarse a las partes. Por ello, las autoridades judiciales, inclusive las del orden penal, no pueden válidamente recurrir en revisión la ejecutoria dictada en el juicio constitucional que declara la inconstitucionalidad de la resolución impugnada en la vía de amparo directo, pues con ello están favoreciendo a una de las partes contendientes con el correlativo perjuicio de la otra, demeritando así el deber de imparcialidad que la ley les impone y violando las obligaciones legales que les incumben como resolutorias, intérpretes y aplicadoras de la ley, ubicándose oficiosamente, además, como coadyuvantes del Ministerio Público y de la parte ofendida, lo cual resulta contrario a los principios que la doctrina, la ley y la jurisprudencia han reconocido en favor del reo.[10]

> INSTITUTO MEXICANO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL. ESTÁ LEGITIMADO PARA INTERPÓNER EL RECURSO DE REVISIÓN EN EL JUICIO DE AMPARO, AUN EN EL

[10] Pleno, la tesis LI/98, en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. VIII, julio de 1998, p. 32.

> CASO DE QUE HAYA EJERCIDO FUNCIONES MATERIALMENTE JURISDICCIONALES EN LAS CONTROVERSIAS DE SU CONOCIMIENTO. El Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial es un órgano administrativo subordinado jerárquicamente al Ejecutivo Federal con atribuciones específicas de tipo administrativo tendentes a proteger la propiedad industrial, así como a prevenir y sancionar los actos que atenten contra ella. En estas condiciones, si el mencionado instituto, por un lado, carece de libertad o autonomía de criterio para dictar sus resoluciones, aun en aquellos casos en que debe oír a particulares como contrapartes y, por otro, tiene como interés preponderante resguardar los objetivos administrativos de orden público que se le encomiendan legalmente, se concluye que está legitimado para interponer el recurso de revisión en contra de las sentencias dictadas en los juicios de amparo donde figure como autoridad responsable, inclusive en los casos en que haya emitido actos materialmente jurisdiccionales, ya que no es un tribunal judicial ni jurisdiccional, sino un organismo descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propios que, entre otras facultades, tiene la de sustanciar los procedimientos de nulidad, caducidad y cancelación de los derechos de propiedad industrial, formular las resoluciones y emitir las declaraciones administrativas correspondientes. Lo anterior se corrobora con la interpretación que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha hecho de los artículos 107, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 4o., 83, fracción IV y 87 de la Ley de Amparo, en el sentido de que aun cuando es cierto que las autoridades responsables en el juicio de amparo tienen legitimación para interponer la revisión, con el propósito de que subsista el acto que de ella hubiera emanado, lo cual es particularmente notorio tratándose de autoridades administrativas, también lo es que carecen de esa legitimación para interponer el recurso de revisión las autoridades judiciales o jurisdiccionales, pues aquéllas constituyen un poder independiente del Ejecutivo, y éstas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73, fracción XXIX-H, de la Constitución federal, son órganos que dicen el derecho con autonomía de criterio, aunque formalmente estén dentro de la administración pública; además, la característica fundamental de la función de ambas autoridades, consiste en la imparcialidad, es decir, en el total desapego al interés de las partes, sean privadas o públicas. Consecuentemente, como el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial no es un tribunal jurisdiccional, sí tiene legitimación para interponer la revisión en amparo.[11]

[11] Segunda Sala, jurisprudencia 37/2002, en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XV, mayo de 2002, p. 133.

AUTORIDADES RESPONSABLES, REVISIÓN INTERPUESTA POR LAS. La cuestión relativa a si las autoridades responsables pueden recurrir en revisión los fallos dictados por los jueces de distrito, ha sido ya resuelta en sentido afirmativo, valiéndose de este silogismo: todas las partes pueden interponer los recursos establecidos por la ley; la autoridad responsable es parte, luego puede interponer el recurso de revisión. Para fundar las proposiciones constitutivas de ese silogismo, se han invocado los artículos 5o., 84 y 86 de la Ley de Amparo, preceptos que indudablemente apoyan la conclusión apuntada. Sin embargo, resulta conveniente hacer un análisis detallado de la premisa mayor, es decir, examinar con detenimiento si es cierto que efectivamente todas las partes en el juicio de garantías, pueden interponer los recursos establecidos por la ley, pues de la verdad que contenga la proposición de que se trata, depende la exactitud de la conclusión, previamente es necesario decir que la Ley de Amparo tiene como presupuesto indispensable su constitucionalidad, y por lo mismo, la interpretación de sus disposiciones deberá hacerse de manera que las mismas resulten en consonancia con la Constitución de la República. El fundamento del recurso de revisión se encuentra en la parte final del párrafo primero de la fracción IX del artículo 107 constitucional, disposición que refiriéndose al fallo del juez de distrito, expresamente dice que causará ejecutoria si los interesados no ocurrieron a la Suprema Corte dentro del término que fija la ley. Esto indica la necesidad de que quien interponga el recurso de revisión, sea un interesado, por lo que debe examinarse la clase de interés a que la Constitución se refiere, para después determinar si todas las partes en el amparo son igualmente interesadas. El principio que rige el juicio constitucional, es indudablemente el que se informa en los conceptos de interés y de perjuicio a que aluden los artículos 4o. y 73, fracción VI, de la ley reglamentaria, y estos preceptos deben relacionarse con los artículos 1o. de la propia ley y 103 de la Constitución, según los cuales, el procedimiento judicial de que se viene hablando, tiene por objeto resolver las controversias que se susciten por leyes o actos de la autoridad, que violen las garantías individuales. Son por tanto los derechos de carácter fundamental en favor de los individuos, consagrados en los veintinueve primeros artículos de la Constitución, el objeto de la protección que se realiza por medio del juicio de garantías; y el interés a que se refiere la fracción IX del artículo 107 constitucional, es el que se tiene en obtener una resolución que proteja esos derechos fundamentales. Ahora bien, no puede admitirse que todas las partes en el juicio de amparo se encuentren en la misma situación jurídica y tengan el mismo interés. Es indudable que el agraviado, además de ser parte, es titular del interés que exige la fracción IX del artículo 107 constitucional, para la interposición del recurso de revisión; y el tercero perjudicado está en situación jurídica idéntica, puesto que

se encuentra frente al agraviado, discutiendo el mismo derecho que éste. Por lo que ve al Ministerio Público, ya la jurisprudencia se ha encargado de definir su situación jurídica, negándole, a pesar de ser parte en el juicio de garantías, la facultad de recurrir en revisión las sentencias de los jueces de distrito, por las siguientes razones: porque no tiene el carácter de contendiente ni el de agraviado; porque sólo se le considera como parte reguladora del procedimiento; porque no tiene interés directo alguno en el acto que motiva el amparo y porque ese acto sólo afecta intereses de las partes litigantes. Establecido lo anterior, debe decirse finalmente, que por lo que toca a la aptitud de la autoridad responsable, para la interposición del recurso de revisión, es necesario hacer las debidas distinciones, pues no es lo mismo el juez que resuelve una cuestión civil o mercantil, que la autoridad administrativa que atiende a la consecución de los fines del Estado, y que las Juntas de Conciliación y Arbitraje que resuelven los conflictos que se susciten con motivo de las relaciones obrero-patronales. En efecto, las autoridades administrativas obran en representación del poder público y como tienen a su cargo el desarrollo de la función política-administrativa, a la vez que las partes, son interesados en el juicio de garantías, puesto que los actos que de la misma se reclaman, tienen casi siempre por objeto el cumplimiento de la misión fundamental del Estado, motivo por el cual, en presencia de un fallo adverso dictado por un juez de distrito, deben estar en aptitud de ocurrir ante la Suprema Corte de Justicia, pugnando por la validez y subsistencia de sus actos. En otros términos, si tienen el carácter de contendientes: les asiste un "interés directo", en la subsistencia del acto reclamado, y la sentencia que concede el amparo contra dicho acto, afecta los intereses jurídicos que están a su cuidado. Debe concluirse por tanto, que las autoridades administrativas están facultadas para interponer el recurso de revisión. En cambio, cuando se trata de las autoridades judiciales, que resuelven negocios civiles o mercantiles o de las Juntas de Conciliación y Arbitraje, que resuelven los conflictos suscitados por las relaciones obrero-patronales, o del tribunal de arbitraje, que resuelve las controversias entre el Estado y sus servidores, no se da la concurrencia de los elementos que se acaban de mencionar, sino que, como acontece respecto del Ministerio Público, no tienen el carácter de contendientes ni de agraviados; no les asiste interés directo alguno respecto del acto que da materia al amparo, porque sólo afecta a las partes que litigan ante dichas autoridades responsables, y por último, su función es también, en cierto modo, reguladora del procedimiento, pues esas autoridades no son partes en el sentido ordinario del vocablo, y aunque la Ley de Amparo les reconoce ese carácter, no por ello dejan de representar al Estado, como tenedoras del Poder Judicial, lo que les priva de todo interés en las cuestiones que ante ellas se discuten. Las partes propiamente di-

chas, persiguen la satisfacción de sus intereses personales; por contraposición al tribunal, están directamente interesadas en el resultado del proceso. En tanto que el juez trata de llegar a una resolución justa y legal, las partes persiguen una favorable a ellas, y como representan intereses contrapuestos, se hallan en posición constante de contradicción y de lucha. En otros términos en tanto que el quejoso o agraviado y el tercer perjudicado son partes interesadas, las autoridades responsables de que se trata, son partes no interesadas, de lo que se concluye que estas últimas carecen de la facultad para interponer el recurso de revisión, en contra de las sentencias dictadas por los jueces de distrito, ya que ese interés es exigido por la fracción IX del artículo 107 constitucional, una solución contraria a la expresada, constituirá a las autoridades responsables de que se trata, en partes interesadas, desnaturalizando así la esencia de esa función. Por otra parte, el artículo 85 de la Ley de Amparo exige que en el escrito se expresen los agravios que causa la sentencia recurrida, y es indudable que a las mencionadas autoridades responsables no puede causarle agravio la sentencia de los jueces de distrito, que simplemente favorece los intereses de una de las partes que litigan ante aquéllas. Además, en muchos casos la sentencia favorable al quejoso es aceptada por el tercer perjudicado, único interesado en impugnarla, y no puede admitirse que contra el consentimiento de dicho tercero, prevalezca la actividad de la autoridad responsable que ningún interés debe tener en la contienda. Podría decirse que ese interés es el de defender la constitucionalidad de sus actos y liberarse de responsabilidad; pero a esto cabe contestar que el juicio de garantías ni por su finalidad ni por su objeto, debe ser el medio para que los funcionarios públicos se descarguen de la responsabilidad en que puedan incurrir en el desempeño de sus funciones, aparte de que la concesión del amparo no puede estimarse como decisiva en todos los casos, para el establecimiento de una responsabilidad. Por último, las consideraciones anteriores llevan a la conclusión de que el obstáculo que representan los artículos 84 y 86 de la Ley de Amparo, es aparente y puede salvarse, pues con relación al primero de esos preceptos, aun cuando el recurso de revisión puede interponerse por cualquiera de las partes en el juicio, debe entenderse que siempre que esas partes tengan el interés que para el efecto exige la fracción IX del artículo 107 constitucional, y con respecto al segundo de esos artículos, también puede decirse que las autoridades responsables podrán interponer el recurso de revisión contra las sentencias que afecten directamente el acto que de cada una de ellas se haya reclamado, siempre que tengan el susodicho interés.[12]

[12] Antigua Cuarta Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, t. LXXXII, p. 521.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE, CUÁNDO NO DEBE INTERPONER REVISIÓN EL. Debe desecharse el recurso de revisión interpuesto por el Tribunal de Arbitraje, porque tratándose de cuestiones patrimoniales, las autoridades responsables no están capacitadas legalmente para interponer el recurso de revisión, alegando agravios que sustancialmente afectan los intereses de los quejosos o de los terceros perjudicados, pues de acuerdo con la fracción IX del artículo 107 constitucional, la revisión sólo puede interponerse por los interesados, entendiéndose por tales, aquéllos para quienes el acto reclamado afecta sus intereses jurídicos, concepto en el que no puede comprenderse a las autoridades responsables cuando se trata de entidades investidas de jurisdicción, porque ellas sólo pueden resolver las controversias en los términos legales y nunca pueden sustituirse a las partes, para defender las afectaciones a que ellas incumben.[13]

REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO, CARECE DE LEGITIMACIÓN PARA INTERPONERLA EL TRIBUNAL EMISOR DE LA SENTENCIA RECLAMADA. Si conforme a lo dispuesto por los artículos 107, fracción I, constitucional y 4o. de la Ley de Amparo, el juicio de garantías únicamente puede promoverse por la parte a quien perjudique el acto o la ley que se reclame, debiendo por ello seguirse por el agraviado, su representante o por su defensor, lo que significa que tanto la promoción del amparo como sus recursos e instancias se seguirán siempre por persona interesada, o sea, aquélla a quien el acto reclamado o la actuación u omisión impugnados causen un agravio personal y directo; es evidente que siendo esto un principio fundamental del 'juicio constitucional que legitima a los promoventes, para accionar, al haber actuado sólo como un órgano jurisdiccional que resolvió la controversia suscitada entre el particular quejoso y la administración pública como autoridad demandada, el tribunal emisor de la sentencia reclamada carece de legitimación para interponer el recurso de revisión previsto por el artículo 83, fracción V, de la ley de la materia, dado que su actuación imparcial por antonomasia, quedó agotada con el dictado de la sentencia que constituye el acto reclamado, de modo que el interés para que tal determinación subsista o no, sólo lo tienen las partes contendientes (particular, actor y órgano de la administración pública demandado).[14]

[13] Antigua Cuarta Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, t. LXXXVI, p. 38.

[14] Tesis CXIV/95 del Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. II, diciembre de 1995, p. 259.

En consecuencia, en atención a lo expuesto, sostengo que de la interpretación sistemática de los artículos 5o., 11, 37, 83, 87, 89, 91, fracción I, y 114, fracciones III, IV y V, de la Ley de Amparo, se sigue la regla general de que en el amparo indirecto en el que se reclaman cualquiera de los actos a que se refieren las fracciones III, IV y V del artículo 114 de la Ley de Amparo, la autoridad responsable –sea ésta un órgano jurisdiccional, mixto o especializado en las materias civil, laboral, administrativa o penal– si bien es parte, carece de legitimación para interponer revisión en contra de la sentencia dictada por el juez de amparo (o el superior del tribunal responsable en los casos del artículo 37 del mismo ordenamiento) en la audiencia constitucional, por no tener interés en pugnar por la subsistencia del acto reclamado y no poder, por ello, argüir planteamientos que correspondería formular a las demás partes, según el caso.

Sólo podrán recurrir dicha resolución, si en ella se restringe su ámbito de competencia, se menoscaba la facultad o atribución que en derecho le corresponde o se resuelve imponer multa o cualquiera otra sanción que el juez del conocimiento estime procedente.

V. Conclusiones

Al momento espero haber demostrado que la solución dada por el Pleno al problema que aquí se examina es correcta en su sentido, pero se funda en una razón subsidiaria –violación a la imparcialidad judicial– de otra –la existencia de agravio– que constituye el verdadero basamento de que las autoridades responsables jurisdiccionales no puedan recurrir en revisión la sentencia que concede el amparo.

Prueba de que aquella razón es de menor entidad que la de la existencia del agravio, es que al quedarse con ella 1) se deja de explicar por qué la autoridad judicial sí puede interponer revisión cuando en la sentencia de amparo se le impone, por ejemplo, multa, hipótesis que nada tiene que ver con la imparcialidad; 2) se desconoce un supuesto en el que sí cabría la interposición de la revisión por parte de la responsable y que no puede ser explicada con arreglo a la violación al principio de imparcialidad, como lo es la alteración del sistema de competencias; y 3) se ignora el acervo jurisprudencial que la propia Corte ha establecido desde antaño, que más bien tiende a consentir la legitimación en ciertos supuestos bien acotados.

LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

Luis Norberto CACHO PÉREZ

"El emperador César Flavio Justiniano, Alemánico, Gótico, Fráncico, Germánico, Antico, Alánico, Vandálico, Africano, Pío, feliz, ínclito, vencedor y triunfador, siempre Augusto, a la juventud deseosa de aprender las leyes. El poder imperial no debe ser solamente exaltado por la fuerza de las armas, sino que ha de buscar también su fundamento en el derecho, para que la nación sea gobernada con justicia lo mismo en la paz que en la guerra y el príncipe no solamente venza a sus enemigos en el combate, sino que, por medios jurídicos, refrene la malicia humana y sea tan escrupuloso en la observancia del derecho como grande en las victorias sobre sus enemigos".

Justiniano[1]

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El Seminario de Casos*. III. *Lógica jurídica*. IV. *Informática aplicada al derecho*. V. *A manera de conclusión*.

[1] *Las instituciones de Justiniano* (versión española de Francisco Hernández-Tejero Jorge), Granada, Comares, 1998, p. 13 (Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Colección Derecho Romano y Ciencia Jurídica Europea, Sección Nexum).

I. Introducción

> "Esta parte preliminar no debe considerarse como cosa superflua. Antes la recomiendo eficazmente a los alumnos, para quienes no olvido que escribo este libro. Para empezar el estudio del derecho romano, son indispensables ideas generales, lo mismo que para el de la legislación francesa y de toda legislación. Considerar el derecho en su totalidad, la naturaleza diversa de las materias que trata, y su enlace recíproco; y en fin, comprender su lenguaje; tal es la utilidad que se puede sacar de esta parte".
>
> Joseph L. Ortolán[2]

El proceso de enseñanza de una ciencia implica la existencia de dos elementos personales: el profesor y el estudiante; un objeto de estudio, que en nuestro caso es el derecho y, de una manera más amplia, la ciencia jurídica; un método de enseñanza; elementos materiales: legislación, bibliografía y jurisprudencia; y los elementos formales, entre los cuales así lo consideramos, y es lo que queremos destacar en este artículo, están: el Seminario de Casos, la Lógica jurídica y la informática aplicada al derecho.

La responsabilidad de una institución educativa[3] (que puede ser una escuela, universidad, facultad, centro, instituto o cualquier otra denominación que se le quiera dar), dedicada a la enseñanza del derecho,[4] es la de formar abogados. Esa es su esencia y razón de ser. Independientemente de las razones económicas, comerciales, culturales, políticas, empresariales, históricas, religiosas, sociales, familiares o de cualquier otra naturaleza, que dan origen a una institución educativa, cuando pretende funcionar como dedicada a la enseñanza del derecho, su objetivo es formar abogados. Cualquier otra finalidad es desvirtuar el papel de las instituciones superiores de enseñanza y desvincularlas del medio social en el cual se desarrollan y al cual deben servir con ese resultado: la formación de abogados. A la institución educativa de que se trate ingresan alumnos egresados de la escuela preparatoria y después de algunos años (3, 4 o, en el mejor de los casos, 5 años), egresan profesionales del derecho, que ingresaran al foro y servirán al medio social del cual forman parte.

Para que la institución educativa[5] en la cual se formará un abogado, pueda planear adecuadamente la forma y los contenidos que enseñará en sus aulas, tiene que considerar diversos presupuestos:

1. ¿Qué clase de abogados desea formar?
2. ¿Cómo transmitirá conocimientos y experiencias?[6]
3. ¿Cuáles son los elementos que proporcionará a sus egresados para su desarrollo profesional?

Cuestiones metodológicas, pedagógicas, culturales, sociales, políticas, religiosas y económicas, son algunas de las que determinan la orientación que cada institución da a sus estudios en la materia de

[2] Joseph L. Ortolan, *Esplicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano*, t. I, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Dirección General de *Anales* de Jurisprudencia y Boletín Judicial, 2003, pp. 11 y 12. Edición facsimilar de Ortolan, M., *Esplicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano, con el texto de ellas, la traducción al lado y las explicaciones a continuación cada párrafo, precedida de una Generalización del Derecho Romano, conforme a los textos antiguamente conocidos ó mas recientemente descubiertos*. Trad. Francisco Pérez de Anaya, de la 3a. ed., Madrid, Establecimiento Tipográfico de D. Ramón Rodríguez de Rivera, 1847.

[3] Para una historia de las instituciones de enseñanza del derecho en México, véase Jaime del Arenal Fenochio, "Facultades y escuelas de derecho", en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, t. IV, F-L. México, Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 31-35.

[4] Véase María del Refugio González, "Enseñanza del derecho", en *Diccionario Jurídico Mexicano*, t. D-H. 14a. ed., México, Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 1288-1291; y María del Refugio González, "Enseñanza del derecho", en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, t. III, D-E, *op. cit.*, pp. 763-767.

[5] Sobre la responsabilidad de las universidades y el papel de la enseñanza en las mismas, véase Ángel Ossorio, *El alma de la toga y cuestiones judiciales de la Argentina*, s.p.i., pp. 14-19; la misma opinión puede consultarse en Ángel Ossorio, *El alma de la toga*, s. l., Línea Jurídica Internacional, pp. 14-22; también *cfr.* Héctor Fix-Fierro (ed.), *Del gobierno de los abogados al imperio de las leyes. Estudios sociojurídicos sobre educación y profesión jurídicas en el México contemporáneo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

[6] Bernardo Pérez Fernández del Castillo y Luis Fernando Barreda Vázquez, *Guía para los estudiantes de derecho (Orientación educativa y profesional)*, México, Porrúa, 2005, pp. 14-15.

la ciencia jurídica.[7] Es así, que en la escuela o facultad, un alumno deberá responderse lo siguiente:

a) ¿Cuáles son los conocimientos de que me dotará la institución?
b) ¿Qué habilidades y experiencias podré adquirir y desarrollar?
c) ¿A qué escala de valores me sujetaré como alumno y como profesional del derecho?

Ninguna escuela o universidad que se dedique a la enseñanza del derecho, o mejor aún, de la ciencia jurídica, puede desconocer su responsabilidad. El litigio, el servicio público, la iniciativa privada; la diplomacia, las organizaciones no gubernamentales, la consultoría, la judicatura, la investigación, la docencia, la política y todas las demás áreas donde un abogado desarrolla su actividad profesional, son reflejo de la educación que recibió como estudiante, de la formación que se le dio y de los valores que se le transmitieron.

La universidad debe transmitir, difundir y evaluar conocimientos; compartir, recrear y buscar experiencias; fomentar, descubrir y desarrollar habilidades; y fomentar, inculcar y reconocer valores. Una verdadera y seria institución superior de enseñanza debe tener las anteriores funciones y objetivos.

El origen de las deficiencias de nuestro sistema jurídico está, en gran medida, en la instrucción que recibieron los encargados de estudiar, crear, aplicar, interpretar y hacer vivir el derecho. Es por eso la gran responsabilidad de las instituciones donde se enseña esta ciencia. No deben permitirse las fallas en la formación de abogados, puesto que la adecuada convivencia social depende, en gran medida, de quiénes y cómo aplican el derecho.

En este artículo hemos querido abordar, de una manera breve, tres aspectos que consideramos son esenciales en la educación que recibe un abogado:

[7] Para un panorama sobre la enseñanza jurídica, véase Miguel Carbonell, *La enseñanza del derecho*, 2a. ed., México, Porrúa, UNAM, 2006; Eduardo López Betancourt, *Pedagogía jurídica*, 2a. ed., México, Porrúa, 2003; Tomás R. Ribas, *El proceso de enseñanza-aprendizaje del derecho*, Buenos Aires, Hammurabi, José Luis Depalma, 2000; y Jorge Witker V. (comp.), *Antología de estudios sobre enseñanza del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1976.

1. En un primer apartado, nos referimos al Seminario de Casos. Su importancia radica en que proporciona al estudiante de derecho, una instrucción práctica y pretende acercarlo a la problemática jurídica de los conflictos o temas concretos, de la misma manera en que tendrá que hacerlo en el ámbito profesional.
2. Un segundo aspecto es la Lógica jurídica, que como parte de la Lógica general, debe dar al jurista un pensamiento ordenado y coherente, dentro de su formación intelectual, permitiéndole tener el debido raciocinio en su actividad.
3. El último punto que deseamos tratar es la informática aplicada al derecho, que no el derecho informático. Como herramienta tecnológica en la vida moderna, la informática proporciona recursos que permiten, en el mundo jurídico, dos ventajas principales:

a) Velocidad y precisión en la búsqueda de información.
b) Sistematización en el uso de dicha información.

II. El seminario de casos

> "Desde que uno de nosotros fue encargado de la cátedra de Derecho penal en la universidad de Madrid, procuró urgentemente instalar, al lado de las conferencias de clase, los trabajos de Seminario, que en otros países han alzado la cultura jurídica al plano de superioridad en que hoy se halla".
>
> Luis Jiménez de Asúa *et al.*[8]

El seminario de casos es un método de enseñanza del derecho, en el cual el profesor plantea a sus alumnos una situación o conflicto, que pretende estar tomado de la realidad de la vida, y que debe tener una solución jurídica. Al contrario de las clases tradicionales, donde el

[8] Luis Jiménez de Asúa, José Rodríguez Muñoz y Tomás Cardo y Crespo, *Casos de derecho penal para uso de los estudiantes*, 3a. ed., Madrid, Universidad de Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1935, p. 5.

profesor hace una exposición de un tema y la participación de los alumnos puede ser mínima o hasta inexistente, en el Seminario de Casos es a los alumnos a quienes corresponde proponer la solución respectiva al caso propuesto por el profesor y éste debe dirigir y encausar los comentarios y discusiones que se den en la clase.

En 1910 Rafael Altamira y Crevea (historiador y jurista español), visitó México y pronunció diversas conferencias en la entonces Escuela Nacional de Jurisprudencia. En la conferencia impartida el 18 de enero de 1910, y que denominó "Organización práctica de los estudios jurídicos", Altamira menciona, al hablar de la formación del jurista, que una de las formas o procedimientos que constituyen el método moderno de la enseñanza moderna, es el estudio de los pleitos y causas referentes a procedimientos nacionales o a hechos y causas reales utilizando expedientes del tribunal local o del más próximo. Esos expedientes debían ser los "originales que se sacan del archivo, o bien, copias de expedientes, con sustitución de nombres cuando la causa haya tenido cierta celebridad o sin cambiarlos cuando el tiempo transcurrido sea muy largo, o bien llevando a la cátedra los mismos asuntos planteados en el bufete del profesor cuando éste ejerce la carrera, con aquellas simples variaciones que la prudencia exige".[9]

Altamira señala que esta forma se aplica en la Universidad de Zaragoza, "cuyo profesor lleva á la cátedra los asuntos mismos de su bufete para conocimiento de sus alumnos, y les pide dictámenes sobre ellos y les explica cómo se plantea el asunto, como la categoría abstracta y genérica toma deformaciones curiosas que dan lugar á formas nuevas tal como vienen planteados los problemas mismos, y, en suma, hace que éllos en vez de estudiar la letra muerta de la ley véan como ésta vive y se realiza en la práctica"; y por el Rector en

[9] Rafael Altamira y Crevea, *La formación del jurista* (Estudio preliminar, edición y notas de Jaime del Arenal Fenochio), México, Escuela Libre de Derecho, 1993, pp. 54 y 55. Para un panorama sobre la vida y obra de Rafael Altamira, véase Rafael Altamira y Crevea, *Manual de investigación de la historia del derecho indiano*, México, Instituto Panamericano de Geografía e Historia, 1948; Rafael Altamira y Crevea, *Técnica de investigación en la historia del derecho indiano*. México, José Porrúa e Hijos, 1939; Javier Malagón y Silvio Zavala, *Rafael Altamira y Crevea. El historiador y el hombre*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Históricas, 1971; y Rafael Altamira y Crevea, *Diccionario castellano de palabras jurídicas y técnicas tomadas de la Legislación Indiana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1987.

Derecho civil en la Universidad de Oviedo, quien "utiliza los expedientes del archivo de la audiencia de la capital en la forma de copias, las cuales se distribuyen a los alumnos".[10]

En la Universidad de Madrid, en España, durante el curso de 1916 a 1917, se instauró en la cátedra de Derecho penal, los trabajos de Seminario. De esta experiencia se publicó, en 1922, por la Editorial Reus, de Madrid, un primer volumen denominado *Trabajos del Seminario de Derecho Penal*.[11] Por lo que se refiere a Francia, desde 1907, en París, Emilio Garcon inicia en sus clases de "Certificat de sciences pénales", el planteamiento de casos que el alumno debía resolver.[12] De igual forma, en Alemania se inició, a partir de 1875, la producción de una bibliografía especializada en cuestiones penales para fines de enseñanza.[13] En 1928 se publica en Estados Unidos la obra de Francis Bowes Sayre denominada *A selection of Cases on Criminal Law*, Nueva York, The Lawyer´s Cooperative Pub Co., donde se estudia el derecho penal a través del planteamiento de casos, algunos tomados de la jurisprudencia y otros imaginarios.[14]

Existen diversas denominaciones para referirse al Seminario de Casos, como puede ser "seminario de estudio",[15] "método del

[10] Rafael Altamira y Crevea, *La formación del jurista* (Estudio preliminar, edición y notas de Jaime del Arenal Fenochio), México, Escuela Libre de Derecho, 1993, pp. 54 y 55.

[11] Luis Jiménez de Asúa, José Arturo Rodríguez Muñoz y Tomás Cardo y Crespo, *Casos de derecho penal para uso de los estudiantes*, *op. cit.*, p. 5.

[12] *Ibidem*, p. 6.

[13] *Ibidem*, pp. 6 y 7. La bibliografía citada por Luis Jiménez de Asúa *et al.*, es: Von Bar, *Strafrechtsfälle*, 1875; Franz von Liszt, *Strafrechtsfälle zum akdemischen Gebrauch*, 1a. ed., 1876; 14a. ed., preparada por Ernst Heinrich Rosenfeld, Jena, Fisher, 1929; J. Kohler, *Strafrechtsaufgaben zum Gebrauche bei dem akademischen Strafrechtspraktikum*, sección primera, 1889; sección segunda, 1899; Schultze, *Rechtsfälle aus der Praxis der Strafsenate des Reichsgerichts als Strafrechtsaufgaben mitgeteilt*, 1891; Harburger, *Strafrechtspraktikum*, 1892; R. Frank, *Strafrechtliche Fälle zum akademischen Gebrauch*, 8a. ed., 1930; Stelling, *Praktische Strafanzeigen (Strafrechtsfälle)*, 1902; von Rohland, *Strafrechtsfälle für Studierende*, Viena y Leipzing, 3a. ed., 1912; Stooss, *Strafrechtsfälle, für Studierende*, 2a. ed., 1915; Graf zu Dohna, *Uebungen im Strafrecht und Strafprozessrecht*, 3a. ed., Berlín, Liebmann, 1929; James Goldschmindt, *Rechtsfälle aus dem Strafrecht*, 3a. ed., Berlín, Springer, 1930. Sobre casos de derecho procesal penal, véase H. Mannheim, *Rachtsfälle aus dem Strafprozessrecht*, Berlín, Springer, 1930.

[14] *Ibidem*, p. 18.

[15] Zulita Fellini (Directora), *Resolución de casos de derecho penal*, Buenos Aires, LexisNexis, Depalma, Buenos Aires, 2002, p. 7.

caso",[16] o "solución de casos".[17] Sin embargo, debe distinguirse entre el Seminario de Casos y la Clínica Procesal.[18] En esta última se estudian las diversas cuestiones que pueden aparecer en los procedimientos y su marco jurídico lo constituyen, de manera principal aunque no exclusiva, los diversos derechos procesales. A través del desarrollo de un procedimiento, del análisis y elaboración de promociones y actuaciones y, sobre todo, de "simulación de juicios", el alumno hace énfasis en la aplicación y desarrollo de los derechos adjetivos.

Aun cuando el Seminario, como técnica pedagógica, es aplicable a cualquier carrera profesional,[19] en la enseñanza del derecho es el Seminario de Casos el elemento que queremos destacar. En un Seminario puede estudiarse un tema (por ejemplo la institución del matrimonio), pero en el Seminario de Casos lo que se analiza es un conflicto específico, una situación concreta (real o imaginaria) que amerita una solución jurídica (como lo sería un divorcio, con nombres, fechas y circunstancias determinadas). El planteamiento y solución del caso[20] se caracteriza por:

a) El alumno conoce como se da un caso en la vida real, que no siempre coincide con lo que se estudia en el ámbito académico.
b) Es aplicable a cualquier rama del derecho y no necesariamente a los derechos procesales.

[16] Juan Abelardo Hernández Franco, Jaime Olaiz González y Hugo Saúl Ramírez García, *Nuevos perfiles de la educación jurídica en México*, México, Porrúa, Universidad Panamericana, Facultad de Derecho, pp. 75-81.

[17] Luis Ponce de León Armenta, *Docencia y didáctica del derecho*, 2a. ed., México, Porrúa, Instituto Internacional del Derecho y del Estado, 2005, pp. 73 y 74.

[18] Héctor Fix-Zamudio, *Metodología, docencia e investigación jurídicas*, 2a. ed., México, Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1984, p. 373. La misma opinión puede verse en la 13a. ed., 2006.

[19] Galo Gómez Oyarzun, *El trabajo de Seminario en la enseñanza superior*, México, UNAM, Comisión de Nuevos Métodos de Enseñanza, Dirección General de Difusión Cultural (Deslinde. Cuadernos de Cultura Política Universitaria, serie Nuevos Métodos de Enseñanza, núm. 13).

[20] Como bibliografía complementaria en la solución de casos, véase Salomón Baltazar Samayoa y Germán García Beltrán, *Casos penales*, 2a. ed., México, Porrúa, 2006; y Eduard Kern, *Guía para el tratamiento de casos de derecho penal*, Buenos Aires, Depalma, 1968.

c) El alumno debe investigar no sólo la materia sobre la cual se plantea el caso, sino otras que se relacionan con aquella, que es como pueden darse muchas cuestiones en la vida profesional.
d) Fomenta el estudio y la reflexión.
e) Provoca la discusión y la argumentación para defender la solución encontrada.
f) Puede motivar una relación más estrecha entre alumnos y profesor, que la originada por las clases tradicionales.
g) Habitúa al alumno a recurrir al uso de jurisprudencia y bibliografía especializada, además de la legislación y normatividad respectiva.

III. Lógica jurídica

> "Puesto que una cosa que se sabe absolutamente no puede ser de otra manera que como se sabe, resulta de aquí, que lo que es sabido por ciencia demostrada es necesario, siendo ciencia demostrada la que nosotros poseemos por lo mismo que tenemos la demostración de ella. Luego la demostración es el silogismo que se deduce de proposiciones necesarias".
>
> Aristóteles
> Segundos Analíticos (De la demostración)[21]

El primer gran estudio sobre la Lógica[22] (aun cuando no recibía todavía esta denominación) en la historia del pensamiento filosófico, lo constituye el conjunto de escritos de Aristóteles[23] conocido como El

[21] Aristóteles, *Tratados de Lógica (El Organon). Categorías, precedido de la Isagoge, de Porfirio, Peri Hermeneias (de la proposición). Primeros Analíticos (del Silogismo). Segundos Analíticos (de la demostración). Tópicos (de la dialéctica). Refutaciones sofísticas (de las falacias)*, 9a. ed., México, Porrúa, 1993, p. 159.

[22] Como un estudio elemental de la lógica puede consultarse Raúl Gutiérrez Sáenz, *Introducción a la lógica*. 6a. ed., México, Esfinge, 1974; y de esta misma obra, la 20a. ed., México, Esfinge, 1992; igualmente puede verse Jaime Balmes, *Filosofía elemental. Lógica. Ética. Metafísica. Historia de la filosofía*, México, Porrúa, 1998.

[23] Referencias a la vida de Aristóteles pueden verse en Nicola Abbagnano, *Historia de la filosofía*, t. I, Filosofía antigua. Filosofía patrística. Filosofía escolástica, Barcelona,

Organon.[24] Estos Tratados del Estagirita están estructurados de la siguiente forma: Categorías; Peri hermeneias (de la proposición); Primeros Analíticos (del silogismo); Segundos Analíticos (de la demostración); Tópicos (de la dialéctica); Refutaciones sofísticas (de las falacias).

El objeto de la Lógica es examinar los procedimientos teóricos y experimentales utilizados en la adquisición del conocimiento científico y analizar la estructura de la ciencia misma. Estudia los procesos del pensamiento, para descubrir los elementos racionales que los constituyen y las funciones que los enlazan. Investiga la ejecución de los experimentos, para determinar sus fases y su desarrollo, lo mismo que sus bases y sus resultados. Indaga las relaciones mutuas y las influencias recíprocas que existen entre el pensamiento y la realidad representada por el pensamiento.[25]

Además de una lógica aristotélica o lógica tradicional, existe una lógica dialéctica, una lógica formal, la lógica simbólica o lógica matemática,[26] lógicas polivalentes, lógica modal,[27] lógica analítica, lógi-

Montaner y Simón, 1955, pp. 103-137; Frederick Copleston, *Historia de la filosofía*, vol. I, Grecia y Roma, 6a. ed., México, Ariel, 1987, pp. 271-375; Wilhelm Dilthey, *Historia de la filosofía*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1980, pp. 60-70; Johannes Hirschberger, *Breve historia de la filosofía*, 11a. ed., Barcelona, Herder, 1988, pp. 47-70; Johannes Hirschberger, *Historia de la filosofía*, t. I, Antigüedad, Edad Media, Renacimiento, Verlag Herder KG, Friburgo de Brisgovia [Alemania], 1963, 13a. ed., Barcelona, Herder, 1985, pp. 146-215; Walter Kranz, *Historia de la filosofía*, t. III, La filosofía griega, Parte III: Aristóteles y la filosofía posclásica, México, Noriega, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana (UTEHA), 1992, pp. 1-57; José Vasconcelos, *Manual de filosofía*, 2a. ed., México, Botas, pp. 50-62; Wilhelm Weischedel, *Los filósofos entre bambalinas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1985, pp. 114-130; y Ramón Xirau, *Introducción a la historia de la filosofía*, 11a. ed., México, UNAM, 1990, pp. 65-84.

[24] Parte de la obra aristotélica puede consultarse en los siguientes tomos de la Bibliotheca Scriptorvm Graecorvm et Romanorvm Mexicana, publicados por la UNAM, núm. 9, *Poética*; núm. 23, *Ética Nicomaquea*; núm. 29, *Política*, núm. 97, *Etica Eudemia*.

[25] Eli de Gortari, *Lógica general*, México, Grijalbo, 1965, p. 13.

[26] Véase Eli de Gortari, *Elementos de lógica matemática*, México, Océano, 1983; Patrick Suppes y Shirley Hill, *Primer curso de lógica matemática*, México, Reverté Mexicana, 1979; Olga Islas y Elpidio Ramírez, *Lógica del tipo en el derecho penal*, México, Jurídica Mexicana, 1970; Olga Islas de González Mariscal, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, 2a. ed., México, Trillas, 1985; Olga Islas de González Mariscal, *Análisis lógico semántico de los tipos en materia electoral y de Registro Nacional de Ciudadanos*, México, Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000; Israel González Delgado, "Olga Islas, Lecciones de derecho penal", en *El Mundo del Abogado*, México, Ed. Revista El Abogado, año 10, núm. 97, mayo de 2007, pp. 10-14.

[27] "Lógica", en Nicola Abbagnano, *Diccionario de Filosofía*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1991, pp. 751-757.

ca material y lógica jurídica.[28] Es así que, la lógica jurídica es la parte de la lógica general que tiene aplicación a la ciencia jurídica.[29] Sin pretender distinguir entre "lógica del derecho" y "lógica de la ciencia jurídica", puesto que no es este el lugar para discutir un tema tan amplio, los siguientes comentarios los hacemos sobre la "lógica jurídica".

Siguiendo el pensamiento de Eduardo García Máynez, nos referiremos a dos temas: los principios de la lógica jurídica, como principios necesarios sobre la validez o la invalidez de las normas del derecho, y como principios necesarios sobre la verdad o falsedad de los juicios enunciativos; y la axiomática jurídica, como conjunto de axiomas que sirven de base a los principios lógico-jurídicos, y las proposiciones implicadas en esos axiomas. De esta forma, los principios de la lógica jurídica son:

a) Principio jurídico de contradicción. El principio general de contradicción, en un orden lógico, consiste en que dos juicios

[28] De las distintas obras en esta materia, pueden consultarse: Nelson Barros Cantillo, *La lógica del silogismo jurídico*, Bogotá, Librería del profesional, 1994; Germán Cisneros Farías, *Lógica jurídica*, México, Porrúa, 2003; Delia Teresa Echave, María Eugenia Urquijo y Ricardo A. Guibourg, *Lógica, proposición y norma*, 1a. ed., Buenos Aires, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2002; Herbert Fiedler, *Derecho, lógica, matemática*, 2a. ed., México, Fontamara, 1992; Eduardo García Máynez, *Introducción a la lógica jurídica*, México, Colofón; Eduardo García Máynez, *Lógica del raciocinio jurídico*, 2a. ed., México, Fontamara, 1997; Eloy R. Gutiérrez García, *Notas de lógica aplicadas al derecho, Desarrollo del Programa oficial correspondiente al primer semestre de la licenciatura en derecho*, Toluca de Lerdo, L.M., 2003; Ricardo Eloy R. Gutiérrez García, *Notas de lógica aplicadas al derecho*, México, Porrúa, 2006; Georges Kalinowski, *Lógica de las normas y lógica deóntica. Posibilidad y relaciones*, México, Fontamara, 1993; Ulrich, Klug, *Lógica jurídica*, Bogotá, Temis, 1990; Jaime M. Mans Puigarnau, *Lógica para juristas*, Barcelona, Boch, 1978; José María Sauca, *Cuestiones lógicas en la derogación de las normas*, México, Fontamara, 2001; Ulises Schmill, *Lógica y derecho*, 3a. ed., México, Fontamara, 2001; Rupert Schreiber, *Lógica del derecho*, 2a. ed., México, Fontamara, 1992; y José Fernando Velásquez Carrera, *Introducción a la lógica jurídica. Análisis comparativo del modelo de Eduardo García Máynez con algunos otros de lógica jurídica contemporánea*, México, Porrúa, 2001.

[29] Véase Ulises Schmill Ordóñez, "Lógica jurídica", en *Diccionario Jurídico Mexicano*, t. I, 14a. ed., México, Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 2055-2057; y Ulises Schmill Ordóñez, "Lógica jurídica", en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, t. IV, F-L, México, Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 1061-1063.

contradictorios no pueden ambos ser verdaderos. Trasladado al derecho, este principio consiste en que dos normas de derecho contradictorias no pueden ambas ser válidas.

b) *Principio jurídico del tercero excluido*. El principio general de tercero excluido, en lógica general, consiste en que cuando dos juicios se contradicen, no pueden ambos ser falsos, por lo que necesariamente uno de los dos es verdadero. Entonces, el principio jurídico de tercero excluido consiste en que cuando dos normas de derecho se contradicen, no pueden ambas carecer de validez, por lo que una de ellas tiene que ser válida.

c) *Principio especial de contradicción*. Consiste en que toda norma jurídica de contenido contradictorio carece *a fortiori* de validez.

d) *Principio de disyunción contradictoria*. Consiste en que la conducta jurídicamente regulada sólo puede hallarse prohibida o permitida, por lo que cuando una norma prohíbe y permite a la vez un mismo acto, esto es un contrasentido y carece, como consecuencia, de carácter obligatorio.

e) *Principio jurídico de razón suficiente*. Consiste en que una norma de derecho sólo puede ser válida cuando posee un fundamento bastante, pero ese fundamento no reside en la norma misma, sino en algo que con ella se relaciona y le sirve de base.

f) *Principio jurídico de identidad*. Se expresa en los siguientes enunciados: lo que está jurídicamente prohibido está jurídicamente prohibido; lo que está jurídicamente permitido está jurídicamente permitido; lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido; lo que no está jurídicamente permitido está jurídicamente prohibido; la norma que prohíbe lo que está jurídicamente prohibido es necesariamente válida; la norma que permite lo que está jurídicamente permitido es necesariamente válida; la norma que permite lo que no está jurídicamente prohibido es necesariamente válida; la norma que prohíbe lo que no está jurídicamente permitido es necesariamente válida.

Continuando con la opinión de García Máynez, los axiomas jurídicos son:

a) Todo objeto del conocimiento jurídico es idéntico a sí mismo.
b) Ninguna conducta puede hallarse, al mismo tiempo, jurídicamente prohibida y jurídicamente permitida.
c) La conducta jurídicamente regulada sólo puede hallarse prohibida o permitida.
d) Todo lo que está jurídicamente ordenado está jurídicamente permitido.
e) Lo que estando jurídicamente permitido, no está jurídicamente ordenado, puede libremente hacerse u omitirse.

IV. Informática aplicada al derecho[30]

> "Normalmente, una interpretación es lo que se obtiene cuando se aplica algún juicio –una idea– moral, estético o ideológico a un problema intelectual. Comparamos y contrastamos nuestras formas diferentes de ver las cosas, utilizando las ideas que nuestra experiencia nos ha dado para seleccionar, filtrar y dar forma a los datos que tenemos a la mano. La interpretación corresponde exclusivamente a un cerebro vivo, exactamente del mismo modo que el nacimiento corresponde exclusivamente a un cuerpo vivo".
>
> Theodore Roszak[31]

Para entender la manera en que la informática se aplica en el derecho, tenemos que hacer distinción entre esta herramienta tecnológica y la rama de la ciencia jurídica, de más o menos reciente surgimien-

[30] Este tema y, sobre todo, el del derecho informático, lo hemos comentado en nuestra ponencia denominada "Breves comentarios sobre derecho informático", presentada en el 1er. Congreso Nacional "Cultura de la legalidad e informática jurídica", organizado por la Secretaría de Gobernación en 2003; el documento completo puede verse en la *Memoria* de dicho Congreso (en disco compacto), y un resumen en *Síntesis de Ponencias*, editado por la referida dependencia federal, pp. 61 y 62.

[31] Theodore Roszak, *El culto a la información. El folclore de los ordenadores y el verdadero arte de pensar*, México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, Grijalbo, 1990, p. 161.

to, del derecho informático. ¿Es posible hablar de un derecho informático?[32] Para contestar esta pregunta debemos hacer diversos presupuestos: en primer lugar, para considerar la existencia de una nueva rama del derecho, como parte de la ciencia jurídica, esa rama debe estar sistematizada, entendiéndose como un conjunto ordenado de normas, que no una mera recopilación, en uno o varios ordenamientos jurídicos, pero que permita una adecuada integración, interpretación y aplicación en su conjunto.

En segundo lugar, debe considerarse que exista un objeto determinado de estudio; en derecho penal, civil, laboral, constitucional, procesal, mercantil, fiscal y otros, encontramos con precisión la materia que regulan y su ámbito de aplicación. En tercer lugar, habrá que definir y delimitar su contenido, lo que permitirá señalar sus avances y regular su instrumentación.

Lo anterior no tiene un simple afán académico, sino que la intención de sistematizar, señalar el objeto y delimitar el contenido del derecho informático tiene aplicaciones reales, como son: dar seguridad jurídica a todos los destinatarios y a los obligados por la norma;

[32] Obras de derecho informático pueden citarse: Julia Barragán, *Informática y decisión jurídica*, 2a. ed., México, Fontamara, 2000; Carlos Buenrostro *et al.*, *Los negocios en Internet hoy y en México*, México, McGraw-Hill Interamericana, 1997; Miguel Carbonell y Aline Rivera, *Internet para abogados y estudiantes de derecho: las mejores direcciones*, 2a. ed., México, Porrúa, 2006; Héctor Fix Fierro, Sergio López Ayllón y Sergio L. Matute C., "Tendencias y perspectivas de la informática jurídica", en José Luis Soberanes (comp.), *Tendencias actuales del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, UNAM, 1994, pp. 218-226; Ernesto Grün, *Una visión sistémica y cibernética del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995; Ernesto Grün, *Una visión sistémica y cibernética del derecho en el mundo globalizado del siglo XXI*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006; Oliver Hance y Suzan Dionne Balz, *Leyes y negocios en Internet*, México, McGraw-Hill Interamericana, 1996; Sergio L. Matute C. y Héctor Fix-Fierro, "Informática y derecho", en Marco Kaplan (coord.), *Revolución tecnológica. Estado y derecho*, t. III, Aspectos sectoriales, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Petróleos Mexicanos, 1993, pp. 173-241; Luis Manuel C. Mejan, *El derecho a la intimidad y la informática*, 2a. ed., México, Porrúa, 1996; Alberto Pacheco Escobedo, "La contratación por medios electrónicos", en *Homenaje a Manuel Borja Martínez*, México, Porrúa, Colegio de Notarios del Distrito Federal, 1992, pp. 207-231; Abelardo Rivera Llano, *Dimensiones de la informática en el derecho (perspectivas y problemas)*, Bogotá, Jurídica Radar; y Julio Téllez Valdés, "Actualidad de la informática jurídica", en *Instituciones jurídicas para el nuevo milenio (Primera parte)*, México, Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, 2000, pp. 77-92.

saber cuáles son las disposiciones supletorias en caso de omisión de la ley; conocer a qué reglas de interpretación se sujetará en caso de oscuridad del ordenamiento jurídico; conocer hasta dónde la voluntad de los que intervienen, puede ser obligatoria en contra o en sustitución de la ley. En derecho informático la labor del jurista es investigar y proponer la regulación aplicable, no ser sólo un intérprete y aplicador de la ley, sino buscar dar coherencia a un panorama en constante crecimiento y evolución.

Actualmente las normas del derecho informático están derivadas de otras ramas. Es así que el comercio electrónico está regulado en el Código de Comercio, los delitos informáticos[33] están previstos en el Código Penal Federal; la contratación entre ausentes, que se efectúe a través de medios informáticos, la encontramos en la legislación civil; la presentación de declaraciones fiscales está en la normatividad fiscal; la presentación de declaraciones patrimoniales de los servidores públicos está contenida en el derecho administrativo. Esta dispersión es la que debe evitarse y tender a unificar y a sistematizar, que no recopilar, las diferentes disposiciones en materia de derecho informático.

Mientras que el derecho informático no esté sistematizado en un cuerpo ordenado de normas, no puede hablarse de una rama independiente en la ciencia jurídica. Al estar previsto en diferentes ramas, está sujeto a distintos principios, que pueden llegar a contradecirse. El jurista deberá analizar este amplio panorama y proponer las medidas conducentes que den orden y coherencia a las regulaciones informáticas. El jurista incursiona en áreas que puede

[33] La informática y el derecho penal puede consultarse en Gabriel Andrés Campoli, *Derecho penal informático en México*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2004; Jesús Antonio Molina Salgado, *Delitos y otros ilícitos informáticos en el derecho de la propiedad industrial*, México, Porrúa, 2003; Fermín Morales Prats, "La intervención penal en la red. La represión penal del tráfico de pornografía infantil: estudio particular", en Laura Zúñiga Rodríguez, Cristina Méndez Rodríguez y María Rosario Diego Díaz-Santos (coords.), *Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías*, Madrid, Constitución y Leyes, XIII Congreso Universitario de Alumnos de Derecho Penal, 2001, pp. 111-133; Alberto Enrique Nava Garcés, *Análisis de los delitos informáticos*, México, Porrúa; y Ana Luisa Oropeza Barbosa, "Un poco de orden a los conceptos en la era digital. ¿Delito electrónico, informático o cibernético?", en *Criminalia*, México, Academia Mexicana de Ciencias Penales, año LXX, septiembre-diciembre de 2004, núm. 3, pp. 57-70.

no conocer, como la informática, pero que le son propias porque es derecho.

Es importante distinguir entre derecho informático, como rama de la ciencia jurídica y la informática aplicada al derecho, como herramienta tecnológica. En nuestro marco jurídico, el artículo 3o., fracción VII, de la Ley de Información Estadística y Geográfica, prevé que informática es la "tecnología para el tratamiento sistemático y racional de la información mediante el procesamiento electrónico de datos". Con base en este concepto, podemos considerar que el derecho informático es el conjunto de normas jurídicas que regulan esa tecnología. A su vez, cuando la informática, o sea esa tecnología para el procesamiento electrónico de datos, se utiliza como herramienta tecnológica y elemento de apoyo en las tareas y fenómenos jurídicos, estamos hablando de informática aplicada al derecho. Por ejemplo, cuando utilizamos indebidamente la red para cometer algún delito informático, estamos hablando de derecho informático; por otro lado, cuando utilizamos una recopilación en disco compacto de la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia y por los Tribunales de Circuito,[34] estamos hablando de informática aplicada al derecho.

Independientemente del concepto jurídico de informática, podemos considerar a ésta como los medios de compilación, proceso, almacenamiento y transmisión de información. Esta actividad informática se efectúa, siempre alrededor de información, de la siguiente forma: se obtiene o recaba; se almacena o conserva; se procesa, a través de agregar y seleccionar; y se transmite, mediante el uso, la comunicación, la destrucción o la modificación. Las actividades mencionadas, consistentes en el uso de tecnología para el manejo de información por procesos automatizados, se realiza a través de computadoras, que tienen por funciones básicas las siguientes: conservar datos en la memoria, combinar datos y crear nuevos; y operar a gran velocidad, mayor que otros medios. Aun cuando existen algunas críticas al uso

[34] Véase *Los medios de difusión de la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2003; y Ariel Alberto Rojas Caballero, *La jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación. Manual para su consulta y aplicación*, México, Porrúa, 2005.

de la informática y a sus consecuencias,[35] es difícil negar su utilidad y trascendencia en la vida moderna, en general, y en el derecho en especial.

Pérez Luño[36] distingue, dentro de la informática jurídica, a la documental, a la de gestión y a la decisional. La informática jurídica documental tiene por objeto, en opinión de este autor, la automatización de los sistemas de información relativos a las fuentes de conocimiento jurídico, como son legislación, jurisprudencia y doctrina; a través de instrumentos tecnológicos se integran bases de datos jurídicas. La informática jurídica de gestión, también llamada por el autor mencionado como Ofimática o Burótica, está constituida por los avances tendientes a la automatización de las tareas rutinarias que se efectúan en cualquier oficina y, por lo tanto y en nuestro caso particular, en las oficinas jurídicas o en los despachos de abogados; son soportes informáticos o telemáticos de operaciones destinadas a recibir y transmitir comunicaciones de cualquier tipo, de leer y escribir textos, de formar, organizar y actualizar archivos y registros, exigir y recibir pagos, y estipular términos y condiciones, y controlar su cumplimiento. A su vez, y siguiendo con la opinión del tratadista español mencionado, la informática jurídica decisional o también llamada metadocumental, se integra por los procedimientos dirigidos a la sustitución o reproducción de las actividades del jurista, a proporcionarle decisiones y dictámenes, o sea, a ofrecerle soluciones de conflictos y no simple información.

Por su parte, la división que hace Julio Téllez Valdez[37] de la informática como instrumento del derecho es: informática jurídica documentaria (esquemas de representación documentaria, instrumentos lingüísticos, principales sistemas en operación); informática jurídica de control y gestión (en la administración pública, en los órganos jurisdiccionales y en despachos y en notarías); y la informática jurídica metadocumentaria (ayuda en la decisión o informática jurídica

[35] Álvaro d'Ors, *Cartas a un joven estudiante*, Pamplona, Eunsa, 1991, pp. 88 a 92.

[36] Antonio Enrique Pérez Luño, *Ensayos de informática jurídica*, México, Fontamara, 1996, pp. 41-43.

[37] Julio Téllez Valdés, *Derecho informático*, 2a. ed., México, McGraw-Hill Interamericana, pp. 29, 41 y 45.

decisional, en la educación, en la investigación, en la previsión y en la redacción).

La última clasificación que hace Pérez Luño, la informática jurídica decisional o metadocumental, es la que tiende a la aplicación al derecho de la inteligencia artificial y los sistemas expertos. Inteligencia artificial es el conjunto de actividades informáticas que si fueran realizadas por el hombre se considerarían producto de su intelecto. Dentro de la inteligencia artificial, los sistemas expertos incorporan, de una manera operativa, el conocimiento que posee un experto en la materia de que se trate; consisten en programas que producen las actuaciones que ha previsto el experto que los diseña. En materia jurídica existen sistemas expertos, en áreas como cálculos fiscales, indemnizaciones laborales, impactos ambientales, condiciones de adquisición de la nacionalidad, y derechos de familia (matrimonio y divorcio). El desarrollo de estos sistemas ha llevado a pensar que, en un futuro, sea posible que una computadora pueda resolver un conflicto jurídico, sustituyendo al juez y al abogado. Sin embargo, y a pesar de los avances tecnológicos conocidos y por conocerse, no consideramos que esto sea posible, por las razones que damos a continuación.

Las computadoras realizan funciones que, en esencia, consisten en analizar datos y obtener información. Su ámbito de función es esencialmente lógico, por lo que no puede hablarse, informáticamente, de que una computadora sea ilógica. La función que realiza un jurista va más allá de la aplicación fría de la ley; su labor consiste en integrarla, interpretarla y hacerla viable, para lo cual recurre no sólo a sus conocimientos jurídicos, sino a toda su formación como humanista y como ser humano; las experiencias, conocimientos, personalidad y carácter del jurista se extienden a la interpretación que hace de una norma. Todo esto no lo puede tener un sistema cibernético.

Antes de continuar, debemos señalar que la cibernética es, según Ernesto Grun, el estudio del mando, control, regulaciones y gobierno de los sistemas. Por su parte, Norbert Wiener opina que la cibernética tiene como propósito desarrollar un lenguaje y técnicas que permitan solucionar los conflictos de control y comunicación en general.

Hablar de jueces cibernéticos, que sean independientes de las decisiones humanas, y que resolverían conflictos jurídicos atendiendo a que se les hubiera proporcionado, de manera informática, toda la

legislación y jurisprudencia aplicable, y las partes en un juicio les aportarán las pruebas procedentes, es partir de supuestos erróneos. Esto sería posible, y de hecho así ocurre, en materias que son ciencias exactas, como son la arquitectura, la física o la astronomía, en donde los sistemas expertos y la inteligencia artificial permiten actividades como proyectar un edificio, calcular la resistencia del material de un avión o prever la órbita de un meteorito. Sin embargo, el derecho es una ciencia social, no una ciencia exacta, y que puede admitir para un solo caso distintas opiniones, debidamente fundamentadas; un conflicto jurídico puede tener varias soluciones. Corresponde al juez y al abogado resolver o defender la que mejor le acomode en conciencia. Una máquina no podrá tener capacidad de integrar situaciones que van más allá del derecho escrito, puesto que, como lo afirma Teodoro Roszak, en su obra *El culto a la información*, una computadora no puede procesar las nociones de libertad o justicia, no puede alcanzar hallazgos científicos como la conocida fórmula $E = mc^2$, ni puede refutar ideas perversas. La Escuela Francesa de la Exégesis, derivada del Código Civil de Napoleón, donde se consideraba que todo el derecho estaba en el Código y fuera del Código no había derecho, está superada; el derecho es más que lo que está escrito, por lo que no puede darse a una computadora una información que pervive en los sentimientos medios de un pueblo y de una cultura.

La labor de juzgar a los hombres siempre será de sus semejantes. Y así lo entiende Francesco Carnelutti, en su impresionante ensayo *Las miserias del proceso penal*, cuando después de narrar el pasaje bíblico de la mujer adúltera que fue perdonada por Jesús al responderle a la multitud "quien esté libre de pecado que tire la primera piedra", comenta: "Es lo suficiente para quedar sin aliento. Quien de vosotros esté libre de pecado que tire la primera piedra. Es necesario, para sentirse dignos de castigar estar libres de pecado; solamente entonces el juez está sobre aquel que es juzgado. Y puesto que el pecado no es otra cosa que nuestro no ser aquello que deberíamos ser, es necesario ser plenamente, sin deficiencias, sin sombras, sin lagunas; en suma, es necesario no ser parte para ser jueces. El problema del juez, el más arduo problema del derecho y del Estado, está planteado aquí con una claridad espantosa".

V. A MANERA DE CONCLUSIÓN

> "En el abogado la rectitud de la conciencia es mil veces más importante que el tesoro de los conocimientos. Primero es ser bueno; luego, ser firme; después, ser prudente; la ilustración viene en cuarto lugar; la pericia, en el último".
>
> Ángel Ossorio[38]

La educación superior, de una manera generalizada, está en crisis.[39] Carreras saturadas, falta de planeación, escasez de recursos, vocaciones mal encauzadas, son sólo algunos de los conflictos a los cuales, desde hace años, deben hacer frente las universidades. Es por eso que, ante este panorama, es mayor la responsabilidad hacia la sociedad.

Profesionistas seguirán requiriéndose y el deber de las instituciones de educación superior es educarlos y formarlos. No es suficiente la simple instrucción. La verdadera educación implica no sólo dotar a los egresados de conocimiento y de habilidades, sino formar su carácter, desarrollar su vocación y crear la ética profesional que corresponde.[40]

Enseñar el derecho va más allá del carácter formal de la educación universitaria. En una carrera como ésta, donde es necesaria una personalidad madura, un carácter fuerte, la única forma de crear buenos profesionales, de formar buenos abogados, es siendo duro, terriblemente duro. Esa es la responsabilidad de la universidad, a través de los maestros. Una enseñanza simplista, fácil, superficial o sin disciplina, lleva a crear abogados sin conocimientos suficientes para asesorar a su cliente o sin las habilidades necesarias para defenderlo, pero lo que es peor, sin la ética profesional que le permita ser confiable.

[38] Ángel Ossorio, *El alma de la toga y cuestiones judiciales de la Argentina*, *op. cit.*, p. 18.

[39] Rollin Kent Sema, "La educación superior: falacias y problemas", en *Nexos*, México, Nexos, Sociedad, Ciencia y Literatura, año 29, vol. XXIX, núm. 353, mayo de 2007, pp. 55-58.

[40] Jorge Fernández de la Torre, "El perfil del abogado en el México nuevo", en *Tus abogados*, México, Ignacio Bermeo Juárez, año 1, núm. 6, abril-mayo de 2007, pp. 22 y 23.

Es cierto que el abogado debe tener pensamiento analítico, habilidades de comunicación y estar comprometido con su trabajo.[41] Pero ante todo, debe ser capaz de resolver cuestiones concretas, y resolverlas de una manera confiable y ética. El abogado vive con el conflicto y su función es resolverlo. Es por eso que la enseñanza del derecho siempre deberá dirigirse a enseñar a pensar, buscar y proponer soluciones, dentro de un orden ético y lógico.

> "1o. Estudia. El derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos, serás cada día un poco menos abogado".
>
> Eduardo J. Couture[42]

[41] Tania Romero, entrevista a Carolina Rodríguez, respecto de la carrera de derecho, "La voz del empleador: Motorola, Pensamiento estratégico", en *Las mejores universidades. Edición 2007-2008*, Suplemento Universitarios, *Reforma*, México, mayo de 2007, p. 16.

[42] Eduardo J. Couture, *Los mandamientos del abogado*, 10a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1988, p. 11.

HACIA LA MERCANTILIZACIÓN DE LAS RELACIONES NATURALEZA-SOCIEDAD: UN EJEMPLO LEGISLATIVO. CONTRIBUCIÓN A UN DEBATE

Rolando CAÑAS MORENO
Ana ORTIZ MONASTERIO QUINTANA

"...el mundo actual se encuentra integralmente inmerso en un mercado ingente, que abarca y redefine los espacios políticos, sociales y culturales, a partir de las macrovariables de la inversión y la competencia".
Martín Díaz y Díaz

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Presencia y matices de los procesos de mercantilización*. III. *La Ley General de Vida Silvestre. Condiciones de su surgimiento*. IV. *Las reformas a contrasentido*. V. *La federalización*. VI. *Las prohibiciones sobre grupos de especies*. VII. *Consideraciones finales*.

I. INTRODUCCIÓN

Haciendo a un lado enfoques valorativos sobre el concepto de mercantilización, ésta se puede entender como un proceso mediante el cual se convierte en objeto de compra-venta, algo que no lo es.

Una de las principales preocupaciones que se puede leer entre líneas en buena parte de los argumentos que se esgrimen en contra de la ley que desde el año 2000 regula las actividades de conservación y aprovechamiento sustentable que se realizan sobre las especies sil-

vestres y sus hábitat en nuestro país, se relaciona precisamente con la mercantilización de la naturaleza.

Esas y otras inquietudes de muchos actores y organizaciones, cuyas posiciones vamos a denominar conservacionistas para efectos de este análisis, a grandes rasgos son compartidas hoy en día por la mayoría de las personas medianamente informadas sobre la problemática ambiental nacional y mundial.

Considerando lo anterior, este ensayo busca ir más a fondo en el cuestionamiento de la mercantilización. Plantea el riesgo de argumentos que se construyen en torno a este fenómeno, pero que resultan en debates polarizados, plagados de planteamientos unidimensionales que pasan por alto las dinámicas de poder subyacentes a los problemas que aquejan a nuestro planeta como sistema. La permanencia de un debate en esos términos probablemente esté sirviendo al amo menos deseable: los intereses mercantiles que operan sin regulación alguna, en el campo de la ilegalidad a la que se asocian corrupción, violencia y mayor deterioro del entorno.

Para contribuir a repensar y, posteriormente, redefinir este debate, intentamos darle vida a algunos planteamientos de dos autoridades en la materia. El maestro Martín Díaz y Díaz, inmejorable estudioso del derecho desde la perspectiva de la teoría sociológica, dedicó su último ensayo a explorar las implicaciones del desarrollo de nuestra legislación en materia de recursos naturales sobre los discursos jurídico-patrimoniales. El Dr. Raúl Brañes Ballesteros, reconocido internacionalmente como uno de los más destacados especialistas en derecho ambiental, publicó numerosas obras sobre esta rama del derecho que hoy se consideran fundamentales en Latinoamérica. Ambos participaron en la elaboración de la Ley General de Vida Silvestre al final de sus carreras profesionales, dejando como legado uno de los escasos procesos legislativos que, en estos tiempos, ha sido guiado por fundamentos de la teoría del derecho y bases sólidas de la dogmática jurídica.

II. Presencia y matices de los procesos de mercantilización

El Estado es fruto de las relaciones políticas del mercado moderno y aquél es coexistente con el derecho. En efecto, la creciente necesidad

de calculabilidad de las interdependencias humanas señalada por Elias,[1] generó en la perspectiva jurídica "la pretensión frenética de librar al tráfico de mercancías de motivos de incertidumbre (lo cual) ha presidido la construcción de una juridicidad omnívora, que trata de cualificar jurídicamente cualquier cosa siquiera imaginable".[2]

Como lo ha señalado Capella el derecho contemporáneo es la respuesta en el ámbito del lenguaje normativo a los dos axiomas básicos del sistema social capitalista: todo puede ser mercancía y toda mercancía ha de tener una voz.[3]

Por supuesto el concepto mercancía no alude a una cosa, sino a la capacidad de convertir cualquier relación social en un objeto intercambiable por el objeto universal de cambio que es el dinero, así como de acudir para esa operación al conjunto de relaciones económicas institucionalizadas (y reificadas) conocidas como "mercado".

Asimismo, en tanto que el intercambio requiere de acuerdos entre los "sujetos" del mismo, es indispensable que las mercancías estén representadas por una "voz" y, en este sentido, para el derecho moderno "las personas son primariamente voces de mercancías titulares de un patrimonio". En palabras de Edelman la interpelación básica del sistema jurídico al individuo es: "Porque eres sujeto de derecho, eres capaz de adquirir y de vender(te)".[4]

Las necesidades de reproducción del mercado han llevado a su desdoblamiento en un mercado "clásico" de "leyes" predeterminadas de operación mesurable y otro mercado "oculto" o inmerso en el ilegalismo que contribuye a la reproducción del sistema que lo produce.

El derecho, en tanto ideología legitimadora, contribuye a la generación y permanencia de ambos. En el primer caso, mediante normas que asumen la apariencia técnica del mercado y utilizan sus elementos para obtener fines comunitarios. En el segundo, en lo esencial

[1] *Cfr.* Elias, Norbert, *El proceso de la civilización. Investigaciones sociogenéticas y psicogenéticas*, Fondo de Cultura Económica, 2a. ed., México, 1997, pp. 463-466.

[2] Capella, Juan Ramón, *Fruta prohibida. Una aproximación histórico teorética al estudio del derecho y el Estado*, Ed. Trotta, Madrid, 1997, p. 133.

[3] *Ibidem*, pp. 134 y ss.

[4] Edelman, Bernard, *La práctica ideológica del derecho. Elementos para una teoría marxista del derecho*, Tecnos, Madrid, 1980, p. 46.

mediante prohibiciones lingüísticas, sin ecos en la facticidad, que permiten un doble juego concatenado: la búsqueda de objetivos socialmente reconocidos como deseables y el logro paralelo de fines consecuentes con la "lógica" mercantil pero evadiendo las leyes mercantiles, sin sujeciones de ninguna especie. La legalidad crea así el campo del ilegalismo.

III. La Ley General de Vida Silvestre. Condiciones de su surgimiento

A partir de la firma del Convenio sobre la Diversidad Biológica, fruto de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo celebrada en 1992, se efectuaron diversas modificaciones a la legislación ambiental mexicana que unos años más tarde se mostraban como insuficientes para atender los temas de conservación y uso sustentable de nuestros recursos naturales vivos.

La Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente había enriquecido sus previsiones de participación social y aprovechamiento sustentable en relación con las áreas naturales protegidas, además de haber abierto mayores posibilidades legales de utilización de flora y fauna silvestres en condiciones de sustentabilidad.

Por su parte, la legislación forestal y de pesca, a pesar de modificaciones importantes a la primera, distaba mucho de brindar la protección necesaria para hacer real el concepto de renovabilidad en el uso de estos recursos. Por otro lado, la Ley Federal de Caza era obsoleta en muchos sentidos, entre los que destacaban la absoluta carencia de criterios que permitieran garantizar un aprovechamiento racional de las especies cinegéticas y, no menos importante, el nulo papel otorgado a los propietarios y poseedores legítimos de los predios en los que se desarrollaban las actividades de cacería deportiva. Finalmente, aunque todas ambiciosas en su objeto, estas tres leyes solamente se aplicaban en la práctica a ciertas formas de uso sobre un número muy limitado de las especies que se distribuyen en México, las de interés comercial para las industrias vinculadas a esos sectores.

Para entonces, México ya estaba clasificado como uno de los países del mundo que alberga mayor biodiversidad, tanto de especies silvestres, como de ecosistemas y a nivel genético. Asimismo, se documentaba ya la coincidencia de las zonas de mayor diversidad

biológica con las regiones del país en las que habita la población mexicana en más graves condiciones de marginación.[5]

Es en el contexto antes descrito en el que tuvo lugar un proceso legislativo, a iniciativa del Poder Ejecutivo federal, que culminó en la promulgación de la Ley General de Vida Silvestre el 3 de julio de 2000.

IV. Las reformas a contrasentido

Esta nueva ley partió de los esquemas del mercado clásico, con un reconocimiento expreso por parte del Congreso de la Unión del potencial de desarrollo sustentable vinculado a la biodiversidad, basado en la variedad de alternativas productivas asociadas a ella, así como en la existencia de una fuerte demanda de vida silvestre en diversos nichos del mercado, tanto a nivel local y regional, como nacional e internacional.

En opinión de Martín Díaz, el régimen de la Ley General de Vida Silvestre fue, en estricto sentido, quizás "el único que ha perfilado un modelo de aprovechamiento desde la perspectiva ambiental". Esto es lo que lo llevó a denominarlo "sin lugar a dudas, el más desarrollado dentro de la legislación mexicana", al perfilar el aprovechamiento, no como una prerrogativa patrimonial de un propietario o legítimo poseedor, sino como un cauce estratégico de la conservación, condicionado a ella.[6]

No obstante lo anterior, el conservadurismo del conservacionismo ha hecho mella en ese texto, reflejando una perversión común del sistema capitalista: con un propósito meta-mercantil, genera o fortalece mercados negros, comercio ilegal sin controles estatales.

Los costos de cumplir con los requisitos para garantizar la sustentabilidad suelen ser, de por sí, más altos que las cuotas de corrupción asociadas a la ilegalidad. En última instancia, el principal efecto de medidas conservacionistas que se ciegan al poder de las fuerzas co-

[5] Conabio, *La diversidad biológica de México: Estudio de país*, Comisión Nacional para el Conocimiento de la Biodiversidad, México, 1998.

[6] Díaz, Martín, "El aprovechamiento de los recursos naturales. Hacia un nuevo discurso patrimonial", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 24, Escuela Libre de Derecho, México, 2000, p. 170.

merciales, es derrumbar los controles meta-mercantiles del régimen legal, además de crear una cultura del ilegalismo.

Como hizo notar Martín Díaz, "en las sociedades complejas hay que planear con el mercado a cuestas. Sin duda, la conservación de los elementos naturales, no puede perfilarse como un asunto liso y llano de incorporación al mercado. Y tampoco la antítesis resulta completamente cierta; es decir, los procesos mercantiles no son un dato que se pueda soslayar en el diseño de cualquier política ambiental que se pretenda establecer".[7]

V. La federalización

Mediante una iniciativa con la que se dio cuenta en el Pleno de la Cámara de Diputados el 4 de octubre de 2001, el Presidente de la República propuso reformas a la Ley General de Vida Silvestre, entre otros temas, en el relativo a los artículos 11 y 12 de dicho instrumento, mismos que preveían por primera ocasión en nuestro sistema jurídico las bases de la aplicación de un auténtico federalismo cooperativo, diseñadas conceptualmente por Díaz y Díaz.

Éstas asumían la prevalencia absoluta del mandato constitucional, al reconocer plena capacidad a las entidades federativas para valorar sus posibilidades de asumir la mayoría de las atribuciones que a la autoridad disponía la ley.

En efecto, el mecanismo implicaba la ausencia de "calificaciones" de la autoridad federal para que se dispusiera la asunción de facultades por los gobiernos locales, así como el reconocimiento de que es el ámbito jurídico de aplicación lo que diferencia a los dos estratos gubernamentales, no una jerarquía valorativa del estatus de los órdenes de gobierno. El sistema de asunción de facultades constituía un primer paso hacia un federalismo cooperativo por primera vez vigente en nuestro país.

El uso interesado y ambiguo del lenguaje en la iniciativa de reformas aludida, refiere como su objetivo precisamente lo que combate. Así expresa: "el fortalecimiento del federalismo y la descentralización es una tarea ineludible y urgente".

[7] *Ibidem*, p. 101.

El texto original de la Ley disponía que "la Federación, a través de la Secretaría a petición de cualquiera de los estados o del Distrito Federal, suscribirá convenios o acuerdos de coordinación", es decir, quedaba a cargo de las autoridades del orden local valorar cuándo se encontraran en circunstancias de asumir el ejercicio de diversas atribuciones. A petición suya entonces, la Federación debía suscribir los instrumentos correspondientes.

La modificación en cambio prevé: "La Federación, por conducto de la Secretaría podrá suscribir convenios o acuerdos de coordinación", lo que significa que se trata de una facultad potestativa de la Federación hacerlo o no. Además, para su cumplimiento es remitida al artículo 12 de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, mismo que establece un sistema detallado de evaluación por parte de la Federación de que el estado o el Distrito Federal están "preparados" para asumir las facultades correspondientes. Este método paternalista, en los hechos puede llegar a derivar en subjetivismos, cuando no en auténticas arbitrariedades o componendas de toda índole.

No podemos perder de vista tampoco que en la transferencia de atribuciones de la Federación a los estados, en el régimen que sustituyó al planteado originalmente en esta ley, está implícita la posibilidad de negociación de beneficios de carácter fiscal en la cual las autoridades federales detentan el poder político-económico.

El papel de las entidades federativas es, entonces, de franca subordinación o complicidad en la búsqueda de la asunción de esas facultades en un determinado ámbito local, alentadas por motivos financieros. Todo esto conduce a la reiteración de una apropiación mercantilizada, aun desde el ámbito del poder público, de los asuntos relacionados con la vida silvestre y el paso consecuente a un plano secundario de los criterios de fondo orientados a la sustentabilidad.

VI. Las prohibiciones sobre grupos de especies

"Si bien la ley (General de Vida Silvestre) concede una importancia especial al interés privado como incentivo para la conservación y utiliza al mercado como vehículo para la valorización de los componentes ambientales, nunca renuncia a un manejo público de las situa-

ciones que regula".[8] A pesar de lo anterior, diversas modificaciones efectuadas a este ordenamiento parecerían partir del supuesto de que las medidas de conservación y los requisitos para garantizar la sustentabilidad de los aprovechamientos que en la misma se establecen, no son adecuados o suficientes.

Tradicionalmente el instrumento administrativo llamado "veda" en nuestro país ha sido una disposición de la autoridad ejecutiva que tiende a la protección absoluta y temporal de un bien relevante, en general se trata de recursos naturales.

Ese fue el sentido que adoptó la Ley General de Vida Silvestre en el tratamiento que le otorgó al instrumento, es decir un medio temporal limitativo del aprovechamiento de poblaciones de la vida silvestre que responde a causas graves y como un método extremo cuando se haya comprobado que, a través de otros, no es dable la conservación o recuperación de las mismas.

Además, la ley referida implica un diagnóstico particular de los alcances, matices y necesidades de las vedas considerando los antecedentes de esta práctica en diversas especies de la vida silvestre. De hecho, durante la discusión de la iniciativa correspondiente se valoró, incluso, la pertinencia de su existencia a partir de sus pobres y en ocasiones contradictorios resultados.

Se decidió preverlo en esta ley considerando su añosa introyección en los hábitos jurídicos relacionados con la vida silvestre y ponderando la viabilidad de las normas de veda sólo como un énfasis coyuntural y acotado que, en conjunción con otras medidas, pudiese ser un elemento coadyuvador en la conservación. Para lo anterior, se asumieron tanto las condicionantes ya establecidas en la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, como medidas adicionales que aseguraran que se trata de una disposición de carácter extremo y, por tanto, que debe tener una vasta justificación y un carácter episódico para erigirse siempre como medida preventiva y complementaria.

A estos razonamientos responde lo preceptuado en el artículo séptimo transitorio que instituye una obligación para la autoridad ejecutiva de revisar las vedas vigentes y proceder, en su caso, a su adecuación o abrogación bajo los criterios de fondo que alientan el sistema de la ley.

[8] *Ibidem*, p. 170.

Como resulta lógico de lo antes mencionado, la Ley General de Vida Silvestre no establece originalmente prohibición alguna al aprovechamiento de especies concretas, aunque esto no implica que se pueda realizar cualquier aprovechamiento, sino sólo aquellos que cumplan con los requisitos para garantizar la sustentabilidad. Por otra parte, va aún más lejos, prohibiendo en su artículo 4o. cualquier acto que implique la destrucción, daño o perturbación de la vida silvestre, en perjuicio de los intereses de la nación,[9] como correlato al deber de conservación que instituye para todos los habitantes del país.

Esta prohibición genérica y la ausencia de prohibiciones específicas, respeta la supremacía constitucional del orden jurídico de nuestro país que obliga a la regulación de los elementos naturales susceptibles de apropiación según la previsión establecida en el artículo 27 de la carta fundamental, es decir bajo el principio de la función social de la propiedad.

Conforme a este precepto, regular el aprovechamiento de elementos de la vida silvestre tiene por objeto hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana.

En consecuencia, se deben dictar las medidas necesarias para preservar y restaurar el equilibrio ecológico, para fomentar actividades económicas en el medio rural y para evitar la destrucción de los elementos naturales en perjuicio de la sociedad.

[9] Además de ésta, las únicas prohibiciones que se establecieron al promulgar la Ley, son las siguientes:

Los actos de crueldad en contra de la fauna silvestre, en los términos de esta ley y las normas que de ella deriven, se debe evitar o disminuir la tensión, sufrimiento, traumatismo y dolor que se pudiera ocasionar a los ejemplares (artículo 30).

El uso de cercos u otros métodos para retener o atraer ejemplares de fauna silvestre nativa que de otro modo se desarrollarían en varios predios, excepto para recuperación, reproducción, repoblación, reintroducción, traslocación o preliberación (artículo 73).

El ejercicio de la caza deportiva utilizando ciertos medios, en horarios nocturnos y sobre crías o hembras visiblemente preñadas (artículo 95).

Justamente el carácter radical de la disposición constitucional conlleva, en el caso de las vedas, una acción inmediata y no permanente del Poder Ejecutivo, que sirva para estudiar las medidas de largo plazo que deben adoptarse para el restablecimiento sustentable de las poblaciones de que se trate. Esta función implica que las prohibiciones se establezcan en instrumentos jurídicos propios de las normas administrativas del Poder Ejecutivo y, por tanto, sujetas a su modificación o cese tan ágil como las necesidades reveladas por la misma, sin las formalidades –y los plazos– del proceso legislativo, consecuentes de normas jurídicas que aspiran a una temporalidad de largo alcance y a soluciones de fondo.

Si bien es cierto que las vedas en algunos casos han tenido una aplicación inconsecuente a su origen y han permanecido por muchos años sin acciones del Estado para conseguir su reversión, por estar en vías de solucionar los problemas que motivaron su establecimiento, también lo es que resulta de mayor incongruencia que las medidas propias del sistema de vedas se trasladen a las normas legislativas. Esto hace más rígida una medida que debiese ser coyuntural, dándole el sentido de permanencia que al menos en aspiración buscan las reglas del proceso legislativo.

La llamada "técnica legislativa" establece como un principio mínimo fincar en normas legales sólo lo que a éstas corresponde, agotando primero las soluciones en los instrumentos de otros órdenes a mano. Es claro que las disposiciones prohibitivas de carácter absoluto establecidas por el legislativo para el aprovechamiento de ejemplares de algunas especies en el texto de la Ley General de Vida Silvestre, son hipótesis típicas del ámbito administrativo del Poder Ejecutivo que, en caso de ser fundadas, debiesen concretarse a través del sistema de vedas.

En relación con lo anterior, es útil recordar lo expresado por el Dr. Raúl Brañes: "...cuando se dice que el derecho ambiental es eminentemente 'técnico se alude a su dependencia del dato técnico 'natural' que permite hacerlo eficiente, sin tener en cuenta que la eficiencia de la norma jurídico-ambiental está, además, estrechamente vinculada a una correcta evaluación de los factores sociales que se encuentran presentes en la relación sociedad-naturaleza. Pero dicho aspecto 'técnico' del derecho ambiental suele ser olvidado con la consecuencia de que en muchos casos, termina siendo poblado por normas que son

socialmente ineficientes y que, por lo mismo, tienen una existencia sólo formal".[10]

Para la discusión de cuatro prohibiciones añadidas a la Ley General de Vida Silvestre y una en proceso de discusión, utilizaremos a continuación tres líneas de análisis:

1. La eficacia, entendida como la necesidad del dato técnico social a la que alude el doctor Brañes para evitar la existencia meramente formal de una disposición jurídica.
2. La congruencia con las normas constitucionales y el resto del sistema jurídico.
3. La redefinición de los espacios jurídico-políticos en respuesta a la funcionalidad del mercado, en los términos planteados por el maestro Díaz.

1. Mamíferos marinos

Aunado a las reformas en materia de federalismo, el 10 de enero de 2002, se adicionó a esta ley un artículo 60 bis que prohibió el aprovechamiento extractivo, tanto de subsistencia como comercial, de ejemplares de mamíferos marinos de cualquier especie,[11] "con excepción de la captura que tenga por objeto la investigación científica y la educación superior de instituciones acreditadas", en cuyo caso el promovente de la solicitud debe entregar a la autoridad un protocolo completo que lo sustente.

En primera instancia, esta modificación tuvo dos efectos principales evidentes: estimular la importación de ejemplares para abastecer el mercado de los delfinarios, y provocar la simulación de proyectos

[10] Brañes, Raúl, *Manual de derecho ambiental mexicano*, Fondo de Cultura Económica, 2a. ed., México, 2000, p. 32.

[11] Esto se dio en paralelo con la inclusión de todas las especies de mamíferos marinos que se distribuyen de manera natural en nuestro país, a la lista de especies en riesgo de la NOM-059-Semarnat-2001, sin aplicar el método de evaluación del riesgo que esta misma norma establece. La inclusión de cada especie que no estuviera ya listada, conforme a la propia Ley General de Vida Silvestre debió haber estado sustentada en información relativa a las poblaciones, tendencias y factores de riesgo; la justificación técnica-científica de la propuesta de inclusión, y la metodología empleada para obtener la información.

de investigación (delfinoterapia) y la búsqueda de apoyo o la creación de instituciones "científicas" para estos fines.

El primer efecto referido tiene implicaciones fácticas importantes. Un ejemplar de una población compartida por México y alguno de los países vecinos, se podía extraer para exportarlo a instalaciones mexicanas, pero no en un aprovechamiento autorizado en nuestro país con el mismo destino final y, prácticamente, el mismo origen del ejemplar. En el mismo sentido, un ejemplar importado de otro país no necesariamente se extrae del mar bajo criterios que garanticen la sustentabilidad, mientras que una captura aquí autorizada estaría sujeta a la presentación de resultados de muestreos de la población correspondiente y de un plan de manejo, como elementos técnicos básicos para la toma de decisiones conforme a lo previsto por la Ley General de Vida Silvestre.

Así, además de una posible afectación a poblaciones de mamíferos marinos para abastecer la demanda en nuestro país, la prohibición del aprovechamiento potencialmente inhibe la generación de información sobre el estado de las poblaciones, lo cual sugiere que esta regulación concreta no cumple con el principio constitucional de beneficio social ni sirve como medida para preservar y restaurar el equilibrio ecológico, para fomentar actividades económicas en el medio rural, ni para evitar la destrucción de los elementos naturales en perjuicio de la sociedad.

Más adelante, junto con las modificaciones a las que se refiere el siguiente apartado, se estableció también la prohibición de la importación, exportación y reexportación de ejemplares de estas especies. Esta reforma parecería acotar el problema antes planteado por lo que respecta a que la demanda se abastezca con ejemplares importados "de otros países" en los que pudiera no cumplirse con criterios de sustentabilidad tan estrictos como los previstos en la ley que se analiza. Sin embargo, se han otorgado amparos promovidos por representantes de algunos delfinarios, en contra de las negativas por parte de la autoridad administrativa a solicitudes de importación de ejemplares. Por otro lado, una prohibición absoluta como ésta, pudiera interpretarse como una restricción no arancelaria al comercio sin sustento en criterios ambientales.

En el caso de las prohibiciones relacionadas con mamíferos marinos se obviaron algunos datos sociales relevantes. Para empezar, en

México no se ha hecho notar un problema de captura de mamíferos marinos para subsistencia, no existe un hábito de consumirlos como alimento, ni una demanda de ejemplares para mascota u otros fines que requiera de tasas de extracción muy altas, por lo que no es una norma que responda a un problema de la realidad social mexicana. Básicamente, el mercado interno de mamíferos marinos está relacionado con espectáculos públicos. Pero eso no es todo, también se obviaron los datos técnico-naturales a los que hace referencia el Dr. Brañes, aspecto que sí está previsto por la Ley General de Vida Silvestre en su texto original al requerir información de las poblaciones naturales para autorizar el aprovechamiento extractivo sobre cualquier especie.

El mercado mexicano de mamíferos marinos, sin tener un nicho particularmente amplio, ha redefinido espacios socioculturales, debido a la preferencia de muchos consumidores por observar y relacionarse con algunas especies de este grupo. Una afinidad similar a ésta, hizo surgir las iniciativas que establecieron estas prohibiciones. Sin considerar que el espacio jurídico-político ya se había redefinido considerando la realidad mercantil, han marginado a la ilegalidad, a la simulación y, en su caso, a litigios onerosos toda actividad que pretenda abastecer la demanda existente en el mercado.

Una preocupación legítima por las condiciones en las que se encuentran los ejemplares de mamíferos marinos en delfinarios, acuarios y zoológicos, así como por el posible tráfico de ejemplares para sustituir a los que mueren en sus instalaciones, no se ataja mediante la prohibición de capturas y movimientos transfronterizos. Ante el ilegalismo a que la reforma condena al manejo real de estas especies se añade la obvia inaplicación de las disposiciones vigentes de la ley[12] ante situaciones de hecho que, por definición, escapan de cualquier mediación jurídica. Por lo anterior, la situación de los mamíferos marinos probablemente se esté agravando.

2. Primates

Las modificaciones relacionadas con este grupo de especies se promulgaron el 26 de enero de 2006 y quedaron asentadas en un nuevo

[12] De trato digno y respetuoso a los animales, verificación de la legal procedencia de los ejemplares, y las previsiones sobre manejo y aprovechamiento sustentable.

párrafo del artículo 60 bis, que prohíbe el aprovechamiento extractivo de subsistencia y comercial, y un nuevo artículo 55 bis, mediante el cual se estableció la prohibición de importación, exportación y reexportación referida en el apartado anterior, así como la de ejemplares de cualquier especie de primate, sus partes y derivados.

Por lo que respecta a las capturas, sólo se pueden autorizar para actividades de restauración, repoblamiento y reintroducción de dichas especies a su hábitat natural. En cuanto a los movimientos internacionales, se prevé una excepción para aquellos destinados a la investigación científica.

En la práctica estas prohibiciones han dado cauce a la simulación del cumplimiento de las causales de autorización para poder resguardar ejemplares en condiciones adecuadas en instalaciones de otros países, ya que el resguardo no está previsto como una causal de exclusión. Asimismo, continúa el tráfico comercial relacionado con estas especies, con el agravante de que se ha hecho más complicado llevar a cabo algunas acciones propicias para la conservación de las poblaciones o de los individuos de las mismas.

Es obvio que las reformas no cumplen con el mandato constitucional que en el artículo 27 prevé la regulación del aprovechamiento como medida para la conservación.

De igual modo ésta, como las otras prohibiciones específicas, sin una justificación técnica, contradicen el sentido de la ley en que se inscriben coadyuvando a convertirla en un documento asistemático y opaco.

También en este caso, una legítima preocupación por las condiciones en las que se encuentran los ejemplares de primates, así como por el tráfico de ejemplares, no se ataja mediante la prohibición de capturas y movimientos transfronterizos. El ilegalismo absoluto del mercado existente genera una vez más situaciones de hecho sin mediación jurídica alguna.

Además, estas prohibiciones han tenido un efecto negativo muy preocupante en cuanto al cierre de las importaciones. Dado que la demanda en la realidad se mantiene, algunos monos de especies exóticas que abastecían el mercado de mascotas cuya etología es mucho más apropiada para estos efectos, parecen estar siendo suplidos por ejemplares de mono aullador y mono araña capturados en Chiapas y otras zonas críticas.

A diferencia del caso de los mamíferos marinos, el mercado de ejemplares de primates como mascotas sí es un problema de la realidad social mexicana. Sin embargo, agrava la falta de eficacia de una prohibición de aprovechamientos extractivos y de subsistencia, el hermetismo en puertos, aeropuertos y fronteras que impide abastecer al menos parte de la demanda en tiendas de mascotas que antes se cubría con ejemplares de especies exóticas, caracterizadas por conductas más adecuadas para estos efectos.

3. Tortugas marinas

El texto adicionado del artículo 60 bis 1, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de junio de 2006, estableció: "Ningún ejemplar de tortuga marina, cualquiera que sea la especie, podrá ser sujeto de aprovechamiento extractivo, ya sea de subsistencia o comercial, incluyendo sus partes y derivados".

Este es uno de los casos que muestra con mayor claridad la forma en que se ha utilizado la inclusión de prohibiciones al aprovechamiento directamente en el texto de la ley de manera simplista y con fines políticos, para presentar a la sociedad una imagen de interés proactivo en favor de la conservación de la naturaleza que, sin embargo, no tiene efectos para la conservación en los hechos.

Desde 1990 se encuentra en vigor una veda total decretada por el Poder Ejecutivo, para el aprovechamiento de las especies de este grupo que se distribuyen en el territorio nacional. De manera paralela a la aplicación de esta veda, se han instrumentado una serie de medidas administrativas complementarias indispensables para combatir el mercado negro que aún subsiste, en el marco de un programa nacional. Entre estas medidas destacan: el establecimiento de centros para la conservación e investigación (antes campamentos tortugueros) operados con financiamiento del gobierno federal y de organismos internacionales, así como la promoción de la participación social en la conservación de las especies vedadas, a través de lo que se podría considerar un aprovechamiento no extractivo de tortugas marinas en sus zonas de anidación.

Por supuesto, parece cuando menos innecesario establecer una prohibición, sobre algo que ya está prohibido mediante el instrumento adecuado de conformidad con la propia ley. No obstante lo ante-

rior, sin tomar en cuenta el principio de autoridad formal de la ley ni el artículo séptimo transitorio de la Ley General de Vida Silvestre, algunos actores del sector no gubernamental y legisladores decidieron "proteger" a las tortugas marinas, considerando que con la entrada en vigor del ordenamiento que se analiza se permitió el aprovechamiento extractivo y de subsistencia de cualquier especie. Lo cual es sólo una falta de lectura –y comprensión– de lo previsto por esta ley que expresamente dejó subsistentes las vedas vigentes al momento de su publicación.

No es menos relevante destacar que en la prohibición del aprovechamiento de subsistencia, se podría interpretar que cabe la prohibición del aprovechamiento en ritos y ceremonias tradicionales, dado que éste quedó incluido junto con el primero, en un capítulo así denominado erróneamente de manera genérica. Lo anterior, sin embargo, implicaría una violación al artículo 4o. constitucional en materia de derechos indígenas, siempre y cuando el uso tradicional no atente contra la sustentabilidad también prevista en la Carta Magna.

La existencia de un fuerte mercado ilegal de carne y huevos de tortugas marinas, redefinió ya los espacios jurídico-políticos y culturales a partir del inicio de la década de los noventa.

El caso ilustra la notoria impericia de los ideólogos de esta iniciativa, en cuanto a la apreciación técnica de los hechos que se pretenden regular y en cuanto a las formas jurídicas para lograrlo.

4. Manglares

Mediante publicación del 2 de febrero de 2007 en el *Diario Oficial de la Federación*, se culminó el proceso legislativo que incorporó dos disposiciones adicionales a la Ley General de Vida Silvestre.

El nuevo artículo 60ter dispone: "Queda prohibida la remoción, relleno, trasplante, poda o cualquier obra o actividad que afecte la integralidad del flujo hidrológico del manglar, del ecosistema y su zona de influencia, de su productividad natural, de la capacidad de carga natural del ecosistema para los proyectos turísticos; de las zonas de anidación, reproducción, refugio, alimentación y alevinaje, o bien de las interacciones entre el manglar, los ríos, la duna, la zona marítima adyacente y los corales, o que provoque cambios en las características y servicios ecológicos". Se exceptúan de esta prohibición las obras o actividades que tengan por objeto proteger, investigar o conservar las áreas de manglar.

El párrafo adicionado al artículo 90 señala: "Las obras y actividades de aprovechamiento no extractivo que se lleven a cabo en manglares, deberán sujetarse a las disposiciones previstas en el artículo 28 de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente" (autorización previa en materia de impacto ambiental).

En cuanto a la eficacia del nuevo artículo e incluso la de normatividad menos restrictiva, pero también cargada de referencias técnico-naturales, la mera revisión de los litorales mexicanos a lo largo de los últimos años, basta para notar la repetida y evidente violación de resolutivos de autorizaciones de impacto ambiental, programas de ordenamiento territorial, Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente y, hoy en día, la contradicción de la realidad con el artículo 60ter de la Ley General de Vida Silvestre a varios meses de su entrada en vigor. La nueva disposición sólo ha abonado al ilegalismo sin cortapisas: el margen de negociación para el desarrollo de proyectos de infraestructura, que antes daba un espacio a la imposición de condicionantes para reducir sus impactos, ha cedido aun más lugar a la remoción nocturna de vegetación natural en los predios de zonas costeras.

Considerando los datos técnico-sociales anteriores, estas modificaciones legales, difícilmente frenarán aprovechamientos o, más bien, impactos por parte de grandes empresas del sector turístico y acuícola que es común prevean entre los "costos" para el desarrollo de proyectos, tanto las sanciones administrativas como las cuotas de corrupción necesarias para llevarlos a cabo. Así, el problema que ocupó a los legisladores que promovieron la reforma y a quienes los apoyaron, muy probablemente no se verá resuelto en los hechos.

En lo que atañe a la coherencia con la norma fundamental, estas reformas no dislocan el contenido expreso del tercer párrafo del artículo 27 constitucional en el cual, como lo ha dicho el propio Brañes, la idea de la conservación de los recursos naturales, tal como está ahí establecida no se opone al aprovechamiento de los mismos. Al contrario, la prescripción del Constituyente de 1917 está encaminada a dejar en claro que uno de los fines de la regulación por parte de la nación del aprovechamiento de los recursos naturales en beneficio social, es precisamente, cuidar de su conservación. "Aprovechamien-

to" y "conservación", nos dice este autor, son por tanto ideas vinculadas entre sí, ya que el primero se encuentra subordinado, entre otras modalidades, a la segunda.[13]

Por lo que respecta a la congruencia al interior del sistema legal, por un lado las distintas interpretaciones que se pueden dar al nuevo artículo 60ter, podrían obstaculizar las acciones necesarias para labores de restauración realizadas por parte de comunidades rurales. Esto debido a que el término restauración ni siquiera es mencionado en la excepción prevista, así como al hecho de que las comunidades no son instituciones gubernamentales o académicas ni organizaciones conservacionistas, lo cual podría llevar a la falsa conclusión de que no están capacitadas para llevar a cabo de manera adecuada actividades de protección, investigación o conservación.

Por su parte, la obligación prevista en el párrafo adicionado al artículo 90 tiene evidentes implicaciones de exclusión social, además de que una manifestación de impacto no es necesaria desde la perspectiva ambiental ya que este tipo de actividades está sujeto, bajo la propia Ley General de Vida Silvestre, a un esquema de gestión específico y más adecuado: las unidades de manejo para la conservación de vida silvestre. Más aun, el trámite adicional que prevé el nuevo párrafo se ha probado ya ineficiente para evitar daños a los ecosistemas por innumerables obras de infraestructura y proyectos productivos. Prueba de ello es la legítima preocupación que llevó a insertar el artículo 60ter.

Además, una cualidad de las actividades de aprovechamiento no extractivo es que involucran a pobladores locales en la conservación mediante opciones productivas basadas en la salud del ecosistema, sin requerir de una gran inversión. Es decir, el texto original de la ley de alguna forma considera las inercias del mercado de modo que resulten favorables para la conservación, como lo propone Martín Díaz.[14]

Por lo que toca a las obras y actividades que sí deben sujetarse a una evaluación de impacto ambiental a las que está dirigida la adición del artículo 60ter, es discutible que la Ley General de Vida Silvestre sea el instrumento apropiado para restringirlas, ya que estos temas están regulados a través de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección del Ambiente y su Reglamento en materia de Impacto Ambiental.

[13] *Cfr.* Brañes, Raúl, *op. cit.*, p. 77.
[14] Díaz, Martín, *op. cit.*, p. 101.

Siguiendo en la línea de la congruencia normativa, es relevante el antecedente de la NOM-022-Semarnat-2003 que estableció, con el mismo sentido de la reforma que comentamos, una regulación muy estricta para obras y actividades en zonas de manglar. Tan sólo un año más tarde las prohibiciones y restricciones fueron desactivadas mediante una modificación a la norma oficial mexicana, dejando las obras y actividades sujetas a compensación, sin mayores precisiones. Finalmente, durante el año 2006 se suspendió un esfuerzo normativo posterior que pretendía establecer criterios detallados que podrían resultar pertinentes.

Esto indica que el sistema opera hoy con una norma oficial mexicana vigente, que no ha sido modificada conforme a las propias reglas del sistema y en paralelo disposiciones de orden legal que le son contradictorias. Como se ha expuesto, en la consideración de su validez, la reforma no se compadece con el resto de la estructura jurídica ahondando la contradicción intrasistémica, omite por tanto la reducción de la complejidad de la misma.

En cuanto a la redefinición de los espacios, político-social y cultural por efectos del mercado es importante mencionar que, a diferencia de los casos anteriores, las especies objeto de la prohibición no son relevantes como objeto de intercambio mercantil, sino todo lo contrario. Las obras de infraestructura que afectan gravemente a los manglares se han basado en su remoción para lograr los fines de las industrias del turismo y la acuacultura tradicionales, principalmente. Siguiendo a Díaz y Díaz, una opción podría consistir en transformar el valor ambiental en valor de cambio, pero sin desdeñar las variables sociales y políticas que suelen distorsionar el equilibrio "espontáneo" de los procesos privados de intercambio.[15]

La obligación impuesta a proyectos que puedan constituir aprovechamientos no extractivos incrementa sustancialmente los costos iniciales para comunidades marginadas de zonas costeras que pudieran

[15] *Cfr.* Díaz, Martín, *op. cit.*, p. 97.

estar interesadas en desarrollarlos, tanto por el pago de derechos para la evaluación del impacto ambiental, como por los costos de la elaboración de la manifestación correspondiente. Esto no es atinado ante un mercado como el que se ha descrito, en el cual las actividades productivas basadas en la conservación de zonas de manglar, requieren del apoyo y valoración por parte de gobierno y sociedad.

En relación con las obras o actividades que históricamente han contribuido a desecar, contaminar, reducir la superficie, destruir y modificar los flujos hidrológicos o dañar la funcionalidad de los manglares mexicanos, es necesario desarrollar un esquema normativo, no complicado, pero sí más complejo, para lograr la conservación. Éste debe referirse tanto a la compensación –no estrictamente monetaria, sino traducida en todo caso en una mejor situación de nuestros ambientes costeros–, como a la determinación con certidumbre y transparencia de los proyectos que no se pueden realizar, así como de los criterios para evitar y mitigar el impacto de otros sobre los manglares y los servicios ambientales que éstos prestan.

Como apunta Martín Díaz, es indispensable que las decisiones públicas estén apoyadas en un amplio nivel de consenso y sean confrontadas con la fuerza expansiva del interés privado. Únicamente remontando las presiones adversas, señala, "resultará viable encapsular al mercado a través de la construcción de límites afianzados en el interés público".[16]

No cabe duda que debemos encontrar la manera de atajar los problemas que enfrentan los ecosistemas de manglar en nuestro país. Esto no significa que no se puedan desarrollar obras de infraestructura o actividades productivas intensivas, aunque tendremos que asumir que en la mayoría de los casos será más caro o menos rentable en el corto plazo. Algo positivo para los empresarios es que las consideraciones ambientales alargan la perspectiva de los proyectos y tienen un valor agregado entre muchos turistas y consumidores.

La regulación necesaria para lograr la protección de los ecosistemas costeros debe partir de un análisis profundo de las presiones a las que están sujetos en nuestro país (incluyendo las inversiones millonarias ya efectuadas y el desarrollo turístico como una línea estratégica planteada por el gobierno federal), así como de las opciones para lograr la conservación efectiva, no de todos los manchones de mangle aun si no cumplen ya un papel ecológico, sino de la integridad funcional de los manglares en las costas mexicanas.

[16] *Ibidem*, p. 101.

5. Psitácidos

El ímpetu de reformar la Ley General de Vida Silvestre para "proteger" legalmente a las especies silvestres, marginándolas en realidad a procesos de mercantilización más peligrosos, no ha concluido. Otro caso ilustrativo es una nueva prohibición al aprovechamiento del grupo de aves de la familia *psittacidae* que está a la espera de la consideración del Senado de la República en su carácter de cámara revisora.

Como en los primeros casos planteados en este ensayo, una prohibición al aprovechamiento extractivo por sí misma tan sólo significa un alto al comercio legal en caso de haberlo, pero no un freno al mercado negro, aspecto social muy relevante. De hecho, los precios de los ejemplares en estos nichos suelen ser más altos cuando se trata de especies consideradas en peligro de extinción o en veda. En términos económicos, una menor disponibilidad de oferta con una demanda constante o creciente, se traduce en un incremento en el precio de los bienes. De ahí surge un círculo vicioso en el cual un precio más elevado, en un mercado sin restricciones por su ilegalidad, también puede traer consigo un esfuerzo de los mercaderes por incrementar la demanda de tales bienes (como sucede en el caso de las drogas). Tratándose de elementos naturales susceptibles de apropiación, esto significa una mayor presión sobre el recurso.

Un ejemplo claro del efecto que puede tener una prohibición a los movimientos transfronterizos de ejemplares de estas especies, es que tras el cierre de importaciones que tuvo lugar a raíz de la influenza aviar, se volvió a inundar el mercado de aves mexicanas extraídas ilegalmente: al cerrarse la oferta de loros y pericos traídos de Centro y Sudamérica, en el mercado se encuentran pericos atoleros mexicanos sobre los que la instancia administrativa encargada de la vida silvestre no ha emitido autorización alguna.

La Exposición de Motivos de la iniciativa, afirma: "es claro que la Dirección General de Vida Silvestre no cuenta con estudios poblacionales de las diferentes especies de psitácidos para poder de-

terminar sobre qué especies debe autorizarse el aprovechamiento y sus cantidades". Esto se asevera en función del reconocimiento expreso por parte de la autoridad ambiental de que las autorizaciones a los capturadores se otorgaban con base en la información administrativa disponible, con fundamento en los acuerdos por los que se establecía el calendario de aprovechamiento de aves canoras y de ornato.

Sobre lo anterior, cabe aclarar que la información administrativa no sólo se refiere a la generada por la emisión de permisos, sino también a información disponible sobre las poblaciones de aves en América del Norte pero, sobre todo, que la Ley General de Vida Silvestre suplió los criterios de esos acuerdos secretariales. Bajo este régimen, actualmente una tasa de aprovechamiento extractivo se otorga basada en estudios de poblaciones presentados por el interesado que, por supuesto, se cruzan con la demás información técnica, científica y tradicional disponible, conforme a lo dispuesto por la propia ley. Un caso distinto es el aprovechamiento de subsistencia sobre el que, de acuerdo con el texto legal, no se otorgan autorizaciones de aprovechamiento. La obligación de la autoridad respecto a situaciones en las que éste efectivamente se configura, estriba en brindar apoyo, asesoría técnica y capacitación para encauzarlo hacia la sustentabilidad.

Por otro lado, la iniciativa pretende, según su exposición de motivos permitir "el aprovechamiento de las psitácidas en los casos de cría en cautiverio de estas aves", lo cual no logra en la redacción de la modificación propuesta ya que prohíbe el aprovechamiento extractivo que, conforme a la definición de la misma ley incluye el aprovechamiento de ejemplares en confinamiento. Es de mencionar que en el artículo tercero transitorio sí se prevé subrepticiamente la excepción a la prohibición para los criaderos, sin embargo, el carácter por naturaleza temporal de una disposición transitoria harían inadecuada y controvertible, en su caso, la vigencia de la excepción.

Además, para garantizar el control de las autorizaciones señala: "dichos ejemplares deberán contar con anillo cerrado de identificación al nacimiento que garantice su legal procedencia, lo cual obedece a que este tipo de anillos sólo se pueden colocar cuando las aves están en etapa juvenil". En relación con esto, la utilización de marcas para identificar a los ejemplares obtenidos sustentablemente, está ya

prevista en el texto legal original. En el medio natural, también se puede dar el marcaje en ejemplares juveniles y de hecho se da con ejemplares obtenidos en unidades de manejo para la conservación. Las dificultades para la aplicación y cumplimiento de las disposiciones para mostrar la legal procedencia, no tendrían que disminuir con las restricciones propuestas.

Una vez más, la consistencia con el precepto constitucional y la congruencia intrasistémica están ausentes. Esto no es de sorprendernos cuando las disposiciones relativas al aprovechamiento extractivo, a las que suplantaría por completo la prohibición para efectos de este grupo de especies, fueron establecidas con base en una idea de la función social de la propiedad: la posibilidad de apropiación de elementos naturales (aprovechamiento sustentable de la vida silvestre), para cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana.

La autorización del aprovechamiento de ejemplares reproducidos en cautiverio sólo sirve para abastecer parte del mercado y permitir el lucro de particulares. En cambio, la posibilidad de realizar aprovechamiento sustentable de ejemplares en vida libre tiene implicaciones mucho más relevantes: tiene como base la conservación de su hábitat y de las poblaciones naturales. Esta visión se encuentra incorporada por cierto a nuestro sistema jurídico, desde que México es parte del Convenio sobre la Diversidad Biológica. En ese tratado reconoció, junto con la comunidad internacional, que la exigencia fundamental para la conservación de la diversidad biológica es la conservación *in-situ* de los ecosistemas y hábitat naturales, el mantenimiento y la recuperación de las poblaciones viables en sus entornos naturales.

La prohibición contravendría el artículo 27 constitucional al constreñir la posibilidad de aprovechamiento a una elite con las capacidades económicas para financiar negocios que requieren de insumos de difícil acceso para la mayoría de la población mexicana. También porque no contribuiría a estimular el manejo de hábitat y poblaciones en vida libre que se sustentan en el equilibrio ecológico, no fomentaría actividades económicas (legales) en el medio rural y tampoco evitaría siquiera, en virtud de su probable ineficacia, la destrucción de los elementos naturales en perjuicio de la sociedad.

El caso de los psitácidos sirve bien para hacer un comentario sobre el manejo ideológico del dato técnico. La existencia de un comercio ilegal que, en distintas medidas, afecta las poblaciones naturales de estas especies es una realidad, sobre todo para satisfacer la demanda en el mercado de mascotas y las colecciones privadas de aves raras. Lo que es meramente ideología es que cerrando la posibilidad de un comercio legal, ese mercado ilegal cese o disminuya. Tampoco hay ninguna razón para pensar que la demanda en el mercado negro se incremente por oferta en circuitos legales, siempre y cuando los ejemplares de ambos sean distinguibles entre sí y los consumidores estén informados a ese respecto.

Junto con la situación de riesgo de las especies, la enorme proporción de ejemplares que mueren durante la captura y transporte en condiciones de furtivismo y clandestinidad, es otra realidad que se maneja como dato técnico. Sin embargo, estos aspectos de la realidad mercantil no han redefinido los espacios culturales extinguiendo la demanda, aunque con estas modificaciones sí redefinirían los jurídico-políticos intentando desaparecer el mercado de un plumazo. Pensar que las prohibiciones legales transforman por sí mismas la realidad no deja de ser parte del pensamiento mágico.

Siguiendo al propio Martín Díaz, "el interés por la conservación debe prevalecer sobre las prerrogativas privadas de aprovechamiento; sin embargo, dicha prevalencia no se encaminará a suprimir toda posibilidad de aprovechamiento, sino sólo acondicionarlo de modo que resulte compatible con la conservación".[17]

VII. Consideraciones finales

Las modificaciones analizadas ilustran el uso normativo del lenguaje como paradigma de ambigüedad, no se trata ya sólo del hecho de admitir –con Carrió–[18] la inextinguible "textura abierta" del lenguaje, incluyendo al jurídico, sino del propósito de encubrir bajo la apariencia de un léxico técnico-descriptivo una apreciación valorativa.

[17] *Ibidem*, p. 101.

[18] Siempre es útil revisar el aún sugerente ensayo de este autor, "Sobre los desacuerdos entre los juristas", incluido en Carrió, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, 4a. ed., Buenos Aires, 1990.

Particularmente en lo que se refiere a las prohibiciones, la Ley General de Vida Silvestre está dejando de cumplir su función de "antídoto institucional y normativo contra el riesgo", al dejar de actuar sobre el "medio aleatorio" que es la realidad de las relaciones sociedad-naturaleza en una economía de mercado, para reducir el grado de incertidumbre.[19]

Como en otros temas de actualidad, parece claro que, por lo que respecta a nuestra relación con la naturaleza, los espacios anómicos de la política y los espacios de la dinámica social han sido redefinidos por ese mercado ingente que los abarca al que alude Martín Díaz. En nuestra opinión, el verdadero debate sobre el tema de la protección legal de la biodiversidad, debe entretejerse utilizando dos ejes conceptuales:

a) La redefinición de los espacios político-jurídicos y culturales relacionados, los cuales pueden intentar regresar a, o mantenerse estáticos ante una realidad con la que no corresponden.
b) Un análisis que haga a un lado ideologías fijas y considere en su lugar, además del dato técnico-natural (no preinterpretado) datos político-sociales, de manera especial los asociados a las fuerzas mercantiles.

Tanto la labor legislativa, como la participación del Poder Ejecutivo y de la sociedad civil en el proceso de creación y modificación de ordenamientos para la conservación, dejan de tener sentido sin una base como la anterior. Esto último también es cierto cuando se pasa por alto la congruencia normativa intrasistémica y el fundamento constitucional para tales actividades.

Los efectos de las modificaciones a la Ley General de Vida Silvestre discutidas en este trabajo, nos internan en procesos de mercantilización más graves. Procesos en los que sólo rigen las "leyes" del mercado, en los que nuestra sociedad tiende a relacionarse con la naturaleza exclusivamente en términos de compra y venta, sin la tutela de prerrogativas ni obligaciones de ningún tipo más allá de la entrega-recepción de la cosa y el dinero.

[19] Díaz, Martín, *op. cit.*, p. 103.

Las prohibiciones terminantes al intercambio de bienes para los que en la realidad se mantienen o incrementan la oferta y la demanda, sobre todo como una medida aislada, dan como resultado un mundo en el que parecería sólo haber mercado. Un mundo en el que se extingue el derecho, en donde se desvanecen las relaciones sociedad-naturaleza en un intercambio caótico y depredador sobre el que no existen controles.

Especialmente sin la aplicación de normas que regulen los niveles de extracción con criterios de sustentabilidad, el cuestionamiento de Martín Díaz a los patrones productivos es relevante. En la lógica expansiva del mercado, su impulso depende del incremento permanente en los promedios de consumo, por lo que mantiene un enfoque de uso intensivo de los recursos naturales, concebidos tan sólo como insumos. La disfunción monopólica, señala, constituye un sesgo prácticamente inevitable y trae como consecuencia el funcionamiento espontáneo del mercado sin contrapeso.[20]

Como hizo notar Raúl Brañes: "La conclusión más general que puede extraerse de esta norma (el artículo 27 constitucional) se puede resumir diciendo que el Constituyente de 1917 prescribió que los recursos naturales debían de ser aprovechados de acuerdo con la racionalidad productiva que les era propia, independientemente de la lógica productiva, individual o social, en que estuviera inspirado el resto del sistema económico".[21]

Aunque, como bien hizo notar Díaz y Díaz, es importante evaluar el grado de eficiencia de los elementos de control al aprovechamiento y, en general, de las diversas medidas de conservación establecidas en la Ley General de Vida Silvestre, se cuenta desde su promulgación con bases suficientes para evitar los daños que luego se han pretendido prevenir con las modificaciones efectuadas.[22]

Para empezar, el deber universal de conservar engloba los derechos de aprovechamiento y los somete a su imperativo, pero además, a cualquier sujeto le puede ser fincada responsabilidad por sus actos

[20] *Ibidem*, pp. 25-26.
[21] Brañes, Raúl, *op. cit.*, p. 77.
[22] Díaz, Martín, *op. cit.*, p. 170.

perjudiciales contra los organismos silvestres o contra su hábitat. De esta manera, la Ley General de Vida Silvestre reconoce intereses difusos y prevé, además de responsabilidades privadas, medidas a las que la autoridad debe acudir para la protección de las especies y de los medios naturales en que se desarrollan.

[23] *Ibidem*, pp. 169 y ss.

LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS Y DE LOS TERCEROS DE BUENA FE EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS: ANÁLISIS DE LA LEY Y PROPUESTAS DE PROTECCIÓN

Santiago GARCÍA LUQUE

"*La persona jurídica constituye, en sustancia, un instrumento que debemos dominar y no ya una hipótesis por la cual debemos ser dominados*".

Ascarelli

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La protección de los derechos de minorías frente a los actos ilícitos de los administradores de las sociedades anónimas cuando son a su vez accionistas mayoritarios*. III. *Las acciones de oposición, nulidad, responsabilidad directa y la suspensión de acuerdos sociales*. IV. *La Ley del Mercado de Valores y las sociedades anónimas promotoras de inversión*. V. *El abuso de la personalidad jurídica societaria frente a terceros de buena fe: La extensión de la responsabilidad societaria*. VI. *Abuso de la persona jurídica: la doctrina en el sistema continental europeo*. VII. *La jurisprudencia española*. VIII. *Antecedentes de la desestimación de la personalidad jurídica y la extensión de la responsabilidad societaria en México*. IX. *¿Revisión de la ley societaria actual o iniciativa de ley?* X. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objetivo en primer término, realizar una crítica a la Ley General de Sociedades Mercantiles, por lo que se refiere a su forma de prever e intentar solucionar ciertos conflictos

entre accionistas minoritarios frente a un grupo mayoritario, y entre accionistas y administradores de las sociedades anónimas respecto de la gestión social y el control de la misma.

Asimismo, se analizará y propondrá como nueva medida extraordinaria y excepcional en la legislación mexicana, la extensión de la responsabilidad societaria a sus accionistas, derivado de la comisión de hechos ilícitos cometidos en perjuicio de los terceros de buena fe. Así, se buscará proponer algunas probables soluciones para mitigar estos problemas así como una propuesta de responsabilidad extensiva de los accionistas que hoy por hoy no se encuentra regulada en la legislación mexicana, por ser la ley societaria en ciertos aspectos anacrónica, poco práctica y por ende obsoleta.

De este modo, y por ser tan vasta la legislación mercantil, el presente trabajo solamente se limitará a analizar dos problemas a saber:

> La protección de los derechos de minorías frente a los actos ilícitos de los administradores de las sociedades anónimas, cuando son a su vez accionistas mayoritarios a través de las acciones previstas por la legislación societaria.
> El abuso de la personalidad jurídica societaria frente a terceros de buena fe: La extensión de la responsabilidad societaria.

Así, para iniciar el presente estudio debemos de recordar que nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles –en lo sucesivo LGSM o Ley Societaria, indistintamente– fue publicada el 4 de agosto de 1934. Las modificaciones en lo que se refiere a los puntos antes mencionados no han sido a través de las reformas legales sino por medio de la jurisprudencia. De forma tal que inclusive existen lagunas que ni siquiera la jurisprudencia se ha encargado de resolver por el simple y sencillo hecho que ciertos problemas lejos de prestarse a una interpretación jurisprudencial, ni siquiera se encuentran planteados en la legislación societaria, o bien contienen obstáculos legales insuperables. Un típico ejemplo son las restricciones porcentuales para hacer valer ciertos derechos de oposición de los accionistas y que muchas veces se prestan a confusión con las llamadas acciones de nulidad. Adelanto a los lectores que ha sido el derecho comparado el que se ha encargado de dar soluciones a estos vacíos legales, y que desde el punto de vista del autor bien pueden ser aplicados a la legislación mexicana por tratarse de leyes con una gran similitud, pero

actualizadas a las exigencias de nuestra época, como lo es, por decir un ejemplo, la Ley de Sociedades Anónimas publicada el 22 de diciembre de 1989 en el Reino de España.

El anterior argumento tiene su sustento en la medida que la ley, entendida ésta como una norma de derecho emanada del Estado, de forma escrita y mediante un procedimiento solemne,[1] lejos de ser estática debe de ser dinámica y adaptable a las exigencias de cada época y en cada lugar, lo cual me invita a citar al maestro y ex rector de la Escuela Libre de Derecho, don Francisco García Jimeno, cuando manifestó en un Discurso pronunciado en las aulas de la Escuela Libre de Derecho las siguientes palabras: "El derecho entraña aspectos que deben ser cambiantes para responder con plenitud a los imperativos del fenómeno social, por naturaleza evolutivo, ello solamente puede significar ensanchamiento de formas para comprender modos nuevos de relaciones sociales".[2]

Para la elaboración y estudio del presente trabajo quisiera hacer un agradecimiento y reconocimiento especial a los licenciados Miguel Alberto Reyes Anzures, Raúl Becerril Páez, Javier Sánchez Rojas, José Antonio García Alcocer y José Antonio García Luque, por su colaboración. Cualquier error en el presente trabajo es responsabilidad exclusiva del autor.

II. La protección de los derechos de minorías frente a los actos ilícitos de los administradores de las sociedades anónimas cuando son a su vez accionistas mayoritarios

1. Problemas comunes sin solución de la LGSM

Debemos iniciar con la siguiente reflexión: ¿qué sucede cuando un porcentaje minoritario de accionistas no está de acuerdo con la gestión del órgano de administración, cuando éste a su vez está integrado por un accionista mayoritario de la sociedad? ¿Qué sucede cuando

[1] *Diccionario Jurídico Espasa*, Espasa, Madrid, p. 567.

[2] García Jimeno, Francisco, "Discurso pronunciado el 11 de septiembre de 1972", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, VII, p. 34.

el órgano de administración integrado por un accionista mayoritario comete hechos ilícitos en perjuicio de la sociedad? ¿Cómo se le puede exigir responsabilidad a este accionista-administrador? ¿Quién le puede exigir responsabilidad? ¿Qué sucede con los obstáculos legales? El problema frente al que nos encontramos cobra relevancia si consideramos que por regla general, el reclamo de la responsabilidad civil del administrador solamente se puede exigir por acuerdo de la asamblea general de accionistas.

En efecto, si bien es cierto que el perjudicado patrimonial de los actos ilícitos del administrador es la sociedad, por ser un ente con personalidad jurídica propia, también lo es que los perjudicados indirectamente son los accionistas y la sociedad carece de razón de ser si no es por el fin último que persigue ésta que es el lucro de todos sus accionistas.

Con independencia del catálogo de derechos que la doctrina clasifica como derechos patrimoniales y corporativos de los accionistas,[3] nuestra ley societaria prevé los siguientes derechos en específico que serán materia de crítica en el presente trabajo:

- El 25% de los accionistas tiene derecho a nombrar un consejero en el consejo de administración, artículo 144, LGSM.
- El 33% de los accionistas tiene derecho a oponerse judicialmente a los acuerdos adoptados en la asamblea de accionistas, artículo 201, LGSM.
- El 33% de los accionistas tiene derecho a demandar sin acuerdo previo de asamblea de accionistas la responsabilidad civil directa del administrador, artículo 163, LGSM.

Lo anterior nos lleva a la conclusión anticipada que a ojos de la Ley Societaria, quien detente tan sólo 24% o 32% de las acciones carecerá de los derechos antes señalados.

A continuación analizaremos brevemente las acciones previstas expresa e implícitamente por la LGSM mediante las cuales se puede reclamar la responsabilidad civil del administrador y los acuerdos adoptados por la mayoría de los accionistas mediante asamblea, para

[3] Véase Mantilla Molina, Roberto, *Derecho mercantil*, Porrúa, México, 1978, 17a. ed., pp. 349-373.

después realizar una crítica alrededor de esas herramientas previstas por la ley y proponer algunas modificaciones al respecto.

III. Las acciones de oposición, nulidad, responsabilidad directa y la suspensión de acuerdos sociales

Para la impugnación de los acuerdos sociales y acciones de responsabilidad del administrador, la LGSM prevé las siguientes acciones.

1. Acción de oposición

Prevista en el artículo 201 de la LGSM, mediante esta acción los accionistas que representen 33% del capital social podrán oponerse judicialmente a las resoluciones de las Asambleas Generales, siempre que se satisfagan los siguientes requisitos:

I. Que la demanda se presente dentro de los quince días siguientes a la fecha de la clausura de la Asamblea.
II. Que los reclamantes no hayan concurrido a la Asamblea o hayan dado su voto en contra de la resolución.
III. Que la demanda señale la cláusula del contrato social o el precepto legal infringido y el concepto de la violación.

No podrá formularse oposición judicial contra las resoluciones relativas a la responsabilidad de los Administradores o de los Comisarios.

Como requisito de procedibilidad –artículo 205, LGSM– deben los accionistas depositar los títulos de sus acciones ante notario o en una institución de crédito, quienes expedirán el certificado correspondiente para acompañarse a la demanda.

Asimismo, el artículo 202 de la ley societaria concede la posibilidad a los opositores de solicitar la suspensión de aquellos acuerdos que hayan sido motivo de la oposición siempre y cuando se otorgue fianza suficiente para garantizar los daños y perjuicios que se pudieren ocasionar en el evento de que la oposición resulte infundada.

Debemos apreciar en primer término que solamente se puede incoar una acción de oposición contra una asamblea válida, la cual fue

legalmente convocada e instalada y cuyas resoluciones son violatorias del pacto social. Sin embargo a simple vista se nos presentan los siguientes problemas –típicos en la práctica societaria mexicana– a saber:

- Los accionistas que representen 32% o menos de las acciones representativas del capital social carecen de legitimación para iniciar la presente acción de oposición.
- Los accionistas que pretendan iniciar esta acción deben verificar el depósito de sus títulos accionarios. ¿Y si no tienen estos accionistas los títulos mencionados en su poder? ¿Qué sucede si estos títulos nunca fueron expedidos, como sucede en repetidas sociedades cuyos accionistas se encuentran vinculados por el parentesco? ¿Qué sucede si estos accionistas no tienen los títulos accionarios pero tienen reconocido ese derecho en el Libro de Registro de Accionistas o bien en las actas de asambleas celebradas con anterioridad en donde se les reconoce tal carácter? ¿Acaso esta disposición no es violatoria del artículo 17 constitucional? En principio, ni siquiera reuniendo 33% podrán incoar esta acción, pues significa un obstáculo legal insuperable si consideramos que los obligados a expedir los títulos son los miembros del consejo de administración y puede coincidir que sean ellos en contra de quienes se pretenda enderezar la acción de oposición.

El segundo de los problemas antes citados –el depósito de las acciones como elemento de procedencia de la acción–, lejos de ser solucionado ha sido ratificado por criterios jurisprudenciales como a continuación se cita:

> SOCIEDADES MERCANTILES. EL ARTÍCULO 205 DE LA LEY GENERAL RELATIVA, AL IMPONER LA OBLIGACIÓN DEL DEPÓSITO DE LAS ACCIONES COMO REQUISITO PARA EJERCER LAS PETICIONES JUDICIALES PREVISTAS EN LOS ARTÍCULOS 185 Y 201 DE ESE ORDENAMIENTO, NO VIOLA LA GARANTÍA DE EXPEDITEZ EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. Las acciones en que se divide el capital social de las sociedades anónimas son títulos de naturaleza mercantil que incorporan derechos corporativos y que sirven para acreditar y transmitir la calidad y los derechos de socio, según se advierte del artículo 111 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, además de que el tenedor de la acción debe exhibirla para ejercitar los derechos que le corresponden como socio. En ese tenor, el artículo 205 de dicha Ley, al imponer la obligación del depósito de las acciones como requisito para ejercer las peticiones judiciales previstas en los artículos 185 y 201 de ese ordenamiento, no viola la garantía de expeditez en la administración de justicia prevista en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en tanto que tal determinación no pone trabas al derecho de tutela judicial, sino que tal restricción a la libre enajenación de las acciones debe entenderse como una formalidad para comprobar la legitimación de quien interpone la demanda, a fin de dar seguridad jurídica y garantizar la seriedad de la demanda, pues con ello se evita que el accionista iniciador del procedimiento respectivo transmita con posterioridad los títulos y se desatienda del proceso iniciado, en perjuicio de la sociedad mercantil, de los restantes accionistas o de terceras personas.
>
> Amparo directo en revisión 1158/2005. Nicolás Alberto Ferrer Casellas. 24 de agosto de 2005. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Manuel González Díaz. Novena época. Instancia: Primera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXIII, enero de 2006, p. 749. Tesis: 1a. CXCIX/2005. Tesis Aislada. Materia(s): Constitucional, Civil.

2. Acción de nulidad

La presente acción ha sido confundida en numerosas ocasiones en el ámbito judicial con la acción de oposición antes citada, ya sea que dicha confusión derive como consecuencia de una demanda narrada en términos oscuros e imprecisos, o bien por la falta de estudio del juez que se encargue de conocer de la admisión de la demanda en primera instancia. Confusión que, como veremos más adelante, ha sido aclarada por la jurisprudencia de nuestros más altos tribunales.

En suma, será procedente la acción de nulidad de asamblea o de acuerdos tomados por la asamblea de accionistas cuando éstos contravengan una disposición relativa a su convocatoria, instalación y modo de liberación, así como cuando contravenga disposiciones de orden genéricas de legalidad, en concordancia con el artículo 8o. del Código Civil Federal. Sin embargo, esta afirmación, así de sencilla –partiendo de un presupuesto de nulidad conforme a la Teoría General de las Obligaciones Civiles–, bien puede prestarse a confusiones cuando también se pueda ejercitar la acción de oposición judicial,

puesto que ésta puede resultar procedente contra los acuerdos tomados por los accionistas en contravención a los estatutos.

En primer lugar, vemos que resultan obvios los supuestos de procedencia de la acción de nulidad de asamblea de accionistas y los acuerdos en ella tomados cuando contravengan disposiciones relativas a los requisitos para la convocatoria de asamblea y quórum mínimo exigido en su instalación.[4]

En el sistema previsto por la Ley Societaria la acción de nulidad por regla general se dirige en contra de los actos que constituyen el procedimiento previo a la toma de una resolución societaria. En efecto, la Asamblea de Accionistas será ineficaz en la medida en que su instalación y el procedimiento de toma de resoluciones –dentro del cual figuran el quórum de votación, la presidencia de la asamblea, el acta, su domicilio, etc.– infrinjan disposiciones legales de orden público y sus estatutos, considerando a los estatutos como el contrato supremo entre los accionistas.

A. Una acción de nulidad específica: la contravención al artículo 197 de la LGSM

Existen casos aislados en los que debemos determinar la naturaleza de la sanción cuando los administradores –siendo a su vez accionistas, obvio– votan contrariamente en las deliberaciones relativas a la aprobación de los informes financieros y estados contables, a su responsabilidad y a los convenios en que restrinjan la libertad de votos de los accionistas.[5] Esto es, la votación prevista en el siguiente artículo de la Ley Societaria:

> Artículo 197. Los administradores y los comisarios no podrán votar en las deliberaciones relativas a la aprobación de los informes a que se refieren los artículos 166, en su fracción IV y 172, en su enunciado general o a su responsabilidad.
>
> En caso de contravención (sic) esta disposición, la resolución será nula cuando sin el voto del Administrador o Comisario no se habría logrado mayoría requerida.

[4] Artículos 186, 187, 188 y 189 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.
[5] Artículos 197 y 198 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

¿Será válido el voto del administrador cuando sea a su vez el accionista mayoritario de la sociedad? ¿Qué sucede si el administrador omite esta disposición y decide aprobar sus informes fungiendo como un accionista que controla la mayoría de los votos? ¿Por qué sería nula esta contravención? ¿A qué tipo de nulidad se refiere? En principio la lectura del artículo es clara y prohíbe, so pena de nulidad, la "auto-aprobación" de los informes por parte del administrador. Sin embargo, en la práctica societaria es muy común la omisión de esta regla por parte de quienes controlan las mayorías societarias. Veamos:

Una resolución es legalmente adoptada, cuando sus presupuestos de existencia y validez se han satisfecho:

1. Una Asamblea legalmente convocada.
2. Que se cumplan el quórum de asistencia y de votación.
3. Que el acuerdo se tome en Asamblea.
4. Que los accionistas estén correctamente representados.
5. Que se guarden las reglas relativas al Presidente y Secretario de la Asamblea, y a su acta.
6. Libertad en el voto.
7. Aplazamiento de las resoluciones a solicitud del 33% de los accionistas.
8. Que los votos –declaraciones unilaterales de voluntad, que conforman el acuerdo y la "voluntad social"–, sean existentes y válidos.

El voto, como acto jurídico unilateral, tiene elementos de existencia y de validez regulados por el derecho civil. Por lo mismo, se le aplica el régimen de ineficacias del Código Civil Federal y será inexistente cuando falta el consentimiento de su emisor o carece de objeto. Asimismo será inválido si le falta algún elemento de validez, que son la ilicitud en el objeto, fin o condición, los vicios de voluntad, falta de forma e incapacidad. El voto ilícito es un voto inválido, nulo.

Así, la resolución adoptada gracias a votos ilícitos o nulos, no es una resolución legalmente adoptada, sino que se trata de un acuerdo ilegal, pues al ser nulo el voto determinante, ello acarrea la invalidez de la resolución.

Luego, la invalidez del voto no es materia de acción de oposición judicial –que procede contra resoluciones legalmente adoptadas–, sino de una ordinaria de nulidad. El voto contrario al artículo 197 es nulo por disposición expresa de este numeral, y nula es la resolución si aquel fue determinante en la mayoría.

Entonces, una resolución, a pesar de haber sido legalmente adoptada, ¿puede violar el contrato social o la ley? Así se desprende de los artículos 201, fracción III, que interpretado conjuntamente con el 200 –ambos de la LGSM–, estatuye que la oposición contra resoluciones legalmente adoptadas por la Asamblea, debe fundarse en una violación a la ley o a los estatutos.

Para anular el voto que exima de responsabilidad al administrador en términos del artículo 197, no es preciso que dicha acción se ejercite por quienes representen 33% del capital social, puesto que se trata de una acción de nulidad y no de oposición. La sanción de nulidad no requiere de porcentajes mínimos, sino que requiere que el acto que se tilde de nulo se encuentre viciado por alguna de las causales de nulidad previstas por la legislación civil y societaria. De hecho, 33% de los accionistas tienen a su favor una acción directa de responsabilidad civil, sin necesidad de acuerdo previo de la Asamblea, misma que se analizará en el apartado siguiente.

¿Cuál es el efecto de la acción de oposición? Que no se ejecute –ineficacia en sentido amplio– la resolución que, a pesar de provenir de un procedimiento legal de deliberación, es violatoria de la ley o de los estatutos. El acuerdo no es ineficaz porque le falte algún requisito esencial o de validez, o porque su procedimiento de formación esté viciado, sino porque siendo válido –en sí mismo considerado–, viola un precepto legal o estatutario. Son situaciones diversas.

Como argumento de interpretación literal de la ley, podemos decir que el artículo 197 se limita a establecer la nulidad del voto ilícito, sin exigir para su declarativa judicial que se haga valer por una mayoría calificada. Es una nulidad lisa y llana, regulada por el derecho civil, idéntica a la establecida en el artículo 188 de la Ley Societaria.

Como conclusión vemos entonces que la nulidad se presenta cuando: i) faltan los requisitos o presupuestos indispensables de la resolución y de la Asamblea que la toma –publicidad y funcionamiento–, ya sea que la LGSM establezca expresamente la nulidad o no; ii) por violación a derechos individuales de los socios, establecidos por la ley a su favor;[6] iii) por aplicación de las reglas civiles de nulidad e inexistencia a ciertos actos sociales, como el voto, que precisan de los elementos de existencia y validez de todo acto jurídico.

La nulidad del acuerdo social, establecida por el artículo 197, corresponde a la nulidad de un acto jurídico por ilicitud en su objeto. El objeto del voto –acto jurídico– contraviene dicho precepto. Cualquier otra violación legal o estatuaria corresponde a la acción de oposición.

B. La acción genérica de nulidad

No debemos de olvidar que con independencia de las acciones de nulidad específicas en la LGSM ya mencionadas –por violación a los artículos 186 a 189 y 197 de la ley societaria–, siempre habrá lugar a la procedencia de la acción de nulidad por contravenir el artículo octavo del Código Civil Federal. Esto es, el hecho de que no haya una acción de nulidad prevista en la Ley Societaria no significa que ésta no pueda ser hecha valer conforme a las reglas del derecho común.

Esta regla ha sido reconocida por nuestros más altos tribunales y resulta por demás necesaria e importante si consideramos todos los obstáculos legales existentes para el planteamiento de una acción de oposición –15 días para su interposición, 33% del capital para su legitimación, etcétera–, en donde también puede coincidir que proceda la solicitud de nulidad de la asamblea y de los acuerdos en ella adoptados.

A continuación cito una tesis que reconoce ampliamente la procedencia de la acción genérica de nulidad:

> NULIDAD DE ACTAS DE ASAMBLEA DE ACCIONISTAS. SON IMPUGNABLES MEDIANTE LA ACCIÓN GENÉRICA DE NULIDAD CUANDO LAS CAUSAS Y HECHOS QUE LA MOTIVAN NO SURTEN DE MANERA CLARA Y ESPECÍFICA LOS SUPUESTOS DE NULIDAD Y OPOSICIÓN REGULADOS POR LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES. Entre las acciones que pueden hacerse valer en relación con las asambleas generales, sean ordinarias o extraordinarias, celebradas

[6] Así lo sostiene Barrera Graf, poniendo como ejemplo la violación a su derecho de preferencia para suscribir acciones en caso de aumento de capital (artículo 132).

por los accionistas de una sociedad anónima, se encuentran la que persigue la nulidad de la reunión colegiada misma, y las que buscan atacar la validez de los acuerdos o resoluciones tomadas por el órgano máximo de la persona moral. La primera de ellas, esto es, la acción de nulidad de asamblea, tiene por objeto, según se desprende de la interpretación sistemática de los artículos 179, 186, 187, 188, 189, 190 y 191 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, declarar la ineficacia de la reunión misma, basada en diversas causas, como son, la inexistencia de la convocatoria, que se produce no sólo ante su ausencia total sino ante la falta de satisfacción de los requisitos que deben cumplir, como la carencia de facultades de quien la emite, la falta de menciones esenciales (por ejemplo, la fecha y la orden del día) y la omisión de darle publicidad adecuada; así como la falta de reunión efectiva de los socios en la forma determinada por la ley, bien sea porque nadie ocurre a ella, o se realice en lugar o fecha distintos a los indicados en la convocatoria, o en sitio diverso al domicilio social, o no concurran accionistas que representen determinadas cantidades de capital que sean necesarias para estimar reunido el quórum de presencia, ya sea en primera o segunda convocatoria, según se trate de asambleas extraordinarias u ordinarias. Por su parte, la acción de oposición judicial a las resoluciones de las asambleas generales, de acuerdo con los requisitos derivados de su legal regulación, previstos en los artículos 201, 202, 203, 204 y 205 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, aparece caracterizada como una acción de impugnación concreta y determinada, propia de las minorías, cuyo ejercicio está sujeto a un término perentorio y a la exhibición del comprobante de depósito de las acciones, como documento justificativo de la calidad de accionista y del monto de la tenencia accionaria, es decir, de la legitimación activa. Acorde con esas notas distintivas, la acción de oposición excluye de su ejercicio a los socios que, teniendo una participación de acciones inferior al treinta y tres por ciento del capital social, estimen que las resoluciones son ilegales, y a quienes, reuniendo el mencionado porcentaje, o inclusive, uno superior, hayan asistido a la asamblea y votado en contra o a favor de las determinaciones de esa reunión, pero consideren que existe alguna causa ocurrida con posterioridad a esa votación, que pueda motivar la declaración de nulidad. Esa exclusión no impide estimar que, al lado de la acción de oposición y de la acción de nulidad referidas, es factible para los socios que se encuentren en los anteriores supuestos ejercer una diversa acción genérica de nulidad fundada en causas y hechos que no surtan de manera clara y específica los supuestos de nulidad y de oposición regulados en la ley especial. Por tanto, habría una tercera acción de nulidad fundada en las reglas generales de las nulidades que regula el Código Civil Federal, ya que si bien de *lege ferenda* sería conveniente que también los mencionados socios pudieran ejercer la impugnación de acuerdos adoptados en asambleas con base en los citados preceptos de la Ley General de Sociedades Mercantiles, a fin de que en una sola figura se concentraran las posibilidades de invalidar resoluciones sociales, lo cierto es que la actual regulación legal contenida en la legislación especial citada tiene las limitantes de referencia, sin que excluya la acción genérica de nulidad porque, en términos del artículo 8o. del Código Civil Federal, son nulos los actos que contravengan disposiciones de orden público o leyes prohibitivas y esto comprende normas distintas a las de la ley especial. Por ello, debe acudirse a la legislación que contempla de manera general, en derecho privado, las nulidades de los actos jurídicos, o sea, el Código Civil Federal, ya que las resoluciones de las asambleas son manifestaciones de voluntad que crean derechos y obligaciones, y por ende, tienen efectos de *jure*, cuyo proceso de formación tiene peculiares características, ciertamente, pero que no les restan ni la calidad de actos jurídicos ni la posibilidad de estar sujetos, como todos los de su clase, a la nulidad general. Estimar lo contrario, sería posibilitar que, ante las limitaciones al ejercicio de la acción de oposición, surtieran plenos efectos, en caso de falta de impugnación por los únicos legitimados para hacer valer ese tipo de acción, los acuerdos nulos *per se*, pero cuya nulidad no podría declararse en ejercicio de acción diversa a la opositora, situación que es jurídicamente inadmisible. De esa guisa, la acción de oposición que es de impugnación concreta y determinada, con una titularidad restringida a ciertos socios, no impide el ejercicio de la más amplia acción de nulidad general por parte de los socios que se encuentren en supuestos diversos a los previstos para aquélla, es decir, los accionistas que tengan una tenencia de títulos representativos del capital social inferior al treinta y tres por ciento, o mayor a ese porcentaje de participación accionaria, que hayan asistido a la asamblea y votado o se hayan abstenido de votar en contra de las resoluciones pero que aduzcan una causa ocurrida con posterioridad a esa votación, que pueda motivar una declaración de nulidad.

Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 303/2005. Roberto Eduardo Guerrero Morones y otros. 14 de julio de 2005. Mayoría de votos. Disidente: Benito Alva Zenteno. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: Raúl Alfaro Telpalo. Novena época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXII, diciembre de 2005, p. 2730. Tesis: I.3o.C.514 C. Tesis Aislada. Materia(s): Civil.

Así, con independencia de que la regla de la acción genérica de nulidad deberá de prevalecer por referirse a contravenciones de as-

pecto civil conforme a la teoría general de las nulidades, la misma no ha sido reconocida –ni tiene porque ser reconocida, en realidad– por la LGSM ni por jurisprudencia definida, lo que libera a los juzgadores de la obligación de avocarse a su estudio obligatorio y por lo tanto deja abierta la puerta para que los juzgadores equivocadamente sigan desechando las demandas de nulidad bajo el argumento de que: i) o no se reúnen los requisitos para ejercer una acción de oposición judicial o, ii) que no se trata de una de las acciones específicas de nulidad señaladas por la Ley Societaria.

C. Algunas diferencias entre la acción de oposición y de nulidad

La acción de nulidad en comento no está sujeta a ningún requisito de procedibilidad especial, ni su ejercicio se encuentra reservado a determinadas minorías –como en algunas ocasiones se confunde en la actividad jurisdiccional–, ya que ni el articulado de la LGSM ni los preceptos relativos provenientes del derecho común establecen dichas exigencias, sino que por el contrario su ejercicio se encuentra a disposición de cualquier persona que tenga un interés jurídico de reclamar a la autoridad judicial, el que una asamblea de socios y sus resoluciones se sometan al imperio de la ley y de los estatutos.

Por lo anterior, la acción de nulidad no guarda identidad con la diversa acción de oposición a resoluciones de asambleas prevista por el numeral 201 de la LGSM, y que a diferencia de la primera, sí está sujeta a los requisitos de procedibilidad y temporalidad enumerados en el artículo 201 del mismo ordenamiento. Sin embargo, bien podemos decir que las acciones son diferentes, pero semejantes en cuanto a sus efectos.

De lo comentado hasta ahora vemos que la acción de oposición se encuentra dirigida en contra de las resoluciones "legalmente adoptadas" por una asamblea de accionistas, cuyos requisitos y alcances son desarrollados por los artículos subsecuentes. La procedencia de esta acción en contra de resoluciones societarias apegadas a la ley, excluye, *a contrario sensu,* que la misma pueda dirigirse en contra de resoluciones ilegalmente tomadas, como es el caso de todas aquellas en las cuales el procedimiento previo a la instalación y deliberación de la asamblea de socios, fue irregular, por falta o defectos en la

instalación y quórum de votación. En estos supuestos hay que acudir, por interpretación sistemática, a la acción de nulidad prevista en la legislación en cita y a las normas que sobre los actos jurídicos ineficaces establece el Código Civil Federal. Pero la acción de oposición, se insiste, se dirige frente a aquellas resoluciones que no obstante provengan de una asamblea legalmente convocada e instalada, violen en su contenido normas estatuarias o legales, interpretación que se ve confirmada por la fracción III del artículo 201 del mismo ordenamiento.

Respecto a la acción de nulidad que se prevé en los artículos 186 al 189 y de la oposición prevista en el artículo 201, todos ellos de la Ley Sócietaria no hay duda alguna en cuanto a sus diferencias y naturaleza propia.

Diferencia fundamental en cuanto a las consecuencias del ejercicio de estas acciones es aquella que se refiere a la suspensión –como medida cautelar– de los acuerdos tomados en las asambleas de accionistas. La acción de oposición sí prevé la facultad de solicitar la suspensión judicial por parte del demandante, mas no así la acción de nulidad. Facultad de suspensión que ya fue resuelta en Contradicción de tesis por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y cuya resolución se analizará en un apartado específico en el presente estudio.

A continuación cito una tesis aislada que distingue con claridad algunas diferencias entre ambas acciones:

> ACCIÓN DE NULIDAD DE ASAMBLEA. ES DIFERENTE A LA OPOSICIÓN JUDICIAL DE LAS RESOLUCIONES DE LAS ASAMBLEAS GENERALES A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 201 DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES. Las diferencias esenciales entre la acción que tiene por objeto la declaración de nulidad de una asamblea, y la de oposición a la ejecución de los acuerdos adoptados en la misma, consisten, fundamentalmente, en que la primera se apoya en la ausencia de requisitos formales en las convocatorias o en los requisitos necesarios en cuanto al quórum en primera convocatoria, para que sea válida la asamblea en cuanto a la forma, y no se condiciona su procedencia a que se haga el depósito de las acciones ante notario, dentro de los quince días siguientes a la clausura de la asamblea; mientras que la acción de oposición a la ejecución de los acuerdos de asamblea no tiene por objeto la nulidad por vicios de forma en la convocatoria o por falta de quórum legal, sino únicamente oponerse a la ejecución de los acuerdos adoptados en la asamblea por contravención a los estatutos sociales o a la ley, de modo

que atiende a cuestiones de fondo de los acuerdos, y no a circunstancias previas a la asamblea que pueden incidir en su nulidad. Para el ejercicio de la acción de nulidad de asamblea, no es necesario satisfacer el requisito previsto en la fracción I del artículo 201 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, porque este último se refiere a la acción de oposición judicial a la ejecución de los acuerdos adoptados en la asamblea, mientras que la acción de nulidad de asamblea general de sociedades de accionistas procede por vicios que surten los supuestos de los artículos 186 y 187 de la Ley General de Sociedades Mercantiles; en cambio, la acción que contempla el artículo 201 de dicha ley, es la de oposición a la propia asamblea. Por consiguiente, en la acción de nulidad de asamblea, el accionista no tiene que depositar los títulos de sus acciones ante notario público o en una institución de crédito, dentro de los quince días siguientes a la fecha en que se clausuró la asamblea, en términos del artículo 201 multirreferido, pues este requisito sólo es necesario cuando se ejercita la acción de oposición a los acuerdos adoptados en la asamblea.

Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 1083/97. Arquímedes Contreras Cruz. 16 de junio de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretaria: Mónica Cacho Maldonado.
Novena época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XII, agosto de 2000, p. 1179. Tesis: I.3o.C.194 C. Tesis Aislada. Materia(s): Civil.

3. Acción de responsabilidad directa

Prevista en los artículos 161 y 163 de la LGSM, Los accionistas que representen 33% del capital social, por lo menos, podrán ejercitar directamente la acción de responsabilidad civil contra los Administradores, siempre que se satisfagan los requisitos siguientes:

I. Que la demanda comprenda el monto total de las responsabilidades en favor de la sociedad y no únicamente el interés personal de los promoventes.
II. Que, en su caso, los actores no hayan aprobado la resolución tomada por la Asamblea General de Accionistas sobre no haber lugar a proceder contra los administradores demandados.

Los bienes que se obtengan como resultado de la reclamación serán percibidos por la sociedad.

El problema que se desprende con meridiana claridad de esta acción consiste precisamente en su condicionamiento a un porcentaje accionario mínimo, y partiendo siempre de la regla general que es al órgano supremo, es decir, a la asamblea general de accionistas, a quien compete la facultad en torno a si se finca o no responsabilidad a los administradores.

No dejo de mencionar –sintéticamente por no ser materia del presente estudio– que la LGSM prevé ciertos supuestos excepcionales para acciones que pueden ser ejercitadas por los accionistas de manera individual y que son primordialmente los siguientes:

- Aquella que exige a las sociedades su obligación de destinar el cinco por ciento de las utilidades netas anuales para el fondo de reserva, artículos 20 a 22 de la LGSM.
- En el caso de ausencia total de los comisarios, cualquier accionista podrá concurrir a la autoridad judicial a solicitar la convocatoria para su designación. Artículo 168, LGSM.
- En los casos específicos previstos por el artículo 185 de la LGSM.
- El derecho de separación de la sociedad.

A. Un problema muy común en la práctica societaria

Imaginémonos el caso –típico en un sociedad anónima familiar– que el presidente del consejo de administración, es a su vez el accionista mayoritario –supongamos que detenta 68% del haber accionario– y que de manera continua ha cometido ilícitos civiles en perjuicio del patrimonio social que de manera indirecta causa un daño a los accionistas.

Podríamos pensar que dichos ilícitos pueden ser reclamados a través de la salvedad que prevé la ley societaria en el citado artículo 197 de la LGSM.

Uno bien podría concluir conforme al artículo citado que el administrador –siguiendo nuestro ejemplo– podrá ser sujeto de responsabilidad y cesar de su cargo –conforme al artículo 162 de la LGSM– con el voto de 32% de los accionistas, considerando que el adminis-

trador y accionista mayoritario no puede votar a su favor en lo relativo a la aprobación de los estados financieros y al reclamo de responsabilidad y que entonces prevalecerá el voto de la minoría puesto que el porcentaje del administrador no se estima para efectos de la votación.

Sin embargo, esta salvedad prevista por la ley quedara sin efectos fácilmente a través de mecanismos sencillos mediante los cuales el administrador puede burlar esta disposición. En efecto, el administrador y accionista mayoritario bien podría constituir una nueva sociedad tenedora cuyo patrimonio sean las acciones aportadas de la sociedad en conflicto, o bien transmitirle sus acciones a un familiar o persona de confianza, de tal modo que el administrador mantenga sólo una acción y siguiendo el artículo 197 de la LGSM se abstenga de votar, y sea la nueva sociedad o su persona de confianza quien apruebe los estados financieros y niegue por mayoría la moción de 32% de exigir responsabilidad. De lo narrado hasta el momento se pueden llegar a las siguientes conclusiones:

- Un administrador que es a su vez accionista mayoritario puede, con respaldo legal, cometer legítimamente actos ilícitos en perjuicio de la sociedad a través de mecanismos de ingeniería jurídica.
- Un grupo minoritario solamente podrá reclamar en ciertos escenarios, la responsabilidad del administrador cuando reúna cuando menos el treinta y tres por ciento del capital accionario conforme al artículo 163 que se refiere a la acción de responsabilidad civil directa que ya fue analizada.

La gravedad que se plantea en el presente caso es que ni siquiera con la acción de nulidad –puesto que ya se planteó su procedencia en el apartado correspondiente en el presente estudio– se podría llegar al fin último que es el reclamo judicial de la responsabilidad civil del administrador. Tendría entonces el perjudicado que demandar la nulidad de la transmisión de las acciones del administrador –en seguimiento al ejemplo planteado– a la sociedad tenedora o bien a la persona de su confianza bajo el argumento de la ilicitud en el objeto de su transmisión, lo cual se antoja difícil de ser declarado nulo por una instancia judicial.

Así las cosas, resulta obvio la importancia de actualizar nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles con el fin de evitar la comisión de estos ilícitos por los administradores de las sociedades anónimas cuando son –directa o indirectamente– quienes controlan el ejercicio corporativo de la sociedad a través de las asambleas de accionistas. Máxime si consideramos, insisto, que todos estos ilícitos se cometen en pleno fraude a la ley Societaria, por permitir esta normatividad la comisión de estos supuestos al no prever soluciones adecuadas al respecto.

B. La suspensión de las resoluciones adoptadas en las asambleas generales de accionistas: Crítica a la Contradicción de tesis 123/2005-PS

En mayo de 2006, la Suprema Corte de Justicia de la Nación publicó la siguiente contradicción de tesis:[7]

> SOCIEDADES MERCANTILES. LA SUSPENSIÓN DE LAS RESOLUCIONES ADOPTADAS POR LAS ASAMBLEAS GENERALES DE ACCIONISTAS, PREVISTA EN EL ARTÍCULO 202 DE LA LEY GENERAL RELATIVA, ES APLICABLE TRATÁNDOSE DE LA ACCIÓN DE OPOSICIÓN, NO ASÍ PARA LA DE NULIDAD. Contra las resoluciones adoptadas por la asamblea general de accionistas proceden dos acciones: la de nulidad o la de oposición, y aunque ambas tienen la finalidad de controvertir y dejar sin efectos el acto impugnado, son esencialmente distintas, pues en cuanto a su ejercicio y tramitación tienen fundamentos legales diferentes. En efecto, en términos del artículo 188 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, la primera se ejerce cuando se estima que alguna resolución de la asamblea fue tomada con infracción de los artículos 186 y 187 de la citada Ley, esto es, se apoya en la ausencia de requisitos formales en las convocatorias, y su procedencia no se condiciona a que se haga el depósito de las acciones ante notario, dentro de los 15 días siguientes a la clausura de la asamblea; mientras que la segunda únicamente tiene por objeto oponerse a la ejecución de los acuerdos adoptados en la asamblea por contravención a los estatutos sociales o a la ley, de modo que atiende a cuestiones de fondo de los acuerdos y no a circunstancias previas a la asam-

[7] Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena época, t. XXIII, mayo de 2006, pp. 224-262. Jurisprudencia en materia civil.

blea que pueden incidir en su nulidad. En tal virtud, si las mencionadas acciones son distintas, es evidente que a la de nulidad no puede aplicarse por analogía o mayoría de razón la medida cautelar prevista por el artículo 202 de la Ley referida, consistente en la suspensión de los acuerdos pronunciados en una asamblea de accionistas en la que se incumplan los requisitos a que aluden los artículos 179, 188 y 189 de la señalada Ley, ya que la celebración de la asamblea de accionistas, por sí misma, produce sus efectos hasta en tanto no se declare su nulidad. En consecuencia, sólo en los casos de oposición a las resoluciones legalmente adoptadas por las asambleas de accionistas prevista en el artículo 201 de la Ley en comento puede suspenderse judicialmente su ejecución, en términos del artículo 202 de dicho ordenamiento, siempre que los actores otorguen fianza bastante para responder de los daños y perjuicios que pudieren causarse a la sociedad por la inejecución de tales resoluciones, en caso de que la sentencia declarare infundada la oposición.

Contradicción de tesis 123/2005-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Quinto y Décimo Cuarto, ambos en Materia Civil del Primer Circuito. 23 de noviembre de 2005. Mayoría de cuatro votos. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Olga Sánchez.Cordero de García Villegas. Secretaria: Rosalía Argumosa López.

La jurisprudencia dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió que la suspensión de los acuerdos sociales solamente podrá solicitarse en las acciones de oposición. En la ejecutoria, el máximo tribunal argumenta que no se dan los supuestos para aplicar el método de mayoría de razón y considerar que es aplicable analógicamente el artículo 202 a la acción de nulidad, por ser un requisito *sine qua non* que exista identidad en los supuestos jurídicos, lo que no acontece en el presente caso.

Todo este problema surgió de la interpretación que le dieron los tribunales inferiores al artículo 202 de la LGSM,[8] en el sentido de concluir si esta medida cautelar se podía aplicar analógicamente en tratándose de acciones de nulidad de acuerdos adoptados en asamblea de accionistas. Adelanto a los lectores que el suscrito difiere con

[8] El artículo 202 de la LGSM prevé que la ejecución de las resoluciones impugnadas podrá suspenderse por el juez, siempre que los actores dieren fianza bastante para responder de los daños y perjuicios que pudieren causarse a la sociedad, por la inejecución de dichas resoluciones, en caso de que la sentencia declare infundada la oposición.

la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por existir un principio de analogía *lato sensu* y mayoría de razón a la aplicación de los supuestos concretos.

Lo anterior nos lleva a la siguiente reflexión: ¿por qué no puede pedir la suspensión el accionista que demande la nulidad de un acuerdo tomado en la asamblea o bien la nulidad de toda la asamblea? ¿Acaso no existe la misma razón y por ende no se debe de aplicar la misma disposición? ¿Qué sucede con los principios de las providencias cautelares como lo son el *periculum in mora* y el *fumus bonis iuris*?

Cabe manifestar que el ministro José Ramón Cossío Díaz manifestó un voto disidente en donde llega a las conclusiones que a continuación se resumen:

- Que el concepto de analogía no es un término unívoco, y que entre sus significados se prevé el caso de que su construcción en lugar de ser inductiva o deductiva, vaya de lo particular a lo particular por entrar en un componente axiológico. Así, se debe de tratar igual a los casos semejantes. O dicho de otro modo, los casos son diferentes pero semejantes.
- La analogía permite resolver casos sin que el sistema jurídico sufra una merma en su estructura básica y de este modo adecuar las normas a la realidad social.
- En los casos en que se hace valer la acción de oposición y la de nulidad existe la misma *ratio legis* y por ello sí puede aplicarse por analogía las disposiciones relativas a la acción de oposición cuando se haga valer la de nulidad, de acuerdo con lo que se expone a continuación:
  - Podría suceder que la ejecución de los acuerdos dejara sin materia el procedimiento de oposición o afectara irreparablemente a los opositores, y por lo tanto el legislador previó la figura de la suspensión de los acuerdos.
  - La razón de la suspensión es preservar la materia del litigio, con el objeto de que la sentencia dictada por el juez tenga un orden práctico.
  - Así, cuando se ejerce la acción de nulidad, si bien no se atacan los acuerdos tomados por la asamblea, sí se combate la asamblea en sí, arguyéndose que no se cumplieron requi-

sitos legales para su convocatoria o instalación. En este sentido, al atacarse la asamblea en sí, también se atacan los acuerdos que puedan tomarse por la misma, como consecuencia de la acción de nulidad, pues sería absurdo que se declarara la nulidad de la asamblea pero no de los acuerdos tomados por ella.
- Ergo, cuando se demanda la nulidad de la asamblea, también se persigue indirectamente que los acuerdos tomados en ella no sean ejecutados, pues al ser nula la asamblea también son nulos sus acuerdos.
- De este modo, al demandarse la nulidad de la asamblea también se corre el riesgo de que mientras se resuelve dicha acción se ejecuten los acuerdos tomados por la asamblea que se considere nula. Acuerdos que pueden ser irreparables o que pueden ocasionar que la materia del litigio desaparezca.

- Por lo expuesto, debe aplicarse la analogía por mayoría de razón en el supuesto de la acción de nulidad de la asamblea, pues tanto en el supuesto de nulidad como en el de oposición existe la misma necesidad de garantizar la materia del litigio y evitar que se dicten acuerdos que no puedan ser reparados o que dejen el juicio de nulidad sin materia.

Así, basta decir que coincidimos plenamente con los argumentos expuestos por el ministro Cossío Díaz, puesto que compartimos la preocupación de la naturaleza de la suspensión como una medida cautelar en donde se busca evitar que se causen daños irreparables o que el litigio quede sin materia, máxime si consideramos que si es nula la asamblea, también lo son los acuerdos adoptados en ella.

D. Algunas posibles soluciones basadas en el derecho comparado

A continuación propongo y cito algunas soluciones a problemas como los antes citados que al efecto prevé la Ley de Sociedades Anónimas publicada el 22 de diciembre de 1989 en España:[9]

[9] Artículos 100, 115, 117, 127 ter, 133, 134 y 135 de la Ley de Sociedades Anónimas publicada el 22 de diciembre de 1989 en España.

1. Los accionistas que representen el cinco por ciento del capital social pueden solicitar al administrador que convoque a asamblea general de accionistas sin que haya necesidad de incluir en el orden del día la propuesta de exigir responsabilidad al administrador.
2. Podrán ser impugnados los acuerdos de las juntas que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad. Para la impugnación de los acuerdos nulos están legitimados todos los accionistas, los administradores y cualquier tercero que acredite interés legítimo.
3. Ningún administrador podrá realizar, en beneficio propio o de personas a él vinculadas, inversiones o cualesquiera operaciones ligadas a los bienes de la sociedad. Por personas vinculadas se refiere desde parientes hasta la constitución de sociedades nuevas para esos fines.
4. Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas sin importar su porcentaje y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo.
5. La aprobación de los estados financieros no impide el ejercicio de la acción de responsabilidad ni supondrá la renuncia a la acción acordada o ejercitada.
6. Quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a terceros por actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquéllos sin que haya un porcentaje mínimo definido en la ley.
7. Conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil, las medidas cautelares son muy extensas e inclusive *numerus apertus*.

Las razones por las cuales hemos decidido citar en específico a la ley societaria española se debe a que tanto el sistema español como el mexicano tienen los mismos antecedentes del derecho mercantil. Su regulación básica es prácticamente idéntica, con la diferencia de que la ley española al ser mucho más moderna, da soluciones muy prácticas a los problemas que se presentan hoy en día en México y que carecen de una solución legal y por ende se prevé conflictos en-

tre accionistas como los que acontecen hoy en día ante la jurisdicción mexicana.

Así, podemos ver la rigidez de la legislación mercantil mexicana para prevenir los conflictos de responsabilidad de administradores, y más aún su condicionamiento injustificado para entablar acciones de responsabilidad civil y de oposición siempre y cuando el accionista enjuiciante detente cuando menos 33% del capital social.

IV. La Ley del Mercado de Valores y las sociedades anónimas promotoras de inversión

El 30 de diciembre de 2005 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la nueva Ley del Mercado de Valores. Esta ley tiene como objetivos: i) promover el acceso de empresas medianas al mercado de valores a través del fomento al capital de riesgo y facilitar su integración al mercado de capitales; ii) redefinir de funciones y responsabilidades del consejo y de la administración de las empresas bursátiles; iii) reconocimiento de la especialización de las casas de bolsa, estableciendo requisitos en función de las actividades que pretenda realizar.

De esta forma, además de proveer un mucho mejor plano de seguridad jurídica, se implementan mecanismos para la protección de los grupos minoritarios cuyas sociedades coticen en el mercado de valores. Así, dentro de su marco regulatorio, la Ley del Mercado de Valores incluyó dentro de su Título II –De las Sociedades Anónimas del Mercado del Valores– un capítulo especial a lo que denominó las "Sociedades Anónimas Promotoras de Inversión", hoy llamadas también "SAPIs".

En esencia, lo que se realizó con la creación de las SAPIs fue crear un molde de sociedad anónima específico para aquellas sociedades que fueran a emitir valores en los mercados. Las SAPIs contienen estructuras sumamente novedosas, dentro de las cuales para efectos de nuestro trabajo vale la pena mencionar las siguientes: i) poder de nombrar un miembro en el consejo de administración cuando se tenga el diez por ciento de participación accionaría; ii) solicitar que se convoque a la asamblea general de accionistas respecto de los asuntos sobre los cuales se tenga derecho a voto cuando se tenga el 10%

de la participación accionaria; iii) ejercer la acción de responsabilidad civil contra los administradores en beneficio de la sociedad cuando se tenga el 15% de la participación accionaria, y iv) oponerse judicialmente a las resoluciones de las asambleas generales cuando se tenga el 20% de la participación accionaria.

Lo anterior tiene además una razón estrictamente práctica, ya que por regla general cuando una sociedad cotiza en la Bolsa de Valores, opera una dilución del capital. Pensemos, por ejemplo, en sociedades trasnacionales donde habiendo tanto capital de por medio resulta imposible que una sola persona detente más del diez por ciento de su haber accionario.

En términos generales, la Ley del Mercado de Valores crea un nuevo tipo societario que permite la inversión en capital de riesgo conforme a los estándares actuales del mercado, reconociendo la validez de los convenios y cláusulas que son utilizadas hoy en día en esta materia, cuya validez y exigibilidad fue materia de diversas interpretaciones.

Sin embargo, aun cuando las SAPIs son un tipo societario mucho más flexible, el mismo no resuelve el problema que hemos venido a plantear en la presente exposición. Esto, porque las SAPIs son una sociedad que contiene características mezcladas entre la LGSM y el derecho bursátil, y porque éstas tienen el objetivo único ser utilizadas como sociedades que emitan valores, y no así para cualquier tipo de sociedad mercantil. En síntesis, las SAPIs son sociedades intermedias entre la tradicional sociedad anónima y la sociedad anónima bursátil cuyas acciones están listadas en bolsa, y su objetivo es que eventualmente se conviertan en sociedades bursátiles.

Lo anterior, con independencia de que la Ley del Mercado de Valores no establece la obligación de las SAPIs para cotizar sus acciones en el mercado de valores, lo que quiere decir que bien puedan ser utilizadas como un nuevo modelo de sociedad anónima para todos los comerciantes en general, máxime si consideramos que supletoriamente se le aplica en lo no previsto la LGSM.

Los requisitos que la LGSM prevé para el evento de iniciar las acciones de responsabilidad y oposición lejos de ser una herramienta para su ejercicio constituyen un obstáculo que en numerosas ocasiones legitiman la comisión de hechos ilícitos por parte de sus administradores cuando éstos son a su vez accionistas mayoritarios o controladores de la sociedad.

Debido a los problemas que se enfrentan en la práctica societaria, nuestra LGSM resulta obsoleta y por lo tanto debe ser modificada para ser más flexible y adaptarse a soluciones justas conforme a las exigencias de la realidad social.

La suspensión de los acuerdos sociales como una medida cautelar y preventiva descansa en un principio de apariencia de buen derecho que igualmente aplica tanto a las acciones de suspensión como a las de nulidad de los acuerdos sociales.

V. El abuso de la personalidad jurídica societaria frente a terceros de buena fe: la extensión de la responsabilidad societaria

La figura de la persona moral constituye un eje de cualquier sistema económico en donde ofrece a sus accionistas y a terceros seguridad jurídica en circunstancias normales. Así, la Sociedad Anónima mexicana es aquella que existe bajo una denominación y cuyos accionistas se limitan al pago de sus acciones. Una vez cumplida por los accionistas esta obligación de aportar, ellos no comprometen su responsabilidad personal por las obligaciones que pueda asumir la sociedad.

De este modo, existe un "velo" que separa los derechos y obligaciones de la sociedad como una entidad jurídica abstracta, de los derechos y obligaciones de los accionistas en relación con sus patrimonios personales. Este "velo corporativo" significa una separación firme entre el patrimonio social y el de los accionistas. Tal situación puede generar abusos de sociedades que teniendo deudas, su patrimonio sea insuficiente frente a terceros acreedores que no puedan ejercitar el cobro de sus créditos mediante las acciones ordinarias.

En efecto, puede suceder que un grupo de personas físicas constituya una sociedad mediante la cual de manera dolosa realicen actos fraudulentos –*que no necesariamente sean de naturaleza penal*– por conducto de la sociedad constituida, para que de este modo y partiendo de que la sociedad es una persona moral con personalidad jurídica propia, sea la sociedad quien responda frente a estos terceros aun cuando la misma carece del patrimonio suficiente para solventar sus obligaciones.

No nos referimos al caso de la insolvencia provocada o al de quiebra fraudulenta, puesto que ambas situaciones son protegidas a través de mecanismos especiales previstos en la famosa acción pauliana o de la Ley de Concursos Mercantiles.[10] En ambos casos, nos encontramos frente a una sociedad que eventualmente gozó de un patrimonio suficiente para solventar sus obligaciones y que transcurrido el tiempo, la sociedad dolosamente se despojó de sus bienes y derechos para eludir las obligaciones contraídas por terceros.

Nos referimos entonces al caso de una sociedad que es utilizada en contubernio de los accionistas –o de un grupo de control absoluto– como un mecanismo para defraudar a terceros. Este tipo de ilícitos se combaten a través de una figura que hoy es inexistente en México, y que consiste en la excepcional extensión de la responsabilidad societaria hacia los accionistas, también conocida por la doctrina como la teoría del levantamiento del velo corporativo con arreglo a la cual, en ciertos casos y circunstancias es permisible penetrar en el *substratum* personal de las entidades o sociedades a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que, al socaire de esa ficción o forma legal, se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos, o bien ser utilizada como vehículo de fraude.

Lo anterior lleva a considerar que al hacer uso de herramientas de esta naturaleza nos encontramos en un conflicto entre la seguridad jurídica y la justicia. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia extranjera ha optado porque prevalezca por vía de equidad la buena fe de los terceros, y porque, insistimos, se trata de una herramienta de carácter excepcional.[11]

VI. Abuso de la persona jurídica: la doctrina en el sistema continental europeo

El abuso de la persona jurídica se ha manifestado con mayor frecuencia en lo relativo a aprovechar las ventajas que aporta la limitación de la responsabilidad. La persona moral puede dar lugar a un uso indebido, o abuso del mismo. Así, ante el silencio de la legisla-

[10] Ley de Concursos Mercantiles, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de mayo de 2000. Título III, Capítulo VI. "De los actos celebrados en fraude de acreedores".

[11] Sentencia Tribunal Supremo Español (Sala de lo Civil), 28 de mayo de 1984.

ción, la jurisprudencia, principalmente la americana y la alemana, han reaccionado desestimando la persona jurídica de las sociedades penetrando hasta el fondo para llegar hasta las personas individuales que se ocultan precisamente detrás del aparato técnico jurídico.

En efecto, a mediados del siglo XX y con la llamada "crisis del positivismo" se produjo una renovación en Europa por la cual se rechaza dicha ideología buscando así una concepción "realista" del derecho.[12] La reacción más importante la tendría la jurisprudencia norteamericana en su sistema denominado *common law*. En dicho sistema la evolución de la persona jurídica no ha sido influida por el exagerado dogmatismo del sistema continental. De este modo, se ha formado la doctrina del *disregard of the legal entity*[13] según la cual los jueces pueden penetrar la forma externa de la persona jurídica para alcanzar a las personas y bienes que se amparan bajo su cobertura.[14]

La divulgación por Europa de esta doctrina se llevó por conducto del tratadista alemán Rolf Serick,[15] y en España se incorporaría mediante la jurisprudencia elaborada por el Tribunal Supremo español. Así, Serick se plantea la posible aplicación del *disregard of the legal entity* en un sistema jurídico totalmente distinto pero con una finalidad semejante: la penetración de la forma de la persona jurídica a la luz de la realidad y bajo la constatación de un abuso de esa forma. Lo que no implica negar la personalidad jurídica, sino negarla en el caso concreto del abuso de los accionistas ya sea por el defraudamiento de una ley, el quebranto en obligaciones contractuales o de perjudicar fraudulentamente a terceros.

Así, el criterio que plantea Serick para prescindir de la forma de la persona jurídica se refiere a tres típicos abusos de la persona jurídica:[16]

- *Fraude a la ley por medio de una persona jurídica*. Se habla de este concepto cuando el resultado que la ley rechaza se obtiene por otro camino no previsto y que la norma ha tratado de impedir.
- *Fraude y lesión de contrato*. Se refiere a aquellos casos en los que por medio de la persona moral puede quedar burlado un contrato como consecuencia de su creación. Pensemos en el siguiente ejemplo: A y B se obligan frente a C a no realizar determinado acto. Pero resulta que el mismo acto lo realiza la sociedad X, cuyos accionistas son A y B. La sociedad X fue creada con el objeto de burlar el compromiso.
- *Daño fraudulento a terceros*. Mediante estos actos el tercero solamente podrá demandar a la sociedad únicamente hasta el monto de su patrimonio, quedando el patrimonio del accionista defraudador intocado.

[12] Boldo Roda, Carmen, *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*, Ed. Aranzadi, 3a. ed., p. 46.

[13] También denominada como *lifting the veil* o *veil piercing*.

[14] Boldo Roda, *op. cit.*, p. 48.

[15] Serick, Rolf, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica*, Ariel, Barcelona, 1958.

[16] Boldo Roda, *op. cit.*, pp. 74-80.

Así, Serick elabora reglas fundamentales que permiten la penetración hasta el sustrato de la persona jurídica resumiendo los resultados en las siguientes propuestas:[17]

Primera. Si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de manera abusiva, el juez podrá descartarla para que fracase el resultado contrario a derecho que se persigue, para lo cual prescindirá de la regla fundamental que establece una radical separación entre la sociedad y los accionistas.

Existe un abuso cuando con ayuda de la persona jurídica se trata de burlar una ley, de quebrantar obligaciones contractuales o de perjudicar fraudulentamente a terceros.

Sólo procederá invocar que existe un atentado contra la buena fe, como razón justificativa de que se prescinda de la forma de la persona jurídica, cuando concurren los supuestos del abuso que han sido señalados.

Segunda. No basta alegar que si no se descarta la forma de la persona jurídica no podrá lograrse la finalidad de una norma o de un negocio jurídico.

Sin embargo, cuando se trate de la eficacia de una regla del derecho de sociedades de valor tan fundamental que no deba encontrar

[17] Serick, *op. cit.*, pp. 230 y ss.

obstáculos ni de manera indirecta, la regla general formulada en el párrafo anterior debe sufrir una excepción.

Tercera. Las normas que se fundan en cualidades o capacidades humanas o que consideran valores humanos también deben aplicarse a las personas jurídicas cuando la finalidad de la norma corresponda a la de esta clase de personas. En este caso podrá penetrarse hasta los hombres situados detrás de la persona jurídica para comprobar si concurre la hipótesis de que depende la eficacia de la norma.

Cuarta. Si la forma de la persona jurídica se utiliza para ocultar que de hecho existe identidad entre las personas que intervienen en un acto determinado, podrá quedar descartada la forma de dicha persona cuando la norma que se deba aplicar presuponga que la identidad o diversidad de los sujetos interesados no es puramente nominal, sino verdaderamente efectiva.

VII. La jurisprudencia española

La jurisprudencia española, en los últimos cuarenta años, ha venido cumpliendo una importante labor creadora de soluciones a los problemas del abuso de la personalidad jurídica. Sin embargo, la formulación técnica de la doctrina del levantamiento del velo corporativo no se dio sino hasta que el Tribunal Supremo Español dictó su sentencia del 28 de mayo de 1984 como consecuencia de una reclamación de responsabilidad civil extracontractual.[18]

En suma, los criterios seguidos por dicha jurisprudencia se pueden presentar de la manera siguiente:

1. En el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe.
2. La personalidad jurídica no puede amparar los actos ejecutados en fraude a la ley.
3. Los derechos han de ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, de tal forma que ésta constituye un límite al ejercicio de los derechos subjetivos. La antijuridicidad de la conducta ejercitada da lugar al nacimiento de la responsabilidad civil.
4. La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo en daño ajeno o de los derechos de los demás.

[18] Sentencia Tribunal Supremo Español (Sala de lo Civil), de 28 mayo de 1984 (RJ 1984, 2800).

VIII. Antecedentes de la desestimación de la personalidad jurídica y la extensión de la responsabilidad societaria en México

La doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica societaria tiene su antecedente en la *Ley que establece los requisitos para la venta al público de acciones de sociedades anónimas* promulgada en el año de 1940. Los artículos 13 y 14 de dicha ley establecían los requisitos para la venta al público de acciones de Sociedades Anónimas, para introducir en nuestro sistema jurídico el principio de que la limitación de responsabilidad inherente a las sociedades de tipo corporativo no rige para la responsabilidad que surge a favor de terceros como consecuencia de actos ilícitos o dolosos, instituyendo la responsabilidad subsidiaria e ilimitada a cargo de la persona o personas que controlen el funcionamiento de una sociedad anónima, derogando el principio de limitación de la responsabilidad cuando ésta sea extracontractual. Requisito que no solamente aplicaba a las sociedades anónimas que ofrecieren al público la venta y compra de sus acciones, sino que por interpretación jurisprudencial[19] se hizo extensiva a todas las sociedades anónimas en general con el propósito de prevenir abusos derivados de la manipulación del mecanismo de formación de sociedades para la realización de maniobras ilícitas civiles.

Tras la derogación de la mayor parte de las disposiciones de dicha ley, por medio de diversos litigios se cuestionó la vigencia de la doctrina para dejarla sin efecto en la práctica. Así, con la consecuente falta de aplicación, la recepción de la doctrina no ha tenido efectiva vigencia en nuestra jurisdicción.

[19] Registro núm. 240388. Séptima época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, t. 175-180. Cuarta Parte, p. 148. Tesis Aislada. Materia Civil.

En noviembre de 2002, se presentó ante el Senado de la República la iniciativa de Ley de "La desestimación de la personalidad jurídica societaria",[20] iniciativa que, hasta donde tenemos conocimiento quedó en el olvido, siendo el caso como lo es que debido a su trascendencia debe ser impulsada de nueva cuenta para su aprobación.

Esta iniciativa plantea como recurso excepcional y subsidiario al régimen de responsabilidad tradicional, la posibilidad de desestimar la personalidad jurídica societaria para extender la responsabilidad civil de la persona moral a sus integrantes, de conformidad con las hipótesis normativas determinadas en la ley propuesta.

Así, la iniciativa planteó los siguientes elementos para desestimar la personalidad jurídica de las personas morales:

Elemento objetivo. Se considera elemento objetivo, al control efectivo por parte de uno o más de los integrantes de la persona moral *–sean personas físicas o morales que funjan como accionistas o participen en las asambleas–* o por terceros a ésta, que impongan en ella una influencia dominante.

Este elemento objetivo se acreditará cuando exista un control absoluto de la sociedad por parte de los integrantes o terceros señalados, a un nivel tal, que la voluntad de la persona moral sea en realidad la voluntad de dichos integrantes o terceros. Para ello, dicha iniciativa plantea una serie de presunciones de control absoluto que pueden quedar resumidos en: la toma de decisiones estratégicas, dirección de finanzas, concentración de pasivos, titularidad de la mayoría del capital, la utilización del patrimonio de la persona moral como si fuese el propio, etcétera.

Elemento subjetivo. El elemento subjetivo se acreditará cuando la autoridad considere suficientemente probado que, la conducta del integrante o tercero se ha orientado a abusar de la personalidad jurídica independiente de la persona moral en fraude de acreedores, en fraude de ley o en general, para violar normas imperativas mediante la utilización de aquélla.

Elemento resultante. El elemento resultante se acreditará cuando la autoridad considere suficientemente probado que, de no desestimar la personalidad jurídica de la persona moral, y extender de modo subsidiario e ilimitado la responsabilidad civil de ésta hacia el integrante o el tercero, ocurrirán daños y perjuicios en contra de un tercero de buena fe.

[20] Gaceta Parlamentaria del Senado de la República, núm. 79, 21 de noviembre de 2002.

El procedimiento para la desestimación de la personalidad jurídica societaria, se sustanciará como un recurso extraordinario y subsidiario a las disposiciones legales relativas a la responsabilidad de las personas morales y de sus integrantes, atendiendo a la naturaleza de cada una de ellas, quedando a carga de la parte actora la prueba de los elementos antes mencionados.

IX. ¿Revisión de la ley societaria actual o iniciativa de ley?

En principio, consideramos que se debe promulgar una ley especial de la materia, y siguiendo la iniciativa presentada ante el Senado de la República antes citada, debemos mencionar que si bien es cierto que la doctrina naturalmente es aplicable en sociedades de capitales que por definición están estructuradas bajo un sistema de responsabilidad limitado para sus accionistas o socios, y por ello la recepción de la doctrina debía cobrar efecto en la Ley General de Sociedades Mercantiles principalmente, es necesario tomar en cuenta que existen hoy otras entidades que pueden adquirir esquemas de responsabilidad limitada sin ser, en sentido pleno sociedades de capitales. El hecho de legislar solamente sobre un limitado tipo de personas morales eleva el riesgo de que queden lagunas en la legislación, y que quienes abusan de la personificación encuentren nuevas figuras societarias que les permitan seguir estructurando sus negocios en fraude de ley o de acreedores.

X. Conclusiones

La ficción de la persona jurídica creada por el derecho positivo y su regulación, no debe significar un obstáculo para la consecución de resoluciones de equidad. Es decir, el uso de la sociedad como un vehículo cuyo propósito especial sea la comisión de hechos ilícitos no debe quedar impune y los derechos del tercero de buena fe siempre deberán de prevalecer sobre el principio de seguridad jurídica.

Por tratarse de un recurso excepcional y subsidiario, el legislador deberá siempre de tomar en cuenta que dicha doctrina mal utilizada bien puede constituir una flagrante violación al principio de seguridad jurídica, puesto que los conceptos que utiliza la iniciativa de ley presentada ante el Senado de la República son en cierta medida ambiguos, y será la jurisprudencia mexicana la que se encargué de precisar los mismos a través de su adecuación a la realidad.

Sin embargo, si consideramos de importancia superlativa que se legisle y regule a la doctrina del levantamiento del velo corporativo en México, como una nueva herramienta para la protección de los terceros de buena fe frente a personas que dolosamente utilizan las figuras societarias para la comisión de ilícitos, pues al día de hoy es muy común observar la frustración en el foro judicial por no existir opciones viables para resolver este tipo de problemas en virtud de las lagunas legales.

ORDEN CONSTITUCIONAL Y SISTEMA FEDERAL

Rafael ESTRADA MICHEL

SUMARIO: I. *Constitución y complejidad.* II. *¿Constitución "total"?*

I. CONSTITUCIÓN Y COMPLEJIDAD

En un primer y superficial acercamiento, el nombre de la mesa que nos convoca parecería obligar a cuestionarnos si, en derecho mexicano, existe un principio semejante a aquel que en la Ley Fundamental de Bonn, artículo 31,[1] enuncia que el derecho federal es superior a los derechos locales (aunque la solución alemana no parece ni la única ni la mejor). Primer y superficial acercamiento, decíamos, pues lo que en realidad requerimos hacer es preguntarnos si es que es necesario hablar de jerarquías normativas para garantizar la vigencia de un Estado constitucional y democrático de derecho en nuestro país.

En mi concepto, la obligación que nos liga en realidad es la de repetir la pregunta de Víctor Ferreres, aunque ahora con referencia al federalismo. Se cuestionaba hace varios años el profesor catalán si

[1] Precepto del que se desprende el principio de primacía del derecho federal, "*conforme a la Constitución* sobre el derecho de un *Land*". *Cfr.* Häberle, P., *El Estado constitucional*, UNAM, IIJ, México, 2001, p. 265. Las primeras cursivas me pertenecen. *Cfr.* asimismo Alexy, R., "Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático", en Carbonell, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 3a. ed., Trotta, UNAM, Madrid, 2006, p. 323, con interesantes conclusiones acerca del precepto y su conexión con el máximo rango en el ordenamiento que le confiere a los derechos fundamentales contenidos en la ley fundamental.

en un sistema democrático resulta posible justificar la existencia de la Justicia constitucional, esto es, de la posibilidad de que un grupo de notables declare con efectos generales ilegítima alguna decisión tomada por los representantes de la voluntad general.[2] Resuelta o no la espinosa cuestión, tenemos que hacernos cargo de una paralela y semejante: ¿es posible justificar la existencia de la Justicia constitucional en un régimen federal? En términos quizá más duros, ¿posee legitimidad la decisión político-jurídica de permitir que un grupo de eminencias, desde el centro, declare inválidas las determinaciones de los pueblos que han decidido integrarse en un pacto federativo? ¿Hasta qué punto, por ejemplo, puede la nación mexicana imponer sus ponderaciones de derechos humanos a los habitantes del Distrito Federal en materia de aborto?[3]

Vayamos por partes. Si culturalmente entendemos al constitucionalismo como integración, y al federalismo como expresión (no única, desde luego) de un pluralismo que es condición *sine quan non* del Estado constitucional, llegaremos con cierta facilidad a la conclusión de que las frías y reduccionistas jerarquías normativas carecen de sustancia constitucional por cuanto *desintegran*, en el sentido de Smend, y *simplifican lo esencialmente complejo*, en el sentido que a la expresión dan un Hespanha, un Häberle o un Zagrebelsky.

Difícil reto al que nos enfrentamos, pues de suyo la Justicia constitucional y el federalismo son, como todas las categorías jurídicas, entidades complejas en tanto que tocantes a los entramados más íntimos de la condición humana. En México el reto se complica aún más dado que nos hemos acostumbrado a ver en el centralismo material que ha acompañado arquetípicamente a nuestro federalismo formal una manera de combatir el caciquismo con cierto grado de éxito, olvidándonos de la contribución que el sistema federal, en los primeros tiempos de la República realizó a favor de la integración de lo que comenzaba a ser la *Nación* mexicana,[4] apreciando con un talento

[2] Ferreres, V., "Justicia constitucional y democracia", en Carbonell, M. (comp.), *Teoría de la Constitución*, Porrúa, México, 2000, p. 247.

[3] La cultura constitucional obliga a comprender que no se trata de imponer, sino de reconocer que toda verdad está en el diálogo.

[4] Me he ocupado del tema en *Monarquía y nación entre Cádiz y Nueva España*, Porrúa, México, 2006, basándome fundamentalmente en Del Arenal Fenochio, J., *Un modo de ser libres*, El Colegio de Michoacán, Zamora, 2002.

que hemos echado en falta después, las lecciones del pasado gaditano y primo imperial.

Los federalismos son, en cada tiempo y lugar, distintos, y por ende la Justicia constitucional que los ha de acompañar debe implementarse en forma diversa en cada latitud. La *teoría mixta del Estado federal* que propone el profesor Häberle[5] bien puede llevarnos a conclusiones interesantes en lo que se refiere a la manera más *culturalmente* mexicana de implementar una Justicia constitucional acorde con nuestra idea de federalismo. Pero primero es necesario ponernos de acuerdo en qué es lo que pluralista y consensualmente queremos entender por sistema federal en México.[6] Se trata de una decisión que históricamente ha apelado a fórmulas de compromiso y que, sin embargo, es urgente tomar.

El federalismo no ha operado solamente para ralentizar los instintos caciquiles de las oligarquías provincianas. Tal versión, miope y capitalino-céntrica, ha causado en mi concepto numerosos rezagos culturales. ¿Por qué no ver en el sistema federal una superación del antipluralista concepto de soberanía, superación generadora, por tanto, de una Constitución mixta que no se impone a los vencidos, sean estos territorios o individuos?[7] ¿Por qué no ver en el federalismo la solución que permitió que las *provincias* dejaran de serlo, esto es, que no se convirtieran en botín *para* sus *vencedores*, como quiere la etimología de la palabra misma?

Me parece que el estado que guarda la historiografía jurídica en estos momentos nos permite acercarnos al tema de la construcción federal y pluralista de México con un poco más de sensatez y frialdad, cualidades de suyo alejadas tanto de la inútil apología como del denuesto visceral. Este país, lo hemos dicho ya muchas veces siguiendo a Del Arenal, nació con una tremenda enfermedad derivada

[5] Häberle, *El Estado...*, p. 262.

[6] La creencia en la existencia de un auténtico modelo federal, del cual el mexicano sería poco menos que una desvirtuación derivada de una imitación extralógica, ha causado no pocas limitaciones a la hora de enfrentar y resolver los problemas derivados de la construcción de un Estado constitucional. El tema de la Justicia constitucional no es el único ejemplo, pero acaso sea el más sensible hoy día.

[7] Fioravanti, M., *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid, 2001, pp. 30-31.

de la indefinición político-territorial heredada del Antiguo Régimen. Quien piense en una Nueva España perfectamente centralizada y dispuesta a seguir la voz soberanísima del Virrey se equivoca de cabo a rabo. Hay que ver simplemente la batalla parlamentaria surgida en tierras gaditanas entre regnícolas y provincialistas mexicanos para darse cuenta de lo plural que resultaba el territorio que después se inventaría nación.[8] Y basta analizar la solución de compromiso a la que se llegó en el Cádiz doceañista, consistente en crear Diputaciones provinciales y Jefaturas políticas para diversas regiones novohispanas, pero manteniendo en el terreno de los hechos a la figura del otro-yo del Rey español como eje del sistema político del reino mexicano, para comprender que en el horno se cocinaba una guerra de facciones territoriales que bien podría haber terminado con el aborto de la nación de la que ya para entonces hablaba con soltura el cura Morelos.

Si ni Hidalgo, ni Morelos, ni los constituyentes de Apatzingán supieron aquilatar en todo su valor el problema que representaba el pluralismo regado por un enorme e indefinido territorio de más de cinco millones de kilómetros cuadrados, serán el Imperio de Iturbide (*Imperio* es, por definición, unión de entidades territoriales diferenciadas) y, sobre todo, la República Federal de 1824 quienes sabrán neutralizar los peligros de la fórmula dilatoria aprobada en Cádiz y mantener único lo que, por ejemplo en el reino de Guatemala, terminó por ceder a las presiones invertebradoras intendenciales y provinciales. Si la intendencia de Cartago en Costa Rica o la de León de Nicaragua dieron lugar a sendas repúblicas independientes, tanto respecto de Madrid como de México y Guatemala, sólo el compromiso federal basado en el reconocimiento (muy a regañadientes, como quedará demostrado en 1835, bien es verdad) de la pluralidad en el imaginario territorial, evitó que la República del Anáhuac terminase por lindar con las repúblicas, por ejemplo, de Guanajuato, San Luis, Veracruz, Yucatán o Chihuahua.

1824 representa un año de talento constitucional en México. Después el abismo y la escasez, quizá, pero no debe perderse de vista

[8] Estrada Michel, R., "Regnícolas *vs.* Provincialistas. Un nuevo acercamiento a Cádiz, con especial referencia al reino de la Nueva España", en *Historia constitucional. Revista electrónica*, Universidad de Oviedo, Centro de Estudios Constitucionales, núm. 6, septiembre de 2005, http://hc.rediris.es/06/articulos/html/Numero06.html.

que, aunque las intendencias guatemaltecas, con la excepción de Chiapas, dirían adiós, la Federación permitió la unidad y la vertebración de las partes propiamente novohispanas que comenzaban a formar la nación mexicana. ¿Hasta qué punto se forzó el compromiso pluralista y se perdió la oportunidad de crear un poder central fuerte que, por ejemplo, hubiese permitido evitar la pérdida de Texas y de los territorios neovizcaínos en la aciaga coyuntura del docenio 1835-1847? ¿Qué tanto la ausencia de una Justicia constitucional común a todos los territorios de la nación, de la que ni Cádiz ni Filadelfia habían dado ejemplo a los constituyentes del veinticuatro, permitió el fracaso del sistema y la erección constitucional, en 1836, de un *Supremo Poder Conservador*? ¿Hasta qué punto es incompatible un sistema federativo con el vacío de un centro –llamémosle "nacional"– de toma de decisiones jurídicas en última, definitiva y armonizadora instancia?

Son todas preguntas válidas, y es necesario formularlas acaso hoy más que nunca, pero resulta imprescindible hacerlo con la vista bien colocada en lo que la construcción del Estado federal implicó para la invención de la nación y para la siempre aplazada erección del Estado constitucional y democrático de derecho en México. No deja de ser significativo (y no creo que sea atribuible exclusivamente a un afán imitativo de lo *yanqui*) el hecho de que los liberales del cincuenta y siete no titubearan al momento de rescatar lo federal y colocarlo en un rango equivalente respecto de principios tan caros al liberalismo como son el representativo, el nacional y el republicano.

Integración federal que nos costó, en su proceso de consolidación, sangre, sudor y territorios y que –creo que aquí está el nodo de la cuestión– no se llevó nunca a sus últimas consecuencias por el trauma que en nuestra clase política generaron las desmembraciones del siglo XIX. Así pues, se optó materialmente por la simulación pseudofederativa que ya anunciaba el padre Servando Teresa de Mier en fecha tan temprana como es la correspondiente a su *Discurso de las Profecías*, pronunciado en pleno Congreso Constituyente mexicano: 13 de diciembre de 1823.[9]

[9] Estrada Michel, R., *La teoría constitucional en el "Discurso de las Profecías" de Servando Teresa de Mier*, prólogo de D. Cienfuegos, Fundación Académica Guerrerense, El Colegio de Guerrero, Chilpancingo, 2001, p. 82.

La simulación permitió, a un tiempo, llamar "soberanas" a las provincias y despojarlas materialmente de cualquier aspiración medianamente autonomista a través de la férrea concentración de potestades en los departamentos ejecutivo y legislativo federales. En situación semejante, ¿para qué tomarse la molestia de dotar a la nación con una Justicia constitucional realmente sólida y eficaz que sólo serviría para revivir las aspiraciones independentistas que en los turbulentos años del primer Diecinueve estuvieron a punto de costarnos la existencia colectiva? Creo que esto permite comprender a las claras el surgimiento y la permanencia de figuras decimonónicas tan aparentemente respetuosas de las "soberanías" estaduales como la constituida por el principio de relatividad de las sentencias de amparo que ha pasado a la historia con el apellido de un federalista tímido y moderado: Otero.

Hoy, que la aparente superación del modelo político autoritario, tan característico del siglo XX mexicano, ha reabierto las heridas de los localismos burlados y ha potenciado las aspiraciones de las elites estatales, deviene en imperativo cuestionarse acerca de la dialéctica que mueve los hilos de las relaciones –inocultables– entre Justicia constitucional y federalismo o, para ser más precisos, entre el Veroconstitucionalismo y un sistema federal que merezca llamarse así. Constituye materia necesaria asimismo el cuestionarse el papel que corresponde jugar a la Corte en un entramado de complejidad semejante.

En tanto que hace cristalizar el pluralismo territorial sin olvidarse del principio de la igualdad *en droits*, "la estructura del Estado federal... es parte integral del Estado constitucional".[10] La aseveración de Häberle, escrita en el contexto de la reunificación alemana, es también aplicable al caso mexicano, como ha pretendido probar el breve recorrido histórico antecedente. La cultura veroconstitucional, si quiere serlo, ha de nutrirse de pluralismo. En la Constitución deben caber todos los individuos, pero también todos los territorios que componen el complejo jurídico-político que llamamos Estado.[11]

[10] Häberle, *El Estado...*, p. 263.

[11] Quedaría por analizar si la estructuración estadual no resulta excluyente, en términos constitucionales, de otras realidades territoriales, como son las regiones o las demarcaciones en las que se hallan establecidos pueblos y comunidades indígenas.

El sistema federal sirve para alcanzar ideal semejante, pero juega al mismo tiempo un papel de arma de dos filos, por cuanto mal entendido y ayuno de un centro supremo de decisión y armonización puede llevar a la desintegración del propio entramado nacional que es parte vital del constitucionalismo entendido como cultura. Tales son los términos de la sensible dialéctica que no podemos dejar de lado so pena de incurrir en chabacanería y dilación. Cosa distinta es cuestionarse si es la solución del Tribunal Constitucional, una de tantas posibles, la más adecuada para la generación del centro decisorio y armonizador al que nos hemos referido.

La teoría mixta del Estado federal permite contemplar, en ejercicio comparativo, realidades muy distintas entre sí, aunque iluminadoras de la situación ajena. Así, por ejemplo, dado que hemos decidido llamar a nuestras provincias "Estados" debemos comprender, como han hecho los alemanes con su República federal, que las provincias tienen "un margen propio de configuración política"[12] y que, en consecuencia, los espacios constitucionales de la nación mexicana y de sus estados coexisten de manera independiente, como sucede con los espacios de la República alemana y de los *Länder*.

Esta coexistencia independiente no debe entenderse en un sentido aislacionista y particularista que juegue en contra de la Constitución integradora. La nación (o la Federación: pasaremos enseguida a este problema terminológico) es la encargada de garantizar el orden constitucional que, entre otras cosas, impone una "conducta favorable a la organización federativa (*bundesfreundlich*) tanto de la Federación frente a las entidades federativas, como de éstas frente a aquélla".[13] Sea quien sea el órgano, departamento o rama del Poder Público al

[12] Häberle, *El Estado...*, p. 264.

[13] *Idem.* Conducta que, traducida en *Bundestreue* o fidelidad federal, "limita la discrecionalidad de la Federación y de los estados en el ejercicio de sus competencias, tanto en el plano vertical como en el horizontal, en aras de los intereses generales del todo". No existe en el texto fundamental mexicano principio semejante, que en España han llamado "de colaboración". Parece urgente que la Suprema Corte lo desarrolle e incorpore al orden jurídico nacional. La cita en Serna de la Garza, J. M., "Hacia una visión integral del sistema federal mexicano: descentralización, armonización, unificación y colaboración", en Valadés, D. y Carbonell, M. (coords.), *El proceso constituyente mexicano. A 150 años de la Constitución de 1857 y 90 de la Constitución de 1917*, UNAM, IIJ, México, 2007, p. 808.

que se encargue esta función de garantía, lo cierto es que la dialéctica de los conceptos vuelve a mostrarnos que, en definitiva, la Justicia constitucional y su acatamiento es manifestación del principio amistoso o leal en el que se funda toda federación de territorios.

Una lealtad que sólo puede mantenerse, en el terreno de los hechos, cuando existe una media en el nivel de vida de los habitantes de los diversos territorios tal que permita hablar de condiciones de ciudadanía razonablemente equivalentes. La homogeneidad en las condiciones socioeconómicas se traduce, sin que deje de ser paradójico, en garantía del pluralismo constitucional. Y es la jurisdicción constitucional la encargada, a través de la tutela de los derechos económicos, sociales y culturales, de generalizarla.

Ahora bien, la lealtad federal de la que la Justicia constitucional es expresión suprema sólo puede darse consistentemente en un ambiente de participación de las entidades federativas en la formación de la voluntad federal (lo que García-Pelayo llamó "relaciones de inordinación").[14] Cabe volver, en esta cuestión, al devenir histórico de nuestro país y preguntarnos si la rotura del principio de representación paritaria de los estados en el Senado de la República, lugar *per excellentiam* de participación estadual en la formación de la voluntad federal, dificulta la creación de una Justicia constitucional común que sea, al mismo tiempo, equitativa e imparcial. El problema se complica si se repara en que es el propio Senado el encargado de designar a los ministros de la Suprema Corte. Dado que se trata de una cuestión atinente a lo que hemos denominado *cultura constitucional*, cabría esperar que con el crecimiento de ésta la voluntad de los estados más importantes (sobre todo en términos demográficos y económicos) no se imponga arbitrariamente a los estados pequeños. Pero hoy por hoy, en nuestras difíciles circunstancias, parece claro que debe volverse al sistema de representación estadual paritaria, con la eliminación de los senadores plurinominales, para evitar que la Justicia constitucional panestadual halle contradictores perfectamente prescindibles y que, sin embargo, pueden *desautorizarla* con buenas razones, cuestión esta última la menos deseable para un Tribunal de constitucionalidad.

[14] García Pelayo, M., *Derecho constitucional comparado*, Alianza Editorial, Madrid, 2000, p. 239. Las relaciones de inordinación "se manifiestan en la participación de los Estados como personalidades autónomas en la formación de la voluntad federal y en la reforma de la *constitución federal*". Cursivas nuestras para destacar un concepto que merecerá nuestra atención en breve.

II. ¿Constitución "total"?

Volvamos a la pregunta original que, si se me permite, parece partir de un equívoco ya superado por la teoría constitucional, consistente en pretender que existen antinomias o disconformidades entre los ámbitos competenciales pertenecientes a los diversos órdenes que conforman al Estado compuesto. El neoconstitucionalismo (o mejor, el veroconstitucionalismo) reconoce que los actos de gobierno responden a un criterio competencial y no a uno jerárquico del cual tengan que expulsarse los actos antinómicos contrarios al orden supremo y fundamental (en el caso del equívoco, el federal).

La respuesta al criterio competencial significa, entre otras cosas, que el acto de un orden de gobierno prime sobre otros actos en razón de que su expedición se halle en conformidad con la competencia constitucional establecida para emitir tal acto. En otras palabras, la lealtad federal implica el respeto irrestricto por parte de la Federación a los actos de los órdenes locales siempre que éstos sean conformes con el reparto competencial que establece el orden constitucional. Y es ahí en donde entra en juego la función armonizadora de la Justicia constitucional, puesto que uno de los actos fundamentales de los órdenes estaduales es el acto legislativo.

Pero el acto legislativo local no agota sus posibilidades constitucionales en la mera conformidad competencial o de racionalidad formal, para decirlo en términos ferrajolianos.[15] La dimensión sustancial o material atinente a la validez de las leyes sugiere conformidad con el contenido del orden constitucional, por lo que la tarea armonizadora de la jurisdicción fundamental adquiere relevancia en el tema de los contenidos legislativos, entendiendo a la armonización como aquella dimensión de la integración consistente en "el proceso por el cual el derecho local en una entidad determinada se llega a asemejar al

[15] Ferrajoli, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 2a. ed., Trotta, Madrid, 2001, pp. 20-25.

derecho de otras entidades federadas, al tiempo que conserva su identidad propia como derecho local".[16] La armonización se da siempre en el marco del orden constitucional: no se trata de imponer las creencias federales a los estados federados, sino de integrarlos dentro de los principios propios de la Constitución, de forma tal que el orden federal no se revela como superior a los órdenes locales, sino que es el orden constitucional el que se sobrepone a ambos con miras a la construcción constante y perpetua de la integración.

Pretender que los órdenes locales se hallan continuamente asediados por el orden central implica pensar en sistemas federales disfuncionales, en los que el principio federativo es, en cierta forma, impuesto, artificioso y molesto para los estados federados. Una de las importantes consecuencias de la reforma de 1994 en materia de derecho procesal constitucional fue la que permitió que la Corte se hiciera cargo de la garantía efectiva del reparto competencial que, insistimos, se traduce en una mayor integración constitucional de los diversos órdenes de gobierno.

El Tribunal Constitucional es un árbitro que no puede concebirse a sí mismo como defensor de ninguno de los órdenes normativos, sino como garante del Estado constitucional y democrático de derecho en cuya dimensión pluralista juega un papel de extraordinaria relevancia la organización del imaginario político-territorial. Hay que recordar que el reparto competencial se encuentra subordinado al cumplimiento de los fines del Estado constitucional, por lo que el esquema federal se puede considerar una de las cláusulas institucionales de cierre del ordenamiento fundamental. En cierta medida cumple la misma función que aquella que realiza la cláusula democrática o la cláusula garante del Estado social.

La ideología constitucional clásica, que es la atinente al control y moderación del poder con el poder mismo, se ve reflejada así en la configuración federal del Estado. Esto es lo que tiene que defender el Tribunal Constitucional, más allá de preocuparse porque las ambiciones particularistas se desboquen o porque el orden central asfixie a los órdenes locales. La estructura federal es una forma de división del poder público y, como tal, se halla subordinada a la garantía de

[16] Serna, "Hacia una visión...", p. 798.

los derechos fundamentales de las personas, norte último y definitivo de la Justicia constitucional.

Estados, Federación y municipios se hallan igualmente limitados por el Orden constitucional, que es el que permite su adecuada integración. La expresión "Constitución federal" es válida si lo que pretende es hacerse cargo del tipo de estructuración territorial que se le da al Estado, pero es absolutamente errónea si quiere referirse al texto como pináculo de un orden normativo federal que se impone a los órdenes locales. El texto constitucional reconoce la existencia de los estados federados y, si como tal los limita, también es cierto que lo hace apelando al orden constitucional y no a la supuesta prelacía del orden federal. El Tribunal Constitucional, en suma, no es un Tribunal federal. Por eso precisamente es que se le califica de *constitucional*.

La jurisdicción constitucional cumple un papel fundamental cuando se hace cargo de integrar la debida colaboración que debe existir entre los poderes federales y los locales. En ella se encuentra la base de un federalismo cooperativo, único en mi concepto capaz de cumplir con los objetivos de un Estado constitucional preocupado por la eficaz garantía de su dimensión pluralista. Basta revisar los objetivos de instituciones procesales tales como las "controversias constitucionales", potenciadas entre nosotros a raíz de la reforma de 1994, para comprender que en esta actividad se encuentra con claridad una nueva justificación para la existencia de la justicia fundamental en los regímenes constitucionales.

De integrar se trata, y nada integra mejor que la efectiva vivencia de los derechos humanos. Un productivo diálogo entre los tribunales constitucionales y los tribunales federales y locales es la base de la integración constitucional, pues es el instrumento articulador de las garantías fundamentales.[17] Del otro lado, no existe mejor potenciador de la desintegración que la perpetuación de las desigualdades regionales. Aquí también la jurisdicción constitucional tiene mucho que

[17] El fenómeno es muy parecido al que se produce entre algunos Estados nacionales y las instancias jurídicas supranacionales que los integran. *Cfr.* Figueruelo Burrieza, A., *Luces y sombras del tratado constitucional europeo*, Dykinson, Madrid, 2006, y Bustos Gisbert, R., *La Constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*, prólogo de J. L. Cascajo, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2005.

decir en razón de los principios de solidaridad y de homologación, a los que tiene que dotar de vida y efectividad.

Hasta aquí me parece que ha quedado suficientemente explicada la justificación de la existencia de la Justicia constitucional en los sistemas federativos. Pero, ¿son todas las consideraciones anteriores consecuentes con nuestra historia constitucional?

La nación mexicana ha sido definida tradicionalmente en términos esencialistas que poco han coadyuvado a la defensa de los derechos individuales. Esencialismo nacional y fundamentación estatalista de las libertades se han hallado presentes desde Cádiz hasta Querétaro, pasando por los *Sentimientos de la Nación*, por Apatzingán y por 1824 y 1857. El único intento no esencialista, el de Iguala,[18] fracasó con el fracaso del primer Imperio.

Y, sin embargo, el término "Nación" ha llegado hasta nosotros, y acaso algo tenga que decirnos en materia de Justicia constitucional. Considero pertinente recordar, para hacernos cargo de las intenciones presentes en nuestros Congresos Constituyentes, que los nombres generan realidades. En México tenemos un "Poder Judicial de la Federación", pero también una "Suprema Corte de Justicia de la Nación" cabeza de aquél, mientras que es la "Unión" la que ampara con su Justicia al quejoso en los juicios de protección constitucional. Tendríamos que empezar por dotar de significado a los tres conceptos para saber si por ellos pasa también la justificación de la Justicia constitucional en un régimen territorialmente compuesto como es el nuestro.

De la nación mexicana sabemos que es una e indivisible (artículo 2 de la Constitución de 1917), abierta hasta cierto punto al pluralismo cultural, dueña de todo cuanto hay bajo el cielo y el subsuelo del Anáhuac (artículo 27), representada por los diputados al Congreso de la Unión (artículo 51), pero también protectora de los derechos individuales a través de su brazo, una Suprema Corte de Justicia que es calificada, no lo olvidemos, como propiedad de la nación.

[18] El Plan de Iguala resolvía el problema, delicado como pocos, de la dotación de empleos, estableciendo una absoluta igualdad entre los asiáticos, europeos, americanos y africanos que habitaran la América septentrional. Es lo más cerca que hemos estado de una definición sieyesiana de nación (la nación como tercer estado) y, sin embargo, no habrían pasado diez años cuando ya se había decretado la expulsión de los españoles de territorio nacional.

En 1836, con la Constitución de las *Siete Leyes*, el principio fue entendido con cierta precisión. En efecto, el Constituyente conservador que requiere un estudio mucho más detenido que el que hasta el momento le hemos dispensado,[19] supo establecer una suerte de Tribunal Constitucional que aún hoy sorprende, por lo precoz, a propios y extraños. En lo que a la articulación político-territorial se refiere, no es complicado aventurar que tal vez del centralismo de las *Siete Leyes* nos quedó la impresión de que todo control constitucional *en serio*, es decir, *erga omnes*, se traduce en una indebida invasión a los estados.

"Centralistas" ha sido insulto común espetado en contra de los conservadores mexicanos. Valga pues como injuria, pero repárese también en el hecho de que el centralismo de 1836 puede tener las mismas raíces que el esquema de Justicia constitucional propuesto por las propias *Bases*. Procuraré explicarme postulando una idea: el territorio mediatiza. La reunión de diputaciones provinciales[20] que en 1824 se constituyó Nación se hallará llamada con el tiempo a proteger con su "Justicia" (la "Justicia de la Unión") a los agraviados por la acción pública, en específico la proveniente de las autoridades estaduales. ¿No habrá podido estar una idea semejante en las cabezas de quienes concibieron al *Supremo Poder Conservador*? ¿No se trata, en la mejor línea de Sieyès,[21] de constituir unitariamente a la nación para hacer del *tercer estado* el garante de la igualdad ya no legal sino constitucional?

Así vista, no resulta casual la inclusión de una facultad tan extensa como aquella que permitía a los miembros del Supremo Poder declarar "excitados por el Poder Legislativo, previa iniciativa de alguno de los otros dos poderes" qué es lo que debía entenderse por auténti-

[19] Salvando, desde luego, el estudio de Pantoja Morán, D., *El Supremo Poder Conservador. El diseño institucional en las primeras constituciones mexicanas*, El Colegio de México, El Colegio de Michoacán, México, 2005.

[20] Resulta en este sentido clásica, si bien matizable en algunas afirmaciones, la obra de Benson, N. L., *La diputación provincial y el federalismo mexicano*, El Colegio de México, UNAM, México, 1994.

[21] El abate Sieyes identificó al tercer estado, esto es, al conjunto de los no privilegiados, con la nación. Sieyès, E., *¿Qué es el Tercer Estado?*, introd., y notas de M. Lorente y L. Vázquez, Alianza, Madrid, 1989.

ca voluntad de la *Nación* "en cualquier caso extraordinario en que sea conveniente conocerla" (ley segunda, artículo 12, fracción VIII). Interpretada tan formidable atribución de manera sistemática con el resto de las facultades otorgadas al *Supremo*, parece clara la concepción de la voluntad nacional como una entidad distinta –y en ocasiones enfrentada– a la voluntad ordinaria del legislador, con lo que podría considerarse parcialmente superado el primer obstáculo que el legicentrismo opone al surgimiento de una verdadera Justicia constitucional (y, por ende, al surgimiento de una auténtica constitucionalidad). En el México del treinta y seis estaba surgiendo algo muy parecido a los modernos tribunales de constitucionalidad, entidades ajenas a cualquiera de los tres poderes tradicionales y que, en lo relativo a sus funciones, son "en efecto, Supremos Poderes Conservadores".[22]

La pregunta es, hoy y desde un sistema federativo no tan distanciado del centralismo de 1836 como pretende la historiografía oficial,[23] ¿constituye una función del Tribunal constitucional declarar qué es lo que entiende por voluntad de la nación, aun enfrentando a los legisladores estaduales?

El problema, mediando el XIX, radicaba en superar el legicentrismo caciquil que campeaba en las provincias. La Fórmula Otero surge en buena medida como concesión al estatalismo particularista en un ambiente de retorno al federalismo. Recuérdese que desde 1824 (y el *Acta* del cuarenta y siete reformaba a la Carta del veinticuatro) surgió entre nosotros el absurdo de llamar soberanos a los estados de la Federación, cuando no hay más soberanía en un Estado constitucional que la de los derechos humanos.

Entendiendo a la Constitución como integración, parece claro que el principio de relatividad de las sentencias de amparo inscrito en la tristemente célebre Fórmula Otero ni siquiera sirve ya para domeñar cacicazgos locales. Y es aquí en donde el concepto de "Unión" (una unión justiciera, por lo menos en lo que se refiere a las resoluciones

[22] Barragán Barragán, J., "Breve comentario sobre las leyes constitucionales de 1836", en Galeana, P. (comp.), *México y sus constituciones*, AGN, FCE, México, 1996, p. 123.

[23] Puesto que ambos sistemas otorgan una centralidad inocultable al concepto de "Nación".

de amparo) adquiere una extraordinaria relevancia y se significa por constituir superación del más limitado de "Federación".

La "Unión", una de las tres garantías que se enarbolaron para alcanzar la Independencia de nuestro país y para superar los particularismos rampantes en 1821, indica la presencia de un "elemento pactista que puede oponerse perfectamente a la unidad en tanto que encierra actos volitivos de pueblos dispersos que coinciden en concentrar una voluntad estatal con funciones específicas... aunque reservándose espacios clave de libertad y autogestión de sus especificidades".[24] En ella está, pues, la clave para entender al críptico "pacto federal", cuyo mantenimiento garantista se traduce en condición esencial para la conservación de la integridad del Estado-nación que llamamos México. Mantenimiento garantista, decimos, que institucionalmente debe corresponder a la Justicia constitucional.

En otras palabras: el control de la constitucionalidad de las leyes fundamentales locales es indispensable en sitios como nuestro país con un "proyecto sugestivo de vida en común", esto es, con una "Nación" en términos de Renán o de Ortega, si no fracasado sí cuando menos inestable, inseguro, ineficaz, inequitativo y sumamente diferenciado, en cuanto a sus resultados socioeconómicos, entre las diversas regiones y clases sociales en que se divide México. La Justicia constitucional es garantía de homologación y, por tanto, de permanencia en la Unión, sin necesidad de mantener concesiones a particularismo alguno. Entendida en sus funciones de integración, es la forma de recuperar, en lo territorial, el ideal no faccionalista de la Constitución de los antiguos, que es, a final de cuentas, el ideal del veroconstitucionalismo.[25] Es convertir en proyecto común la vigencia efectiva, omnicomprensiva e incontestada de los derechos fundamentales.

El otro concepto fundamental a ser examinado es el de "Constitución". ¿Qué es lo que en un régimen federal debemos entender por

[24] Eraña Sánchez, M., "El principio federal y la defensa de la constitucionalidad en México", en Torres Estrada, P. (comp.), *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, Limusa, ITESM, México, 2006, pp. 72-73.

[25] Fioravanti, *Constitución*...; Núñez Torres, M., "Nuevas tendencias en el derecho constitucional del siglo XXI o el regreso de concepciones clásicas del Estado", en Torres Estrada (comp.), *Neoconstitucionalismo*..., pp. 135-170.

"Constitución"? ¿Es compatible el pluralismo constitucional con la idea de una Constitución "total" o "totalizadora" que abarque también a los textos fundamentales de los diversos estados de la Federación? ¿Es "federal" la Constitución o es el ordenamiento constitucional el que establece un sistema federativo?

Son preguntas no exentas de ideologización, pero es posible encontrar soluciones también en el sistema de fuentes, sistema que no tiene por qué implicar jerarquías. En la España de las autonomías, la solución que se ha dado al problema pasa por considerar a los Estatutos de las Comunidades autónomas como partes integrantes de la "Constitución total": "La posición ordinaria del Estatuto respecto de las demás leyes del Estado es de separación estricta. No hay aquí... una relación de jerarquía normativa, sino que el principio de competencia es el que ordena estas relaciones... En este sentido, el Estatuto de autonomía es una norma que sirve de parámetro para medir la constitucionalidad de las demás; integra el denominado *bloque de la constitucionalidad*".[26]

Tomando en cuenta que los Estatutos de las Comunidades españolas requieren de la aprobación de las Cortes generales, a través de una Ley orgánica, para integrarse al orden jurídico español, podemos pensar que el problema es muy distinto al mexicano y que, en consecuencia, no estamos ante soluciones pensables para un sistema federal como el nuestro. Falacia de evasión, me temo, pues mientras más avanzamos hacia un sistema concentrado de control constitucional más tenemos que preocuparnos por definir qué fuentes jurídicas son las que deben ser conocidas, en exclusiva, por el órgano supremo de la Justicia fundamental.

"El bloque de la constitucionalidad, con independencia de la forma que revisten las distintas normas que en él se integran, es el *núcleo esencial* de la Constitución del Estado español como Estado *compuesto*... La heterogeneidad de las normas que lo integran impide incluirlas en el concepto de Constitución que, como concepto jurídico formal, sólo en parte las engloba, pero su común naturaleza *materialmente constitucional* hace imposible regatearles, al menos,

[26] Muñoz Machado, S., *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, Civitas, Madrid, 2 vols., 1982-1984, p. 290.

el adjetivo".[27] La materialidad constitucional de las leyes fundamentales estaduales mexicanas está fuera de toda discusión. Parece más que válido, en consecuencia, cuestionar sus funciones integradoras del ordenamiento constitucional de la nación.

¿Sirven las constituciones de nuestros estados para medir la validez de las leyes del Estado mexicano, es decir, cumplen con una función propia del *bloque de la constitucionalidad*? En buena medida sí, por cuanto en ellas se comprende gran parte de la concreción del pacto federal y, por virtud del juego entre los artículos 73 y 124 constitucionales, un deslinde competencial muy amplio. Además, ninguna de las leyes federales posee fuerza normativa suficiente para modificarlas, mientras que en España "los Estatutos de Autonomía equivalen a las constituciones de los estados miembros de una federación, cumplen sus mismas funciones y poseen equivalente rango y protección".[28] Así las cosas, nada impide que, en México, la Suprema Corte de Justicia se haga cargo de analizar la constitucionalidad de las constituciones locales, para permitir que las salas o cortes constitucionales de los estados se preocupen por la constitucionalidad de las leyes estaduales de segundo grado, tomando como referente el bloque constitucional en un sentido integral. El amparo, tratándose de derechos fundamentales contenidos en la Constitución general de la República, puede seguir en manos de los tribunales de la Unión, sin detrimento de los juicios de garantías que, para tutelar sus particulares regulaciones constitucionales, establezcan las constituciones locales.

La armonización como dimensión de la integración requiere definición de fuentes, pero también autocontención por parte del Tribunal constitucional. En un Estado compuesto basta, para tener una Justicia constitucional integradora, con que la Corte constitucional conozca de la constitucionalidad de las diversas constituciones estaduales, integrantes, como hemos visto, del bloque de constitucionalidad y por tanto indisponibles para el legislador federal pero

[27] Favoreu, L., y Rubio Llorente, F., *El bloque de la constitucionalidad*, Universidad de Sevilla, Cuadernos Civitas, Madrid, 1991, p. 118.

[28] Aja, E., *El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, Alianza editorial, Madrid, 1999, p. 83.

no para el órgano garante del orden constitucional. ¿Podría quedar el análisis de la legalidad local en las salas constitucionales de los estados? Sí, y en mi concepto ello implicaría una gran capacidad de autolimitación para la Corte que se traduciría en un reconocimiento generalizado de su amplia *auctoritas*, alimento indispensable para todo Tribunal de constitucionalidad. Poco a poco la Corte dejaría de ser cabeza de un Poder federal para convertirse en suprema instancia tutelar del ordenamiento constitucional, esto es, del Estado social y democrático de derecho.[29] Un ejemplo perfecto de *mutación constitucional*.

Concluyo reiterando que el que nos ha ocupado es un tema sumamente complejo (y es que el derecho está hecho de complejidad), que a mi manera de ver no puede resolverse con una visión euclidiana[30] del Orden jurídico, que priorice jerarquías y jerarquice prioridades, sino que requiere la comprensión del ordenamiento constitucional como un orden de integración o, si se quiere, como un orden de cultura.

Y, como no podría ser menos, me veo obligado a terminar con más preguntas complejas y complejizantes: ¿qué hacemos con la segunda parte del artículo 133 constitucional? ¿Hasta qué punto el control difuso de la constitucionalidad es esencial a nuestro tipo de federalismo y, en consecuencia, resulta inocuo todo lo que aquí hemos sostenido? La evasión de la cuestión, en cualquier caso, no es un camino intelectualmente honesto y, lo que es peor, no es un camino ni jurídica ni políticamente viable.

[29] Cárdenas Gracia, J., "Diez tesis sobre nuestro atraso jurídico", en Torres Estrada (comp.), *Neoconstitucionalismo...*, p. 59.

[30] El adjetivo, sumamente plástico, lo tomo de Gustavo Zagrebelsky en Zagrebelsky, G. y Martini, C. M., *La exigencia de justicia*, Minima Trotta, Madrid, 2006, p. 28.

LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS Y DE LOS TERCEROS DE BUENA FE EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS: ANÁLISIS DE LA LEY Y PROPUESTAS DE PROTECCIÓN

Santiago GARCÍA LUQUE

"La persona jurídica constituye, en sustancia, un instrumento que debemos dominar y no ya una hipótesis por la cual debemos ser dominados".

Ascarelli

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La protección de los derechos de minorías frente a los actos ilícitos de los administradores de las sociedades anónimas cuando son a su vez accionistas mayoritarios.* III. *Las acciones de oposición, nulidad, responsabilidad directa y la suspensión de acuerdos sociales.* IV. *La Ley del Mercado de Valores y las sociedades anónimas promotoras de inversión.* V. *El abuso de la personalidad jurídica societaria frente a terceros de buena fe: La extensión de la responsabilidad societaria.* VI. *Abuso de la persona jurídica: la doctrina en el sistema continental europeo.* VII. *La jurisprudencia española.* VIII. *Antecedentes de la desestimación de la personalidad jurídica y la extensión de la responsabilidad societaria en México.* IX. *¿Revisión de la ley societaria actual o iniciativa de ley?* X. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objetivo en primer término, realizar una crítica a la Ley General de Sociedades Mercantiles, por lo que se refiere a su forma de prever e intentar solucionar ciertos conflictos

EL CONTRATO DE FRANQUICIA Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Xavier GINEBRA SERRABOU

SUMARIO: I. *Concepto económico y antecedentes de la franquicia.* II. *Definición.* III. *Elementos fundamentales de la franquicia.* IV. *Elementos no esenciales de la franquicia.* V. *Obligaciones del franquiciante.* VI. *Obligaciones del franquiciatario.* VII. *El contrato de franquicia en el derecho de la competencia.*

I. CONCEPTO ECONÓMICO Y ANTECEDENTES DE LA FRANQUICIA

Definida en su sentido más simple, siguiendo a Arce Gargollo, podemos decir que la franquicia, desde el punto de vista económico es "un sistema de comercialización y distribución donde a un pequeño empresario (el franquicitario) se le concede –a cambio de una contraprestación– el derecho a comercializar bienes y servicios de otro (el franquiciante) de acuerdo con ciertas condiciones y prácticas establecidas del franquiciante y con su asistencia". Esta relación es un perfecto matrimonio entre una gran empresa y organización de negocios y un pequeño empresario o comerciante".[1]

El *franchising* (nomenclatura inglesa para designar al contrato) se define como la concesión de una marca de productos o servicios a la cual se agrega la concesión del conjunto de métodos y medios de venta (Guyenot).[2]

[1] Arce Gargollo, Javier, *El contrato de franquicia*, Themis, 4a. ed., México, 1997, p. 3.
[2] *Idem*.

Los primeros antecedentes de esta relación comercial suelen situarse en los años de 1850 o 1860 en Estados Unidos, cuando I. M. Singer creó el primer embrión de este contrato de franquicia como medio para distribuir y vender sus máquinas de coser (Rudnik). De este remoto antecedente, que al parecer no fue imitado por otros negocios, fue seguido por el de Howard Jonson que creó, en los años treinta, una cadena de veinticinco moteles. Sin embargo, el verdadero desarrollo de este método de negocios se produce en los años 1950 y 1960, cuando aparecen los "gigantes" o grandes empresas que expanden su área de negocio por medio de este moderno sistema (Holiday Inn, Roto-Rooter, Dunkin Donuts, McDonald´s, Burger King, 7-Eleven, Bassin-Robins, Kentucky Fried Chicken, Sheraton (Kaufmann).[3]

II. Definición

Para el *Black´s Law Dictionary* la franquicia es la licencia que otorga al dueño de una marca o nombre comercial y que permite a otra persona vender un producto o servicio bajo este nombre comercial. En general, una franquicia involucra un contrato detallado mediante el cual el franquiciatario se obliga a operar un negocio, vender un producto o servicio conforme a los métodos o procedimientos establecidos por el franquiciante, y éste se obliga a su vez, a transmitir al franquiciatario el anuncio, promoción y consulta de otros servicios relacionados con la franquicia (*Black´s Law Dictionary*).[4]

Por su parte, Arce Gargollo lo define como el contrato por aquel el que el franquiciante otorga al franquiciatario la licencia de uso de una marca con el derecho a distribuir ciertos productos o a explotar, con cierta exclusividad, una empresa o negociación mercantil de bienes o servicios, en ambos casos, mediante la transmisión de conocimientos técnicos y el uso de la marca(s) y nombre(s) comercial(es), a cambio de una contraprestación generalmente ligadas a los resultados de la operación de la negociación.[5]

[3] *Ibidem*, pp. 4 y 5.

[4] Torres de la Rosa, Alejandra, *El contrato de franquicia en el derecho mexicano*, Porrúa, 2a. ed., México, 2006, p. 33.

[5] *Ibidem*, p. 35.

Estimamos que el hecho de que la regalía se fije conforme a los resultados de la negociación no forma parte esencial del negocio de franquicia, en forma contraria a lo que dice Arce, y nos parece le falta la imagen de unidad de negocio que caracteriza a las franquicias.

Torres la define como el contrato mercantil, principal, definitivo, bilateral, oneroso, atípico, nominado, *intuitu personae*, consensual y de tracto sucesivo, en virtud del cual una parte llamada franquiciante se obliga a otorgar el uso de una o más marcas, nombres y avisos comerciales y derechos de autor, así como a transmitir tecnología, conocimientos técnicos, su experiencia y su know-how, y a prestar asistencia técnica, organizativa, gerencial y administrativa a otra parte llamada franquicitario, quien a su vez se obliga a pagar a la primera una contraprestación compuesta por una cuota inicial, por pagos periódicos o regalías y a comercializar, producir y distribuir bienes, o a prestar servicios en un territorio establecido y por un tiempo determinado, de acuerdo con las instrucciones y bajo el control de ésta.[6]

La Ley de Propiedad Industrial (LPI) señala que existirá franquicia cuando con la licencia de uso de marca, otorgada por escrito, se transmitan conocimientos técnicos o se proporcione asistencia técnica, para que la persona a quien se le concede pueda producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los métodos operativos, comerciales y administrativos establecidos por el titular de la marca, tendientes a mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios que ésta distingue (art. 142, LPI).

III. Elementos fundamentales de la franquicia

A nuestro juicio, la franquicia está constituida por varios elementos fundamentales:

La licencia de uso de una o varias marcas. La función primordial de una marca es una indicación de calidad. Las diversas disposiciones que se han dictado en algunos estados de la Unión Americana, insisten que para identificar una relación de franquicia es necesario que el franquicitatario opere su negocio con una o varias marcas (o

[6] *Ibidem*, pp. 36 y 37.

nombres comerciales) del franquiciante. La marca del producto o servicio obtenido de la franquicia es un elemento esencial del contrato.

La LPI establece claramente que sólo habrá franquicia para el derecho mexicano cuando exista la licencia de uso de una marca (art. 142).

Uniformidad. El público demanda uniformidad y el público, a través de la franquicia, lo consigue. Por ejemplo, en "McDonald´s" una "Big Mac" sabe igual en Maine que en California y los restaurantes se ven igual en Arkansas que en Toledo y el nombre externo es siempre el mismo en todo el mundo (Kauffmann).

El concepto de uniformidad del producto o servicio, o de estandarización, está íntimamente ligado al concepto de marca y el nombre comercial; pues el consumidor, por medio de estos signos distintivos va a identificar el producto o servicio que quiere y conoce anticipadamente y la calidad que tiene el bien o el servicio que se pretende adquirir. Esta uniformidad de productos o servicios, unidos a un control de calidad y a una producción en gran escala, es un típico resultado de las economías desarrolladas del siglo XX. Y así, cuando un franquicitario cambia las características del producto o del servicio objeto de la franquicia "viola una regla básica de la moderna franquicia; que cada franquiciatario debe conformar su producto o servicio al patrón o modelo, pues después de todo el cliente espera consistencia. La falta de consistencia impide crecer al sistema de franquicias además de dañar la imagen o reputación (Marsh).

En la LPI se establece que el objeto de la franquicia es que el franquiciatario pueda producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme.

Contraprestación. El pago de diversas cantidades que el franquicitario hace al franquiciante de la franquicia, está generalmente, ligado a los resultados de la operación del negocio franquiciado. El pago puede ser en moneda nacional o extranjera. En este aspecto, los contratos de franquicia –onerosos y mercantiles– pueden prever una diversidad de pagos por distintos conceptos o servicios que suponen la explotación de la franquicia. De estos pagos hay dos conceptos básicos: el pago inicial o cuota que da derecho a la franquicia (*franchise fee*) y las regalías (*royalties*) como pagos periódicos.

Para señalar los diversos conceptos de pagos del franquiciatario al franquiciante, Arce Gargollo enlista los siguientes:

- Pagos iniciales:
  - I) Derechos de franquicia (*franchise fee*).
  - II) Desarrollo de la franquicia, franquicia del área.
  - III) Entrenamiento.
  - IV) Aprobación del sitio adecuado para el establecimiento del negocio.
  - V) Diseño arquitectónico.

- Pagos periódicos:
  - I) Regalías (porcentaje fijo, cuota mínima, posible incremento o decremento según ventas, mixto).
  - II) Por servicios diversos.
  - III) Contribución de publicidad y mercadotecnia.
  - IV) Cargos por servicios especiales como contabilidad, servicio de computación, preparación de facturas, financiamiento, entrenamiento, consultoría, asistencia técnica especializada.

- Pago de renta:
  - I) Del inmueble.
  - II) Equipo, instalaciones, anuncios, señales.

- Pagos por ventas de:
  - I) Equipo, instalaciones, anuncios, señales.
  - II) Producto terminado que vende el franquicitario al cliente.
  - III) Materia prima, materiales, ingredientes que utiliza el franquicitario.
  - IV) Servicios de distribución y comisiones a agentes vendedores.
  - V) Material de publicidad.

- Comisiones a terceros proveedores del franquiciatario
- Intereses por préstamos al franquiciatario.[7]

[7] *Ibidem*, pp. 12-14.

Transferencia de know-how. Es la obligación de entrenar al franquicitario para la conducción del negocio y la conducción del trabajo. A cambio, éste debe seguir las instrucciones que ha recibido y actuar de acuerdo con el entrenamiento impartido, que es otro elemento esencial. Este entrenamiento, junto a la asistencia técnica, es lo que permite la uniformidad en el producto o en la prestación del servicio, o simplemente el "saber como" llegar al mismo resultado que el obtenido por el franquiciante. Estas instrucciones pueden referirse incluso a temas tales como la decoración del local, el uniforme de los empleados, la manera de presentación.

Operador de franquicia. Es indispensable la figura del operador de franquicia, ya que este contrato es de tipo personal aunque el franquiciado sea una sociedad. La muerte o incapacidad del dueño u operador de la franquicia (que son condición del otorgamiento), cuando el franquiciado es una sociedad, es causal de rescisión del acuerdo, ya que no necesariamente los herederos del operador están calificados para continuar el negocio.

Territorio. En los contratos de franquicia se establece la zona de actuación del franquiciado. Esa ubicación puede determinar el éxito o fracaso de la operación.

Método operativo. El franquiciante provee asistencia al franquiciado según los términos del acuerdo. Ello suele complementarse con un manual operativo que establece los modos de cooperación e interacción entre ambos.

Generalmente, esa asistencia consiste no sólo en el entrenamiento del personal administrativo, sino también en el asesoramiento para la elección del local de la franquicia, la provisión de especificaciones para los locales y aun su construcción, el asesoramiento para su equipamiento, la provisión de métodos contables, la guía en la selección de trabajadores, así como la actualización periódica de esa asistencia prestada al inicio del contrato.

IV. Elementos no esenciales de la franquicia

Además de estos elementos básicos, existen otros que generalmente están presentes y que completan la caracterización del contrato.

Compromiso de asistencia financiera. Por lo general, el franquiciante no compromete capital propio en el negocio del franquiciatario, pero sí lo asesora y muy a menudo lo vincula con bancos o entidades financieras que le proveen los recursos para el equipamiento de la franquicia o su adquisición.

Calidad de los insumos. Interesa al franquiciante constatar que el franquiciatario cumpla con los modelos de operación establecidos, de modo que estén aseguradas la imagen y la calidad de su negocio. Por eso, además de estipularse en el contrato la apariencia que deberán tener los locales, el uniforme de los empleados, su calificación y la calidad y especificaciones del producto vendido, es conveniente establecer pautas sobre los suministros o insumos cuando éstos son provistos por terceros, pautas cuyo cumplimiento el franquiciante tiene derecho a controlar.

Publicidad. La imagen y la presencia del franquiciatario dependen en gran medida de la publicidad y de las relaciones públicas que lo promueven. El contrato de franquicia generalmente establece qué publicidad estará a cargo del franquiciado y cuál corresponderá al franquiciante, así como también la que estará a cargo de todos los franquiciados de una misma región, en forma conjunta.

Cláusulas de no competencia. El franquiciante tiene interés en que se introduzcan en el contrato cláusulas de no competencia, que significan que el franquiciatario no ingresará en negocios competitivos durante el término de la franquicia ni por un periodo posterior a su finalización.

Compras de bienes o servicios. Es común que se pacten restricciones a las compras de bienes o servicios que pueda hacer el franquiciado, como también que éste se comprometa a adquirir una determinada cantidad mínima de productos.

Confidencialidad. Hay una obligación de reserva o secreto, puesto que el franquiciatario tendrá acceso a información confidencial del franquiciante que no puede ser revelada a terceros. Aun concluido el contrato esta obligación perdura por un plazo razonable.

Formas. La Corte de Justicia de la Unión Europea distingue entre franquicia de servicio, de producción y de distribución. La primera es aquella en virtud de la cual el franquiciatario ofrece un servicio con la enseña, la marca y el nombre comercial del franquiciante, adecuándose a sus directivas. En la franquicia de producción o industrial, el franquiciatario fabrica productos que vende con la marca del franquiciante. En la franquicia de distribución, el franquiciado se limita a vender ciertos productos en un negocio que lleva la "enseña" del franquiciante. Recientemente, la Unión Europea ha agrupado los convenios sobre productos o servicios ofrecidos bajo el *business format franchising* y ha dejado la regulación para el futuro.[8]

V. Obligaciones del franquiciante

Las obligaciones que nacen del contrato de franquicia para el franquiciante pueden ser muy distintas en virtud de la variedad de productos y negocios que se pueden franquiciar. Es decir, no podrá haber las mismas obligaciones en un contrato de franquicia relativo a "servicios", en el que el franquiciante deberá entregar tecnología propia para la prestación del servicio y quizá tener especial cuidado en la capacitación del personal del franquiciatario con una supervisión más estricta, y en uno "comercial", en el que el franquiciatario se limitará a distribuir o mercantilizar productos que fabrica o distribuye el franquiciante, siendo las obligaciones de este último las de un distribuidor, suministrador o proveedor; y mucho menos en un contrato de franquicia para un producto que debe fabricarse, ensamblarse, prepararse por el franquiciatario, en donde sus obligaciones incluirán la provisión de tecnología, especiamente know-how y asesoría de proveedores, técnicas de fabricación, entre otras.

Sin embargo, no obstante lo anterior, las principales obligaciones del franquiciante en un contrato de franquicia son, en términos generales, las siguientes:

Conceder la licencia de uso de marca. La LPI establece que la marca es "todo signo visible que distinga productos o servicios de

[8] Marzorati, Ovaldo J., *Franchising*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2001, pp. 35-39.

otros de su misma especie en el mercado". Asimismo, dicha Ley al referirse a la franquicia en su art. 142 incluye como elemento esencial esa figura, el que se conceda una licencia de uso de una marca, por tanto, es una de las obligaciones esenciales de ese contrato. Esta obligación tan importante es la que va a distinguir, entre otros elementos, un contrato de suministro, de distribución o de simple transferencia de tecnología, de uño de franquicia, aun cuando en este último aparezcan obligaciones propias de los otros contratos. Al respecto, Cardelús señala: "el franquiciante impone al franquiciatario el uso de su nombre y marca comercial, del mismo modo que exactamente parece que sea un negocio del mismo".

Otorgar licencia de uno o más nombres comerciales o de derechos de autor. El nombre comercial es la denominación con la cual se ostenta ante el público una negociación mercantil. El art. 100 de la LPI define a los nombres comerciales como "las frases u oraciones que tengan por objeto anunciar al público establecimientos o negociaciones comerciales, industriales o de servicios, productos o servicios, para distinguirlos de los de su especie.

Asimismo, dicha Ley establece en su art. 105 que el nombre comercial de una empresa o establecimiento industrial, comercial o de servicios y el derecho a su uso exclusivo estarán protegidos, sin necesidad de registro. La protección abarcará la zona geográfica de la clientela efectiva de la empresa o establecimiento al que se aplique el nombre comercial y se extenderá a toda la República si existe difusión masiva y constante a nivel nacional del mismo.

El nombre o aviso comercial no siempre será materia del contrato de franquicia, aunque en ciertos productos o servicios puede ser de la mayor importancia y estar ligados a las marcas autorizadas. De igual forma que en el caso de las marcas, debe especificarse el nombre o aviso comercial, la forma que debe usarse y el lugar autorizado para su uso.

Del mismo modo, en virtud del contrato de franquicia pueden otorgarse licencias para la explotación de derechos de autor, por ejemplo, en relación con los programas de computación necesarios para la administración o explotación del negocio franquiciado, los manuales mediante los cuales se trasmiten conocimientos técnicos y hasta algún personaje ficticio o simbólico.

Concesión para la explotación de patentes. Se puede definir a la patente como la protección que otorga el Estado al autor de una invención para que éste pueda explotar por sí o por medio de terceros autorizados.

De acuerdo con la LPI, son patentables las invenciones que contengan los siguientes elementos:

1. Que sea nueva.
2. Que sea resultado de una actividad inventiva.
3. Que sea susceptible de aplicación industrial.

La LPI define en su art. 15 la invención como "toda creación humana que permita transformar la materia o la energía que existe en la naturaleza, para su aprovechamiento por el hombre y satifacer sus necesidades concretas".

Respecto al contrato de franquicia, cuando el tipo de producto y servicio, materia del arreglo, requiera para la explotación por un tercero la autorización de uso de una o varias patentes, el contrato de franquicia debe incluir como obligación del franquiciante la autorización de aprovechamiento de dichas patentes.

Para cumplir con la obligación antes mencionada, el franquiciante debe especificar las patentes registradas materia del contrato, los productos o procedimientos que ampara y proveer de la tecnología y transmisión de conocimientos al franquiciatario para una eficaz explotación de los mismos.

Transmitir los conocimientos técnicos, la tecnología y en general el know-how para la eficaz explotación del negocio franquiciado. Esta obligación es amplia para el franquiciante y debe estar referida a los conocimientos técnicos que se transmiten, para una eficaz explotación del negocio franquiciado. Esta exigencia tan compleja, amplia y general requiere detallarla en el contrato o en manuales anexos al mismo.

La tecnología constituye un bien intangible o incorpóreo que puede ser objeto de transferencia. La transmisión de conocimientos conocidos como know-how, es otro de los elementos más importantes del contrato de franquicia. Este concepto comprende invenciones, procesos, fórmulas o diseños o especificaciones que incluyen secretos comerciales y que comprenden generalmente la experiencia técnica acumulada y la habilidad práctica y que, probablemente, sólo pueda transmitirse por medio de servicios personales.

Este concepto incluye también la destreza, pericia y habilidad desarrolladas en el uso de la tecnología. Los medios o procedimientos para la transmisión permanente de la tecnología pueden ser muy variados y cambiar durante la vigencia del contrato respecto a la diversa tecnología que el franquiciatario requiere en las distintas etapas que pueden desarrollarse en el contrato de franquicia en relación con la transmisión de tecnología, conocimientos técnicos y know-how pueden citarse:

1. *Proporcionar información oral o escrita sobre el lugar geográfico conveniente para la instalación del establecimiento o lugares concretos donde se va a explotar la franquicia*. Esta obligación suele incluir la aprobación de los diseños, decoración, equipo, instalaciones, estándares, distribución de planta, especificaciones, normas, mobiliario, signos distintivos, publicidad externa, etcétera.
2. *Enviar manuales, guías, procedimientos de operación de la negociación e información completa que permita la óptima explotación del negocio*. Los manuales adquieren una gran importancia en virtud de que son uno de los soportes o bases más fuertes que el franquiciatario recibirá, ya que, como complemento a la capacitación, los manuales detallarán la variedad de conocimientos operativos del negocio franquiciado que el franquiciante elaboró después de años de operación y de experiencia. Dichos manuales deberán contener todas las prácticas, pasos y fórmulas por los que se tendrá que regir el franquiciatario para alcanzar el éxito en su nuevo negocio. Los manuales deberán incluir, entre otras cosas, la filosofía de la empresa, sus objetivos, la instalación del negocio, el uso de la marca, el manejo de los productos, la forma de utilizar los conocimientos proporcionados, los métodos de limpieza, organización, administración, reportes y controles. En fin, las responsabilidades del franquiciatario y sus empleados. El éxito de los manuales radica en que se cubra la totalidad de las funciones que se llevarán a cabo en el manejo eficiente de una

franquicia, dejando nulo espacio a la creatividad y a la invención (González Calvillo).

3. *Enviar técnicos, supervisores y personal calificado y con experiencia que conozca la explotación del negocio para efecto de capacitar a las personas que por parte del franquiciatario explotarán y llevarán a cabo la operación del negocio.* En algunos casos, hay programas de capacitación y entrenamiento previamente desarrollados por el franquiciante, por ejemplo, en el caso de McDonald´s en el que existe "La Universidad de la Hamburguesa", ubicado en la ciudad de Chicago con una sucursal en Japón.[9]
4. *Prestar asistencia técnica y toda clase de asesoría útil y necesaria al franquiciatario para la aplicación de la tecnología.* Esta obligación debe cumplirse durante la vigencia de todo el contrato a solicitud del franquiciatario o cuando el franquiciante lo juzgue oportuno. "No sólo es necesario transmitir al franquiciatario unos conocimientos técnicos, sino que deben ir acompañados de soportes materiales como documentación, videos, etc. y también de un manual operativo, permanentemente actualizado, completándose con cursos de formación personal, ya que el *training* o la formación del personal es considerado por muchos franquiciatarios como el elemento más importante de las obligaciones del franquiciante.
5. *Determinar estándares de calidad, obligación del franquiciante, que es también complemento de su derecho a inspeccionar y supervisar periódicamente al franquiciatario.* El franquiciante debe buscar, en todo momento, "la uniformidad del producto o servicio" que el franquiciatario presta amparado por las marcas y nombres comerciales cuyo uso se autoriza en el contrato. Los estándares de calidad del producto y servicio objeto de la franquicia pueden variar durante la vigencia del contrato y el franquiciante debe notificarlo oportunamente al franquiciatario. "En el *franchising* es básico para conseguir la homogeneidad del producto que el franquiciante tenga la facultad de controlar el proceso de calidad del producto o servicio para no desprestigiarse ante sus clientes (Cardelús y Gassiot).

[9] Torres de la Rosa, Alejandra, *op. cit.*, pp. 59 a 64.

Proporcionar la información sobre el estado que guarda la empresa. Esta obligación tiene como antecedente la legislación de Estados Unidos, misma en la que se plasma que toda empresa que ofrezca una franquicia deberá dar a conocer información que le permita a los posibles candidatos conocer dicha empresa y sus características más importantes. Esta exigencia se originó a efecto de terminar con la posibilidad de fraudes por parte de supuestos franquiciantes que vendían a franquiciatarios de buena fe "franquicias fantasma o inexistentes", poniendo en riesgo a miles de inversionistas en el país (González Calvillo). Esta obligación, ya estaba prevista en el art. 142 de la LPI, se fortalece con la reforma de 2006, señalando al efecto que "quien conceda una franquicia deberá proporcionar a quien la pretenda conceder, por lo menos con treinta días previos a la celebración del contrato respectivo, la información relativa sobre el estado que guarda su empresa, en los términos que establezca el reglamento de la ley. La falta de veracidad en la información a que se refiere el párrafo anterior dará derecho al franquiciatario, además de exigir la nulidad del contrato, a demandar el pago de los daños y perjuicios que se le hayan causado por el incumplimiento. Este derecho podrá ejercerlo el franquiciatario durante un año a partir de la celebración del contrato. Después de transcurrido este plazo sólo se tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato".

Exclusividad. La exclusividad es un elemento que normalmente se da en el contrato de franquicia. Desde un punto de vista negativo, ésta representa una limitación a la libertad contractual al imponer al franquiciante la obligación de no celebrar contrato alguno con persona distinta al franquiciatario. La obligación por parte del franquiciante de otorgar y respetar cierta exclusividad al franquciatario comprende determinado territorio, lo que supone un área determinada de influencia y acción para el franquiciante, conforme a la cual estima y proyecta sus actividades, ventas y utilidades; dicho territorio puede comprender desde una zona de una ciudad hasta un país entero. Esta exclusividad generalmente está limitada por un plazo.

En relación con la exclusividad de espacio geográfico en que el franquiciatario ejerce su privilegio de explotar la franquicia concedida, cabe destacar las diversas clases de contratos que existen:

1. *Franquicia unitaria o individual*. Se refiere a la franquicia que se otorga para un solo establecimiento específico.
2. *Área de desarrollo de franquicia* (*master franchise*). Se entiende como el territorio en donde el franquiciatario tiene el derecho exclusivo de abrir un número limitado o ilimitado de establecimientos dentro de un territorio específico.
3. *Contrato de opción*. Por medio del cual el franquiciatario tiene el derecho de abrir y operar un establecimiento y, por una cuota adicional, puede abrir otro establecimiento o más en un plazo señalado en la opción.
4. *Subfranquicia*. Éste se asemeja a la franquicia de área de desarrollo, excepto que el franquiciatario/subfranquiciante otorga el derecho y, generalmente la obligación, de vender franquicias dentro del territorio exclusivo que se le ha concedido, mediante la adquisición de una franquicia maestra.
5. *Conversión a franquicia*. Se trata de un programa que tiene como objetivo el convertir o incluir dentro de un sistema de franquicia a establecimientos independientes que ya existen y están operando.

Otras obligaciones por parte del franquiciante que pueden desprenderse del contrato son las siguientes:

1. En el caso de que la franquicia se refiera a un negocio de naturaleza comercial en donde el franquiciatario requiera del producto fabricado o suministrado por el franquiciante para la explotación del negocio, éste tendrá las obligaciones propias de un suministrador (entregar periódicamente el producto en el volumen, cantidades, plazos y establecimientos pactados). Los gastos de entrega, en principio, son por cuenta del franquiciatario, aunque pueden estar incluidos en el precio.
2. Respecto a los contratos de franquicia en los cuales el concesionario es distribuidor, el franquiciante puede otorgar en comodato el uso de equipo o instalaciones apropiadas para la explotación del negocio franquiciado. Los gastos de matenimiento o reparaciones deben pactarse a quien corresponden.
3. En algunos casos, realizar la publicidad necesaria para la venta o conocimiento del producto o servicio materia de la franquicia. En estos gastos de publicidad, puede obligarse al franquiciatario a colaborar con la aportación de un porcentaje de sus ventas por este concepto.
4. En ciertos contratos, y cuando el desarrollo del contrato o del negocio lo requiere, procesar la información contable, financiera, de producción y comercial del franquiciatario.
5. En algunos contratos el franquiciante, se obliga a financiar al franquiciatario, o por lo menos, a auxiliarlo en la obtención de financiamiento para el desarrollo de la franquicia.

Asimismo, el franquiciante tiene a su vez, durante toda la vigencia del contrato de franquicia, un derecho para inspeccionar, supervisar y conocer en detalle la operación y el desarrollo de la explotación del negocio franquiciado por parte del franquiciatario; por ejemplo, el establecimiento del franquiciatario; la prestación del servicio o la venta de los productos; pedir muestras o tomarlas para hacer los análisis correspondientes a fin de verificar la calidad del producto; promocionar; analizar la información financiera, contable, administrativa, laboral, etc. Este derecho tiene como finalidad determinar el cumplimiento del contrato de franquicia, la correcta aplicación de la tecnología transmitida, la uniformidad y calidad del servicio y producto objeto de la franquicia. Por tanto, este derecho no puede obstaculizar la operación normal de la negociación.[10]

VI. Obligaciones del franquiciatario

Pagar la contraprestación. Una de las obligaciones más importantes del franquiciatario es pagar la contraprestación pactada, de acuerdo con lo expuesto anteriormente.

El monto (porcentaje) de las regalías depende de una serie de factores entre los que figuran el valor y penetración de la marca o nombre comercial en un mercado en particular, así como el valor de los conocimientos que le son transferidos por el franquiciante.

Usar las marcas. El franquiciatario no sólo tiene el derecho a usar las marcas de productos o servicios que le autoriza el franquiciante,

[10] *Ibidem*, pp. 65-67.

sino tiene, en ocasiones, el deber o la obligación de usarlas. La falta de uso de las marcas como usuario autorizado para determinado país o territorio puede, originar que las marcas caduquen para su titular por falta de uso, tal y como lo establece la LPI en su art. 141, esto es, que el uso de la marca por el usuario que tenga concedida licencia inscrita en el IMPI, se considerará realizado por el titular de la marca.

El art. 152 señala que el registro caducará cuando la marca haya dejado de usarse durante los tres años consecutivos inmediatos anteriores a la solicitud de declaración administrativa de caducidad, salvo que exista causa justificada a juicio del IMPI (fracción II).

Es muy importante el llevar a cabo una investigación independiente ante la autoridad correspondiente, a efecto de cerciorarse que efectivamente las marcas se encuentran debidamente registradas en México y, asimismo, determinar si la persona con la que se pretende celebrar el contrato de franquicia cuenta con la licencia de la marca respectiva (González Calvillo).

Usar los nombres comerciales y explotar las patentes. Igual que con las marcas, el franquiciatario tiene derecho a usar los nombres comerciales (y los avisos comerciales) así como explotar las patentes, e incluso la falta de uso del nombre comercial o de las patentes también llega a perderse en caso de no usarse según el plazo que señala la LPI.

Situar el establecimiento con aprobación del franquiciante. El franquiciatario debe seleccionar y determinar el lugar donde se ubicará el establecimiento para la explotación del negocio franquiciado, sujeto a la aprobación y a las especificaciones de construcción, instalación, decoración, publicidad, distribución del local, mobiliario, equipo, etc., que señale el franquiciante a través del contrato de franquicia.

Cumplir con los requerimientos técnicos de uso y aplicación de los conocimientos técnicos. El uso de la tecnología, su aplicación en la explotación de la negociación así como sus implicaciones establecidas por parte del franquiciante. Los detalles del cumplimiento de esta obligación deben concretarse en cada contrato. El franquiciatario

se obliga a cumplir las instrucciones del franquiciante, las cuales pueden variar durante la vigencia del contrato.

Otorgar información financiera y contable, así como permitir inspecciones. En la mayoría de los contratos, existe la obligación del franquiciatario de informar al franquiciante sobre el desarrollo de la franquicia en todos sus aspectos. Esto tiene finalidades múltiples, como son: determinar las regalías periódicas, la verificación de la uniformidad de los productos o servicios prestados, el determinar la necesidad de que el franquiciante facilite mayor asistencia técnica, o señale métodos más eficaces para la aplicación de la tecnología.

El informe –señala Torres de la Rosa– es básicamente financiero en relación a los resultados de la negociación, es decir, ventas, costos, utilidades y productos vendidos. Esta obligación incluye enviar anualmente estados financieros de la negociación, auditados por un despacho de contadores elegido, generalmente, por el franquiciante.

Asimismo, durante la vigencia del contrato, el franquiciante tiene el derecho de inspeccionar, supervisar y conocer en detalle la operación y desarrollo de la explotación del negocio franquiciado por el franquiciatario. Este derecho puede ser muy amplio, y mayoritariamente, incluye: inspeccionar y supervisar en cualquier momento el establecimiento del franquiciatario, así como la prestación del servicio o la venta de productos; pedir muestras a efecto de realizar el análisis de calidad y uniformidad correspondientes, solicitar información adicional para conocer algún aspecto en detalle sobre la operación del negocio, conocer la comercialización, publicidad y sistemas de ventas del franquiciatario; analizar la información financiera, contable, administrativa, laboral y fiscal del franquiciatario; y todos los elementos necesarios para la explotación y organización del negocio franquiciado.

Cabe señalar que, a pesar de que este derecho lo ejerce el franquiciante, puede pactarse que pueda delegarlo en personas que él designe, tales como técnicos o profesionistas especializados en determinada área de operación de la negociación; por ejemplo, en materia de contabilidad, puede enviar a un despacho de contadores dedicados a auditorías.

Cumplir con las especificaciones sobre la organización y buen funcionamiento del negocio. Esta obligación es sumamente amplia,

pues supone que durante la operación de la negociación deberá ajustar su actuación en diferentes áreas de administración y organización, a lo que establezca. Dichas obligaciones pueden ser:

- Seguir y completar los programas de entrenamiento y capacitación.
- Preparar y seguir los sistemas de contabilidad y los reportes financieros en la forma que señale el franquiciante.
- Contratar determinada clase de personas y someterlas a entrenamiento.
- Mantener un mínimo de horas diarias de servicio a clientes.
- Reacondicionar y renovar periódicamente el local y mantenerlo en determinadas condiciones, por ejemplo, de higiene.
- Adquirir del franquiciante, o de determinados proveedores, cierta materia prima, equipo, partes, productos, servicios.
- Vender a los precios y condiciones que el franquiciante señale.

Guardar secreto. Es interesante comentar, en primer término, que este punto ha tomado por sorpresa a un gran número de franquiciatarios de nuestro país. Sin duda, el valor de la información y conocimientos que el franquiciante pone a disposición del franquiciatario es, quizá, tan importante o, en algunos casos, aun más importante que la marca o nombre comercial que se le otorga al franquiciatario.

Así pues, en el caso de las franquicias, es de gran importancia la obligación que asume el franquiciatario de no divulgar a terceros ninguna información confidencial sobre tecnología o la operación misma de la negociación, o de la propia franquicia. Esto implica no comunicar o usar, en beneficio que no sea del franquiciatario, la tecnología, conocimientos, know-how y cualquier otra clase de información recibida del franquiciante, no sólo durante la vigencia del contrato, sino inclusive después de la fecha de su terminación.

De acuerdo con el art. 82 de la LPI se "considera secreto industrial a toda información de aplicación industrial que guarde una persona física o moral con carácter confidencial, que le signifique obtener o mantener una ventaja competitiva o económica frente a terceros en la realización de actividades económicas y respecto de la cual haya adoptado los medios o sistemas suficientes para preservar su confidencialidad y el acceso restringido a la misma.

Por su parte, el art. 83 de la citada ley, establece que dicha información "deberá constar en documentos, medios electrónicos o magnéticos, discos ópticos, microfilmes, películas y otros instrumentos similares".

Adicionalmente, se dispone en el art. 84 de la referida ley que un secreto industrial podrá ser transmitido a tercero, el cual tendrá la obligación de no divulgarlo por ningún medio, añadiendo: "En los convenios por los que se transmitan conocimientos técnicos, asistencia técnica, provisión de ingeniería básica o de detalle, se podrán establecer cláusulas de confidencialidad para proteger los secretos industriales que contemplen, las cuales deberán precisar los aspectos que comprenden como confidenciales.

No vender o explotar otros productos o servicios. El franquiciatario es, en principio, un usuario exclusivo de la tecnología y solamente podrá utilizarla para explotar un negocio en los términos en los que se contrató la franquicia. La obligación es la de fabricar, vender u ofrecer los productos y servicios que son materia del contrato, con prohibición de vender bienes o productos distintos. El incumplimiento de esta obligación puede afectar la organización del franquiciante, pues viola el principio de uniformidad de producto y servicio que ofrecen todos los franquiciatarios.

No ceder, traspasar o subarrendar. Como el contrato de franquicia es *intuitu personae* el franquiciatario no puede ceder, traspasar o celebrar contratos de subfranquicia sin autorización expresa del franquiciante. Algunas disposiciones de diversos estados de la Unión Americana prohíben la cesión de los derechos del franquiciatario cuando el franquiciante no está involucrado en la transacción. En Arkansas, por ejemplo, se requiere de ciertos procedimientos del franquiciatario y del franquiciante para que opere una cesión o transferencia de la franquicia. Las disposiciones de este estado establecen, entre otras reglas, que es necesario que el franquiciatario notifique por escrito al franquiciante de su intención de transmitir los derechos derivados del contrato de franquicia, así como el nombre, domicilio, situación financiera y experiencia en el negocio del posible adquirente, durante los últimos cinco años; después de este aviso, el franquiciante tiene sesenta días para aceptar por escrito la cesión o para conside-

rarla inaceptable, explicando algunas razones: si el franquiciante no responde en sesenta días, se entiende concedida la autorización al franquiciatario; éste debe aceptar, por escrito cumplir con todos los requerimientos de la franquicia que impone el franquiciante (Caffey y Kaufmann).[11]

En el contrato de franquicia, es necesario establecer que, en caso de permitirse la transmisión de los derechos del contrato, esta operación tenga como modalidad el que el franquiciante posea preferencia para adquirir dicha franquicia, o para señalar un adquirente de la misma que, a su juicio, sea capaz para ser franquiciatario, ya que es probable que los franquiciatarios tengan derecho de opción para adquirir nuevas franquicias.

La cesión o transferencia de franquicia constituye, jurídicamente, una verdadera cesión del contrato en la que se sustituye al franquiciatario por otro sujeto en la titularidad de la relación jurídica derivada del contrato. Resulta obvio que el contrato de franquicia no es materia de la cesión, sino tan sólo los efectos (derechos y obligaciones de las partes contratantes) que derivan del contrato. Debido a que esta figura no se encuentra reglamentada en el derecho mexicano, resultan aplicables, por analogía (nosotros diríamos que por supletoriedad), las normas sobre cesión de derechos establecidas en los artículos 2029 a 2050 de nuestro Código Civil, estipulado en dicho cuerpo legal.

Conservar la calidad. Conforme al art. 139 de la LPI, "los productos que se vendan o los servicios que se presten por el usuario deberán ser de la misma calidad que los fabricados o prestados por el titular de la marca".

Esta obligación de conservar la calidad es el fundamento de la licencia de marca, ya que, en su concepto actual, la marca es un indicador de la calidad. Con el objeto de verificar el cumplimiento de esta obligación, generalmente en los contratos de franquicia se establece la facultad para que el franquiciante inspeccione el lugar donde se producen los bienes o se prestan los servicios materia del contrato, obligándose el franquiciatario a proporcionarle muestras de la producción corriente.

[11] *Ibidem*, pp. 68-74.

Cooperar con la publicidad. En algunos productos o servicios, la publicidad que realiza el franquiciante beneficia a todos los franquiciatarios, de manera que algunas veces impone a éstos la obligación de contribuir a los gastos de publicidad. Esta cooperación puede ser para una publicidad de la empresa del franquiciante y con mucha frecuencia. La publicidad puede ser local cuando corresponde directamente a los concesionarios de determinado territorio. También puede obligarse al franquiciatario a gastar o invertir en publicidad una cantidad determinada de sus ventas o utilidades en publicidad propia.

Aceptar inspecciones. Esta es la obligación correlativa al derecho que tiene el franquiciante a inspeccionar y supervisar el negocio franquiciado; por tanto, el franquiciatario tiene la obligación de aceptar y colaborar en las inspecciones, visitas, supervisiones, auditorías, etc., que hace el franquiciante para comprobar el cumplimiento de las obligaciones del contrato, de las directrices, normas e instrucciones.

Inscribir el contrato en el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial. Esta obligación se refiere a realizar todos los trámites necesarios para que el contrato de franquicia quede registrado ante el IMPI, en el caso de México, y tenga plena validez en nuestro país.

A la terminación del contrato existen obligaciones que surten efectos aun después de terminado el contrato de franquicia. Un claro ejemplo es que el franquiciatario tiene la obligación de descontinuar el uso de la franquicia que supone el desuso de las marcas, nombres y avisos comerciales y la explotación de las patentes, así como los derechos de autor y toda la tecnología proporcionada por el franquiciante (esta cláusula se estima violatoria de la legislación de competencia económica); el franquiciatario dejar de operar la negociación mercantil y dejar de hacer negocios bajo el nombre del franquiciante o de cualquier otra forma que pueda causar confusión al público y a los consumidores que crean que sigue existiendo la relación de la franquicia.[12]

La cláusula de no competir se considera violatoria de la competencia, pues la misma solamente tiene sentido cuando dure la fran-

[12] *Ibidem*, pp. 74-76.

quicia; una vez adquirido el know-how debe tener derecho a explotar el negocio bajo otras razones y signos comerciales.

Por lo general, en los contratos de franquicia se acuerda que el franquiciatario guardará secretos y no se dedicará a ninguna actividad igual o semejante a la llevada a cabo en el negocio franquiciado por un tiempo determinado posterior a la terminación del contrato.

Sin embargo, esta obligación puede tener problemas en su cumplimiento en las sanciones correspondientes al franquiciatario incumplido, especialmente cuando el contrato concluya antes del plazo señalado por causas de terminación provocadas por el franquiciatario, ya que, en este caso, la fuente de las obligaciones se habría dado por terminada.

Ahora bien, es recomendable para prever el caso de que el contrato pudiera darse por terminado por rescisión o nulidad, la celebración de un contrato por separado, en que se obligue al franquiciatario a descontinuar el uso de marcas, nombres y avisos comerciales, patentes, derechos de autor y la tecnología; a no dedicarse a la misma actividad (que estimamos es contraria a la competencia económica); a no divulgar secretos, etc; y establecer que en caso de que, por cualquier motivo, el contrato se rescinda o se declare nulo, y el franquiciatario no cumpla con lo señalado, tendrá la obligación de pagar una pena convencional al franquiciante.[13]

VII. El contrato de franquicia en el derecho de la competencia

El derecho de la competencia está integrado por dos conjuntos de normas: las relativas a las prácticas restrictivas de la competencia y las referentes a competencia desleal. Las normas están inspiradas en la legislación de la Unión Europea.

Las conductas consideradas como prácticas restrictivas de la competencia en nuestro derecho son:

a) Los acuerdos contrarios a la libre competencia, que impliquen la acción de uno o varios agentes económicos cuyo objeto, directo o indirecto, sea incrementar los costos u obstaculizar

[13] *Ibidem*, p. 77.

el proceso productivo o reducir la demanda que enfrentan sus competidores (art. 10, frac. XI, de la Ley Federal de Competencia Económica, LFCE).

b) Los contratos relacionados con la competencia desleal (art. 213, frac. I, LPI).

A continuación procederemos a desarrollar el primer grupo de conductas en relación con el contrato de franquicia.

Se consideran acuerdos contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes:

1. Los que tengan por objeto o tengan por efecto la fijación directa o indirecta de precios.
2. Los que tengan por objeto o efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros.
3. Los que tengan por objeto o efecto la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores.
4. Los que tengan por objeto o efecto la asignación de cuotas de producción o de suministro.
5. Los que tengan por objeto o efecto la asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos.
6. Los que tengan por objeto o efecto la limitación de los desarrollos técnicos.
7. Los que tengan por objeto o efecto subordinar el suministro de un producto a a la aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituyan el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido en otras conductas.
8. Los que tengan por objeto o defecto abstenerse de producir un bien o afectar sus niveles de producción.
9. Los que tengan por objeto o efecto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto u objeto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos en las propuestas.
10. Los que tengan por objeto o efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.
11. Influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista su intención de rebajar los precios.

12. Negarse a vender o a prestar servicios a una empresa o discriminar en contra de la misma cuando ello pueda entenderse como una retaliación a su política de precios.[14]

Abuso de posición dominante en los contratos de franquicia

El abuso de posición dominante en el contrato de franquicia constituye una categoría independiente o especial del abuso de posición dominante. Por ello, hemos considerado pertinente definir en primer lugar, qué es el abuso de posición dominante (o sustancial), para luego mencionar las conductas que se consideran como tal, aplicables a los supuestos de las franquicias:

> "En el caso Hoffman-La Roche, la Corte Europea de Justicia observó que ese abuso se configura cuando una empresa que goza una situación de dominio en el correspondiente mercado actúa en forma tal que el grado de competencia es debilitado y, mediante la utilización de métodos diferentes de los que condicionan la competencia normal respecto de bienes o servicios, sobre la base de las operaciones de los operadores comerciales, tiene el efecto de dificultar el mantenimiento del grado de competencia aún existente en el mercado o el crecimiento de tal competencia" (Fernández de la Gándara y Calvo Caravaca).

> "En el caso Continental Can el mismo tribunal expuso un concepto de abuso con aplicabilidad más limitada, al indicar, con relación a una operación de concentración empresarial, que aquél puede resultar de que "una empresa en posición dominante refuerce tal posición al punto de que el grado de dominio así logrado represente un obstáculo sustancial para la concurrencia, en el sentido de dejar de subsistir solamente a empresas dependientes, por su comportamiento, respecto a la empresa dominante" (Cabanellas de las Cuevas).

La Comisión de las Comunidades Europeas ha dado definiciones más amplias que las anteriores, respecto del concepto abuso de posición dominante, aunque sin relación con casos concretos a ella so-

[14] López Guzmán, Fabián, *El contrato de franquicia internacional*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2005, pp. 618 y 619.

metidos. Así, ha indicado que "hay explotación abusiva cuando el comportamiento de una empresa es objetivamente contrario a los objetivos fijados en el Tratado de Roma. Las prácticas abusivas de una empresa dominante se pueden manifestar en relación a sus concurrentes generales o potenciales, sus proveedores o usuarios. Como no existe definición general del abuso, su existencia debe ser apreciada cada vez en función de los objetivos de la norma legal donde figura esa noción (*idem*).

La posición dominante ha sido definida en los siguientes términos: "Las empresas se encuentran en una posición de dominio cuando, debido a su participación de mercado, o a la combinación de ésta con la disponibilidad de los conocimientos técnicos, materias primas o capital, tienen el poder de determinar los precios o controlar la producción para una parte significativa de los productos en cuestión. En el caso United Brands, la Corte Europea de Justicia indicó que la posición dominante "se relaciona a una posición de poder económico gozada por una empresa, que le permita evitar que se mantenga una competencia efectiva en el mercado relevante, por contar con la posibilidad de conducirse en forma independiente de sus consumidores, clientes, y en última instancia de sus competidores (*idem*).

En la legislación colombiana se ha seguido el mismo criterio. Así pues, la posición dominante está definida en Colombia como la capacidad que tiene una empresa para poder determinar directa o indirectamente, los precios o las condiciones dentro de un segmento de mercado. Ahora bien, para establecer si una empresa ostenta una posición dominante en el mercado, se analiza el mercado relevante (como en México), es decir, el segmento específico de la economía que se puede ver afectado con esa práctica. El mercado relevante se refiere al grupo de productos y al área en donde la presunta conducta restrictiva tiene incidencia, en otras palabras, es el bien jurídico tutelado por el derecho de la competencia. Asimismo, el mercado relevante está compuesto por dos elementos: el primero, por el mercado producto, el segundo por el mercado territorio, o sea, que uno está referido a los bienes y servicios que oferta una empresa (franquicia), y el otro, al territorio o zona donde se ofrecen dichos bienes o servicios. Estos son los criterios que se tienen en cuenta para determinar si una empresa ostenta o no una posición de dominio en el mercado, los cuales, no sobra decirlo, se aplican también a las

franquicias. Constituyen abuso de posición dominante las siguientes conductas:

> La disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos.
> La aplicación de condiciones discriminatorias que tengan por objeto o efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones suplementarias, que por su naturaleza, no constituían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo dispuesto por otras disposiciones.
> La venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador, cuando sea con la condición de disminuir o eliminar la competencia en el mercado.
> Vender o prestar servicios en alguna parte del territorio a un precio diferente a aquel que se ofrece en otra parte del territorio, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de una transacción.
> Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de distribución.[15]

En términos generales, se puede señalar que para que existan prácticas monopólicas en la realización de contratos de franquicia en nuestro país es sumamente difícil, ya que el tenedor de la franquicia debe ostentar poder sustancial en el mercado relevante, y generalmente los franquiciantes no poseen el citado poder, por lo que es difícil que se actualicen los supuestos del artículo 10 de la LFCE. Mencionaríamos como la principal la obligación de no desarrollar tecnología propia bajo prohibición del franquiciante al franquiciatario, lo cual tiende a encarecer el proceso productivo (al no poder prestar servicios más baratos en caso de terminación del contrato de franquicia a terceros, art. 10, frac. XI, LFCE).

[15] *Ibidem*, pp. 622-625.

LA NUEVA CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑO MORAL EN EL DISTRITO FEDERAL Y EN MATERIA FEDERAL

Emilio González de Castilla del Valle
Edward Martín Regalado

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Análisis del texto de la nueva ley local*. III. *La reforma en materia federal*. IV. *Conclusiones*.

I. Introducción

El 19 de mayo de 2006 fue publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen, cuya finalidad es regular el daño al patrimonio moral derivado del abuso del derecho de la información –que incluye el derecho de informar y el de ser informado– y de la libertad de expresión.[1]

La ley local, además de dejar sin efectos los tipos penales correspondientes a violación a la intimidad personal, difamación y calumnia, deroga el último párrafo del artículo 1916 y el 1916 bis del Código Civil para el Distrito Federal, habiendo sido especialmente este último precepto motivo de múltiples debates entre la doctrina civilista en cuanto al tema de la carga de la prueba.

[1] En la misma fecha fue aprobada la Ley del Secreto Profesional del Periodista en el Distrito Federal, aunque ésta fue publicada el día 7 de junio de 2006 en la Gaceta Oficial.

Esta nueva ley fue aprobada en la sesión del 27 de abril de 2006, es decir, el día de la clausura de los trabajos correspondientes al segundo periodo ordinario de sesiones del último año de la III Legislatura de la Asamblea Legislativa local. El orden del día de esa fecha se integraba ni más ni menos que de 127 puntos, siendo el dictamen de la nueva ley el número 57.

El dictamen correspondiente fue aprobado en lo general sin discusión, reservándose únicamente el título, el artículo 1o. y el transitorio segundo de la iniciativa para su análisis particular. La ley fue aprobada por los diputados del PRD, sin votos en contra ni abstenciones, dada la ausencia de los legisladores de la oposición.[2]

En la versión estenográfica de la referida sesión ordinaria, aparece que al momento de fundar y motivar el dictamen se señaló, en primer lugar, que si bien el uso ilegítimo de la información debe ser contundentemente sancionado, se ha comprobado que el empleo de las vías penales resulta exagerado y justificar la corrección de la libertad informativa de esta manera es inconveniente. En consecuencia, a fin de lograr un equilibrio entre los derechos de personalidad y los derechos de expresión de las ideas y de información, la iniciativa se inclinó porque la instancia civil prevalezca frente a la penal para la defensa de aquellos derechos.

Por otra parte, el 13 de abril de 2007 fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto que deroga diversas disposiciones del Código Penal Federal y adiciona diversas disposiciones al Código Civil Federal, iniciando su vigencia el día siguiente.

Los legisladores federales, a imagen y semejanza de los del Distrito Federal, derogan los tipos penales referentes a los delitos de injurias, calumnia y difamación. Se distinguen de sus homólogos locales,

[2] Esta ley surge en un contexto especial. Habiendo sido aprobada únicamente por la mayoría perredista, esta ley se inauguró, paradójicamente, con la demanda promovida a principios de junio de 2006 por Diego Zavala Gómez del Campo en contra del entonces candidato del PRD a la presidencia de la República, Andrés Manuel López Obrador. Antes de esta ley, hubo otros casos igualmente famosos como el del obispo de Ecatepec, José Onésimo Cepeda Silva en contra del PRD y su presidente nacional, los de Víctor González Torres ("Dr. Simi") en contra del presidente del Partido Alternativa Socialdemócrata y Campesina y de la abanderada presidencial de este partido, el de Marta Sahagún de Fox en contra de la revista *Proceso* y la escritora Olga Wornat, entre algunos más.

sin embargo, en lo que se refiere a la reforma en la materia civil dado que no emiten una ley especial (quizá.particular) que regule el daño moral proveniente del abuso del derecho a la información y la libertad de expresión, sino que simplemente adicionan los párrafos sexto, con cuatro fracciones, séptimo y octavo del artículo 1916, así como el párrafo tercero al artículo 1916 bis de la legislación civil federal.

En sintonía con los motivos expuestos por la legislatura local, en las iniciativas de ley en materia federal se destaca que las libertades de expresión y de imprenta, así como el derecho a la información son esenciales a toda democracia, pero que las democracias modernas no deben otorgar tales derechos como absolutos, sino dentro de una mecánica de pesos y contrapesos.[3]

Se señala en los documentos preparatorios de la reforma federal que el ejercicio periodístico irresponsable o apresurado ha afectado injustificadamente el poder político, representado por personas físicas, pues a cualquier acusación, basada en hechos reales o ficticios, se da curso mediático y los medios presumen culpabilidad. Sin embargo, se reconoce que si bien deben prevenirse las extralimitaciones mediáticas en aras de proteger el ámbito privado de las personas y la credibilidad de las instituciones públicas, también es cierto que resulta exagerada la criminalización de la difamación, por lo que debe despenalizarse para que sean los jueces de lo civil quienes decidan si los periodistas o comunicadores actúan dentro o fuera de la ley al difundir su información u opiniones.

Al mismo tiempo, se apunta que cuando se restringe la libertad de expresión e información, se impide o limita el control de la ciudadanía sobre los funcionarios públicos, se transforma la democracia en un sistema donde el autoritarismo encuentra un terreno fértil para imponerse sobre la voluntad de la sociedad. La despenalización de los "delitos contra el honor", agrega la iniciativa de ley, conduce a nuestro país al cumplimiento de las recomendaciones de instancias internacionales de derechos humanos y lo hace congruente con los distintos convenios internacionales suscritos al respecto.

[3] A diferencia de la reforma local y, como se verá más adelante, la propuesta en materia federal tiene triple paternidad, siendo aprobada por diputados y senadores de los distintos partidos políticos.

Finalmente, los legisladores locales y federales coinciden en su optimismo respecto de las reformas aprobadas. La exposición de motivos local termina expresando que la nueva ley representa en gran parte el complemento legislativo en materia de acceso a la información y respeto al patrimonio moral, "sin menoscabo de señalar que de tal manera esta ciudad tendrá la legislación más avanzada en la materia en todo el continente latinoamericano". Por su parte, el Diario de Debates de la Cámara de Diputados registra que los legisladores se manifestaron en el sentido de que las modificaciones propuestas son "una posibilidad histórica, ya que podemos colocar nuestro país a la vanguardia en América Latina y equipararlo en la materia con países de legislaciones avanzadas". Veamos en este estudio si las reformas aprobadas satisfacen las aspiraciones de sus creadores.

II. Análisis del texto de la nueva ley local

La Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal, integrada por 44 artículos, está dividida en cinco títulos. El primero prevé las disposiciones comunes; el segundo se refiere a la vida privada, el honor y la propia imagen; el tercero regula la afectación al patrimonio moral; el cuarto alude a los medios de defensa del derecho a la vida privada, al honor y la propia imagen; y el último, relativo a las responsabilidades y sanciones.

1. Disposiciones comunes

La ley en estudio tiene por objeto proteger los derechos de la personalidad, orientada específicamente al derecho a la vida privada, al honor y la propia imagen de las personas en el Distrito Federal, frente a todo daño que se les pudiere causar derivado de acto ilícito proveniente del ejercicio abusivo del derecho de informar, de ser informado y de expresar las ideas.

Si bien en términos del artículo 1830 del Código Civil local, se entiende por hecho ilícito lo que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres, debe tomarse en cuenta que conforme a lo dispuesto en el artículo 1o. de la nueva ley, ésta no regula el daño al patrimonio moral derivado de cualquier acto ilícito, en el

sentido amplio antes referido, sino únicamente el daño moral proveniente del abuso del derecho a la información –informar y ser informado– y de la libertad de expresión.[4]

Esto es importante en virtud de que tratándose del daño moral proveniente de un ilícito diverso al abuso del derecho a la información y de la libertad de expresión, o cuando el daño se genere en un aspecto distinto a la vida privada, el honor y la propia imagen, conforme están definidos en la ley en comento, seguirá rigiendo el artículo 1916 del Código Civil local, el cual también es aplicable en los casos previstos por la nueva ley, pero en forma supletoria.

A diferencia del artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual se limita a señalar que el daño moral consiste en la afectación a los bienes enumerados en dicho precepto, la nueva ley establece definiciones más genéricas, pues indica que el "*patrimonio moral*" es el conjunto de bienes no pecuniarios, obligaciones y derechos de una persona, que constituyen una universalidad de derecho, y se conforma por los derechos de personalidad.[5] A su vez la propia ley define los "*derechos de personalidad*" como los bienes constituidos por determinadas proyecciones físicas o psíquicas del ser humano, relativas a su integridad física y mental, que las atribuye para sí o para algunos sujetos de derecho, y que son individualizadas por el ordenamiento jurídico. Los derechos de la personalidad tienen, sobre todo, un valor moral, por lo que componen el patrimonio moral de las personas.

[4] La nueva Ley del Secreto Profesional del Periodista en el Distrito Federal define, por un lado, la libertad de expresión como la prerrogativa que tiene toda persona para difundir y publicar ideas u opiniones a través del cualquier medio, y, por otro, la libertad de información como la prerrogativa que tiene toda persona para buscar, investigar, sistematizar, difundir o publicar hechos que sean considerados de interés público.

[5] Es lugar común señalar que las definiciones legales resultan muchas veces no sólo insuficientes o innecesarias, sino contraproducentes. En este caso, la falta de técnica legislativa se evidencia cuando refiere la ley que tiene por objeto regular el daño al patrimonio moral (Art. 1, segundo párrafo), pero al definir este concepto incluye en él también las obligaciones (Art. 7, fracción VI), lo que resulta impropio puesto que la ley no tiene ni puede tener por objeto regular daños a las obligaciones, sino garantizar derechos, aunque por el cumplimiento de una obligación se puede generar un daño en el derecho de un tercero. Adicionalmente, la propia definición alude tanto a los bienes no pecuniarios como a los derechos de una persona, resultando repetitivos ambos conceptos, ya que no son distintos en tratándose del patrimonio moral (vida privada, honor e imagen) de las personas.

Por otro lado, la ley define el "ejercicio del derecho de personalidad" como la facultad que tienen los individuos: i) para no ser molestados por persona alguna en el núcleo esencial de las actividades que legítimamente deciden mantener fuera del conocimiento público, es decir, para no ser molestados en su vida privada, ii) para oponerse a la reproducción identificable de sus rasgos físicos sobre cualquier soporte material sin su consentimiento, o sea, para oponerse a la reproducción de su imagen, y iii) para ser respetados en la valoración que las personas hacen de la personalidad ético-social que se identifican con la buena reputación y la fama, en otras palabras, para ser respetados en su honor.

Vale destacar que en el título primero también se prevé que los derechos de la personalidad son inalienables, imprescriptibles, irrenunciables e inembargables, y de los cuales son titulares no sólo las personas físicas, sino igualmente las personas morales en lo que sea compatible con la naturaleza jurídica de éstas.

Esto último resultaría conceptualmente congruente con el criterio sostenido recientemente por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, al resolver la contradicción de tesis 100/2003-PS, bajo el rubro "DAÑO MORAL. LAS PERSONAS MORALES ESTÁN LEGITIMADAS PARA DEMANDAR SU REPARACIÓN EN CASO QUE SE AFECTE LA CONSIDERACIÓN QUE TIENEN LOS DEMÁS RESPECTO DE ELLAS (ARTÍCULO 1916 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL)", en la cual se determina que es jurídicamente posible que las personas colectivas demanden la reparación del daño moral que llegare a ocasionárseles, pues es indudable que por equiparación y analogía los conceptos relativos a la reputación y a la consideración que respecto de alguien tienen los demás, también se aplican a las personas morales.[6]

Esto, sin embargo, además de presentar el problema de analizar cuáles de los valores protegidos por la novedosa ley (vida privada, honor y propia imagen conforme son definidos en la propia ley) son compatibles con la persona moral, requiere tener en cuenta también si este nuevo marco jurídico es aplicable únicamente a las personas

[6] Novena época. Instancia: Primera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXI, abril de 2005. Tesis: 1a./J. 6/2005, p. 155. Materia: Civil. Jurisprudencia.

morales de derecho civil y no a las de naturaleza mercantil, ya que éstas se regulan por la Ley General de Sociedades Mercantiles, el Código de Comercio y el Código Civil Federal, como supletorio de la legislación mercantil, lo que implicaría que el mismo ilícito cometido por una persona moral tendría una regulación diferente según su naturaleza jurídica civil o mercantil, lo que implica un trato distinto a sujetos iguales en cuanto a su identidad societaria.

Finalmente, aunque pareciera ocioso señalar que la nueva ley es de observancia general en el Distrito Federal, por lo que su ámbito de aplicación es local y limitado a esta entidad federativa, la realidad es más compleja, especialmente si consideramos que dicha legislación regula el abuso del derecho a la información –informar y ser informado– y de la libertad de expresión. Además de los casos típicos en los cuales tanto el afectado (víctima del daño moral) como el agresor se encuentren en la Ciudad de México, no sería extraño que surjan situaciones en las cuales un habitante del Distrito Federal refiera que ha sido dañado moralmente por alguna publicación o información realizada en otra entidad federativa, o que alguien que viva en provincia se considere ofendido por algún medio de comunicación o periodista en esta ciudad capital, o, incluso, que un residente en la Ciudad de México demande con base en el Código Civil de otra entidad a un medio de comunicación o periodista domiciliado en esta capital, pero cuya información tiene alcance nacional. Habrá pues, conflictos en cuanto al ámbito territorial de aplicación de la nueva ley.[7]

La determinación del derecho aplicable en cada caso resulta de gran relevancia. Por ejemplo, las consecuencias podrían ser muy distintas en cuanto al monto de la condena –aparentemente subsidiaria– que podría imponerse al ofensor, ya que, conforme a esta nueva ley local, la indemnización en ningún caso debe exceder de 350 días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, que en números redondos corresponde apenas a 17 500 pesos.

[7] Para determinar la legislación aplicable es importante considerar otros elementos, entre ellos, que en términos del artículo 75, fracción IX, del Código de Comercio, las empresas editoriales y tipográficas realizan actos de comercio y, consecuentemente, se regulan por la legislación federal. Asimismo, en términos de la Ley Federal de Radio y Televisión, los concesionarios del servicio de radiodifusión se rigen por la legislación federal.

De esta manera, la nueva ley genera un quinto nivel de regulación del mismo tema, lo que hace al sistema confuso y difuso. Esto es así, pues a nivel federal ya tenemos una triple regulación del daño moral, a saber: el Código Civil Federal que regula al daño moral con las reglas existentes a partir de la reforma de 1982 para todos los gobernados, regulación que se aplica supletoriamente en materia mercantil. El daño moral previsto en la Ley Federal de Derechos de Autor, la cual regula y protege la imagen (fotografía y retrato) de las personas, con sanciones especiales e incluso un procedimiento administrativo alterno. Finalmente, la regulación del daño moral causado por el Estado, al cual se aplican las disposiciones de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, en vigor a partir del 1 de enero de 2005.

Esta última ley no distingue si el Estado actúa en un plano de igualdad o de supra-subordinación respecto del afectado, por lo que hay una iniquidad en la ley, puesto que plantea la limitación en el monto de indemnización por la afectación del patrimonio moral del gobernado que no se daría entre particulares, es decir puede tratar desigual a iguales.[8] El avance obtenido en 1994 mediante la inclusión de la responsabilidad solidaria del Estado cuando existiera un ilícito doloso, se ve eliminado ahora al quedar derogado el artículo 1927 (originalmente 1928) del Código Civil Federal, derogación que tuvo lugar al expedirse la Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado en materia federal.

Adicionalmente, en materia federal también debe considerarse la Ley sobre Delitos de Imprenta, la cual regula los ataques a la vida privada, la moral, el orden o la paz pública, el derecho de réplica y establece sanciones para los escritores o autores, los medios de comunicación y sus funcionarios, así como la Ley Federal de Radio y Televisión que no sólo regula la programación y contenido de la radiodifusión, sino también la responsabilidad de quienes participan en ella.

[8] En términos de la fracción II del artículo 14 de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, la indemnización por daño moral que el Estado esté obligado a cubrir no debe exceder del equivalente a 20 000 veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal (poco más de un millón de pesos), por cada reclamante afectado.

Por lo que hace al Distrito Federal, hay ahora una doble regulación, la primera respecto del daño moral general derivado del ilícito contractual o extracontractual, incluyendo la responsabilidad objetiva, con los parámetros generales de indemnización conforme a la reforma de 1982 y 1994, por una parte y, por la otra, el sistema particular derivado del ejercicio abusivo del derecho a la información –informar y ser informado– y del derecho a expresar las ideas que afecte la vida privada, el honor y la propia imagen; aspecto regulado por esta nueva ley que, además de tratar desigual a iguales, limita el monto de una indemnización pecuniaria la que, insinúa, es subsidiaria a otra indemnización que pretende ser *in natura*, como es la simple publicación o divulgación de la sentencia condenatoria en el mismo medio de difusión y en iguales condiciones.

Adicionalmente, deben considerarse los tratados internacionales suscritos por nuestro país. El artículo 1o. de la nueva ley local señala que sus disposiciones están inspiradas en la protección de los Derechos de la Personalidad a nivel internacional. Entre los documentos internacionales relevantes se encuentran: la Convención Americana sobre Derechos Humanos,[9] la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión aprobada por la Comisión Americana de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

2. Vida privada, honor y propia imagen

En términos del título segundo de la ley, se entiende por vida privada aquélla que no está dedicada a una actividad pública y, por ende, que es intrascendente y sin impacto en la sociedad de manera directa.

El derecho a la vida privada se materializa al momento que se protege del conocimiento ajeno a la familia, domicilio, papeles o posesiones y todas aquellas conductas que se llevan a efecto en luga-

[9] El principio núm. 10 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión prevé que la protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público.

res no abiertos al público, cuando no son de interés público o no se han difundido por el titular.

En el mismo sentido, se establece que el derecho a la intimidad forma parte de la vida privada y comprende conductas y situaciones que, por su contexto y que por desarrollarse en un ámbito estrictamente privado, no están destinados al conocimiento de terceros o a su divulgación, cuando no son de interés público o no se han difundido por el titular del derecho.

La regla general es que los terceros no deben tener acceso alguno a la vida privada de las personas, toda vez que las actividades que en ella se desarrollan no son de su incumbencia, y los hechos y datos sobre la vida privada ajena no deben constituir materia de información.

Según lo previsto en la propia ley, la intimidad o vida privada no pierden tal condición cuando son ilícitamente difundidos, y se considera "información de interés público" los datos, hechos y actos que tienen como propósito servir a las personas para la toma de decisiones de manera que se enriquezca la convivencia y participación democrática.[10]

De los párrafos anteriores pareciera desprenderse que si bien la ley define –en forma muy amplia– la vida privada como aquélla que no está dedicada a una actividad pública y, por ende, que es intrascendente y sin impacto en la sociedad de manera directa, también parece sujetar el derecho a la intimidad y a la vida privada a que: a) las conductas o situaciones se lleven a cabo en lugares no abiertos al público, y b) que las mismas no hayan sido difundidas por el titular del derecho o que no se trate de información que sea del interés público. Si esto es cierto, entonces, quedaría desprotegida toda información que normalmente comentan las personas en establecimientos

[10] Según lo dispone el artículo 34 de la Ley de Responsabilidad Civil objeto de estudio, en los casos en que el demandante (afectado) sea un servidor público, se reputan información de interés público: "I) Los datos y hechos sobre el desempeño, en el sentido más amplio, de los servidores públicos, la administración pública y organismos privados que ejerzan gasto público o cumplan funciones de autoridad. II) Los datos sobre acontecimientos naturales, sociales, políticos, económicos y culturales que pueden afectar, en sentido positivo o negativo a la sociedad en su conjunto. III) Aquella información que sea útil para la toma de decisiones de las personas, para ejercer derechos y cumplir obligaciones en una sociedad democrática".

comerciales, aunque sin el propósito de hacer del dominio público su contenido. Tal desprotección significaría una sanción a la negligencia de quien hace revelaciones o confesiones sobre su vida privada a determinadas personas, sin la finalidad de que sean difundidas, pero que las vierte en un lugar público.

No faltará quien considere que esto último permitirá que muchas decisiones que se toman por los funcionarios públicos en lo privado, en lugares no públicos y con el deseo de que no trascienda lo concertado, queden fuera de la ley, afectando el derecho del gobernado a ser informado para la toma de decisiones, de manera que se enriquezca la convivencia y participación democrática.

Cabe mencionar que respecto de la materia federal, el artículo 1o. de la Ley sobre Delitos de Imprenta considera ataque a la vida privada: i) toda manifestación maliciosa hecha por cualquier medio, que exponga a una persona al odio, desprecio o ridículo, o pueda causarle demérito en su reputación o en sus intereses; ii) toda manifestación maliciosa hecha por cualquier medio, que sea contra la memoria de un difunto con el propósito de lastimar el honor o la pública estimación de sus herederos o descendientes supérstites; iii) todo informe de las audiencias de los jurados, ya sea que refiera hechos falsos, altere los verdaderos o haga apreciaciones que no estén ameritadas racionalmente por los hechos, en cualquier caso con el propósito de causar daño a alguna persona; y iv) toda publicación prohibida expresamente por la ley que comprometa la dignidad o estimación de una persona, exponiéndola al odio, desprecio o ridículo, o a sufrir daños en su reputación o en sus intereses, ya sean personales o pecuniarios.[11]

La propia Ley de Imprenta precisa en sus artículos 4o. y 5o., respectivamente, que se considera maliciosa toda manifestación que, por los términos en que está concebida, sea ofensiva o implique necesariamente la intención de ofender, salvo los casos de excepción que la ley prevea expresamente y en los que el acusado pruebe que los hechos imputados al reclamante son ciertos o que tuvo motivos

[11] En términos del artículo 7o. de la Ley de Imprenta, "las manifestaciones o expresiones se considerarán hechas públicamente cuando se hagan o ejecuten en las calles, plazas, paseos, teatros u otros lugares de reuniones públicas, o en lugares privados pero de manera que puedan ser observadas, vistas u oídas por el público".

fundados para considerarlos verdaderos y que los publicó con fines honestos.

De lo anterior, se concluye, *a contrario sensu*, que la Ley de Imprenta no considera ataques a la vida privada las publicaciones sobre la intimidad de una persona, siempre y cuando no la expongan al odio, desprecio o ridículo, ni pueda causarle demérito en su reputación o en sus intereses. Todavía más. Según la referida ley, no se consideran ataques a la vida privada por no tratarse de expresiones "maliciosas", las publicaciones sobre la intimidad de una persona que la expongan al odio, desprecio o ridículo, o pueda causarle demérito en su reputación o en sus intereses, siempre y cuando el acusado pruebe que los hechos imputados al reclamante son ciertos o que tuvo motivos fundados para considerarlos verdaderos y que los publicó con fines honestos.

Si bien esta conclusión puede parecer alarmante, resulta aminorada por el hecho de que la referida ley impone la carga de acreditar que se publicó –con fines honestos– información sobre la intimidad de una persona que la expongan al odio, desprecio o ridículo, o pueda causarle demérito en su reputación o en sus intereses. Adicionalmente, los tribunales han interpretado, pasando por alto la salvedad prevista en el citado artículo 5o. de la Ley de Imprenta, que, por un lado, resulta irrelevante que la información o manifestación sea falsa o verdadera, bastando que se exponga a una persona al odio, desprecio o ridículo, y, por otro, que el derecho a la información sólo puede legitimar intromisiones en otros derechos fundamentales cuando ellas resulten relevantes para la formación de la opinión pública, por lo cual debe carecer de protección cuando se ejercite de manera desmesurada a ese fin.[12]

Por otro lado, según se prevé en el mismo título segundo de la nueva ley local, se entiende por honor la valoración que las personas hacen de la personalidad ético-social de un sujeto y comprende las representaciones que la persona tiene de sí misma, que se identifica con la buena reputación y la fama. El honor, señala la propia ley, está constituido por las proyecciones psíquicas del sentimiento de estimación que la persona tiene de sí misma, atendiendo a lo que la colectividad en que actúa considera como sentimiento estimable.

[12] Véase "Daño moral y derecho a la información". Novena época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XVII, marzo de 2003. Tesis: I.4o.C.57 C, p. 1709. Materia: Civil. Tesis aislada.

Asimismo, dispone la ley local en comento que el carácter molesto e hiriente de una información no constituye en sí un límite al derecho a la información, sino que para ello es necesario que se trate de expresiones insultantes, insinuaciones insidiosas y vejaciones, innecesarias en el ejercicio de la libertad de expresión y derecho a la información. Por lo tanto, la emisión de juicios insultantes por sí mismas en cualquier contexto, que no se requieren para la labor informativa o de formación de la opinión que se realice, supone un daño injustificado a la dignidad humana.[13]

Se prevé que en ningún caso se considerarán como ofensas al honor: a) los juicios desfavorables de la crítica literaria, artística, histórica o profesional, o b) los conceptos desfavorables expresados en cumplimiento de un deber o ejerciendo un derecho, siempre que el modo de proceder o la falta de reserva, cuando deba haberla, no demuestre un propósito ofensivo, c) las imputaciones de hechos o actos que se expresen con apego a la veracidad, y sean de interés público, y d) las opiniones, ideas o juicios sobre cualquier persona que no sean insultantes, aun cuando fueran molestos o hirientes.[14]

En el título segundo se regula también lo relativo a la propia imagen, definiéndola como la reproducción identificable de los rasgos físicos de una persona sobre cualquier soporte material, y señalando que toda persona tiene derecho sobre su imagen, lo que se traduce en la facultad para disponer de su apariencia autorizando, o no, la captación o difusión de la misma. En consecuencia, constituye un acto ilícito la difusión o comercialización de la imagen de una persona sin su consentimiento expreso.[15]

En el mismo título se prevé que la imagen de una persona podrá ser publicada, reproducida, expuesta o vendida: i) si se cuenta con su

[13] El legislador local dejó a un lado los conceptos de daño al "patrimonio moral" o afectación a los "derechos de la personalidad", que son el objeto de regulación en la ley, y en su lugar alude en la parte final del artículo 14 al daño a la "dignidad humana".

[14] Véanse los artículos 14, 15 y 25 de la nueva ley local. Dado que este artículo 15 de la ley local es esencialmente idéntico a la adición al artículo 1916 bis del Código Civil Federal, véanse los comentarios plasmados sobre esta adición en este mismo estudio.

[15] El artículo 26 de la ley, relativo a la afectación de la imagen, también concede protección a la voz de una persona, aunque no constituya un rasgo físico ni parte de la apariencia de las personas.

consentimiento, ii) si dicha reproducción se justifica por la notoriedad de aquélla, por la función pública que desempeñe o por su proyección pública *y* la reproducción se hace en relación con hechos, acontecimientos o ceremonias de interés público o que tengan lugar en público y sean de interés público,[16] iii) si la utilización de la imagen de las personas se hace a través de caricaturas y de acuerdo con el uso social, o iv) si se trata de la información gráfica de un suceso o acontecimiento en donde la imagen de la persona aparezca como meramente accesoria.[17]

Por otra parte, el artículo 87 de la Ley Federal de Derechos de Autor dispone que el retrato de una persona puede ser usado o publicado con su consentimiento expreso o cuando dicho retrato forme parte menor de un conjunto o la fotografía sea tomada en un lugar público y con fines informativos o periodísticos.

En el precepto invocado se establece la presunción consistente en que se entenderá otorgado el consentimiento cuando una persona se deje retratar a cambio de una remuneración, el cual no será revocable siempre que se utilice en los términos y para los fines pactados. Si bien dicha presunción libera de la carga de probar que se ha obtenido el consentimiento para usar o publicar el retrato de una persona, no ocurre lo propio respecto de la necesidad de demostrar que la persona se dejó fotografiar y que se pactó a cambio una remuneración.[18]

[16] En relación con el supuesto identificado con el inciso ii) y debido a la contradicción existente entre los artículos 19 y 21, fracción I, de la ley, consideramos que debe observarse lo previsto en este último por ser más acorde con los principios que inspiran dicha legislación. En términos del primer numeral, la imagen de una persona puede ser publicada, reproducida, expuesta o vendida si se justifica *simplemente* por su notoriedad o por la función pública que desempeñe, puesto que dicho artículo, a diferencia del 21, fracción I, no exige, *además*, que la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público que sean de interés público. En efecto, el artículo 19 utiliza la letra "*o*", que es una conjunción disyuntiva que denota separación o alternativa, por lo cual no sería necesario el requisito adicional referido, mientras que el artículo 21 emplea la letra "*y*", que es una conjunción copulativa, lo que significa que sí se requiere la concurrencia de todos los elementos que se prevén.

[17] El artículo 27 de la nueva ley señala además, como verdad de Perogrullo, que no constituyen intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley.

[18] El artículo 87 de la Ley de Derechos de Autor también prevé que los derechos de las personas retratadas duran cincuenta años después de su muerte y que la autorización de usar o publicar el retrato puede revocarse por quien la otorgó, pero éste, en tal caso, responderá de los daños y perjuicios que pudiera ocasionar dicha revocación.

Finalmente, hemos señalado en líneas anteriores, por un lado, que la nueva ley protege los derechos de la personalidad de las personas físicas y de las personas morales en lo que sea compatible con la naturaleza jurídica de éstas y, por otro, que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia resolvió, mediante jurisprudencia por contradicción de tesis, que es jurídicamente posible que las personas colectivas demanden la reparación del daño moral que llegare a ocasionárseles, pues es indudable que por equiparación y analogía los conceptos relativos a la reputación y a la consideración que respecto de alguien tienen los demás, también se aplican a las personas morales.

Esto, ligado a que la propia ley refiere que el honor se identifica con la buena reputación y la fama, lo que es congruente con el hecho de que las sociedades también poseen un nombre como atributo de su personalidad, lleva a concluir que no sólo las personas físicas, sino también las morales podrían demandar la responsabilidad civil por el daño que se cause en su honor o reputación, fundándose en la nueva legislación.

No negamos, sin embargo, la posibilidad de realizar una interpretación diferente al respecto. En efecto, considerando que la propia ley refiere en su particular ámbito de aplicación, que se entiende por honor la valoración que las personas hacen de la personalidad ético-social de un sujeto, incluyendo las representaciones que la persona tiene de sí misma, aunado a que el honor es constituido por las proyecciones psíquicas del sentimiento de estimación que la persona tiene de sí misma, podría sostenerse que en el ámbito particular de la ley sólo las personas físicas podrían demandar la responsabilidad civil por el daño que se cause en su honor o reputación.

Por otro lado, resulta interesante preguntarse si a la luz de la nueva legislación cabe la posibilidad de argumentar que las personas morales no tendrían derecho para reclamar daño moral respecto de su imagen y vida privada. Si fuera así, entonces resultaría inocua la afirmación sobre la posibilidad de afectación de las personas morales de los valores protegidos por la nueva ley.

Si consideramos que la imagen es la reproducción identificable de los rasgos "*físicos*" de una persona sobre cualquier soporte material, y que el derecho sobre la propia imagen se traduce en la facultad para disponer de la "*apariencia*" autorizando, o no, su captación o difu-

sión, entonces, debemos concluir que ello únicamente corresponde a las personas físicas y no a las personas morales, puesto que éstas carecen de rasgos físicos o apariencia susceptible de ser captada o plasmada en algún soporte material.

Por lo anterior, la regulación prevista en la nueva ley respecto de la imagen de las personas no resulta aplicable a las personas colectivas, ya que no es compatible con la naturaleza de éstas, ni siquiera bajo la consideración de que tales personas tienen establecimientos o marcas comerciales que son signos visibles susceptibles de ser captados o difundidos, dado que los mismos no constituyen los rasgos físicos o la apariencia de la persona moral propietaria, sino, en el caso del uso indebido de las marcas o nombres comerciales, sin perjuicio de la protección que en materia de propiedad industrial existe al respecto, guardaría relación con la reputación o fama (honor) de la persona moral titular de las mismas, según la óptica interpretativa que concede tal atributo a las personas morales.

Por otra parte, estimamos que la protección otorgada a la vida privada de las personas abarca tanto a los seres humanos como a los entes colectivos, basándonos en que se entiende por vida privada aquélla que no está dedicada a una actividad pública y, por ende, que es intrascendente y sin impacto en la sociedad de manera directa. Esta definición sí es compatible con la naturaleza de las personas morales, las cuales, como se sabe, desarrollan su actividad a través de sus órganos de representación.

Si bien es cierto que las personas morales carecen de familia, aunque pueden tener filiales, es indiscutible que sí tienen domicilio, papeles o posesiones y, en general, desarrollan una serie de conductas que se llevan a efecto en lugares no abiertos al público, que no son de interés público y que, consecuentemente, no están destinados al conocimiento de terceros o a su divulgación.

La multicitada tesis de jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte se limita a señalar al respecto: "es indudable que por equiparación y analogía los conceptos relativos a la reputación y a la consideración que respecto de sí misma (sic) tienen los demás, también se aplican a las personas morales". Sin embargo, la ejecutoria de la cual deriva dicho criterio jurisprudencial precisa que "solamente en esos supuestos (reputación y consideración que tienen los demás) previstos en el artículo 1916, podrá ser invocado el aludido

numeral por parte de las personas morales que se sientan dañadas, en virtud de que, salvo las citadas excepciones, fundamentalmente es propia de las personas físicas la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás".

La última aseveración consistente en que "*solamente*" en los casos relativos a la reputación y consideración que de las personas morales tengan los demás, podrán aquéllas reclamar un daño moral, si bien fue determinado por la Primera Sala de la Corte en la ejecutoria referida, en nuestra opinión no resulta obligatoria, puesto que, en estricto sentido, no fue materia de la contradicción de tesis que resolvió dicha Sala.[19]

Así, según se observa de lo que hemos apuntado respecto de la vida privada de las sociedades, no compartimos el criterio expresado en la sentencia ejecutoriada de referencia en cuanto a que solamente en los casos relativos a la reputación y consideración que de las personas morales tengan los demás, puedan aquéllas ser sujetos pasivos de la relación jurídica que nace del daño moral, aunque, desde luego, reconocemos que los entes colectivos no son titulares de la totalidad de los bienes enumerados en el párrafo primero del artículo 1916 del Código Civil local, por ejemplo, de los relativos a los sentimientos, afectos, creencias, integridad física o psíquica.

3. Afectación al patrimonio moral

El título tercero de la nueva ley se divide en tres títulos. El primero denominado el daño al patrimonio moral; el segundo, afectación en cuanto a la propia imagen; y, el tercero, malicia efectiva.

Si bien de lo expuesto hasta aquí parece claro que los bienes jurídicos tutelados por la nueva ley se limitan a la vida privada, el honor

[19] La ejecutoria de mérito señala expresamente: "el tema de la contradicción de tesis versa sobre si en términos del artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, es jurídicamente posible que las personas jurídicas sufran daño moral y, en consecuencia, pueden demandar la reparación del daño moral que llegare a ocasionárseles, o si por el contrario este precepto ningún derecho les concede para exigir la indicada reparación, por ser propio de las personas físicas".

y la imagen, vale la pena reparar en ello, sobre todo a la luz de lo previsto en el artículo 24, cuyo texto es el siguiente: "El daño se reputará moral cuando el hecho ilícito menoscabe a los componentes del patrimonio moral de la víctima. Enunciativamente se consideran parte del patrimonio moral, el afecto del titular del patrimonio moral por otras personas, su estimación por determinados bienes, el derecho al secreto de su vida privada, así como el honor, el decoro, el prestigio, la buena reputación y la imagen de la persona misma".

Como se observa de la transcripción anterior, el artículo 24 al enunciar los componentes del patrimonio moral parece, *prima facie*, que no se circunscribe únicamente a la vida privada, al honor y a la imagen. Por su parte y aparentemente en el mismo sentido, la fracción IV del artículo 7 prevé que se entiende por "derecho de personalidad", para efectos de esta ley, "los bienes constituidos por determinadas proyecciones, físicas o psíquicas del ser humano, relativas a su integridad física y mental, que las atribuye para sí o para algunos sujetos de derecho, y que son individualizadas por el ordenamiento jurídico. Los derechos de personalidad tienen, sobre todo, un valor moral, por lo que componen el patrimonio moral de las personas".

Los dos artículos antecitados no parecen limitarse a la vida privada, el honor y la imagen como derechos de personalidad y, consecuentemente, como componentes del patrimonio moral. El primero de ellos enuncia, por ejemplo, el afecto que tiene una personas hacia otras o su estimación por determinados bienes. El segundo, por su parte, alude incluso a la integridad física y mental de las personas.

Lo anterior, sin embargo, lo consideramos más un defecto de técnica legislativa que la intención de regular bienes jurídicos distintos a la vida privada, el honor o la imagen de las personas. Esta afirmación resulta, en primer lugar, del título de la propia ley.

En segundo lugar, en ninguna parte de la exposición que fundó y motivó el dictamen con la iniciativa de ley aparece que los legisladores hayan tenido el propósito de proteger bienes jurídicos que no sean los tres señalados.

Adicionalmente, el artículo 3 es muy claro al establecer que la ley tiene por objeto garantizar esos tres derechos de personalidad, lo que también coincide con lo previsto en el artículo 7, fracción V, que dispone lo que debe entenderse por "*ejercicio del derecho de personalidad*". En el mismo sentido pueden leerse tanto el título segundo, que únicamente regula esos tres derechos, como los artículos 23 y 33.

Finalmente, los componentes del patrimonio moral descritos tanto en el citado artículo 24 como en el 7, fracción IV, pueden comprenderse en los conceptos de vida privada, honor e imagen. Por ejemplo, el honor implica también el decoro, el prestigio y la buena reputación. La vida privada, por su parte, engloba el afecto por otras personas y la estimación por determinados bienes, pues, según lo hemos apuntado en líneas anteriores, la propia ley dispone que el derecho a la vida privada se materializa al momento que se protege del conocimiento ajeno a la familia y a las posesiones. Además, debemos tener presente que la ley regula el daño moral proveniente del abuso del derecho a la información y a la libertad de expresión, por lo que toda afectación derivada de dicho abuso estará relacionada con la vida privada, el honor o la imagen de las personas.

De esta manera, el artículo 24 amplía la definición de vida privada al incluir en ésta tanto la estimación sobre personas o bienes como el secreto y confidencia de dicha vida privada, alterando el régimen general del artículo 2116 del Código Civil por lo que se refiere a la posible reparación del daño derivado de la estimación sobre las cosas. ¿Por qué razón se aplicará el parámetro –más limitado– de la nueva ley en algunos casos y el parámetro más amplio del 2116 en otros, cuando todos los gobernados son iguales ante la ley?

Por otro lado, el capítulo tercero denominado malicia efectiva, dispone que los servidores públicos tendrán limitado su derecho a que se les respete su honor, su vida privada y su imagen como consecuencia del ejercicio de sus funciones sometidas al escrutinio público.[20] En consecuencia, se prevé que los servidores públicos afectados en su patrimonio moral, a través de los medios de comunicación e información, deben probar la existencia de la malicia efectiva, es decir, están obligados a demostrar: i) que la información fue difundida a sabiendas de su falsedad; ii) con total despreocupación sobre si era falsa o no; y iii) que se hizo con el único propósito de dañar.

[20] Además del ya citado principio núm. 10, cabe destacar que en términos del principio núm. 11 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Americana de Derechos Humanos, los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad, de tal manera que las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como "leyes de desacato" atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información.

Así pues, la carga de la prueba que la ley impone a los servidores públicos resulta más que difícil. En primer lugar, no basta acreditar la falsedad de la información difundida, sino que parece necesario probar que tal persona conocía dicha falsedad, lo que desde luego resulta muy complicado demostrar, constituyendo un premio a la ignorancia y desincentivando que los medios de comunicación constaten la veracidad de sus notas informativas. Por si fuera poco, adicionalmente es indispensable acreditar la despreocupación "total" del informante sobre la falsedad de la difusión y que su "único" propósito fue causar daño.

Por otro lado, tratándose de figuras públicas, la acción de reparación por daño moral procederá siempre que se pruebe que la información fue difundida a sabiendas de su falsedad. En los demás casos, bastará que se acredite la negligencia inexcusable del demandado.

Consideramos, respecto del requisito de demostrar que la información fue difundida a sabiendas de su falsedad, que debería ser suficiente acreditar que el demandado debió saber de la falsedad de la información difundida, a fin de fomentar que los medios de comunicación corroboren la autenticidad de su información, lo que, por un lado, evitaría las demandas de reparación por daño moral y, por otro, favorecería la certeza de que la información que se transmite o recibe se encuentra debidamente soportada.

Adicionalmente, existe precedente judicial en el sentido de que los medios de comunicación están obligados a verificar que aquello que van a hacer del conocimiento público se apegue a la realidad, para estar en aptitud de publicar una información objetiva y veraz, y no afectar el honor y reputación de las personas, cuidando además los términos que emplean al redactar las notas informativas, atendiendo a que no debe ser justificante que quien hace una publicación ignore el significado jurídico del término empleado, puesto que el desconocimiento de la ley no puede servir de excusa para un medio de comunicación que se presume cuenta con especialistas y profesionales en la labor informativa.[21]

[21] "Daño moral. Publicaciones periodísticas que lo causan". Novena época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XI, mayo de 2000, Tesis: I.7o.C.30 C, p. 921. Materia: Civil. Tesis aislada.

4. Medios de defensa del derecho a la vida privada, al honor y la propia imagen

El título cuarto de la ley reitera en gran parte lo previsto en los códigos locales, sustantivo y procesal. Así, se regula que la tramitación de la acción de reparación del daño moral se sujetará a los plazos y condiciones establecidos para los procedimientos en Vía de Controversia en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

La primera pregunta que surge es qué debemos entender por procedimiento "*en Vía de Controversia*". ¿Se refiere a la vía de controversia de orden familiar y no a la vía de controversia en materia de arrendamiento inmobiliario, o se refiere al juicio ordinario civil y no a la justicia de paz? Tal parece que el legislador con absoluta falta de técnica y total imprecisión remite a la vía de controversia de orden familiar prevista en el código adjetivo local. Retomaremos este punto en el capítulo siguiente.

Conviene señalar que el artículo 20 de la nueva ley, previsto en el título segundo, refiere que cuando la imagen de una persona sea expuesta o publicada con perjuicio de su reputación, fuera del caso en que medie consentimiento, la autoridad judicial, a solicitud del interesado, puede disponer que cese el abuso y se reparen los daños ocasionados. Si bien esta disposición no precisa qué vía debe seguirse, parece evidente que también debe acudirse a la controversia de orden familiar, puesto que es necesario que el solicitante acredite el supuesto abuso, respetando la garantía de audiencia de demandado, a fin de que se declare judicialmente la reparación de los daños ocasionados. Respecto de la petición para que cese el abuso, la controversia de orden familiar prevé la posibilidad de decretar medidas precautorias, en algunos casos aun sin audiencia de la contraparte, y se permite la suplencia de la queja. ¿Esto es lo que quiso el legislador?

Por otra parte, el ordenamiento jurídico en comento dispone que para que se produzca el daño al patrimonio moral se requiere: i) la comisión de un acto ilícito del tipo previsto en la ley, por ejemplo, el abuso del derecho a la información y la libertad de expresión; ii) la afectación de los bienes tutelados, es decir, el honor, la vida privada o la imagen; y iii) la existencia de una relación causa-efecto entre ambos acontecimientos.

Se prevé asimismo que para la procedencia de la acción se debe tomar en cuenta la mayor o menor divulgación del hecho lesivo, las condiciones personales de la víctima y las demás circunstancias del caso.

La carga de la prueba recae en principio sobre el actor, quien debe demostrar el daño en su derecho de personalidad derivada del hecho –calificado como– ilícito, o sea, del abuso del derecho a la información y de la libertad de expresión. El abuso del derecho más que ser una conducta contra la ley, es una conducta que excede los fines connaturales del derecho tutelado, pues si fuere lo primero caería dentro del artículo 1910 del Código Civil. No obstante ello, el abuso está regulado dentro de las conductas ilícitas y la carga de la prueba es severa pues requiere de intencionalidad según el artículo 1912 del citado ordenamiento civil.

Existe precedente judicial en el sentido de que cuando se pretenda en juicio el pago de la indemnización por el daño moral ocasionado en el honor o la reputación, no debe considerarse como un elemento objetivo a demostrar la existencia de los citados atributos o que éstos fueran reconocidos por la sociedad antes y después del acto que motiva su afectación, al que se considera fuente de responsabilidad exigida, salvo prueba en contrario, ya que las indicadas cualidades son consustanciales a la persona misma y lo único que, en todo caso, debe ser objeto de demostración en la justificación de esta acción, son los actos materiales imputados a quien se atribuye su afectación y que pudieran traer como consecuencia la trasgresión de tales derechos.[22]

Los tribunales han determinado igualmente que la publicación en un medio de comunicación masivo de expresiones que, ponderadas

[22] "Honor y reputación como derechos de la personalidad. Cuando se reclama en juicio la indemnización correlativa por el daño moral ocasionado, no debe demostrarse su existencia, salvo prueba en contrario, sino en todo caso los actos materiales imputados a quien se atribuye su afectación (Legislación del estado de Puebla)". Novena época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXI, mayo de 2005. Tesis: VI.2o.C.416 C, p. 1467. Materia: Civil. Tesis aislada. En el mismo sentido, véase la siguiente tesis de jurisprudencia: "*Daño moral. La sola materialidad del ataque a la integridad física como derecho de la personalidad es suficiente para acreditarlo y exigir su pago a título de indemnización de orden económico (Legislación del estado de Puebla)*". Novena época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XX, septiembre de 2004. Tesis: VI.2o.P. J/10, p. 1618. Materia: Penal. Jurisprudencia.

de acuerdo con las reglas generales de la lógica y la experiencia, vulneren el respeto que se debe a una persona y que la hacen digna de estimación y credibilidad, constituyen la prueba de que se produjo ese daño, pues determinan la afectación a la consideración que de una persona tienen los demás; mayor aún si resulta un hecho notorio que el tipo de expresiones proferidas menoscaben la integridad moral.[23]

Respecto de la valoración del daño al patrimonio moral, la nueva ley establece en su artículo 37, segundo párrafo, que debe tomarse en cuenta la personalidad de la víctima, su edad, posición económica y naturaleza pública o privada, la índole del hecho ilícito, la gravedad objetiva del perjuicio, así como la mayor o menor divulgación.

Finalmente, la ley objeto de estudio dispone que las acciones para exigir la reparación del daño al patrimonio moral prescriben a los dos años, contados a partir de la fecha de la realización del acto que se presume ilícito. Este plazo también coincide con el texto del artículo 1934 del Código Civil local.

5. Responsabilidades y sanciones

El último título establece, en primer término, que la reparación del daño comprende la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria, a costa del demandado, en el medio y formato donde fueron difundidos los hechos u opiniones que afectaron al patrimonio moral.

En términos del artículo 41 de la nueva ley local, en los casos en que no pueda resarcirse el daño a través de la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria, como puede ser el caso en que se revela la intimidad o la vida privada de una persona, se fijará una indemnización tomando en cuenta la mayor o menor divulgación del acto ilícito, las condiciones personales de la víctima y las demás circunstancias del caso. Sin embargo, por disposición del propio numeral, en ningún caso el monto por indemnización deberá exceder de 350 días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, lo

[23] "Daño moral. Expresiones cuya publicación en un medio de comunicación masivo acreditan en sí mismas que se produjo". Novena época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIII, mayo de 2001. Tesis: I.10o.C.15 C, p. 1119. Materia: Civil. Tesis aislada.

que en este año equivale a tan sólo 17 700 pesos. Este tope es tan absurdo, que desde el punto de vista meramente económico resulta más atractivo a la víctima pagarle a quien abusa del derecho de la información y de la libertad de expresión para que no continúe violando sus derechos de personalidad, que cubrir los honorarios de un abogado para exigir al infractor una indemnización por la trasgresión de tales derechos dentro de un procedimiento largo y con resultados inciertos.[24]

Por si no fuera poco, cuando la víctima es un servidor público, el juzgador está facultado, en función de las características especiales del caso, para disminuir hasta en 70% la indemnización máxima antecitada. En caso de reincidencia en el plazo de un año, el juez puede imponer hasta 50% más de dicha indemnización máxima.

El monto máximo de indemnización previsto en el citado artículo 41, además de absurdo, parece contradictorio con lo dispuesto en los artículos 20, 26, *in fine*, y 37, segundo párrafo, de la propia ley. Por un lado, hemos apuntado que en términos del primer párrafo del artículo 41, "*en ningún caso*" el monto por indemnización debe exceder de 350 días de salario mínimo. Tanto el segundo párrafo de ese artículo 41 como el artículo 43 reiteran que esa es la cantidad máxima por indemnización, es decir, se trata de un tope a la responsabilidad por daño moral objeto de estudio.

[24] El artículo 216 bis de la Ley Federal de Derechos de Autor, prevé la reparación del daño moral e indemnización por daños y perjuicios por violación a los derechos que confiere dicha ley, precisando que en ningún caso será inferior al 40% del precio de venta al público del producto original o de la prestación original de cualquier tipo de servicios que impliquen violación a alguno o algunos de los derechos tutelados por esta ley. En los casos en que no sea posible la determinación de la reparación del daño o de la indemnización por daños y perjuicios conforme a lo anterior, el juez con audiencia de peritos fijará el importe. Esta sanción podría resultar económicamente atractiva dado que hemos comentado en este documento que el artículo 87 de la Ley de Derechos de Autor regula el uso y publicación del retrato (imagen) de una persona; sin embargo, el último párrafo del numeral 216 bis en comento señala que para efectos del propio artículo se entiende por daño moral el que ocasione la violación de los derechos contemplados en las fracciones I, II, III, IV y VI del artículo 21 de la misma ley, entre las cuales no se encuentra referencia alguna al retrato de una persona. La interrogante consiste en determinar si también puede considerarse como daño moral "para efectos del artículo 216 bis" el uso indebido de la imagen de una persona y, consecuentemente, demandar por lo menos 40% del precio de la venta al público del medio en que se reprodujo indebidamente dicha imagen, no obstante que no se encuentra previsto así en el último párrafo del 216 bis; o, en su caso, presentar tal reclamación invocando la violación de un derecho conferido por esa ley.

En este análisis resulta importante retomar el texto del artículo 39 de la nueva ley, puesto que establece que la reparación del daño "*comprende*" la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria, respecto de la cual la posibilidad de imponer una sanción económica parece meramente subsidiaria, considerando que el citado artículo 41 señala que en los casos en que no se pudiere resarcir el daño en términos del artículo 39 se fijará una indemnización.

¿Lo anterior significa que la reparación del daño moral en comento se debe limitar en primer lugar y únicamente a la publicación de la sentencia condenatoria en el mismo medio y formato, bajo la consideración de que constituye la manera de reparar *in natura* un daño moral causado por el abuso del derecho a la información y la libertad de expresión, y que sólo cuando con tal divulgación no sea posible la reparación del daño, entonces, procede imponer –subsidiariamente– una sanción económica no mayor a 350 días de salario mínimo? ¿O, por el contrario, cuando la ley prevé que la reparación del daño "*comprende*" la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria, significa que tal divulgación únicamente constituye una de varias sanciones, es decir, la posibilidad de que coexista la obligación de difundir la sentencia condenatoria con una sanción económica incluso distinta de la indemnización subsidiaria y limitada prevista en el artículo 41? Parece difícil pensar que el legislador empleó dicho vocablo de manera deliberada en el sentido concedido por el *Diccionario de la Lengua Española*, o sea, bajo la acepción de "ceñir o rodear por todas sus partes una cosa".

Adicionalmente, con base en una interpretación más sistemática que exegética, el artículo 20 prevé la posibilidad de que la autoridad judicial condene a la reparación de los "*daños ocasionados*" y, en términos del artículo 26, *in fine*, también es posible que haya reparación del daño que "*se genere*". En el mismo sentido, el artículo 37, párrafo segundo, establece que en la valoración del daño al patrimonio moral debe tomarse en cuenta la personalidad de la víctima, su edad, posición económica y naturaleza pública o privada, la índole del hecho ilícito, la gravedad objetiva del perjuicio, así como la mayor o menor divulgación. Tal valoración sólo cobra sentido bajo una óptica favorable a la obtención de una reparación más justa y acorde

con las circunstancias del caso concreto, congruente con la regulación contenida en el Código Civil local, y no bajo el entendido de que debe realizarse dicha valoración sin que la condena rebase los 350 días de salario mínimo.

Por otra parte, el tope máximo referido resulta tan reducido que podría dar lugar a dudas respecto de si la demanda correspondiente debe promoverse ante un juez de lo civil o ante la justicia de paz, pues ésta es competente para conocer de los asuntos cuya cuantía no exceda de mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, o sea, 50 570 pesos en este año, en los negocios de jurisdicción contenciosa que no versen sobre derechos reales sobre inmuebles, según el texto del artículo 2o. del Título Especial de la Justicia de Paz, incluido en el código procesal local.

Tal parece que más bien son competentes los jueces de lo familiar y no los civiles o de paz para conocer de las demandas por daño moral promovidas en términos de la nueva ley, debido, en primer lugar, a la expresión empleada en el artículo 35 de la ley (procedimiento "*en Vía de Controversia*").

En segundo lugar, no estamos en presencia de un asunto de cuantía determinada, a la luz de la cual deba decidirse si corresponde a un juez de lo civil o a la justicia de paz, ya que la ley expresamente señala que, en principio, la reparación del daño debe efectuarse *in natura*, esto es, mediante la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria.

En tercer lugar, no podría ser competencia de los jueces de paz, puesto que el último precepto de la nueva ley establece que las resoluciones derivadas por la acción de daño moral podrán ser impugnadas conforme a lo previsto en el código adjetivo local. Como sabemos, la posibilidad de impugnar las resoluciones que se dicten durante el procedimiento sí existe en las controversias del orden familiar, pero no en la justicia de paz.

Por último, el transitorio cuarto de la ley establece que respecto de los juicios en materia civil que se estén tramitando antes de su entrada en vigor, las partes podrán –únicamente en cuanto al aspecto procesal– solicitar de común acuerdo con el juez que tenga a su cargo el caso, la continuación del juicio en los términos de la nueva ley. Tal posibilidad de que las partes soliciten al juez la continuación del juicio iniciado con anterioridad a la reciente ley, conforme a los términos procedimentales de ésta, únicamente tiene sentido si se entiende como un cambio en la vía, es decir, de la civil a la vía de controversia familiar.

Sin embargo, a pesar de las consideraciones anteriores, es de esperar que las demandas que se promuevan en el Distrito Federal con motivo del abuso del derecho a la información y la libertad de expresión, se tramiten en la vía ordinaria civil. Esto, no sólo en virtud de la ambigüedad de la expresión "en Vía de Controversia", la cual también puede ser interpretada en el sentido de que el legislador se refirió genéricamente a la vía contenciosa y, por lo tanto, al juicio ordinario, sino también para evitar problemas como la división de la continencia de la causa. Por ejemplo, en el caso de que coexista la generación de daño material y daño moral, si se demanda lo primero mediante juicio ordinario civil y lo segundo en vía de controversia de orden familiar, cabría la posibilidad de que la sentencia definitiva declarara la ilicitud de la conducta en un caso, pero no en el otro, no obstante que en ambos casos se analizaría la misma conducta.

Sobre esto último cabría, no obstante, un argumento más en el sentido de que la vía de controversia de orden familiar no implicaría la división de la continencia de la causa, considerando lo previsto en el artículo 149 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. En efecto, en términos de este precepto, la competencia por razón de materia es prorrogable en las materias civil y familiar y en los casos en que las prestaciones tengan íntima conexión entre sí, o por los nexos entre las personas que litiguen, o deriven de la misma causa de pedir, sin que para que opere la prórroga de dicha competencia sea necesario convenio entre las partes y sin que esto dé lugar a excepción sobre el particular.

En consecuencia, agrega el propio numeral, ningún tribunal debe abstenerse de conocer de estos asuntos argumentando falta de competencia por materia en los casos señalados, pues daría lugar a la división de la continencia de la causa o a multiplicidad de litigios con posibles resoluciones contradictorias.

.6. Transitorios

Los transitorios de la ley, además de establecer que la vigencia de ésta inicia el día siguiente de su publicación, con aplicación retroac-

tiva en materia penal y ultractiva en materia civil, derogan tanto disposiciones del Código Civil como del Código Penal, ambos para el Distrito Federal.

El último párrafo del artículo 1916 de la legislación civil local, establecía como medida idónea o natural de un resarcimiento moral, la publicación de la sentencia que condenaba a la persona que resultara responsable de un daño causado, en aquellos casos en que el daño moral afectaba a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración.[25] La derogación de ese párrafo final, quedando subsistente el resto del artículo 1916, es en realidad sólo relativa, puesto que, como lo hemos apuntado en líneas anteriores, la nueva ley prevé que la reparación del daño comprende la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria, a costa del demandado, en el medio y formato donde fueron difundidos los hechos u opiniones que afectaron al patrimonio moral.

Adicionalmente, se deroga el artículo 1916 bis de la legislación civil local, en su totalidad. Su primer párrafo tampoco fue dejado sin efectos en forma absoluta, ya que el mismo disponía que no estaba obligado a la reparación del daño moral quien ejerciera sus derechos de opinión, crítica, expresión e información, en los términos y con los límites de los artículos 6o. y 7o. de la Constitución federal, que es precisamente la materia regulada por la nueva ley.

De esta manera, la derogación que verdaderamente resulta relevante del Código Civil local es la del segundo párrafo de su artículo 1916 bis, el cual ha sido ampliamente discutido por la doctrina, dado que dicho párrafo establecía que "en todo caso", quien demandara la reparación del daño moral por responsabilidad "contractual o extracontractual" debía acreditar "plenamente" la ilicitud de la conducta del demandado (lo que no era del todo exacto, pues en la responsabilidad objetiva no se podría acreditar el ilícito) y el daño que "directamente" le hubiere causado tal conducta. Desde luego era muy difícil, si no es que imposible, acreditar en forma plena el daño del

[25] Véase la tesis identificada como: "Daño moral. La publicación de la sentencia que condena a resarcir el, sólo procede en aquellos casos en que se ha menoscabado o mancillado el honor de la persona afectada". Novena época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. III, marzo de 1996, p. 911. Tesis: I.6o.C.42 C. Tesis Aislada. Materia(s): Civil.

valor inmaterial protegido por el patrimonio moral; por lo que se tenía que demostrar con base en presunciones.

Así pues, la relevancia civil de la nueva ley es que deroga el artículo 1916 bis del Código Civil local, eliminando la disposición que establecía la carga de la prueba plena y directa del ilícito y del daño causado, con lo cual se abre la puerta para que los tribunales establezcan una presunción de existencia de daño moral mediante la aplicación –indebida en nuestra opinión– de la presunción establecida al final del primer párrafo del artículo 1916 del Código Civil local; presunción incluida tardíamente en la reforma de 1994 y cuyo objeto es limitado a situaciones distintas al ilícito general, pues su función fue atacar la privación de la libertad física o psíquica derivado de la problemática originada en dicho año con motivo de los secuestros de personas. La exposición de motivos así lo refiere al señalar que la motivación de la reforma fue la protección de los derechos humanos.

Por otro lado, acorde con lo previsto en el artículo 40 de la nueva ley en el sentido de que en ningún caso las sanciones derivadas del daño moral serán privativas de la libertad, se derogan los artículos 212 (violación a la intimidad personal), 214 y 215 (difamación), 216, 217 y 218 (calumnia), así como el 219 (disposiciones comunes a la difamación y calumnia) del Código Penal local.

Los tipos penales derogados habían sido duramente criticados, especialmente por los periodistas. En forma particular, el delito de difamación fue objeto de innumerables embates, dado que el tipo penal se podía actualizar incluso cuando la imputación a la víctima se basara en un hecho *cierto* y con tal que hubiera la mera *posibilidad* de causarle afectación en su honor, dignidad o reputación.

Finalmente, cabe preguntarse si la derogación de los tipos penales derogó implícitamente parte del artículo 2370 del Código Civil local, en lo referente a la posibilidad de revocar una donación cuando el donatario deviene en ingrato por cometer un delito contra la persona, la honra o los bienes del donante, sus ascendientes, descendientes o cónyuge. Esto, en virtud de que los tipos penales derogados son los identificados como "delitos contra el honor", de tal manera que podría considerarse que al no existir más esos delitos, también desaparece la causal prevista en el citado artículo 2370 para revocar una donación cuando el donatario ingratamente falta al honor del donante. Este potencial efecto reflejo no fue seguramente contemplado por

el legislador, por lo que los tribunales tendrán que fijar una postura interpretativa al respecto.

Tal interpretación parece difícil de aceptar dado que no hay elementos que lleven a considerar que la derogación en materia penal también tuvo como propósito dejar sin efectos la citada causal para revocar una donación. De hecho, no hay indicio alguno que lleve a pensar que el legislador local tuvo en mente lo previsto en el artículo 2370 del la legislación civil local. Sin embargo, una lectura exegética podría sostener que debido a que se han derogado los delitos contra el honor y considerando que la causal para revocar una donación es la comisión de un "delito" contra la persona, honra o bienes del donante, entonces, dicha causal ha sido derogada implícitamente, siendo este caso un ejemplo de reforma en la cual la ley trasciende la voluntad de sus creadores.[26]

Una posición congruente no sólo con la ausencia de elementos que lleven a considerar que la derogación en materia penal tuvo como propósito dejar sin efectos la citada causal para revocar una donación, sino también acorde con el espíritu del invocado artículo 2370, es decir, protectora de la persona, la honra y los bienes del donante contra actos ingratos del donatario, debe abanderar la subsistencia de tal causal de revocación.

III. La reforma en materia federal

Hemos adelantado en la parte introductoria de este artículo que los legisladores federales, a imagen y semejanza de los del Distrito Federal, derogan los tipos penales referentes a los delitos de injurias, calumnia y difamación, pero se distinguen en lo que se refiere a la reforma civil dado que no emiten una ley especial que regule el daño

[26] Eduardo García Máynez señala que el sentido de la ley no es la voluntad del legislador ya que si tal doctrina fuera correcta, entonces, habría que admitir que en todos aquellos casos en que no es posible descubrir esa voluntad, no hay interpretación jurídica. Agrega dicho autor que los trabajos preparatorios son de utilidad, mas no en cuanto eventualmente permiten conocer la voluntad de los redactores de la ley, sino en cuanto pueden ayudar al descubrimiento del "sentido objetivo" de la misma. La interpretación debe realizarse en conexión sistemática con todo el ordenamiento vigente. *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa, 1985, pp. 358 y 359.

moral proveniente del abuso del derecho a la información y la libertad de expresión (con aparente destinatario específico en los medios de comunicación), sino que sólo efectúan adiciones al artículo 1916 y al numeral 1916 bis de la legislación civil federal.

La propuesta de reforma en materia federal es resultado de tres iniciativas de ley. Dos de ellas fueron planteadas únicamente para derogar diversas disposiciones del Código Penal Federal y sólo la presentada por el Grupo de Trabajo de Seguimiento a las Agresiones a Periodistas y Medios de Comunicación de la Cámara de Diputados, conformado por diputados de distintos partidos políticos, propuso adicionar la legislación civil en términos semejantes a los aprobados por el Congreso de la Unión.

La exposición de motivos de la iniciativa se mantiene principalmente en el nivel del discurso político, por lo que deja a la doctrina y la jurisprudencia la labor de desarrollar la interpretación jurídica de la reforma.

1. Artículo 1916

La adición de los párrafos sexto, con cuatro fracciones, séptimo y octavo al artículo 1916 del Código Civil Federal es del tenor siguiente:

> "Estarán sujetos a la reparación del daño moral de acuerdo a lo establecido por este ordenamiento y, por lo tanto, las conductas descritas se considerarán como hechos ilícitos:
> I. El que comunique a una o más personas la imputación que se hace a otra persona física o moral, de un hecho cierto o falso, determinado o indeterminado, que pueda causarle deshonra, descrédito, perjuicio, o exponerlo al desprecio de alguien.
> II. El que impute a otro un hecho determinado y calificado como delito por la ley, si este hecho es falso, o es inocente la persona a quien se imputa.
> III. El que presente denuncias o querellas calumniosas, entendiéndose por tales aquellas en que su autor imputa un delito a persona determinada, sabiendo que ésta es inocente o que aquél no se ha cometido.
> IV. Al que ofenda el honor, ataque la vida privada o la imagen propia de una persona.
>
> La reparación del daño moral con relación al párrafo e incisos anteriores deberá contener la obligación de la rectificación o respuesta de la informa-

> ción difundida en el mismo medio donde fue publicada y con el mismo espacio y la misma circulación o audiencia a que fue dirigida la información original, esto sin menoscabo de lo establecido en el párrafo quinto del presente artículo.
>
> La reproducción fiel de información no da lugar al daño moral, aun en los casos en que la información reproducida no sea correcta y pueda dañar el honor de alguna persona, pues no constituye una responsabilidad para el que difunde dicha información, siempre y cuando se cite la fuente de donde se obtuvo".

Lo primero que salta a la vista es que la adición al artículo 1916 guarda una relación estrecha con los tipos penales derogados. La fracción I adicionada al 1916 deriva del artículo 350 (difamación) del Código Penal Federal, mientas que las fracciones II y III adicionadas corresponden a las fracciones I y II del derogado artículo 356 (calumnia) del citado ordenamiento penal. La última fracción adicionada seguramente se inspira tanto en los tratados internacionales celebrados como en la iniciativa de la ley local para la protección de la vida privada, el honor y la propia imagen.

El traspaso de la regulación penal a la legislación civil federal es coincidente con la *ratio legis* de la reforma, por ejemplo, que sean los jueces de lo civil quienes decidan si los periodistas o comunicadores actúan dentro o fuera de la ley al difundir su información u opiniones. La pregunta consiste, desde luego, en determinar si la escueta adición al Código Civil fue necesaria y adecuada.

En primer lugar, cabe destacar que la conducta prevista en la fracción I del 1916, si bien coincide con el derogado tipo penal de difamación, no incluye las causales excluyentes de responsabilidad que sí estaban previstas en el Código Penal Federal, a saber, que la imputación de un hecho cierto se refiera al ejercicio de las funciones de una persona que haya obrado con carácter público, o cuando el hecho imputado esté declarado cierto por sentencia irrevocable y el acusado obre por motivo de interés público o privado, pero legítimo y sin ánimo de dañar.

De esta manera, la interrogante obligada es por qué la modificación legislativa objeto de estudio no incluyó dichas causales excluyentes de responsabilidad en la reforma civil, cuando sí estaban previstas en la materia penal derogada y, sobre todo, a diferencia de los casos en los que se imputa un hecho falso o en los que es inocente

la persona a quien se imputa, por qué habría de considerarse como un acto ilícito la conducta por la cual se comunique a una o más personas la imputación que se hace a otra persona, de un hecho "*cierto*" que "*pueda*" causarle deshonra, descrédito, perjuicio, o exponerlo al desprecio de alguien, máxime cuando la imputación de ese hecho cierto se refiera al ejercicio de las funciones de una persona que haya obrado con carácter público, o cuando el hecho imputado esté declarado cierto por sentencia irrevocable y quien lo comunique obre por motivo de interés público o privado, pero legítimo y sin ánimo de dañar.

El que la fracción I en comento incluya como conducta ilícita la comunicación de un hecho cierto que pueda causar deshonra, descrédito, perjuicio o desprecio, sin prever distinción o salvedad alguna, no parece acorde con la exposición de motivos de la reforma federal, en la cual se señala que en un sistema democrático los gobernantes deben explicaciones a los ciudadanos y deben soportar las críticas, al mismo tiempo que se debe beneficiar la libertad de expresión e información para no limitar el control de la ciudadanía sobre los funcionarios públicos. Las personas que manejan los asuntos públicos deben contar con una protección diferente frente a las críticas de la que tendría cualquier particular que no esté involucrado en asuntos de interés público.[27]

Tal fracción tampoco parece congruente con el principio 11 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, el cual establece que los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad, de tal manera que las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como "leyes de desacato" atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información.

En segundo lugar, las fracciones II y III ya estaban previstas en la regulación genérica del primer párrafo del propio 1916, por lo que tales adiciones únicamente contribuyen a establecer en forma expresa que las conductas descritas en dichas fracciones se consideran

[27] En el mismo sentido, señalamos en la primera parte de este estudio, que en términos del artículo 5o. de la Ley de Imprenta no se consideran ataques a la vida privada por no tratarse de expresiones "*maliciosas*", las manifestaciones o expresiones vertidas –incluso ofensivas– cuando el acusado pruebe que los hechos imputados al reclamante son ciertos o que tuvo motivos fundados para considerarlos verdaderos y que los publicó con fines honestos.

ilícitas, de tal manera que respecto de los casos específicos previstos en las fracciones adicionadas al artículo 1916 ya no existe la carga probatoria –plena y directa– sobre la ilicitud de la conducta del demandado, como lo exige genéricamente el segundo párrafo del artículo 1916 bis subsistente en materia federal, pues a diferencia de la legislación local este artículo no fue derogado, lo que crea sobreregulación y confusión.

Finalmente, la fracción IV del artículo 1916 es tan genérica que prácticamente incluye las tres anteriores. La única diferencia respecto de la fracción I radica en que para que el ilícito previsto en la fracción I se actualice basta la mera posibilidad de causar deshonra, descrédito o perjuicio a una persona, o exponerla al desprecio de alguien, mientras que en la fracción IV sí se requiere la consumación de la afectación u ofensa.

La fracción IV del artículo 1916 presenta la misma deficiencia de la primera fracción, puesto que a la luz de aquella fracción basta la ofensa al honor o el ataque a la vida privada o a la imagen de una persona para considerar que hay una conducta ilícita, sin importar si ello deriva de la imputación de un hecho cierto que se refiera al ejercicio de las funciones de una persona que haya obrado con carácter público, o que el hecho imputado esté declarado cierto por sentencia irrevocable y el acusado obre por motivo de interés público o privado, pero legítimo y sin ánimo de dañar.

Por otro lado, ante la posible interpretación de la modificación al artículo 1916 en el sentido de que la reparación del daño moral con relación al párrafo sexto y sus cuatro fracciones se limita a la obligación de rectificación o respuesta de la información difundida en el mismo medio donde fue publicada y con el mismo espacio e igual circulación o audiencia a que fue dirigida la información original, y a la obligación establecida en el párrafo quinto del propio artículo, es decir, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma a través de los medios informativos que el juez considere conveniente, es importante abordar este punto.

Atendiendo al texto de los párrafos adicionados al artículo 1916, de ninguno de sus términos se desprende que se haya excluido la obligación de indemnizar económicamente a la víctima que sufra daño moral con motivo de alguna de las conductas previstas en las

cuatro fracciones adicionadas. Al contrario, el párrafo sexto adicionado señala expresamente que la reparación del daño moral será de acuerdo con lo establecido en el propio ordenamiento, dentro del cual se incluyen precisamente los párrafos segundo y cuarto del artículo 1916 relativos a la indemnización dineraria.

Sin embargo, no pasa desapercibida la confusión que puede generar el hecho de que en el séptimo párrafo del artículo en comento se establezca que la reparación del daño moral con relación al párrafo sexto y sus cuatro incisos "deberá contener la obligación de la rectificación o respuesta de la información difundida... sin menoscabo de lo establecido en el párrafo quinto del presente artículo". Dicha expresión pudiera interpretarse en el sentido de que el daño moral relacionado con la adición al artículo 1916 únicamente se reparará mediante la rectificación o respuesta de la información difundida y mediante la obligación establecida en el párrafo quinto (publicación de un extracto de la sentencia), sin que haya obligación de pagar una indemnización económica, puesto que no se hace referencia a ella, y bajo la consideración de que sólo esta interpretación hace lógica la remisión al párrafo quinto del artículo 1916. Esta interpretación sería congruente con lo que aparentemente se contempló en la ley local comentada en este mismo artículo, en el sentido de que la reparación debe ser *in natura*.

La interpretación correcta, no obstante, es otra. A nuestro parecer la remisión al párrafo quinto en la reforma efectuada al artículo 1916 se incluye para que no haya duda o confusión entre la coexistencia de la obligación de rectificación o respuesta de la información difundida y la obligación de publicar un extracto de la sentencia, ya que la relación estrecha entre ambas podría llevar a considerar erróneamente que el cumplimiento de la primera libera de la segunda. Así pues, de ningún modo tal remisión al párrafo quinto se hizo con el propósito de excluir la obligación prevista en los párrafos segundo y cuarto del propio artículo, esto es, para eximir de la reparación económica.

Esta interpretación se confirma a la luz de las consideraciones vertidas en el dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, que contenía el proyecto de decreto de reformas objeto de estudio, dado que del mismo se desprende que la reparación del daño moral que se cause bajo las hipótesis contenidas en las fracciones adicionadas al artículo 1916 no sólo implica la obligación de rectificación o

respuesta de la información difundida y la obligación de publicar un extracto de la sentencia, sino también una indemnización económica cuantificable con base en los elementos previstos en el cuarto párrafo del artículo 1916.[28]

Por último, el nuevo párrafo final del artículo 1916 es una disposición absolutoria para los medios de comunicación, ya que prevé que la reproducción fiel de información no da lugar al daño moral, aun en los casos en que la información reproducida no sea correcta, siempre y cuando se cite la fuente de donde se obtuvo. Parece, entonces, que la revelación de la fuente que realice quien reproduzca fielmente una información, haría eventualmente responsable a la fuente revelada, salvo que éste a su vez invoque alguna excluyente de responsabilidad. Este aspecto podría implicar, además, una violación al secreto profesional.

2. Artículo 1916 bis

En cuanto a la modificación al artículo 1916 bis, el párrafo tercero adicionado quedó como sigue:

> "Artículo 1916 bis.
> En ningún caso se considerarán ofensas al honor las opiniones desfavorables de la crítica literaria, artística, histórica, científica o profesional. Tampoco se considerarán ofensivas las opiniones desfavorables realizadas en cumplimiento de un deber o ejerciendo un derecho cuando el modo de proceder o la falta de reserva no tenga un propósito ofensivo".[29]

[28] En el considerando sexto del dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos se señala que se considera apropiada la propuesta planteada "*para que sean los jueces civiles quienes resuelvan mediante sus resoluciones si los periodistas y comunicadores o alguna otra persona lesionan derechos de terceros, cometen algún delito, o perturban el orden público al difundir información y opiniones, imponiendo una* sanción económica *y no de prisión como lo contemplan estos artículos. Lo anterior, en razón de que en la actualidad, es claro que los ofendidos o víctimas de los delitos de injurias, difamación y calumnia no acuden a levantar las actas respectivas ya que no les convence que a los sujetos activos del delito se les imponga una pena de prisión o inclusive multa. Quienes ven lesionada su personalidad, en cuanto al honor o decoro, verían con más interés que el sujeto activo del delito les haga la reparación del daño de tipo económico*".

[29] Esta adición es esencialmente idéntica al artículo 15 de la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal.

Sorprende el texto de esta adición al artículo 1916 bis, pues con él se libera de cualquier posible responsabilidad por ofensas al honor a quienes viertan opiniones desfavorables respecto de otras personas, siendo suficiente para ello que tales opiniones deriven de la crítica literaria, artística, histórica, científica o profesional, o del ejercicio de un derecho sin propósito ofensivo.

Paradójicamente, esta adición claramente a favor de los periodistas o comunicadores, aunque no se limita a ellos dada la generalidad de lo que puede considerarse como crítica profesional, no es congruente con la exposición de motivos de las diversas iniciativas de ley presentadas al respecto, ni con el debate suscitado en el Congreso de la Unión. De tales documentos se advierte que el propósito de la reforma fue que los excesos en el ejercicio de la libertad de expresión no deben ser castigados con prisión, pero sí con la imposición de una sanción económica.

Resulta igualmente cuestionable esta adición a la luz de los artículos 6o. y 7o. de la Constitución federal, ya que aun cuando tales disposiciones consagran la libre manifestación de las ideas y el derecho a la información, también es cierto que en ellos mismos se establecen límites a esas garantías constitucionales, entre los cuales se prevén tanto los derechos de terceros como el respeto a la moral y la vida privada. Esto es reiterado en el párrafo primero del propio artículo 1916 bis.

Así pues, la interpretación de la adición al artículo 1916 bis, especialmente por lo que respecta a la amplitud de los vocablos "opiniones desfavorables", "crítica profesional" y "en ningún caso", debe efectuarse de tal manera que no lleve al extremo de dejar impune el abuso del derecho a la información y la libertad de expresión, pues de lo contrario no sólo se estaría despenalizando tal abuso en la esfera criminal, sino también en la civil.

IV. Conclusiones

La derogación tanto en materia local como federal de los tipos penales se vislumbra como una reforma acertada, al menos por lo que atañe a los casos en que el afectado es un personaje público o un particular que voluntariamente se involucra en asuntos de interés público. Esto, no sólo a la luz de los acuerdos suscritos internacio-

nalmente por nuestro país, sino también considerando los múltiples casos de comunicadores procesados penalmente por el ejercicio de su trabajo periodístico, principalmente por la crítica vertida en contra de personajes públicos.

La derogación en materia penal debe derivar, en principio, en una mayor libertad de expresión y del ejercicio del derecho a la información, lo que además favorece el sistema democrático. Resulta necesario, entonces, que a fin de evitar excesos o abusos en el ejercicio de tales derechos, especialmente considerando el poder que tienen los medios de comunicación masiva, dada su enorme capacidad de difusión e incluso para prejuzgar, que cualquier afectado tenga la posibilidad de demandar en la vía civil una indemnización adecuada del daño que se le llegue a causar.

Desafortunadamente, los términos de la reforma analizada tanto en materia local como federal pueden derivar no sólo en la despenalización del abuso del derecho a la información y libertad de expresión en la esfera criminal, sino también en la civil. Si bien es cierto que no debe existir control ni censura previa sobre la libre manifestación de las ideas y el derecho a la información, también lo es que resulta fundamental regular correctamente las responsabilidades posteriores para quienes abusen de tales derechos.

La reforma comentada, más que aclarar y unificar la regulación del daño moral, parece complicarla y desarticularla. Tanto en el orden local como en el federal existen diversos ordenamientos jurídicos sobre la misma institución del daño moral, cada uno con muy distintas consecuencias. Una misma conducta ilícita está regulada en forma diferente y es sancionada en función de los sujetos, el territorio y la materia. Esto motivará innumerables complicaciones en los casos que se sometan a los tribunales. La falta de técnica legislativa no sólo se ve reflejada en temas de estudio para la doctrina, sino que repercute directamente en la esfera de los gobernados.

EL ÁRBITRO

Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO

A mi querido maestro, don José Luis Siqueiros. Un ejemplo de lo que es (y debe ser) un buen árbitro.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Naturaleza*. III. *Requisitos*. IV. *Cumplimiento de requisitos*. V. *Constitución*. VI. *Obligaciones y poderes*. VII. *Derechos*. VIII. *Temas abiertos y problemas en la práctica*. IX. *Comentarios finales*.

I. INTRODUCCIÓN

Un axioma frecuentemente citado dicta que un procedimiento arbitral es tan bueno como la calidad de los árbitros que lo conducen.[1] "Tanto vale el arbitraje como el árbitro", advertía Frederic Eisenman, quien fuera Secretario General de la Cámara de Comercio Internacional. Como lo expone atractivamente J. H. Carter:[2] "Los tres temas más importantes en el arbitraje internacional son los árbitros, los árbitros, los árbitros". [The top three subjects in international arbitration are the arbitrators, the arbitrators, the arbitrators.]

[1] Pieter Sanders, *Quo Vadis Arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice*, Kluwer Law International, The Hague, Netherlands, 1999, p. 224.

[2] "The Selection of Arbitrators", *The American Review of International Arbitration*, vol. 5, núm. 1-4, 1994, p. 84.

Thomas Clay, en su tesis doctoral sobre este tema, escribe:[3] "Probablemente nada es más importante que la elección del árbitro, ni más difícil para las partes, sus asesores y las instituciones arbitrales.

Si bien la importancia es clara, su régimen, derechos, obligaciones y respectivo alcance muestra ambigüedades y diferencias de opinión. Su análisis es el objeto de este estudio.

Para ello se comenzará con su naturaleza, para continuar con los requisitos para actuar como árbitro, cómo se garantizan, continuando con la constitución del tribunal, las obligaciones, sus poderes, derechos, algunos temas difíciles, para concluir con una observación final.

II. Naturaleza

1. Introducción[4]

La naturaleza del árbitro, como del arbitraje, ha sido objeto de debate.[5] Las figuras a las que se asemeja son varias, y los argumentos en apoyo de cada una son diversos. A continuación las mencionaré brevemente.

2. Nociones vecinas

Las instituciones a las que se ha asemejado la figura del árbitro son 1) mediador y conciliador; 2) mandatario; 3) transacción y 4) experto. A continuación se analizarán.

[3] Thomas Clay, *L'Arbitre*, Dalloz, París, 2001, p. 374. Sus palabras son "Rien n"est probablement plus important que le choix de l'arbitre (...), ni de plus difficile pour les parties, leurs conseils et pour les institutions d"arbitrage".

[4] Esta sección está basada en un artículo titulado "La naturaleza jurídica del arbitraje: un ejercicio de balanceo químico", que el autor presentó a la *Revista Peruana del Arbitraje* en marzo de 2007, y que reproduzco con su autorización.

[5] En este apartado centraré el análisis en la naturaleza del árbitro, dejando para otro momento la naturaleza del arbitraje. En caso de desear abundar sobre esta última, puede consultarse la obra *El arbitraje y la Judicatura*, Porrúa, 2007, en donde se hace un análisis exhaustivo.

A. Mediador y conciliador

Existe un álgido (y cansado, en mi opinión)[6] debate sobre el concepto y diferencia entre la mediación y conciliación. No será repetido.[7] Para efectos de este análisis ambos serán concebidos como mecanismos de solución de controversias en los que participa un tercero-neutral para ayudar a que las partes lleguen a una solución de su controversia sin que la decisión u opinión que el tercero pueda emitir sea ejecutable.

Hay quien confunde al árbitro con el mediador o conciliador. Ello deriva de que las tres figuras comparten algo (su género próximo): en todas participa un tercero extraño que, con niveles distintos de intervención, colabora para resolver la controversia de las partes. La diferencia específica reside en las facultades del tercero. Mientras que el mediador interviene para ayudar a las partes a que *ellas mismas* resuelvan su controversia y el conciliador sugiere una solución, el árbitro realiza un acto jurisdiccional: emite un fallo (el laudo) que tiene fuerza de cosa juzgada y que vincula (obliga) a las partes.

Una segunda diferencia es la participación de las partes en la solución de la controversia. Mientras que en la mediación y conciliación se trata de conducta cooperativa: procedimientos de "caucus",[8] en un arbitraje el procedimiento es adversarial.

B. Mandatario

Hay quien postula que el árbitro es un mandatario de las partes, por lo cual el arbitraje es asimilable a un mandato. Se le encomienda la

[6] Pues la discusión es, en buena medida, semántica. No veo que tenga mucho contenido. Es por ello que el estudio citado en la siguiente nota y en la obra *Arbitraje*, Porrúa, 2004, adopto una postura que busca prescindir de debates de nomenclatura, para entrar al fondo del asunto. Al respecto propongo que existen dos instituciones parecidas pero distintas, dan un valor agregado diverso para resolver diferentes tipos de controversias. Es por ello que en el estudio citado hago un llamado a que se entienda la (distinta) herramienta que cada una proporciona, y a que no nos perdamos en debates sobre títulos.

[7] Para abundar sobre ello, consúltese "Mecanismos alternativos de solución de controversias. Nota sobre el desarrollo del área", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, 28, 2004, p. 213.

[8] Este es el término de arte que describe el procedimiento mediante el cual las partes comunican al tercero su postura sobre la disputa que las divide para que éste ayude a presentar sus diferencias, sea sugiriendo una solución o simplemente aviniendo a las partes.

realización de un acto jurídico (resolver una controversia) cuyo efecto impactará un patrimonio distinto al suyo: el de sus mandantes.

Considero que la caracterización peca de algo importante (que es su diferencia específica): en el mandato, los mandantes no sólo pueden encomendar qué hacer al mandatario, sino cómo hacerlo. Tomando esto en cuenta considero que se está forzando la institución. Las partes no pueden decirle al árbitro cómo resolver, por lo que la asimilación parece inadecuada.

C. Transacción

Algunos asimilan al arbitraje a una transacción. El motivo principal reside en que comparten algo en común: mediante ambos se obtiene un documento que tiene fuerza de cosa juzgada.

Considero que existen tres motivos por los que la institución dista de poder abarcar al arbitraje. El primero es palpable: en la transacción no hay tercero. El segundo es un poco más sutil: mediante la transacción las partes, haciéndose recíprocas concesiones, resuelven una controversia.[9] En arbitraje esto no sucede. No hay recíprocas concesiones. El árbitro determinará a quién asiste el derecho, sin que por dicho motivo haya ocurrido una concesión frente a la otra parte.

Tercero, el arbitraje resulta en un *acto jurisdiccional*. La transacción es un contrato. En la transacción no hay una renuncia de ejercer *ante tribunales* un derecho de acción. En el arbitraje sí.[10]

[9] Lo cual es un elemento *esencial* de la transacción. Existe jurisprudencia al respecto.

[10] Lo que la doctrina francesa llama el "efecto negativo" del acuerdo arbitral. En forma relevante, recientemente se ha emitido una tesis que hace eco de esta teoría: NULIDAD DE ACTOS DENTRO DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL MERCANTIL. NO CORRESPONDE SU CONOCIMIENTO A UN TRIBUNAL JUDICIAL. *La existencia de un acuerdo de arbitraje produce para las partes efectos positivos y negativos*. Los primeros en relación con la facultad y correlativa obligación de las partes de acudir al arbitraje como medio de arreglo de sus diferencias, cooperar en el nombramiento de los árbitros, participar en el procedimiento arbitral y aceptar de antemano el carácter obligatorio de la decisión que dicte el órgano arbitral designado por ellas. Los efectos negativos consisten en la *imposibilidad de plantear la controversia ante un tribunal estatal* o diferencia que es materia de compromiso arbitral, *ante un tribunal estatal* y de que éste conozca del fondo del asunto. Existen casos en que legalmente es posible la intervención de la autoridad judicial en los procedimientos arbitrales, antes o después de la instauración del procedimiento, para ejercer el necesario control judicial sobre la validez del pacto arbitral, al respecto el Código de Comercio establece en el título IV del libro V, denominado "Del arbitraje comercial", específicamente los siguientes supuestos: solicitud de medidas cautelares, nombramiento, recusación o remoción de árbitro, cuando opuesta la excepción de incompetencia el tribunal arbitral la desestime, desahogo de pruebas, observaciones respecto de los honorarios de los integrantes del tribunal, anulación de laudos definitivos y reconocimiento y ejecución de laudos. De ahí que si el acto cuya nulidad se pretende ante un tribunal del Estado, deriva de un procedimiento arbitral que todavía no ha concluido, es ante el propio tribunal arbitral que debe obtenerse el remedio, toda vez que la validez del acto emitido dentro del procedimiento arbitral, puede ser resuelta por quien conoce de tal procedimiento, dado que la jurisdicción arbitral está latente mientras no se resuelva la controversia de fondo. Además, la improcedencia de la acción de nulidad autónoma contra un acto dictado dentro de un procedimiento arbitral que no ha concluido, tiende a evitar dilaciones en la sustanciación de esos procedimientos, pues de permitir la intervención judicial para revisar cada una de las actuaciones del tribunal arbitral haría nugatoria esa forma de justicia alternativa, porque no podrían lograr el objetivo que se pretendía con dicha estipulación, consistente en evitar la tramitación de un procedimiento judicial y únicamente dejar la intervención del tribunal estatal para lo expresamente regulado y en su caso, para la ejecución del laudo que resuelva la controversia. Con esas bases, se da cabal eficacia al compromiso arbitral y se facilita la realización de los procedimientos arbitrales, en caso de existir un acuerdo sobre esa forma de resolución de controversias. (Amparo directo 350/2006, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXV, Novena época, marzo de 2007, Tesis: I.3o.C.566 C, p. 1730).

D. Experto

Mediante un procedimiento de expertos (o el galicismo bajo el cual es más conocido: "expertise") se busca obtener una opinión sobre una cuestión técnica, que no necesariamente es jurídica.

El arbitraje y el "expertise" comparten algo: tercero(s) participa(n) dando su opinión para resolver una controversia. Sin embargo, difieren tanto subjetiva como objetivamente. Objetivamente, mientras que el árbitro resuelve una disputa después de realizar un acto jurisdiccional, el experto no hace más que dar una opinión sobre una cuestión técnica, de hecho. Subjetivamente, mientras que uno es un experto en un área del conocimiento humano, el otro no necesariamente reúne dicho requisito. En esencia, sus diferencias son:[11]

a) *Sujeto*. El árbitro es un juzgador, el experto un tercero conocedor de una disciplina particular.

[11] Charles Jarrosson, *La Notion d"Arbitrage*, Bibliotheque de Droit Privé, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, París, 1987, p. 123.

b) *Facultades/Objeto*. El árbitro emite un laudo que vincula a las partes por tener fuerza de cosa juzgada, el experto emite una opinión que (en principio) no vincula a las partes.
c) *Resultado/Producto*. El árbitro resuelve un litigio que involucra una pretensión jurídica, el experto emite una opinión sobre un hecho.

Con frecuencia las partes establecen cláusulas arbitrales "escalonadas" y ello ha generado dudas sobre el papel y naturaleza del perito en dicho contexto.

Un "Acuerdo Arbitral Escalonado"[12] es uno en el cual se contempla más de un mecanismo para resolver las controversias que puedan surgir de su relación.[13] La forma en que se conjuga la pluralidad de métodos es variable, no estática. En ocasiones implica que una tiene que agotarse antes de acudir a otra. En otras no pueden seguirse en forma paralela o complementaria. La necesidad de agotar previamente uno antes de acudir a otro es una determinación contractual y casuista.[14] Depende de lo que las partes hayan pactado. No es automática y no admite generalizaciones. Atiende a la arquitectura contractual.

La práctica muestra situaciones ambiguas en las que es difícil distinguir entre un procedimiento de expertos y el arbitraje. Ello dado las facultades que se le dan a los "peritos". Ha sucedido que se le dan facultades que se asemejan más a un acto jurisdiccional que a la emisión de una opinión técnica.[15] Las diferencias en las facultades

[12] O "Multi-Tiered Arbitration Clause", como se le conoce en inglés.

[13] Dyalá Jiménez Figueres, "Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in ICC Arbitration", *ICC Internacional Court of Arbitration Bulletin*, vol. 14, núm. 1, Primavera de 2003, p. 71.

[14] Así lo han determinado laudos arbitrales distintos (por ejemplo, arbitraje CCI 4229, laudo interino de 26 de junio de 1985; arbitraje CCI 5872, laudo interino del 25 de abril de 1988; arbitraje CCI 6276, laudo parcial de 29 de enero de 1990; arbitraje CCI 7422, laudo interino del 28 de junio de 1996; arbitraje CCI 8073, laudo final de 27 de noviembre de 1995; arbitraje CCI 8462, laudo final de 27 de enero de 1997; arbitraje CCI 9977, laudo final de 22 de junio de 1999; arbitraje CCI 9984, laudo preliminar de 7 de junio de 1999; arbitraje CCI 10256, laudo interino de 8 de diciembre de 2000, y algunos recientes aún no reportados).

[15] En un caso en el que participó el autor se facultaba al perito para emitir una "opinión técnica vinculatoria" después de seguido un procedimiento adversarial. Ello fue considerado un "arbitraje".

que las partes pactan y la variedad de matices de las mismas, han mostrado ser asombrosas. Y las posturas de diferentes expertos contribuyen a la complejidad. Siguiendo el principio que la naturaleza de una institución no la dicta el título que las partes le den, sino su contenido (su régimen), hay quien postula que en ocasiones dichos "peritos" en verdad son "árbitros", y el procedimiento no es un "expertise" sino "arbitraje". Pero las posturas varían, y el motivo es claro: la ausencia de una línea clara que las distinga.

Ante ello, deseo hacer eco de una teoría que puede servir para echar luz a esta polémica.

3. La Teoría Jarrosson: un modelo para discernir

La "Teoría de binomios o ecuaciones de Jarrosson"[16] desmenuza y contrasta los elementos relevantes de la siguiente manera:

A = Árbitro, juez privado	≠	a = Experto
B = Litigio relativo a una pretensión *jurídica*	≠	b = Problema técnico (*de hecho*)
C = Laudo obligatorio entre las partes	≠	c = Opinión no vinculatoria

Según Jarrosson, la naturaleza de la institución contemplada en el pacto de las partes dependerá de la conjugación *in casu* de estos elementos. Entendamos cada componente como si fueran químicos.[17] Cada uno es un elemento[18] distinto, y de su mezcla con otros tendre-

[16] Charles Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, Bibliotheque de Droit Privé, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, París, 1987. Si bien la teoría es desarrollada a lo largo de su (extraordinaria) obra, el núcleo de la misma puede encontrarse en pp. 124-132.

[17] Jarrosson no lo explica así. La metáfora química es mía y busca ilustrar con más facilidad (pues su estudio es largo y complejo, además de interesante). Espero estarle haciendo justicia. Por respeto al autor alerto al lector con la finalidad de no atribuir palabras a Jarrosson con las que posiblemente no esté de acuerdo.

[18] En química, un "elemento" es una sustancia que no se puede separar en sustancias más simples. Comparten los mismos átomos. (Raymond Chang, *Química*, Williams College, McGraw-Hill, México, 7a. ed., 2002, p. 9).

mos compuestos[19] distintos, con propiedades[20] jurídicas diversas, mismas que a continuación explicaré.

Tabla Periódica de Elementos. Arbitral

Sustancia compuesto	*Propiedades físicas*	*Propiedades químico-jurídicas*
ABC =	Arbitraje en su estado puro.	Existirá la obligación de acudir al arbitraje, siguiendo un procedimiento adversarial, concluyendo con un laudo que es obligatorio a las partes y tiene fuerza de cosa juzgada.
abc =	En este caso será un *experto* el que emitirá una *opinión* sobre una cuestión de *hecho*.	Es el opuesto total al arbitraje. No necesariamente existe una obligación de acudir a ello (a menos que las partes así lo plasmen), no tiene que seguirse un procedimiento adversarial, y concluye con una opinión *de hecho* sobre un tema técnico que puede o no ser jurídico.
ABc =	En este caso será un *árbitro* el que resuelve un problema *jurídico* emitiendo una *opinión*.	Dicha opinión carece de fuerza obligatoria y no es cosa juzgada. (Raro pero sucede.)

[19] Un "compuesto" es una sustancia formada por átomos de dos o más elementos unidos químicamente en proporciones definidas. Es un conjunto de dos o más elementos. (Chang, *Química*, p. 9).

[20] Las sustancias se caracterizan por sus propiedades y su composición. Una propiedad física se puede medir y observar sin que cambie la composición o identidad de la sustancia. Una propiedad química es observable mediante un cambio químico. (Chang, *Química*, p. 11).

abC =	Un *experto* resuelve un problema *de hecho* mediante un *laudo*.	De nuevo, es algo raro. Tiene todos los elementos de arbitraje. El que sea una litis fáctica no cambia el efecto, aunque la diferencia más importante es en el cómo: el procedimiento no es adversarial.[21]
Abc =	Un tercero llamado *árbitro* por las partes es llamado a dar una *opinión* sobre una cuestión *de hecho* que no será ley entre las partes.	No es arbitraje. La forma en que las partes llamen al tercero es irrelevante.[22]
aBc =	Un *experto* emite una *opinión* sobre una disputa relacionada con una pretensión *jurídica*.	No es arbitraje. No hay delegación de poderes de juzgador (facultades jurisdiccionales). No vincula a las partes.
AbC =	Un *árbitro* resuelve un problema de *hecho* mediante un *laudo*.	Esto es arbitraje. Podría denominarse "arbitraje fáctico". El que verse sólo sobre *hechos* (y no derecho) no muta su naturaleza. El laudo es obligatorio y tiene fuerza de cosa juzgada.

[21] La jurisprudencia francesa le da más importancia al carácter irrevocable y obligatorio de la decisión del tercero y el procedimiento seguido para ello, que a la denominación que las partes le han dado al tercero.

[22] Esto se presenció en *Compagnie d"eclairage de l'Allier vs. Bouchand* (31 de marzo de 1862), donde se mencionó la irrelevancia de la forma en que haya sido bautizado por las partes.

Jarrosson advierte sobre la existencia de un "fenómeno de atracción del arbitraje": cuando algo que parece "arbitraje" no es descalificado como tal, tenderá a pensarse que es arbitraje.[23] Como política judicial, el fenómeno parece positivo. Después de todo, es más acorde con la voluntad de las partes darle plenos efectos jurídicos a la institución que parece que pactaron, aunque sea lacónicamente, que restárselos.

Habiendo "separado los átomos" del "compuesto arbitral", es de esperarse que con base en los mismos nuestra judicatura caracterice a la institución cuya naturaleza se ponga en tela de juicio.

III. Requisitos

1. Introducción

Son muchos los requisitos y virtudes que personas diversas requieren de los árbitros.[24] Ante ello, puede sorprender que el derecho arbitral mexicano únicamente contemple dos: independencia e imparcialidad.[25]

La sorpresa es infundada, y por dos motivos. El derecho arbitral está diseñado para poder regular adecuadamente diversos tipos de arbitrajes. Ante ello, la inclusión en ley de requisitos que sean apropiados para una especie de casos podría tornarlo inadecuado para otros. El segundo motivo es que los requisitos contemplados por el derecho mexicano son los términos de arte que han encontrado eco en las legislaciones y reglas arbitrales a nivel mundial. Reflejan el consenso de la opinión internacional contemporánea. A tal grado que

[23] Jarrosson, *op. cit.*, p. 126.

[24] Deseo comunicar al lector un dato curioso. A la fecha de conclusión de este estudio el autor llevaba ocho años impartiendo la materia de arbitraje a nivel licenciatura, maestría y otro tipo de diplomados. En todas esas cátedras, al abordar las cualidades del árbitro, invariablemente he comenzado por preguntar a los alumnos cuáles son los requisitos que consideran que debe tener un individuo para ser árbitro. La cantidad de adjetivos es impresionante. Y existe una constante: la pluralidad va aunada a la tenacidad con la que defienden la trascendencia de cada uno. He realizado un listado de adjetivos que diferentes judicaturas y autores han empleado sobre las características del árbitro. De nuevo, la lista es enorme. Alrededor de 34 diferentes.

[25] Artículo 1428 del Código de Comercio.

se han convertido en un requisito fundamental del arbitraje comercial *internacional*.[26]

Y así lo han calificado expertos distintos. Por ejemplo, el requisito de independencia ha sido tildado de un pilar del sistema arbitral,[27] una regla básica,[28] el fundamento mismo de la institución arbitral,[29] la piedra angular del arbitraje,[30] la condición para poder hablar de arbitraje,[31] la marca, la originalidad de la institución,[32] como un deber deontológico,[33] el fundamento mismo de la justicia arbitral,[34] como un factor primordial de estabilidad del arbitraje,[35] hasta aquellos que sostienen que el deber de independencia deriva de la función misma de arbitrar.[36]

No obstante el raigambre internacional que dichos requisitos han encontrado, existe confusión[37] y debate sobre su noción y alcance. A primera vista, ambos términos podrían parecer intercambiables y, por ende, tautológicos.

Podría pensarse que se refieren a un mismo tema: neutralidad. Sin embargo, tienen significados jurídicos distintos. A continuación se tratarán en conjunción con otras dos cualidades que, no siendo indispensables, son ocasionalmente útiles, para luego enfrentarlos con situaciones que los ponen a prueba.

[26] Pongo énfasis en el calificativo de *internacional* puesto que dichas cualidades varían de conformidad con la *lex arbitrii* y práctica arbitral de cada jurisdicción. Por ejemplo, los árbitros en procedimientos locales en Estados Unidos consideran que el único que tiene que cumplir con dicho doble requisito es el "neutral" (es decir, el árbitro que preside el tribunal arbitral) a diferencia de los "árbitros-de-parte" (o "no-neutrales").

[27] Giorgio Bernini, *La procedure arbitrale et l'independence des arbitres*, ICC Publishing, 6o. Colloque CCI-CIRDI-AAA, París, 27 de octubre de 1988.

[28] Nariman, coloquio del 27 de octubre de 1988.

[29] Henry, *op. cit.*, p. 185.

[30] Von Mehren, coloquio del 27 de octubre de 1988.

[31] Jarosson, coloquio del 27 de octubre de 1988.

[32] Marc Henry, *Le Devoir d'Indépendance de L'Arbitre*, Biblioteque Droit Privé, t. 352, L. G. D. J., París, 2001, p. 339.

[33] Eisenmann, "Déontologie de l'Arbitre", *Revue de L'Arbitrage*, 1969, p. 224, Henry, *op. cit.*, p. 243.

[34] J. D. Verdín, *Etudes offertes a Pierre Ballet*, p. 71.

[35] Phillippe Fouchard, "Le Statut de l'Arbitre", *Revue de L'Arbitrage*, 1996, p. 347.

[36] Henry, *op. cit.*, p. 179.

[37] Marc Henry, *op. cit.*, pp. 121 y ss.

2. Independencia e imparcialidad

La doctrina y jurisprudencia arbitral, si bien no en forma unánime, concibe a la *independencia* como un criterio *objetivo*: se refiere al vínculo que puede existir entre un árbitro y las partes o el asunto objeto de la controversia. La *imparcialidad* se entiende como un criterio *subjetivo* y difícil de verificar: alude al estado mental de un árbitro. Pretende describir la ausencia de preferencia de una de las partes en el arbitraje o postura en el asunto en cuestión. Tomemos cada uno por separado.

A. Independencia

La noción descrita, que ha sido generalmente aceptada como buen derecho, se ha enfrentado con discusiones de grado que hacen difícil deslindar su alcance. Después de todo, tomado a rajatabla, el requisito de independencia puede ser difícil de implementar. ¿Cómo exigir independencia *total*? ¿Que no el simple hecho de *existir* significa *depender*, relacionarse, de alguna manera?

Dado que no existe la independencia absoluta, ello necesariamente nos enfrasca en una discusión de grado.

Hay quien dice que se calificará de independiente al árbitro que carezca de vínculos "próximos, sustanciales, recientes y probados".[38] Claro que el *quid* reside en definir qué tan próximos, sustanciales y recientes tienen que ser dichos vínculos para que un árbitro sea considerado como carente de independencia. De nuevo, una discusión de grado.

¿Qué hacer de dicha abstracción? ¿Tolerarla? Así parece hacerlo un conocido experto al decir que la independencia es un concepto elusivo que está fuera de descripción racional y puede ser identificada cuando uno la ve, y con frecuencia depende de quién la ve.[39] Es

[38] Tomando prestados los calificativos de Stephen Bond, *The Experience of the ICC in the Confirmation/Appointment Stage of an Arbitration, The Arbitral Process and the Independence of Arbitrators*, ICC Publishing, 1991, p. 13.

[39] Horacio Grigera Naón, *Factors to Consider when Choosing an Efficient Arbitrator*, p. 290. Sus palabras exactas fueron: "It could be said that arbitral independance (...) is an elusive concept which is beyond rational description in the abstract, may only be identified when one sees it and often depends on who is seeing it".

por ello que la independencia de espíritu, lejos de ser una referencia absoluta, es en realidad una cuestión relativa.

¿Quiere ello decir que el concepto de "independencia" es similar al de "pornografía" bajo derecho estadounidense?, donde la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, al tener que enfrentarse con el difícil tema de definir "pornografía", sostuvo que "i'll know it when I see it".[40]

En respuesta a la problemática descrita se han generado dos grandes tendencias: la unitaria y la dualista. La *unitaria* asimila los conceptos de independencia e imparcialidad. Los usa intercambiablemente. La *dualista* le otorga un doble contenido a la independencia: 1) obligación particular, limitada, que añade una obligación distinta a la imparcialidad a la cual se le adjunta una obligación de neutralidad; y 2) una obligación general, que engloba independencia (propiamente dicha), imparcialidad, neutralidad y objetividad, entendidas de la siguiente manera:[41]

- *Neutralidad*. La distancia del árbitro para con la cultura jurídica, política y religiosa de las partes.[42] El desligamiento del ambiente jurídico, económico y político de donde proviene la disputa o las partes.
- *Imparcialidad*. Ausencia de una preconcepción (favorable o desfavorable) sin examen previo del fondo jurídico de la controversia.
- *Objetividad*. Aprensión fiel de la realidad.

Henry propone su abandono en beneficio de una unitaria que conciba genéricamente al deber de independencia incluyendo dos aspectos:[43] 1) externo y objetivo y 2) interno y subjetivo. El objetivo hace

[40] La postura que ha tomado la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos para definir pornografía (*hard-core pornography*), en *Jacobellis vs. Ohio* (378 U.S. 184, 197, 1964).

[41] Henry, *op. cit.*, pp. 142-143.

[42] Definición de Matthieu de Boisséson.

[43] Henry, *op. cit.*, pp. 150 y 155.

de la independencia del árbitro una "situación" que iría más lejos que la imparcialidad. El subjetivo hace referencia a la noción de independencia de espíritu, el cual se asemeja al concepto de imparcialidad.[44]

Henry propone que la apreciación de la independencia del árbitro deba ser objetiva pero atemperada por consideraciones subjetivas.[45] Lo bautiza "aproximación objetiva atemperada" ("approche objective tempérée"),[46] lo cual implica:[47]

a) Que el cuestionamiento de la independencia no sea únicamente sobre su ánimo, sino que cuente con algún elemento concreto.
b) Que el árbitro no sólo debe ser independiente, sino que debe aparentarlo.
c) El atemperamiento de la objetividad significa que el cuestionamiento creado por una circunstancia no es irrefutable sino que debe considerarse a la luz de consideraciones subjetivas (por ejemplo, comportamiento del árbitro y de las partes). Sin dicho atemperamiento, los criterios objetivos desnudos tendrían como resultado, de ser aplicados rigurosamente, privar al mundo del arbitraje de sus mejores árbitros.

Hay casos que parecen haber adoptado una postura congruente con esta noción. Por ejemplo, en un conocido caso francés la Corte de Apelación de París sostuvo que, para que ciertas circunstancias puedan cuestionar la independencia del árbitro deben de tratarse de vínculos materiales o intelectuales tales que afecten el juicio del árbitro de tal manera que generen un riesgo claro de prejuicio ante una de las partes en el arbitraje.[48]

[44] Pierre Lalive, coloquio del 27 de octubre de 1988.
[45] Henry, *op. cit.*, p. 316.
[46] *Ibidem*, p. 343.
[47] *Ibidem*, p. 317.
[48] *Soc. Maec SA vs. P. Mumback*, 23 de marzo de 1995, Corte de Apelación de París ("Les circonstances pour contester l'independance de l'arbitre doivent caracteriser, par l'existence de liens matériels et intelectuels, une situation de nature à affecter le jugement de l'arbitre en constituant un risque certain de prévention à l'égard de l'une des parties à l'arbitrage".)

Diversos casos franceses[49] han establecido que la independencia del árbitro es igual a la del juez.[50] La independencia de espíritu es indispensable para ejercer el poder jurisdiccional que se les ha dado,[51] sin importar la fuente.[52] En palabras de Clay: es el proceso intelectual que permitirá tomar una decisión jurisdiccional libre de toda contingencia.[53]

Para finalizar, deseo abordar un tema difícil: la duración del deber de independencia. Si bien es claro que el deber de independencia permanece durante el procedimiento arbitral, no es perpetuo.[54] ¿Quiere ello decir que, una vez emitido el laudo, deja de existir? ¿Puede el árbitro *inmediatamente* después contratar con alguna de las partes?

Casos diversos han hecho que dicha interrogante sea importante y la cantidad de situaciones rebasa la imaginación. Tomemos algunas.

Ha sucedido que el desempeño de ciertos profesionistas durante un arbitraje es tan bueno que, concluido el mismo, son contratados

[49] Caso (*arrêt*) *Ury* de la corte de casación francesa (13 de abril de 1972); *Woltz* de la Corte de Apelación de París (8 de junio de 1972), *Cornu* de la Corte de Apelación de París (4 de diciembre de 1979); *République de Guinée* de la Corte de Apelación de París (18 de noviembre de 1987); *TAI* de la Corte de Apelación de París (2 de junio de 1989); *Drexel* del *Tribunal de Grande Instance de París* (28 de octubre de 1988). Otras jurisdicciones han seguido dicha postura. Por ejemplo, en Estados Unidos en *American Eagle Fire Insurance* (de 1925) se razonó que el árbitro actúa con una capacidad cuasijudicial por lo que debe poseer las cualidades de justicia hacia ambas partes con miras a emitir una decisión honesta y desinteresada ("*an arbitrador acts in a quasi-judicial capacity and should possess the judicial qualifications of fairness to both parties, so that he may render a faithful, honest and disinterested opinión*" fueron sus palabras exactas).
[50] "L'indépendance d"esprit est indispensable a l'exercice du pouvoir juridictionnel, quelle qu'en soit sa source" fueron las palabras exactas.
[51] El razonamiento del caso *Ury* es interesante. Se considera que la independencia del árbitro es una de las cualidades esenciales. De carecerla, existiría un error sustancial en las calidades necesarias para ser árbitro, lo cual acarrearía la nulidad del acuerdo arbitral. El mismo razonamiento fue repetido por la Corte de Casación Francesa, en *FACO* (20 de febrero de 1974).
[52] Clay, *op. cit.*, pp. 267, 290 y 291. En cuanto a su origen, hay quien desprende el deber de independencia de la labor jurisdiccional del árbitro, mientras que otros lo hacen del componente contractual.
[53] *Ibidem*, p. 244 (" la notion d"indépendance doivent maintenant être rapportées a l'indépendance de l'arbitre, que l'on peur désormais définir comme le processus intellectuel qui lui permettra, face une situation litigieuse, d"élaborer une décision juridictionnelle libre de toute contingente").
[54] Clay, *op. cit.*, pp. 317 y 321.

por una de las partes. Partiendo de la premisa de que nunca hubo un contacto durante el arbitraje, ¿será ello reprochable? Por un lado, el deber siempre fue observado durante su vigencia. Por otro, puede generar un problema de apariencia (puede motivar cuestionamientos sobre si existía algún vínculo previo). En un caso que se trajo a la atención del autor, los árbitros festejaron con la parte victoriosa en su yate. Sin duda alguna, aun suponiendo que no hubiera habido vínculo alguno, ello refleja (en el mejor de los casos) muy mal juicio. ¿Pero milita ello a favor de *nunca* entablar *ninguna* relación. Piénsese que el elogio más grande que puede recibir un árbitro es que la parte que perdió el arbitraje lo designe de nuevo como árbitro. Como suele suceder, los casos en los extremos (como el del yate) son fáciles, pero los intermedios son más problemáticos.

¿Y qué hay de los vínculos pasados? En un caso interesante un árbitro designado por una de las partes había sido consejero (y amante) durante ocho años, 34 años atrás, del gerente de una compañía parte del procedimiento arbitral.[55] Mientras que algunos subrayan que *en el presente* no existe vínculo, por lo que no es revelable, otros consideran que debe ser revelado dando como explicación que la memoria es intemporal.[56] Añaden que, al margen de que sea pretérita, dicha relación *es* una relación. Bienvenido al mundo de los claroscuros.

B. Imparcialidad

La imparcialidad es generalmente entendida como un criterio *subjetivo*: el estado mental de un árbitro. Pretende describir la ausencia de preferencia, o riesgo de preferencia, a una de las partes en el arbitraje o a una postura en el asunto.

A diferencia de la independencia, que exige un adjetivo para esclarecer qué tanta, el deber de imparcialidad es absoluto.[57] A tal grado que Eisenmann aludía a la imparcialidad como un deber ético.[58]

[55] *Tribunal de Gran Instance de Paris*, 19 de diciembre de 1990, Clay, *op. cit.*, p. 326.
[56] Clay, *op. cit.*, p. 327.
[57] Henry, *op. cit.*, p. 161.
[58] Frederic Eisenmann, "Deontology de L'Arbitre Commercial Internacional", *Revue de L'Arbitrage*, 1969, p. 217.

Bernini la concibe como la equidistancia ante las dos partes, pero otros la entienden distinto, y el concepto estadounidense de "*non-neutral arbitrator*"[59] contribuye a la confusión. La confusión se incrementa cuando se habla de la neutralidad, que en ocasiones se considera sinónimo de independencia[60] o de imparcialidad[61] y a veces como la suma de ambas. Se le ha aludido como una noción autónoma: carente de influencias culturales, políticas y religiosas.[62]

Un tribunal canadiense en un caso importante sostuvo que la forma de determinar si un árbitro había sido imparcial consistía en comparar su decisión con la conclusión a la que llegaría una persona bien informada que estudia la cuestión con profundidad, en forma realista y práctica.[63]

La disociación de los términos independencia e imparcialidad da lugar a diferencias en la doctrina. Algunos consideran que la independencia precede a la imparcialidad, o que la primera puede hacer presumir la segunda, otros que la imparcialidad es el corolario de la independencia, y aun otros que es su contrapartida.[64] Y las diferencias de opinión continúan. Ante ello, diferentes practicantes adoptan posturas diversas. Dentro de las mismas, existe una peligrosa: imitar

[59] En arbitraje local en Estados Unidos es aceptable que los coárbitros designados por las partes (los "non-neutral arbitrators") no sean tan imparciales como el tercero (llamado en consecuencia el "neutral")
[60] Giorgio Bernini, "Cultural Neutrality: A Prerequisite to Arbitral Justice", *Michigan Journal of International Law*, vol. 10, núm. 1, 1989, p. 39. "The conduct of the Arbitral Proceedings: Standards of Behaviour of Arbitrators", reporte en *La procedure arbitrale et L'independence des arbitres*, ICC Publishing, 6o. Colloque CCI-CIRDI-AAA, París, 27 de octubre de 1988, p. 31.
[61] S. Donahey, "The Independence and Neutrality of Arbitrators", *Journal of International Arbitration*, vol. 9, núm. 4, 1992, p. 31. J. Linsmeau, "L'arbitrage sectoriel et les principes generaux du droit", en *Les modes non judiciaries de reglement des conflits. Actes de la journee d'etudes du 27 avril 1994*, Bruylant, Bruselas, 1995, p. 39. B. Moreau, *Intervention aux debats in Arbitrage et propriete intellectuelle*, Colloque IRPI Henri-Desbois, 26 de enero de 1994, Librairies techniques, collection Le droit des affairs. Propriete intellectuelle, núm. 12, 1994, p. 35.
[62] Como se verá en la siguiente sección.
[63] *Committee for Justice vs. Office National de l'Energie*, 1978, 1 S. C. R. 369, 394. Las palabras exactas fueron: "Le critère qui permet de savoir si tel arbitre a été impartial consiste a comparer sa décision avec la conclusion a quelle en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique".
[64] Clay, *op. cit.*, p. 246.

concepciones locales o judiciales de lo que debe hacerse. Como lo hace ver Nariman:[65]

> En el sistema judicial adversarial, un juez *se percibe* como imparcial e independiente cuando está totalmente desinteresado con las partes, libremente permite las preguntas y repreguntas de testigos, extensivamente registra las pruebas presentadas ante él, y escucha (sin interrupción) los argumentos detallados presentados por los abogados de cada parte, y decide estrictamente con base en el derecho. Por ende, las trampas del sistema adversarial (con todo su pesado bagaje) permean al proceso arbitral. La mayoría de los abogados-árbitros que operan en países con una tradición de jurisprudencia anglosajona siguen meticulosamente los procedimientos judiciales por el temor de que sus designaciones sean revocadas en tribunales por haberse comportado en forma contraria a los principios de la justicia natural y por el temor que sus laudos sean revocados por no *aparentar* haber tratado en forma independiente e imparcial a las partes. La apariencia de justicia con frecuencia ha sido tratada con más importancia que su realidad.
>
> Dicha conducta, tanto del lado del árbitro como del lado de la judicatura, debe evitarse. Al acudir al arbitraje las partes expresamente desearon no resolver su diferencia mediante los métodos judiciales. Por ende, frustraría su voluntad encontrarse con que el tribunal imita el actuar judicial, o que la judicatura evaluaría positivamente su desempeño en la medida en que la emule.

Habiendo considerado las diversas posturas, aportaré una. Considero que la imparcialidad consiste en que el árbitro no haya prejuzgado. Que la opinión a la que arribe del caso sea construida una vez que las partes se han enfrentado intelectualmente y con base en la fuerza de sus argumentos. Es decir, que la opinión no sea *ad hominen*, sino *ad causam*. Que se desligue de las alusiones personales y se cimiente únicamente en el tema. Esto necesariamente implica que la opinión puede formarse únicamente después de estudiar *todo* el expediente (lo cual no siempre sucede).

[65] F. S. Nariman, *The conduct of the arbitral proceedings: standards of behaviour of arbitrators*, p. 3. El texto original dice "In the adversarial Court system, a judge *is seen* to be impartial and independent where he is totally disinterested in the parties, liberally permits examination and cross-examination of witnesses, records evidence led before him *in extenso*, and hears (without much interruption) detailed arguments by lawyers appearing for either party, and decides the case strictly according to law. And so, the entire trappings of the adversarial Court system (all its "heavy baggage") gets loaded on to the arbitral machine [...] Most lawyer-arbitrators functioning in countries with a long tradition of Anglo-Saxon jurisprudence meticulously follow Court procedures for the lurking fear of their appointments being revoked in Courts of Law as having been conducted in contravention of the principles of natural justice and for the greater apprehension of their awards being set aside if they do not *appear* to have acted with independence and impartiality. The *appeareance* of justice has often been treated as more important than its reality".

Un árbitro será parcial cuando su ánimo esté tildado a favor de una postura sin haber concluido su exposición por las partes.

Considero que esta noción se centra en el núcleo del bien jurídico tutelado y tiene la ventaja de que elimina (o más bien resuelve) las dudas generadas por situaciones que complican su elucidación y que con frecuencia se presentan en la práctica.

C. Neutralidad

Si bien en ocasiones se le confunde o se asimila a otras nociones,[66] la neutralidad es un criterio tanto objetivo como subjetivo: que el árbitro tenga la misma distancia cultural ante ambas partes.

Más que un *requisito* es una *preferencia* adoptada por ciertos reglamentos arbitrales[67] que el árbitro único o presidente del tribunal reúna una cualidad adicional a la de independencia e imparcialidad: ser de una nacionalidad distinta a la de *ambas* partes. Busca que ninguna de las partes cuente con una ventaja estratégica frente a la otra: poderse comunicar en sus propios términos (tanto jurídicos, lingüísticos, como culturales) con uno de los miembros del tribunal.

La neutralidad no se justifica siempre. Sólo en casos en los que podría darse el riesgo de una ventaja estratégica. Piénsese, por ejemplo, en un caso en que partes en controversia de diferentes nacionalidades escogen cada uno un árbitro de su nacionalidad. Si el tercero, el Presidente del Tribunal, comparte la nacionalidad de una de las partes, ésta tendrá una ventaja para comunicarse, no sólo lingüística

[66] Clay, *op. cit.*, pp. 246-247.

[67] Gaillard, Emmanuel y John Savage (eds.), *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1999, p. 567.

sino también jurídicamente, con el tercero. Dicha ventaja, que puede parecer insignificante al teórico, es importante para quien ha tenido experiencia en arbitrajes internacionales. El arbitraje, como todo litigio, es una batalla. Y en las batallas las ventajas tácticas cuentan.

Pero si ambas partes son de la misma nacionalidad es innecesario pensar en neutralidad. El beneficio sólo se presenta en arbitrajes internacionales. Y sobre ello, deseo hacer eco de una aguda observación que un reconocido experto (Pierre Lalive) hace:[68] "El árbitro de hoy en día debe mostrar una mente comparatista, abierta a pluralidad jurídica, a varias culturas y diversos sistemas políticos y sociales".

[The arbitrator of today must show proof of a comparative or comparatist mind, open to legal pluralism, to various cultures and various political and social systems.]

D. Apariencia de imparcialidad

Hay quien sugiere[69] que el árbitro es –en palabras de Nicolás de Maquiavelo– como la mujer del Príncipe:[70] no sólo debe ser independiente e imparcial, debe aparentarlo. El motivo es que el arbitraje se basa en la confianza.[71]

[68] Pierre Lalive, *Contemporary Problems in International Arbitration*, 1987, p. 16.

[69] Francisco González de Cossío, "Independencia, imparcialidad y apariencia de imparcialidad de los árbitros", *Jurídica*, núm. 32, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, 2002, p. 459.

[70] La sabiduría popular le atribuye las siguientes palabras a Maquiavelo: "la mujer del príncipe no sólo debe ser casta y pura, sino que debe aparentarlo". (Hablo de sabiduría popular, pues de la revisión de *El Príncipe* no encuentro dicha cita exacta. Lo que sí existe es el consejo de dicho autor en el siguiente sentido: "...el Príncipe no necesita poseer todas las cualidades indicadas; pero *debe aparentar tenerlas*. Es más, tenerlas y emplearlas es peligroso; pero, fingirlas siempre es conveniente. (...)" (cursivas mías). Nicolás Maquiavelo, *El Príncipe*, Colofón, México, 3a. ed., 1989, p. 119. (Capítulo XVIII: Si Deben Cumplir los Príncipes sus Compromisos). La versión en inglés pone aún más énfasis sobre ello: "So a prince need not have all the aforementioned good qualities, but *it is most essential that he appear to have them*. Indeed, I should go so far as to say that having them and always practicing them is harmful, while seeming to have them is useful. (...)". (Niccolò Machiavelli, *The Prince*, trad. Thomas G. Bergin, Yale), Harlan Davidson, Wheelington, Illinois, p. 51. Chapter XVIII: In What Manner Princes Should Keep Their Word). Como puede observarse, el mensaje es el mismo.

[71] El fundamento textual de la postura es el artículo 1428 del Código de Comercio que dice: "La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá

Aunque el tema parece ser una mera precaución, la falta de apariencia de imparcialidad e independencia ha dado lugar a problemas serios. Un caso extremo es ilustrativo: la amenaza a muerte y agresión física (con intención de estrangulamiento) sufrida por Nils Mangard, un miembro del Tribunal Irán-Estados Unidos de América,[72] por el señor Kashani e instigado y tolerado por el señor Shefeiei, ambos miembros (designados por Irán) de dicho Tribunal.[73]

La justificación dada por los árbitros iraníes fue que la falta de neutralidad y total sumisión del señor Mangard a los deseos e intereses del gobierno y empresas transnacionales estadounidenses estaba causando un daño irreparable a Irán.[74] Sostenían que en todas las instancias en las cuales había participado, dicho árbitro votó en favor del gobierno de Estados Unidos. Más aún, su actividad en las sesiones se había limitado a proporcionar el voto ya sea favorable a Esta-

revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a *dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia*. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya se hubiera hecho de su conocimiento. Un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a *dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia*, o si no posee las cualidades convenidas por las partes".

[72] Conocido como "*The Iran-U.S. Claims Tribunal*", que sustituyó los procedimientos ante cortes estadounidenses estableciendo un cuerpo arbitral en La Haya, Países Bajos, con la finalidad de ventilar y adjudicar las reclamaciones de ciudadanos de Estados Unidos contra Irán y de ciudadanos de Irán contra el gobierno de Estados Unidos. El mismo se estableció mediante los Acuerdos de Algeria ("Algiers Accords") de 1981, al tenor de los cuales Irán liberó a los rehenes de Estados Unidos a cambio de la liberación de activos de Irán por parte de Estados Unidos y el desechamiento de procedimientos seguidos en dicho país como resultado de la invasión de manifestantes de la Embajada de Estados Unidos en Irán el 4 de noviembre de 1979.

[73] Las palabras exactas del juez Kashani fueron: "*If Mangard ever dares to enter the Tribunal chamber again, either his corpse or my corpse will leave it rolling down the stairs*" (Memorándum al juez Moons de John R. Crook, 17 de septiembre de 1984, citado por Stewart Abercrombie Baker y Mark David Davis, *The UNCITRAL Arbitration Rules in Practice, The Experience of the Iran-U.S. Claims Tribunal*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer/Boston, 1992, pp. 40-41). Los hechos tuvieron lugar el 3 de septiembre de 1984.

[74] Carta de fecha 6 de septiembre de 1984 de los árbitros iraníes al Presidente del Tribunal Irán-Estados Unidos (David D. Caron y John R. Crook, *The Iran-United States Claims Tribunal and the Process of International Claims Resolution*, A Study by the Panel on State Responsibility of the American Society of International Law, Transnational Publishers, Ardsley, Nueva York, 2000, p. 178).

dos Unidos o negativo a Irán y nunca proporcionó argumento alguno que sostuviera su postura.

Si bien la apariencia de neutralidad puede ser delicada, no debe de tornarse en una causal de nulidad o no reconocimiento y ejecución de un laudo, como ha sucedido en algunas jurisdicciones. Un caso famoso estadounidense demuestra los peligros de la teoría: *Commonwealth Coatings Corp.*[75] Los hechos de dicho caso fueron los siguientes. Las partes, al acudir al arbitraje, designaron cada una a un árbitro. Éstos a su vez designaron un tercer árbitro, quien era un ingeniero muy conocido en dicho medio. Emitido el laudo la parte perdedora descubrió ciertas relaciones de hace cuatro o cinco años entre la parte que ganó y el tercer árbitro, mismas que le generaron ingresos al tercer árbitro. La no divulgación de dicha relación justificaba, según la parte perdedora, la anulación del laudo bajo la hipótesis "parcialidad evidente" ("*evident partiality*") bajo el párrafo 10 de la Ley Federal de Arbitraje de Estados Unidos. La Suprema Corte de Justicia estuvo de acuerdo (por mayoría 6 a 3).

Las cortes inglesas también han sido receptivas a la teoría de la apariencia. En *Veritas Shipping Corporation* se sostuvo que los árbitros no sólo deben actuar judiciosamente y libres de parcialidad, sino que también deben aparentarlo.[76]

Aunque ello no establece una regla *per se* de nulidad de laudos,[77] dicha postura ha sido criticada enérgicamente por expertos[78] y ha

[75] 393 U.S. 145 (1968). La cita es de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia.

[76] *Veritas Shipping Corporation vs. AngloCanadian Cement Ltd.* [1966], 1 Lloyd's Rep. 76, p. 159. Las palabras exactas fueron: "arbitrators must not only act judicially and show no bias at all but must also appear to be in a position to act judicially and without any bias".

[77] Como se esclareció en *OPCI vs. Anaconda*: "Contrary to petitioner's reading of Commonwealth Coatings, the case does not establish a *per se* rule, requiring vacation of any award surrounded by facts which might, in some minds, create an appearance of bias. Rather, the Court held that each case must be reviewed on its own facts and that an award should be set aside where the panel "might reasonably be thought biased (...)". En forma relevante, la opinión concurrente del *Justice White* puso énfasis en que la relación entre el árbitro y la parte debe ser "más que trivial". (*Overseas Privae Investment Corp. vs. the Anaconda G*, 418 F. Supp. 107, DDC 1976), citado por Von Mehren, en *The Challenge procedure: an American view*, p. 7.

[78] Lalive, Poudret, Reymond, *Le Droit de l'Arbitrage Interne et International en Suisse*, p. 342.

sido calificada de puritanismo excesivo y peligroso.[79] Afortunadamente, México no ha incurrido en el error, y es de esperarse que no se caiga en el mismo: brindaría municiones para chicanas, y restaría finalidad al arbitraje.

IV. Cumplimiento de requisitos

1. Introducción

El cumplimiento de los requisitos por un árbitro es logrado mediante dos tipos de medidas: preventivas y sancionadoras. A continuación se analizarán.

2. Medidas preventivas: revelación

A quien se le comunique que será nombrado como árbitro debe revelar "todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia".[80] El objetivo del deber de revelación es dar a las partes los elementos suficientes para que valoren si el árbitro prospectivo reúne los requisitos correspondientes para que determinen –con toda la información relevante– si desean ejercer el derecho que permite garantizarlo: la recusación.

La revelación tiene un efecto importante: purga. Esteriliza.[81] Inmuniza el procedimiento arbitral de cualquier acción posterior.[82] Elimina cualquier circunstancia que pudiera ser cuestionable, o que no siéndolo le daría elementos (o excusas) a la otra parte para objetar al tribunal o el resultado.

Ante ello, hay quien ha sostenido que la falta de una revelación total vicia el consentimiento de las partes en el arbitraje.[83] Ello pues se conocía menos de la totalidad de los elementos *relevantes*[84] para

[79] Clay, *op. cit.*, p. 283 ("puritanisme excessif et dangereux" fueron sus palabras exactas).

[80] Artículo 1428 del Código de Comercio.

[81] Tiene un "cleansing effect", como lo ha señalado Donahey, *The Independence and Neutrality of Arbitrators*, General Law of International Arbitration, vol. 9, núm. 4, 1992.

[82] Clay, *op. cit.*, p. 318.

[83] Caso *Ury*, Corte de Casación francesa.

[84] El adjetivo es importante pues, de no tratarse de cuestiones que sean relevantes, o, siguiendo el texto legal, que "puedan dar lugar a *dudas justificadas acerca de su impar-*

decidir informadamente si se acepta al candidato como árbitro. Si es digno de su confianza.

La obligación de revelación es la piedra angular del régimen jurídico de independencia del árbitro. Cumple una doble función: sirve de criterio de evaluación de la independencia y de medio de protección de la independencia.[85]

Una vez revelados y aceptados, los vínculos o demás circunstancias entre las partes y los árbitros no podrán generar sospechas. Lo importante no es tanto la inexistencia de los vínculos (algo que puede ser utópico) sino la falta de conocimiento de los mismos. La ocultación genera sospecha. Es por ello que la falta de revelación puede sembrar dudas.

Pero ello no quiere decir que *todo* deba ser revelado. No es necesario revelar circunstancias notorias[86] o vínculos que no deben "dar lugar a dudas justificadas" acerca de su imparcialidad o independencia.[87] Ello da lugar a otras interrogantes: ¿qué hace que una circunstancia sea notoria? ¿Qué vínculo genera una "duda justificada" sobre la independencia o imparcialidad del árbitro? ¿Cuándo es "injustificada" una duda?

Diferentes expertos dan respuestas distintas. A su vez, las diferencias de temperamentos culturales de diversos practicantes contribuyen a la diversidad de respuestas y la ambigüedad crece en la medida en que las circunstancias particulares se complican o matizan. Ante ello han surgido prácticas diversas. Algunos son pro revelación y otros filtran circunstancias que la experiencia les enseña que no deben ser divulgadas. No por que en sí sean cuestionables sino porque agilizan el procedimiento arbitral al no darle municiones a una parte que desea entorpecer el procedimiento arbitral.

cialidad o independencia", la ausencia de revelación carece de impacto en la aceptación (vía no ejercicio del derecho a recusar).

[85] Clay, *op. cit.*, p. 337.

[86] *Société Ardi et autres vs. Société Scapnor et autre*, Corte de Apelación de París, 12 de enero de 1995, *Revue de L'Arbitrage*, 1996, p. 72.

[87] El cual es de notarse que es el estándar bajo derecho mexicano (1428 del Código de Comercio). La inclusión del adjetivo "justificadas" es importante. No cualquier duda debe dar lugar a que la circunstancia o vínculo sea revelable. Para valorar si ello rebasa el umbral debe tenerse en cuenta que el derecho arbitral es poco protector y diseñado para ser un mecanismo sofisticado de solución de controversias.

No abordaré qué circunstancias o prácticas deben seguirse.[88] Lo que enfatizaré es que ello nos inmiscuye en una discusión de grado cuya determinación es el resultado de un ejercicio unilateral y poco verificable del árbitro. El árbitro prospectivo debe realizar un ejercicio delicado y subjetivo para determinar qué es lo que *cree* que las partes podrían *creer* que es una causa de recusación. Se trata de un examen de conciencia. De autocensura.[89]

Para complementarlo se sugiere comentar las circunstancias con colegas practicantes de la plaza. En algunos casos difíciles que el autor ha enfrentado al ser nombrado, no sólo ha comentado con profesionales del medio mexicano sino de otras jurisdicciones. El motivo y objetivo es percibir lo que tiende a ser la sensación más aceptada por los practicantes más experimentados.

3. Medidas punitivas

Si la circunstancia no revelada merma la independencia del árbitro,[90] las partes pueden: solicitar la recusación del árbitro; solicitar la anulación o no ejecución del laudo;[91] exigir responsabilidad del árbitro.[92]

V. Constitución

1. Introducción

Las partes tienen la libertad para organizar su justicia en la forma en que lo deseen, lo cual implica que tienen margen de acción para diseñar su tribunal arbitral. No obstante que los derechos nacionales, convenciones internacionales y los tribunales estatales les reconocen

[88] Para un análisis exhaustivo sobre esto, véase Lucy Reed y Doak Bishop, hacen un análisis interesante en "Practical Guidelines for Interviewing, Selecting and Challenging Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration", *Arbitration International, The Journal of the London Court of International Arbitration*, vol. 14, núm. 4, 1998. Para un comentario sobre diversas situaciones particulares, véase González de Cossío, *Arbitraje*, Porrúa, 2004, pp. 205 y ss.

[89] Clay, *op. cit.*, p. 323.

[90] Que es tratada en la sección IV.C de este estudio.

[91] Con fundamento en los artículos 1457(I)(d) o 1462(I)(d) del Código de Comercio y V(1)(d) de la Convención de Nueva York.

[92] Tratado en la sección VIII.B.

a las partes y a las instituciones arbitrales un grado importante de libertad para moldear su tribunal arbitral, existen ciertos principios fundamentales que rigen la constitución del tribunal arbitral y la designación de los árbitros. En la mayoría de las legislaciones internacionales sobre arbitraje, la autonomía de la voluntad es el principio fundamental. Como forma de resguardar que se respete el ejercicio de la libertad de las partes en el diseño de la constitución del tribunal arbitral, se sanciona con nulidad[93] o no reconocimiento/ejecución[94] el laudo que no acate la regulación que al respecto las partes establecieron, lo cual pone de manifiesto la importancia del tema. Para su estudio procederé a analizar la composición y designación del tribunal, la asistencia judicial en la constitución del tribunal, y temas relacionados con la sustitución del árbitro (§D). Finalizaré con una mención sobre arbitraje *ad hoc*.

2. La composición y designación del tribunal

En la constitución de un tribunal arbitral *pluri-membre*, la designación por cada parte de "*su*" árbitro es uno de los pasos estratégicos más determinativos del éxito de un procedimiento arbitral.[95] Por consiguiente, su designación o aceptación debe obedecer a razones diversas que pueden resumirse en cualidades morales e intelectuales (incluyendo profesionales y académicas).

La libertad de constitución del tribunal arbitral aplica a tres temas: (1) la identidad de los árbitros; (2) el número; y (3) el método de designación. Haré una mención sobre cada uno para luego hacer un comentario sobre los límites de la libertad de diseñar un método de designación del tribunal (4).

A. Identidad

Las partes tienen derecho a decidir quién será "su" árbitro. Lo anterior es un resultado natural del carácter consensual del arbitraje. En

[93] Artículo 1457(1)(d) del Código de Comercio.

[94] Artículos V(1)(d) de la Convención de Nueva York y 1462(1)(d) del Código de Comercio.

[95] Ello por razones obvias. La posibilidad de designar a uno de los tomadores de decisiones es de gran trascendencia. Puede equipararse la facultad de elegir a un amo: una vez designado, se estará sujeto a sus determinaciones.

la medida en que la legitimidad del arbitraje descansa en la confianza depositada en los árbitros, nace el derecho de las partes de designar el o los árbitros que reúnan dicha cualidad.

La facultad de designar a un árbitro forma parte de la voluntad conjunta de las partes de escoger un tribunal arbitral compuesto por árbitros que son, *todos*, independientes e imparciales.[96] Ambas partes tienen un derecho de igualdad en la designación del árbitro; y dicho derecho es de orden público, no se puede *a priori* renunciar al mismo.[97]

La designación que lleva a cabo cada parte de "su" árbitro no es un acto unilateral, sino un paso que forma parte de la manifestación de voluntad conjunta de las partes de crear un tribunal que reúna dichas características. La aclaración es prudente puesto que en la práctica se observa que con frecuencia partes designan árbitros que no reúnen dichas características. Ello constituye un abuso del derecho de designar a un árbitro de su confianza. Cada árbitro tiene que ser tan independiente e imparcial como lo sería un árbitro único o el presidente del tribunal arbitral. El árbitro-de-parte no tiene un estatus especial o preferente.

Fuera de lo anterior, el derecho arbitral mexicano no impone características especiales que deba reunir un árbitro prospectivo. Al margen de ello, con frecuencia las partes establecen en el acuerdo arbitral que los árbitros que decidan la controversia deban reunir características específicas. Lo anterior, si bien entendible en casos que tienen algún ingrediente o complejidad especial, no debe exagerarse. De lo contrario, se corre el riesgo que no se encuentren árbitros que las reúnan.[98]

[96] Esta manera de concebir el derecho en cuestión ha sido reflejada por tribunales de alto nivel de jurisdicciones importantes. Por ejemplo: *Consorts Ury vs. S.A. des Galeries Lafayette*, Corte de Casación francesa, 13 de abril de 1972.

[97] Como así se sostuvo en el (famoso) caso *Dutco* (*B.K.M.I. Industrieanlagen GmbH vs. Dutco Construction, Co. Ltd.*) del 5 de mayo de 1989 (*Revue de L'Arbitrage*, 1989, p. 723; XV YBCA, 1990, p. 124).

[98] Han existido circunstancias en las cuales la cantidad de requisitos que las partes establecen en el acuerdo arbitral es tal que no hay árbitros que las reúnan. La necesidad de tomar dicho paso debe ser valorada ante la posibilidad de que el tribunal arbitral cuente con peritos en diferentes materias. Parecería que, al margen de cualidades lingüísticas, los requerimientos de conocimientos técnicos en áreas determinadas pueden ser suplidos y es mejor contar con abogados experimentados en arbitraje.

La no inclusión de requisitos específicos en la cláusula arbitral da libertad y propicia mejores decisiones. Ello pues se da libertad a las partes y sus abogados de designar al árbitro correcto una vez que se conozca el área particular sobre la cual versa la controversia. No siempre la materia de la relación jurídica es la materia de la controversia. Entendido ello se percibe por qué la *no* inclusión del requisito a nivel cláusula (por ejemplo, pericia en materia de telecomunicaciones), la libertad. La disputa puede ser en otra área (por ejemplo, contractual). Conocida la cuestión jurídica y surgida la controversia, puede escogerse la persona correcta y evitar el riesgo que no exista una que reúna el doble requisito.[99]

B. Número de árbitros

Existe libertad en la composición del tribunal arbitral.[100] Durante los debates de dicho precepto de la Ley Modelo existió consenso que la Ley Modelo no debía contener una disposición imperativa y que la libertad contractual de las partes sobre el número de árbitros debería ser expresamente mencionada.[101] La disposición es favorable puesto que, no obstante que podría considerársele una extensión natural de la naturaleza contractual del arbitraje, existe diversidad regulatoria sobre este tema en las diferentes legislaciones nacionales. Algunas requieren que el tribunal arbitral debe estar compuesto por número impar de árbitros, otras le permiten a las partes disponer en forma contraria de dicho requisito, y aun otras legislaciones han optado por no contener disposición alguna sobre la materia.

Dada la fórmula que se contempló en el artículo 1426 del Código de Comercio, existe la posibilidad de que las partes pacten un número par de árbitros. Sin embargo, debe tenerse cuidado puesto que no existe solución en la ley en caso de que exista una falta de acuerdo entre el tribunal arbitral sobre el sentido del laudo. Y dado que el

[99] En el ejemplo, un experto tanto en telecomunicaciones como contratos.

[100] Artículo 1426 del Código de Comercio.

[101] Aron Broches, *A Commentary on The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer/Boston, 1990, p. 53.

laudo tiene que ser por mayoría,[102] el nudo que podría provocarse sería gordiano, además de desastroso para la eficacia del arbitraje.

En caso de que las partes sean omisas sobre el número de árbitros, la regla dispositiva que adopta el Código de Comercio es un solo árbitro. Esto constituye una de las pocas diferencias que a nivel de derecho positivo mexicano se adoptó al momento de adoptar la Ley Modelo, ya que esta última establece la regla de tres árbitros a falta de acuerdo de las partes.[103] La razón por la que la Ley Modelo adopta la regla de tres obedece a que se considera que refleja la práctica más común en el arbitraje comercial internacional. No obstante que existieron propuestas distintas durante los debates, la opción se redujo a optar entre uno o tres como regla general. Lo anterior hace surgir la interrogante de por qué el derecho mexicano se desvió de dicha regla. La respuesta fue eficiencia y reducción de costos.

Lo anterior es el régimen bajo Código de Comercio. Es decir, en caso de arbitraje *desnudo*.[104] Sin embargo, en caso de tratarse de arbitraje institucional, si las partes no acordaron un número de árbitros, la regla no necesariamente será un solo árbitro. Dependerá de lo que al respecto establezca el reglamento arbitral aplicable. Existen soluciones diversas, mientras que algunos establecen que, en ausencia de pacto, el número será un solo árbitro,[105] otras establecen que la institución arbitral lo designará,[106] y otras establecen que será un árbitro a menos que la controversia justifique que sean tres.[107]

C. Designación del Tribunal Arbitral

El artículo 1427 del Código de Comercio establece un régimen para la constitución del tribunal arbitral que es expedito y que resta efica-

[102] Artículo 1448 del Código de Comercio.

[103] Artículo 10(2) de la Ley Modelo.

[104] Llamo "desnudo" al arbitraje que carece de reglamento arbitral (sea institucional o *ad hoc*) y que por ende sólo se llevaría con base en el derecho arbitral.

[105] Por ejemplo, el Reglamento CAM, artículo 14(2).

[106] Por ejemplo, el artículo 7 del Reglamento de la Canaco.

[107] Por ejemplo, el artículo 8 del Reglamento CCI. En la práctica del arbitraje CCI se designan tres árbitros cuando el monto en controversia es alto, la controversia es compleja o una de las partes es un Estado.

cia a medidas que busquen entorpecer o frustrar un acuerdo arbitral. Todas las disposiciones que al respecto establece constituyen derecho dispositivo: resultará aplicable únicamente en caso de que las partes no hayan pactado nada al respecto, ya sea en su acuerdo arbitral, o mediante la designación de un reglamento arbitral. A continuación se abordará dicho régimen.

a. Extranjeros como árbitros

En primer lugar, el precepto busca dejar claro que extranjeros pueden actuar como árbitros. Podría considerarse que la expresión es innecesaria; sin embargo, dado que algunos derechos arbitrales locales lo prohíben se consideró conveniente.

b. Libertad de creación de procedimiento de designación

Existe libertad de las partes de acordar el procedimiento para el nombramiento de los árbitros.[108] Sin embargo, esta libertad no es ilimitada. No puede ser contraria a la posibilidad de acudir a un juez u órgano nominador en caso de que una de las partes incumpla con su deber de designar a uno de los árbitros, no se nombre árbitro único o al árbitro presidente.[109] En dicho caso, se establecieron criterios que deben ser observados por un juez al momento de designar el árbitro.[110]

c. Ausencia de procedimiento de designación

En caso de que las partes no hayan establecido un procedimiento para designación del tribunal arbitral, existe un parteaguas de procedimientos, atendiendo al número de árbitros que deban conformar el tribunal arbitral: uno o tres.

Un solo árbitro. En caso de que exista un solo árbitro, el juez hará la designación a solicitud de cualquiera de las partes. La ley no establece un periodo dentro del cual las partes deben intentar llegar a un

[108] Fracción II del artículo 1427.
[109] Artículo 1427.IV del Código de Comercio.
[110] Artículo 1427.V del Código de Comercio.

acuerdo. Por lo anterior, se sugiere que aplique la regla general de las obligaciones de hacer no sujetas a un plazo específico: que haya transcurrido el término necesario para el cumplimiento de la obligación.[111] Se sugiere que, en el contexto de la designación del tribunal, por "término necesario para el cumplimiento de la obligación" se entienda 30 días a partir de ser requerido por escrito. Sugiero este término por tres circunstancias: i) el artículo 1427 contempla el plazo de 30 días para la mayoría de los pasos contemplados en dicha etapa del procedimiento; ii) el único otro plazo que se contempla en el capítulo de composición del tribunal arbitral (15 días) podría ser demasiado corto para la designación de un árbitro; y iii) coincide con el término contemplado para el cumplimiento de obligaciones de dar sin plazo.[112]

La necesidad de llevar a cabo dicha integración del plazo puede (y debe) ser innecesaria en casos complejos (en los que la elección de un árbitro apropiado puede tomar más tiempo) y cuando sea observable que la parte en cuestión esté participando y tomando pasos tendientes a designar al árbitro. La suplencia de término parece apropiada únicamente en caso de conducta omisiva, dilatoria.

Tres árbitros. En caso de que sean tres árbitros, cada parte designará un árbitro y los dos árbitros designarán al tercero/presidente. Para evitar frustración de, o retrasos en, la constitución del tribunal arbitral, el artículo establece que el juez puede realizar la designación a solicitud de una de las partes en caso de que la otra parte no haya nominado al árbitro dentro de un lapso de 30 días a partir de que recibió el requerimiento de la otra parte para que lo haga, o en caso de que los dos árbitros designados por las partes no se pongan de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los 30 días siguientes a su nombramiento.[113]

d. Incumplimiento de designación

En caso que las partes hayan acordado un procedimiento para constituir el tribunal arbitral y alguien incumpla con su deber de desig-

[111] Artículo 2080 del Código Civil Federal.
[112] *Idem*.
[113] Artículo 1427.III.b del Código de Comercio.

nar,[114] entrará en juego el artículo 1427.IV, en cuyo caso cualquiera de las partes podrá solicitar al juez que "*tome las medidas necesarias, a menos que en el acuerdo sobre el procedimiento de nombramiento se prevean otros medios para conseguirlo*". La redacción anterior puede dar lugar a interpretaciones equívocas. Dicha facultad del juez busca suplir la deficiencia de la parte que debería designar al árbitro en cuestión. Esta es una medida de último recurso por lo que, en caso de que el acuerdo de las partes o las reglas aplicables establezcan un régimen distinto, aplicará este último. Lo anterior es lo que se quiso desear al establecer "*a menos que en el acuerdo sobre el procedimiento de nombramiento se prevean otros medios para conseguirlo*".[115]

Esta es una disposición imperativa de la cual las partes no puedan pactar en contrario.[116] El motivo es claro: busca evitar un *impasse* que impedirá la consecución del procedimiento o premiaría conducta ilícita.

e. Criterios de designación por un juez

El artículo 1427.V del Código de Comercio establece los lineamientos para que el juez designe un árbitro en cualquiera de las circunstancias que el artículo 1427 le otorga la facultad. Para ello debe tener en cuenta lo siguiente:

i) Las condiciones requeridas y estipuladas en el acuerdo arbitral.
ii) Las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial.
iii) La conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes, lo. que se conoce como *neutralidad*, como se vio con anterioridad.

En caso de que un juzgador se encuentre ante la interrogante de a quién designar, se sugiere acudir a instituciones arbitrales nacionales

[114] Ese alguien puede ser alguna de las partes, los árbitros designados o la institución nominadora.
[115] Broches, *op. cit.*, p. 57.
[116] *Idem*.

para obtener orientación de candidatos. Esta práctica ha tenido lugar y ha sido seguida en forma plausible. Es de esperarse que así continúe.

f. Inapelabilidad de la designación del juez

Las decisiones del juez en relación con la designación de los árbitros en seguimiento con las facultades anteriormente descritas son inapelables. Lo anterior es una buena medida para restarle efectos a tácticas dilatorias. De lo contrario, la finalidad de eficiencia y velocidad del procedimiento arbitral se vería frustrada. Sin embargo, generan un riesgo: que la designación no recaiga en una persona adecuada para realizar la función. De nuevo, en el ejercicio de la función descrita se sugiere que se consulte a las instituciones arbitrales que en México existen para guiar la designación. De lo contrario, lejos de ayudar a seguir un procedimiento arbitral expedito, puede entorpecerse.

La inclusión de la palabra "inapelables" en el artículo 1429 del Código de Comercio ha dado lugar a que algunos consideren que, al no ser "apelable", la designación es "revocable". Es decir, dado que en materia procesal mercantil existen dos recursos (apelación y revocación), al excluir uno, necesariamente procede el otro. Dicha interpretación *semántica* es contrariada por la auténtica (la intención del legislador) pues los antecedentes de quienes diseñaron el texto muestran que la intención es que al mismo no recayera recurso alguno.[117] Es de esperarse que la práctica judicial tome el curso correcto.

D. Límites a la libertad de diseñar un método de constitución

La autonomía de la voluntad en esta materia no es absoluta, tiene límites impuestos por los requisitos de una apropiada administración de justicia. Uno de estos límites es el deber del árbitro de ser independiente e imparcial. Otro límite es que el método de designación cumpla con principios elementales de debido proceso. En particular,

[117] Holtzmann, Howard M., y Joseph E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, Legislative History and Commentary*, T.M.C. Asser Instituut, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer/Boston, 1994, pp. 406-410. Broches, *op. cit.*, p. 65.

el derecho de las partes a contar con un procedimiento justo y a ser tratados en forma equitativa. El primer requisito (contar con un tribunal independiente e imparcial) ha sido tratado, por lo que a continuación realizaré un comentario sobre el segundo requisito.

El requerimiento que el método de designación cumpla con principios elementales de debido proceso podría parafrasearse en que las partes no pueden (válidamente) acordar ser tratadas en forma injusta. La limitante parece indiscutible en su concepción, pero puede dar lugar a problemas en su aplicación. ¿Debe *cualquier* ventaja estratégica interpretarse como una injusticia que le reste validez al método de designación?[118] De contestarse en forma positiva, ¿cuál sería la solución? Es decir, ¿debe, al momento de detectar la más ligera ventaja a favor de una de las partes, la institución arbitral, la autoridad designadora o los árbitros, hacer caso omiso del método incluido en el acuerdo arbitral y aplicar el mecanismo previsto como supletorio en el reglamento o derecho arbitral? De nuevo, de contestar en forma positiva, ¿no invitaría ello a la invalidez del laudo?[119] Después de todo, se está dejando de observar el mecanismo contemplado por las partes.

Un caso francés famoso echa luz sobre el tema: *Dutco*.[120] En resumidas cuentas el caso involucró un arbitraje multipartes en el cual existían tres compañías (BKMI, Siemens y Dutco) que contrataron para la construcción de una fábrica de cemento. El contrato, del cual los tres eran parte, incluía un acuerdo arbitral CCI que contemplaba un tribunal arbitral tri-membre. Dutco inició el procedimiento arbitral en contra de los otros dos y nominó un árbitro. La Corte de Arbitraje de la CCI solicitó que los otros dos (BKMI y Siemens) conjuntamente (como demandados) designaran un árbitro. BKMI y

[118] Ha sucedido que las partes convienen pasos que no son simétricos atendiendo a diferencias entre las partes. Por ejemplo, en un caso el acuerdo arbitral daba un plazo ligeramente mayor a una de las partes por ser un idioma distinto al contrato, la (distancia) y la probable existencia de pluralidad de partes.

[119] De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1457(I)(d) del Código de Comercio (nulidad) o los artículos 1462(I)(d) del Código de Comercio y V(1)(d) de la Convención de Nueva York (no-reconocimiento/ejecución).

[120] B.*K.M.I. Industrieanlagen GmbH v. Dutco Construction, Co. Ltd.*, 1989, *Revue de L'Arbitrage*, 723; XV YBCA, 1990, p. 124.

Siemens impugnaron la solicitud argumentando que su diferencia de intereses les impedía ponerse de acuerdo sobre un mismo árbitro. Ante ello, la Corte CCI designó al árbitro.

El procedimiento continuó y el laudo que como resultado de ello surgió fue atacado ante la Corte de Apelación de París. Los demandados sostenían, *inter alia*, que se trataba de un arbitraje multipartes y que el principio de igualdad exigía que cada quien designara *su* propio árbitro y que, por consiguiente, cada uno participara en forma igualitaria en la constitución del tribunal arbitral. La Corte de Apelación rechazó la solicitud sosteniendo que no había habido violación del principio de igualdad en la constitución del tribunal arbitral dado que el acuerdo arbitral podría interpretarse en el sentido de requerir que dos de las partes designaran un árbitro único entre ellos. La Corte de Casación estuvo en desacuerdo y anuló el laudo sosteniendo que el principio de igualdad de las partes en la designación del árbitro es un aspecto de orden público que no puede ser renunciado.

La decisión ha sido criticada, no en cuanto al énfasis en el carácter de orden público del principio, sino en su aplicación y por adoptar una postura tan conservadora: después de todo, si profesionales experimentados firman un acuerdo arbitral obligándose a que, de presentarse el caso, dos de ellos tengan que ponerse de acuerdo en la designación de una persona como árbitro, ¿por qué habría dicho acuerdo de interpretarse como inválido? En contra de dicha postura se argumenta que el demandante obtuvo una ventaja injustificada al haber puesto a sus demandados en la situación de tener que escoger a un solo árbitro. La razón por la que dicha ventaja es injustificada (según el argumento) es que la misma no se hubiera presentado si se hubieran iniciado dos arbitrajes independientes en los cuales cada una de las partes sea el único demandado.

Con lo expuesto, el lector puede adoptar una postura. Sin embargo, la lección de *Dutco* es que la discreción de las partes sobre su designación del árbitro no es ilimitada, y que ciertas jurisdicciones contemplan la designación del árbitro como un elemento esencial del principio de igualdad y debido proceso.

En este contexto puede ser relevante comentar una práctica que podría suscitar dudas sobre igualdad: si una de las partes no escoge en un periodo determinado a un árbitro, el árbitro nominado por la

otra parte será el árbitro único.[121] Tal parecería que se suscitan las mismas preocupaciones anteriormente apuntadas sobre la ausencia de designación por una de las partes de *su* árbitro. Ante ello, una medida que ciertas instituciones arbitrales adoptan es que, en dicho supuesto, no confirman al árbitro designado sino que designan otro distinto. Sin embargo, debe considerarse que, de adoptarse, la práctica no debería ser rechazada. Lo único que hace es revertir las psicologías y estrategia. Si una parte se entera que la otra ha nominado un árbitro y que, de no rechazarlo en un plazo determinado, será confirmado, ¿por qué habría de interpretarse dicha omisión en forma distinta a una aceptación?

3. Asistencia judicial en la constitución del tribunal

Para estudiar la asistencia judicial en la constitución del tribunal es necesario comentar sobre: (1) el alcance de la asistencia judicial; (2) la recusación de un árbitro; (3) la imposibilidad de actuar; y (4) la designación de un árbitro sustituto.

A. Alcance

Las facultades otorgadas a los jueces bajo el Capítulo III de Título IV, Libro Quinto, del Código de Comercio, deben ejercerse con cuidado y son de interpretación y aplicación estricta. Lo anterior puesto que constituyen excepciones al principio general en materia de derecho arbitral que no debe existir intervención judicial en el procedimiento arbitral.[122]

La tendencia internacional al respecto es que la asistencia judicial debe ser exclusivamente para remediar problemas durante el procedimiento arbitral, mas no interferir en el fondo de la controversia.

El papel de los tribunales locales de exclusivamente revisar la ejecutabilidad de los laudos ha sido superado, pero ello no implica que los jueces estatales puedan interferir en un procedimiento arbitral. Está limitada a brindar su apoyo, su imperio, para asegurarse

[121] A esta práctica se le atribuye un origen inglés. (Ver Sección 17 de la *1996 Arbitration Act* inglesa).

[122] Artículo 1421 del Código de Comercio.

que el acuerdo y procedimiento arbitral sea efectivo. Esta tendencia es universal y ha encontrado eco en la mayoría de las jurisdicciones del mundo, en especial las más modernas.[123]

La anterior concepción de las facultades que en materia de arbitraje se han otorgado a los jueces estatales ha llevado a que se les denomine en la jerga arbitral como "jueces de apoyo" ("*Assisting Judges*" en inglés y "*Juges d'appui*" en francés).

B. Recusación

La recusación es la principal sanción a la exigencia de independencia del árbitro.[124] La recusación puede ser convencional,[125] reglamentaria o legal. A continuación me centraré en la legal tratando las causales de recusación, el procedimiento, y su recurso, para luego hacer una observación sobre la relación de la recusación reglamentaria y legal, para concluir con una observación práctica.

a. Causales

Las causales hacen eco de los requisitos. Es decir, se puede recusar por la falta de cumplimiento de los requisitos aplicables al árbitro. Por ley son únicamente independencia e imparcialidad.[126]

La frase "*circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia*" se consideró lo suficientemente amplia como para cubrir cualesquiera causales específicas para recusar jueces o árbitros bajo los derechos distintos nacionales.

Sin embargo, no incluye las cualidades/credenciales que las partes hayan establecido en el acuerdo arbitral, lo cual formará parte de las bases de recusación en la medida en que las partes así lo hayan pactado en el acuerdo arbitral.

[123] Para abundar sobre esto véase *El arbitraje y la Judicatura*, Porrúa, 2007.

[124] Henry, *op. cit.*, p. 248.

[125] Por incumplir con los requisitos que las partes han contractualmente establecido; el "Contrato de envestidura" o "*receptum arbitri*", como lo llaman René David (*op. cit.*, p. 369) y Matthieu de Boisséson (*op. cit.*, p. 185).

[126] Artículo 1428 del Código de Comercio.

El primer párrafo del artículo 1428 del Código de Comercio está diseñado para evitar la designación de un candidato inaceptable, para lo cual requiere que un árbitro prospectivo divulgue todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. De esta manera se brinda a las partes todos los elementos para aquilatar al candidato. Además, se establece que el deber de divulgación es de carácter continuo. Por ende, cualquier circunstancia susceptible de generar dudas debe ser revelada en el momento en que se presente.

La segunda oración del segundo párrafo del artículo 1428 del Código de Comercio limita el derecho de una parte para recusar un árbitro por causas por las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación. Ello busca evitar maniobras dilatorias. Si una parte tenía conocimiento al momento de la designación de una situación y no ejerció su derecho a recusar, se entiende que consintió. Inclusive si el acuerdo arbitral contempla un requisito específico que el árbitro no cumple, el no ejercicio del derecho a recusar hará las veces de una renuncia a exigir el mismo. Una aceptación del árbitro no obstante dicha (supuesta o verdadera) carencia. Una renuncia al derecho de recusar.

Por "independencia" se entiende la ausencia de un vínculo entre el árbitro y una de las partes o el asunto objeto de la controversia. "Imparcialidad" implica la ausencia de preferencia de una de las partes en el arbitraje o a una postura en el asunto en particular. La práctica de cada uno de los requisitos ha generado problemas. Los comentaré por separado.

Independencia. ¿Qué tanta relación con una de las partes le resta el calificativo de "independiente" a un árbitro? El problema no es fácil. Muchos abogados dedicados al arbitraje se conocen y designan mutuamente como árbitros. A un observador externo ello podría parecer amiguismo; pero existe una explicación alternativa: que obedezca a respeto por su autoridad moral y capacidades intelectuales. ¿Cómo distinguir?

¿Cómo diferenciar, con información subóptima, entre nepotismo y admiración o respeto? Ambos escenarios están cobijados de un manto de cordialidad, lo cual dificulta su diferenciación.

Postulo que la práctica arbitral tiene la respuesta: el "mercado" de árbitros es reputacional. Los árbitros que son designados a fungir como tales rechazan casos en los que existe un vínculo lo suficientemente sólido como para caer en la hipótesis de inelegibilidad y aun existiendo relaciones no dejan que nublen su buen juicio, su independencia. Podría cuestionarse si es suficiente. Postulo que a la fecha ha funcionado por el cuidado que los profesionistas dedicados a dicha materia ponen en cuidar su reputación.

Imparcialidad. ¿Qué tanto se puede comulgar con una postura sin dejar de ser "imparcial"? Es frecuente que alguien tenga una opinión sobre un tema, sin que ello implique que está casado con la misma. Más aún, *la aplicación del derecho es contextual*: puede ser que, teniendo una postura *in abstracto*, se cambie de opinión *in concreto* dadas las circunstancias del caso particular.

Se debe ser cauto al resolver lo anterior pues de adoptar una postura estrecha que fácilmente determine la existencia de parcialidad, se generarían incentivos para que expertos se pronuncien con menos frecuencia sobre temas controvertidos; o lo que es peor, podría perderse la oportunidad de contar con (probablemente) las personas más calificadas para resolver una controversia.

b. Procedimiento

El artículo 1429 del Código de Comercio establece un régimen de recusación. Bajo el mismo, la parte que desea recusar a un árbitro debe hacerlo ante el tribunal mismo. En caso de que no prospere, se puede recurrir la decisión ante el juez mexicano.

La recusación se entabla en primer lugar ante el tribunal arbitral dentro de los siguientes 15 días a partir de la fecha en que se designe o se tenga conocimiento de las circunstancias que den lugar a la recusación.

El tribunal arbitral, excluyendo el árbitro recusado, deberá decidir sobre la procedencia de recusación. En caso de que la recusación no prosperase, la parte recusante puede acudir a entablarla ante el juez mexicano dentro de los 30 días siguientes a la notificación de la decisión por la que se rechaza la recusación. La decisión será inapela-

ble. Mientras esté pendiente la resolución del juez, el tribunal arbitral puede (mas no tiene que) seguir con el procedimiento arbitral.

Este tema dio lugar a una discusión álgida en el seno de la UNCITRAL puesto que existían puntos de vista divergentes al respecto. El único punto en el cual existió un consenso general desde el principio fue que las partes deben tener el derecho para establecer el procedimiento de recusación; sin embargo, existía diferencia de opinión sobre la posibilidad de que dicho procedimiento pudiera excluir el recurso a un juez local. La solución de compromiso a la que se llegó fue permitir el recurso *inmediato* ante el juez local (la institución arbitral o autoridad nominadora) pero permitiendo, *mas no obligando*, al tribunal arbitral a continuar con el procedimiento arbitral. Esta solución tiene la virtud de que permite al tribunal realizar un ejercicio de equilibrio de intereses de tal forma que, en caso de que considere que la recusación es enderezada con fines meramente dilatorios, pueda limitar los mismos mediante la consecución del procedimiento. Sin embargo, si se considera que no existe una intención de frustración del procedimiento y que existe una auténtica duda, puede suspenderse el procedimiento con la finalidad de resguardar los intereses de las partes, que posiblemente estarán mejor servidos mediante la resolución del tema de la recusación en forma previa a entrar al procedimiento arbitral. De lo contrario, se podría correr el riesgo de desperdicio de recursos en un laudo que puede ser ultimadamente anulado.

En este contexto vale la pena mencionar una propuesta que se dio durante el debate. El delegado de Noruega expresó la opinión que, en caso de que una parte no objete dentro del periodo contemplado por el artículo 1429, debe entenderse que su derecho precluyó y, por consiguiente, no puede esgrimirlo como constitutivo de la causal correspondiente de nulidad[127] o no-reconocimiento/ejecución.[128] La observación parece adecuada y, aunque no fue expresamente reflejada en la Ley Modelo en el contexto de la recusación, considero que debe ser aceptada y aplicada en México puesto que: i) el diario de

[127] Artículo 1457(I)(d) del Código de Comercio.

[128] Artículos V(1)(d) de la Convención de Nueva York y 1462(1)(d) del Código de Comercio.

debates no refleja que haya sido rechazada, sino simplemente no fue incluida de manera específica en la sección de recusación; y ii) es congruente con lo dispuesto en el artículo 1420 del Código de Comercio.

c. Recurso

En caso de que las partes no hayan hecho aplicable un reglamento arbitral, el régimen de recusación será el contemplado por el artículo 1429 del Código de Comercio. El mismo contempla que de no prosperar la recusación podrá ser recurrida ante el juez mexicano, y dicha decisión es "inapelable". La utilización del término "apelable" es correcta desde un punto de vista semántico (el término en inglés que la Ley Modelo utiliza fue "appeal"). Sin embargo, el contenido que los redactores le quisieron dar a dicho precepto fue (es) que la decisión fuera final, que no hubiera recurso alguno en contra de la misma. Por ende, la mejor traducción conceptual hubiera sido "irrecurrible" pues, al utilizar el término "inapelable", se da lugar a la interpretación que, al no ser apelable, es "revocable",[129] lo cual no es la mejor interpretación exegética.

Es cierto que el problema no es grave. Después de todo, la revocación es un recurso rápido. Sin embargo, no es la mejor interpretación y resta efectos al objetivo del derecho arbitral de minimizar procesalismo.

d. Interrelación entre recusación legal y reglamentaria

Cuando el procedimiento arbitral está regido por un reglamento, ¿la recusación reglamentaria es *adicional* al régimen de recusación legal, o *supletoria*?

Podría argumentarse que debe ser *adicional* pues es parte del "control" que el juez nacional tiene sobre arbitrajes con sede en su jurisdicción. Por ende, las decisiones que las instituciones arbitrales adopten sobre la recusación de un árbitro siempre estarán sujetas a la

[129] Puesto que en materia procesal mercantil existen dos recursos: apelación y revocación (art. 1334 del Código de Comercio).

decisión *final* del juez mexicano (suponiendo, claro está, que la sede del arbitraje es México).

Postulo que la mejor interpretación es que *no* es adicional. Ello, pues, es derecho dispositivo: aplica sólo en caso de ausencia de pacto en contrario por las partes. Los motivos son: i) la norma fue diseñada expresamente para admitir pacto *total* en contrario;[130] ii) siempre existe la posibilidad de que el juez examine, durante el procedimiento de nulidad o ejecución del laudo, si los requisitos aplicables a los árbitros se ajustaron al derecho aplicable;[131] y iii) una instancia adicional al momento de la decisión sobre recusación retrasaría el procedimiento y sería contraria al ánimo de no litigiosidad que inspira todo el derecho arbitral mexicano.

Admito que la postura no está libre de críticas. Si se indagan los antecedentes del precepto[132] se encontrará que el texto del mismo es el resultado de una solución de compromiso entre dos posturas radicales: quienes sostenían que la recusación ante el juez debía de proceder de inmediato;[133] y quienes defendían que procediera sólo al final del procedimiento, en el contexto del juicio de nulidad o reconocimiento y ejecución.[134]

La adopción del texto actual fue considerada la postura más sana, pues tiene un triple mecanismo que evita chicanas: i) existe un plazo limitado; ii) debería de no poder apelarse la decisión; y iii) el tribunal arbitral tiene la discreción (no obligación) de proseguir.

Es ante lo anterior que considero que el precepto debe interpretarse como derecho dispositivo: si las partes pactaron en contrario, tanto el segundo como tercer párrafo del artículo 1429 del Código de

[130] El fundamento de dicha aseveración es textual. El artículo 1429 del Código de Comercio dice: "Las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de los árbitros. A falta de acuerdo…", con posterioridad de lo cual está contemplada la recusación.

[131] Artículos 1457(I)(d) y 1462(I)(d) del Código de Comercio.

[132] Holtzman y Neuhaus, *op. cit.*, p. 407. Broches, *op. cit.*, p. 63.

[133] El argumento se basaba en el deseo de eliminar dicha circunstancia lo antes posible, evitando seguir un arbitraje ante un tribunal que, llegado el momento, podría ser declarado ilegal.

[134] El motivo detrás de esta postura era evitar que se utilizara como táctica dilatoria que frenara el procedimiento.

Comercio se ven desplazados por el pacto. Y un reglamento arbitral sería el pacto de las partes.

Los motivos por los que considero que dicha interpretación constituye buen derecho son: i) de otra manera existiría una doble recusación: la contractual (reglamentaria) y la legal. ¿Que utilidad tendría el que dos autoridades analicen el mismo tema?; ii) se restaría efectos a la voluntad de las partes: se dejaría sin contenido el deseo que la decisión sobre recusación sea ventilada por la institución supervisora del arbitraje; iii) la institución arbitral está mejor situada para llevar a cabo dicha evaluación pues se trata de un especialista sobre la materia. Además, le da oportunidad de reevaluar la decisión de confirmación del árbitro; iv) la recusación está estrechamente relacionada con la designación. Debe de procurarse que ambos tópicos sean decididos en un mismo foro. No hacerlo da lugar a contradicciones, exceso de litigio y desperdicio; v) el juez no pierde el control sobre el arbitraje: aun si el juez no analiza dicha circunstancia al momento de constitución del tribunal, puede hacerlo al momento del juicio de nulidad o de reconocimiento y ejecución; y vi) resta efectos a tácticas dilatorias.

Al margen de lo anterior debo admitir que se han presentado casos en los que las partes presentan una recusación legal al margen de la reglamentaria. Y hasta donde tengo conocimiento, no se ha litigado la prevalencia de uno sobre del otro con base en el razonamiento esbozado en los párrafos anteriores. Es de esperarse que se ponga fin judicial a esta situación.[135]

Existe otro tema controvertido vinculado con lo anterior: ¿cuál es el grado de deferencia que un juez debe otorgar a la declaración de no procedencia de la recusación por el tribunal arbitral o la institución arbitral?[136] ¿Está éste obligado por la determinación del tribunal o institución? ¿La decisión del tribunal o la institución arbitral es de naturaleza jurisdiccional o administrativa?

[135] Lo cual sugeriría que fuera mediante derecho proveniente de la judicatura (jurisprudencia) no mediante una modificación legal. El texto legal así lo permite. Su radio de acción es lo suficientemente amplio como para incluir en el mismo dicha interpretación.

[136] Con fundamento en el primer párrafo del artículo 1429 del Código de Comercio.

Que sepa, el tema no se ha litigado en México, pero sí en otras jurisdicciones. Los tribunales franceses han favorecido la postura administrativa (no jurisdiccional).[137] Ello porque la labor de la institución arbitral es organizar, supervisar. Por ello, el rechazo de una recusación por la institución arbitral no impide a un juez juzgar la independencia e imparcialidad de los árbitros una vez emitido el laudo.

Sin embargo, la postura no es unánime. Hay casos[138] y autores[139] que consideran que tiene una naturaleza jurisdiccional, por lo que tiene un carácter definitivo y no está sujeto a control posterior por tribunales judiciales, salvo la nulidad del laudo arbitral.

En mi opinión, debería adoptarse la postura jurisdiccional. Los motivos, además de los expuestos, son que las partes, al acudir al arbitraje institucional, hagan justamente lo que desearon: que la institución arbitral elegida, como experta en estos temas, sea quien haga estas determinaciones. De haberse preferido que fuera un juzgado nacional, no se habría acudido al arbitraje administrado. Es decir, la decisión final sobre recusación es parte del género consistente en organizar el procedimiento arbitral.[140]

e. Estigma

La recusación merece una observación adicional. Y raya en lo sociológico, si no es que psicológico. Con frecuencia se percibe que la recusación está rodeada de un estigma negativo. Postulo que es infundado. Correctamente entendida, una "recusación" es el planteamiento de un cuestionamiento ante el órgano correspondiente sobre si un árbitro prospectivo reúne los requisitos para fungir como tal. Al margen de la causal de recusación, la recusación *qua* recusación no

[137] *Raffineries de Homs et de Bainias*, Corte de Apelación de París, 15 de mayo de 1985, *Revue de L'Arbitrage*, 1985, p. 147. Caso *Opinter*, Corte de Apelación de París, 15 de enero de 1985, *Revue de L'Arbitrage*, 1986, p. 87. La Corte de Casación rechazó la calificación jurisdiccional de esta decisión (7 de octubre de 1987).

[138] *République de Guinée*, Tribunal de Grande Instance de París, 23 de junio de 1988, *Revue de L'Arbitrage*, 1988, p. 657.

[139] Fouchard, "Le Statut de l'Arbitre", *Revue de L'Arbitrage*, 1996, p. 355. Henry, *op. cit.*, p. 286.

[140] *Revue de L'Arbitrage*, 1988, pp. 679 y ss.

debe conllevar una connotación negativa sobre la persona del árbitro. Más bien, debe entenderse como una garantía de legalidad. Las circunstancias con frecuencia distan de ser claras.

Ante ello, en ejercicio de una sana técnica jurídica, se inventó un mecanismo conforme al cual un ente distinto a las partes involucradas en la duda (el árbitro y las partes) pueda resolver dicha interrogante. Y si ese alguien que es tanto independiente como letrado, mejor. De allí que sea sano que sean las instituciones arbitrales, como expertas, quienes decidan si ciertas (dudosas) circunstancias son suficientes para válidamente cuestionar la independencia o imparcialidad del árbitro,[141] o si pueden presentar una duda *legítima* de ello.[142]

Utilizando una metáfora constitucional, la recusación es una pieza de la "división de poderes" del sistema arbitral. Establece una válvula para resolver la tensión que existe entre dos (legítimos) intereses: por un lado, el deseo de las partes de cerciorarse que el árbitro que designa la contraparte reúna los requisitos legales y contractuales aplicables.

Por otro lado, el deseo de las partes de evitar que la recusación sea utilizada como táctica dilatoria o medida para evitar que se designe un árbitro que haría cumplir el pacto de las partes.

Invito al lector a que ignoremos el estigma y entendamos la recusación como lo que es: un mecanismo neutral para resolver una duda que puede ser legítima, y que equilibra los intereses en juego, que son importantes. Ello necesariamente implica que el hecho de que el árbitro no se excuse automáticamente ante una recusación no necesariamente habla mal de él. Está condicionando su actuar a la decisión que al respecto tome el órgano para ello facultado por las partes: el juez[143] o institución arbitral.[144]

[141] Ello sin perjuicio de que las partes hayan contemplado requisitos adicionales, los cuales pueden también invitar dudas o discusiones de grado. De nuevo, una razón más para que una entidad distinta al árbitro y las partes decida sobre ello.

[142] Recuérdese que el estándar no sólo es la existencia de un vínculo o parcialidad del árbitro, sino que exista una duda *justificada* a los ojos de la parte que no lo designó (Artículo 1428 del Código de Comercio).

[143] Artículo 1429 del Código de Comercio.

[144] En caso de regir un reglamento arbitral.

C. Imposibilidad para actuar

En ocasiones un árbitro puede verse imposibilitado de continuar con su misión. El tema es serio pues puede comprometer virtudes importantes del arbitraje: eficiencia y celeridad.

La existencia de una circunstancia que imposibilite que el árbitro lleve a cabo sus deberes, puede ser justificada. Después de todo, nadie está obligado a lo imposible. Sin embargo, es necesario establecer qué tipo de circunstancias son justificadas para deslindarlas de conducta abusiva, los efectos jurídicos de ello, la posibilidad de que varíen en atención al momento del procedimiento en que la ausencia se presente, y las consecuencias de una falta injustificada.

La práctica ha demostrado que en ocasiones árbitros (en especial los de parte) incurren en conducta estratégica que busca restarle efectos, retrasar o entorpecer un procedimiento arbitral. La jerga arbitral ha denominado a éstos "árbitros-saboteadores". Es dicha práctica, y los efectos que puede tener, lo que da importancia a la reglamentación de este tema.

El artículo 1430 del Código de Comercio aborda: a) las causales con base en las cuales puede terminar el mandato del árbitro; b) la forma en que el mandato debe terminar; y c) el desacuerdo entre las partes en relación con lo justificado de la terminación. A continuación abordaré cada una para luego comentar d) los efectos jurídicos de los mismos y concluiré con una mención e) sobre la necesidad de que el árbitro acepte su misión.

a. Causales de terminación de la misión del árbitro

El artículo 1430 del Código de Comercio contempla tres causales de terminación: i) la imposibilidad *de jure* para realizar sus funciones; ii) la imposibilidad *de facto* para realizar sus funciones; o iii) la imposibilidad para actuar por cualquier otro motivo.

Los términos *de jure* y *de facto* de la versión en inglés se tradujeron como "de hecho o por disposición legal". La amplitud de la redacción busca dejar claro que cualquier circunstancia, sea jurídica o fáctica, que tenga como resultado que el árbitro no pueda realizar sus funciones, es suficiente para constituir una causal válida de terminación de la misión del árbitro.

Existen dos escenarios que analizaré en forma separada: cesación por renuncia o acuerdo de las partes y la remoción.

Cesación. El artículo 1430 del Código de Comercio establece que, en caso de verse impedido para ejercer sus funciones, el árbitro "cesará en su encargo si renuncia o si las partes acuerdan su remoción". Existen dos tipos de cesación: *ex officio* y *ex parte*.

En caso de que el árbitro observe que está física o jurídicamente imposibilitado para seguir su misión, *puede* renunciar. El que *deba* es un tema complejo y sujeto a las circunstancias del caso.[145] Considero que un criterio que debe guiar el ejercicio de dicha facultad es que debe ser utilizada en forma tal que no se premie conducta dolosa de una de las partes. Por ejemplo, ha ocurrido que se entablan litigios paralelos con miras a obtener una orden judicial que impida al tribunal arbitral continuar.[146]

En caso de que las partes consideren, por cualquier motivo, que el árbitro debe dejar de fungir como tal, dada la naturaleza contractual del arbitraje, pueden acordar la remoción del mismo. En dicho caso, la voluntad debe respetarse, tanto por el árbitro como por la judicatura. Sin embargo, para que proceda, *ambas* partes deben solicitarlo, no una sola.

Remoción. El artículo 1430 *in fine* del Código de Comercio contempla la posibilidad de remover al árbitro. Puede suceder que, no obstante la imposibilidad fáctica o jurídica del árbitro, no renuncie. En dicho caso, cualquiera de las partes puede ocurrir ante un juez y solicitar que sea removido. Tendrá que demostrar que el árbitro está "impedido de hecho o por disposición legal para ejercer sus funciones" o que no las ha ejercido dentro de un "plazo razonable".

Esta facultad puede ser útil, pero puede también ser peligrosa. En términos generales, es de sugerirse que el umbral de prueba sea muy

[145] Han existido casos diversos en los que, ante un (inclusive pequeño) obstáculo, el árbitro ha renunciado; y otros problemas serios que han sido (valientemente) enfrentados por el árbitro en cuestión mediante su solución. Es difícil establecer una regla pues el casuismo lo dificulta. Lo relevante a mencionar es que la decisión es del árbitro. La pregunta necesaria e interesante es: ¿cuándo debe?

[146] En dichos casos, en términos generales, tal parece que la mejor postura es continuar con el arbitraje. Los motivos serán desarrollados en otra sección de este estudio.

alto y que la facultad se utilice en forma excepcional, equilibrando, por un lado, el principio general de no intervención por la judicatura en el procedimiento arbitral y, por el otro, los siguientes riesgos que, dado el carácter de inapelable de la decisión, serán de especial trascendencia: i) que una de las partes busque entorpecer el procedimiento solicitando la terminación de las funciones de un árbitro; o ii) que, de rechazar la solicitud, el tribunal se vea atado a un árbitro imposibilitado para actuar.

La facultad no debe de ejercerse nunca por el simple hecho que el árbitro haya tomado un paso que a una de las partes no le haya parecido o una demora que tenga un elemento que la pueda justificar. Hacerlo convertiría dicho instrumento en una forma de "terrorismo arbitral", además de tornarse en una chicana efectiva.

b. Forma de terminación de la misión del árbitro

Sobre la forma en que debe terminar la misión del árbitro, durante los debates se rechazó que la terminación fuera la consecuencia legal automática de la imposibilidad o no ejercicio de funciones. Más bien se prefirió establecer que la terminación de la misión del árbitro resultara de su renuncia expresa o si las partes acuerdan su remoción. Dicha condición, si bien prudente para dar certeza acerca de una circunstancia tan trascendente, da lugar a la posibilidad de que se presenten tácticas dilatorias por las partes. Puede suceder que el árbitro renuncie, en cuyo caso se cierra dicha posibilidad. Sin embargo, de no existir una renuncia, la necesidad de contar con el acuerdo de la contraparte implica el riesgo de falta de cooperación. Es por ello que el precepto contempla la posibilidad, en caso de desacuerdo, de acudir a un juez solicitando la remoción. Es de sugerirse que esta facultad sea cuidadosamente ejercida equilibrando, por un lado, el principio general de no-intervención por la judicatura en el procedimiento arbitral,[147] y, por el otro, los siguientes riesgos que, dado el carácter de inapelable de la decisión, serán de especial trascendencia: i) que una de las partes busque entorpecer el procedimiento solicitando la terminación de las funciones de un árbitro; o ii) que, de

[147] Artículo 1421 del Código de Comercio.

rechazar la solicitud, el tribunal se vea atado a un árbitro imposibilitado para actuar.

c. Desacuerdo entre las partes sobre la terminación de la misión del árbitro

Existe la posibilidad de que las partes estén en desacuerdo sobre la existencia de una de las causales para terminar el mandato del árbitro. Al respecto se decidió que, si existe desacuerdo, cualquiera de las partes podrá solicitar al juez que dé por terminado el encargo. La decisión del juez es inapelable. Esta solución rechazó las posturas que sostienen que debería ser el resto del tribunal arbitral que decidiera sobre el tema. En mi opinión, hubiera sido más apropiado que fuera el tribunal arbitral o institución arbitral quien decidiera al respecto, y el juez sólo en caso de un tribunal conformado por un solo árbitro o en caso de arbitraje *ad hoc* o desnudo (sin reglamento).

Como punto interesante, el derecho arbitral mexicano no refleja el segundo párrafo del artículo 14 de la Ley Modelo[148] que establece, en términos generales, que la renuncia por parte del árbitro no implica la aceptación de la validez de la causa con base en la cual se le haya recusado. No encuentro en ningún lugar el motivo por el cual no se incluyó dicho principio. Me da la impresión que fue un descuido. No obstante lo anterior, dicha concepción es la que parece prevalecer en la práctica.

d. Necesidad de que el árbitro acepte su misión

Es necesario que el árbitro designado acepte su misión, y ello resulta de la naturaleza contractual del arbitraje y del principio que los árbitros son jueces privados, designados en forma casuista, lo cual requiere tanto el consentimiento de las partes como de los árbitros.[149] El consentimiento de los árbitros no es menos importante que el consentimiento de las partes dado que el papel que asumen no es obliga-

[148] El cual se basa el artículo 1430 del Código de Comercio.

[149] Sobre esto se recomienda la obra dirigida por Eduardo Silva Romero y Fabricio Mantilla Espinosa, *El contrato de arbitraje*, Legis, Colombia, 2005.

torio y no puede ser impuesto a ningún particular. Dicha obligación puede resultar exclusivamente de una relación contractual que vincule los árbitros a las partes y a cualquier institución que organice el procedimiento arbitral.

La única formalidad relativa a la aceptación es que sea inequívoca. Las consecuencias de la aceptación son: i) completa la constitución del tribunal arbitral en lo que al árbitro en cuestión se refiere; y ii) establece el inicio de sus funciones y el momento a partir del cual sus deberes como jueces privados comienzan, principalmente los éticos y el de conducir en forma diligente e imparcial el procedimiento arbitral.

Lo anterior puede tener un impacto práctico importante puesto que, en algunas legislaciones y reglamentos arbitrales, se establece un periodo específico dentro del cual tiene que emitirse el laudo arbitral.

D. Designación del árbitro sustituto

El artículo 1431 del Código de Comercio regula la designación de un árbitro sustituto. Dado que el mecanismo es el mismo que el contemplado en el artículo 1429, no lo repetiré.

El precepto incluye cinco causales de terminación: a) con motivo de una recusación; b) imposibilidad *de jure* o *de facto* para continuar con el cargo; c) renuncia del árbitro; d) remoción por las partes;[150] y e) terminación del encargo por cualquier motivo.[151] Las causales c) y d) reflejan la libertad tanto de las partes como del árbitro de dar por terminada la función del árbitro, lo cual es congruente con la naturaleza contractual del arbitraje. La disposición genérica ("*terminación de su encargo por cualquier otra causa*") busca cubrir todos los casos en los cuales el mandato pueda darse por concluido, aun si no están contemplados en las primeras de estas categorías.

Surgió la interrogante acerca de la libertad de un árbitro a renunciar por razones distintas a las ya tratadas en el artículo 1430 del

[150] Un tema que se ventiló fue si las partes tienen libertad irrestricta de acordar una forma de terminación de la misión del árbitro. Dada la naturaleza consensual del arbitraje, la pregunta se resolvió en forma afirmativa, sin perjuicio de que exista responsabilidad del árbitro cuando el encargo haya terminado sin una causa que la justifique.

[151] Artículo 1429 del Código de Comercio.

Código de Comercio, lo cual también fue resuelto en forma afirmativa, pero en este caso por la razón práctica de que un árbitro que no desea actuar no podría ser forzado para conllevar sus funciones. Ello es sin perjuicio de la responsabilidad en que se podría incurrir de ser ilícita la renuncia.

La cuestión de la responsabilidad del árbitro fue reservada y el grupo de trabajo decidió que la Ley Modelo no debería tratar la responsabilidad legal de un árbitro, lo cual es un tema regulado por el derecho (civil) que resulte aplicable.

Existe una precaución que debe ser tenida en mente: el mecanismo de renuncia y reemplazo puede ser abusado por un árbitro "saboteador" con la finalidad de obstruir o de alguna manera inapropiada influenciar el procedimiento.[152]

De ser utilizada de dicha manera considero que existiría responsabilidad profesional por parte del árbitro. Sugeriría que así lo sostuviera la judicatura.[153]

Deseo hacer una propuesta: quien designe a un árbitro "saboteador" debe perder el derecho a volver a designar "su" árbitro. El motivo es que se trata de un caso de abuso de derecho, y bajo dicha teoría el derecho debe ser perdido.[154]

Cierto, el postulado es agresivo además de controvertido. Después de todo, la elección del árbitro es un derecho importante. No obstante ello, considero que si se abusa del mismo, debe perderse. Ello estimularía una conducta apropiada.

E. Temas relacionados con la sustitución del árbitro

Dos temas se relacionan con lo anterior que a continuación trataré: a) la necesidad de repetir actuaciones; y b) el tribunal trunco.

[152] El problema fue resuelto en el contexto del Convenio CIADI al establecer que, en caso de que un árbitro-de-parte renuncie sin consentimiento del tribunal arbitral, un árbitro sustituto sería designado por una autoridad neutral. El grupo de trabajo de la UNCITRAL decidió no abordar el tema.

[153] El mecanismo es descrito en la sección VIII.B de este estudio.

[154] Propondría que la determinación la hiciera el tribunal arbitral en conjunción con la institución arbitral, de existir. Ello dada la importancia del derecho y dada la posibilidad de que no se logre mayoría, pues el tribunal estará compuesto por dos árbitros.

a. Repetición de actuaciones

La sustitución de un árbitro necesariamente hace surgir la duda sobre la necesidad de tener que repetir algún paso procesal que haya tenido lugar. Ello involucra cuestiones de debido proceso, por lo cual debe abordarse con cuidado.

Los reglamentos arbitrales más modernos establecen que será el tribunal arbitral mismo quien decida sobre la necesidad de repetir pasos procesales. En caso de que el procedimiento arbitral se encuentre en una fase temprana, existirá poca necesidad de repetir algún paso. Sin embargo, de estar avanzado el procedimiento, ello puede tornarse en indispensable, particularmente si han tenido lugar audiencias en las que se hayan desahogado pruebas o ventilado argumentación jurídica sobre el fondo del asunto.

Al respecto vale la pena citar una norma que parece tomar una postura que equilibra los intereses en juego. El artículo 14 del Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL establece que, en caso de tratarse del árbitro único o el presidente del tribunal, las audiencias serán repetidas. Sin embargo, si se trata de un árbitro-de-parte, será discreción del tribunal arbitral decidir sobre ello. La *ratio legis* de esta norma es restarle efectos a tácticas dilatorias de árbitros saboteadores.

De cualquier manera, la decisión corresponde al tribunal por ser el mejor situado para tomarla. Dado que el derecho mexicano no contempla norma alguna, salvo casos extremos, un tribunal estatal que conozca de la materia debe respetar la decisión tomada por el tribunal, aun si se separa de la regla citada en el párrafo que antecede.

b. Tribunal trunco

Un tema relacionado, y no abordado por derecho mexicano, es la posibilidad de no designar un árbitro sustituto y proceder sin la totalidad del tribunal en la forma originalmente acordada por las partes; lo que en el argot arbitral se ha llamado un "tribunal trunco".

El punto jurídico a resolver tiene que ver con la posibilidad de apartarse del acuerdo de las partes sobre la composición del tribunal arbitral con miras a lograr el deseo primordial de las partes al acudir al arbitraje: *contar con un procedimiento eficaz*.

Por principio de cuentas podría parecer difícil de aceptar la noción que un tribunal trunco decida la controversia. Después de todo, las partes pactaron que sea un tribunal colegiado compuesto de (por ejemplo) tres árbitros quien resuelva. Y apartarse de dicho pacto es una causal de nulidad[155] y no-reconocimiento/ejecución[156] del laudo. Si se acordó que fueran tres árbitros los que decidieran la controversia, es porque el monto, complejidad o cualquier otra circunstancia del asunto así lo amerita. La aseveración cobra más importancia si se considera que el árbitro-de-parte con frecuencia juega un papel trascendente tanto en lo jurídico, cultural y hasta psicológico; por lo cual, en una ausencia del mismo, podría generarse una situación de desigualdad entre las partes y ausencia de debido proceso.

Sin embargo, pueden existir circunstancias que militen a favor de dicho resultado. Piénsese en el caso en el que el árbitro-de-parte entorpece el procedimiento, injustificadamente deja de asistir a audiencias, persistentemente evita cooperar en la toma de decisiones o consecución de pasos procesales, o la renuncia por un árbitro que, si bien en cualquier momento sería desafortunada, entre más avanzado esté el procedimiento más dañina será.

Por principio de cuentas, la falta de un árbitro debe resultar en la designación de uno nuevo. Sin embargo, ¿en qué casos se justificaría no designar uno nuevo y proceder como tribunal truncado? y ¿quién debe tomar la decisión?

El tema ha motivado estudios interesantes por juristas destacados[157] y en fechas recientes se han observado casos que rebasan la imaginación. Mucho podría decirse al respecto; sin embargo, me limitaré a mencionar conclusiones que la práctica, jurisprudencia y doctrina nos brindan para analizar el tema:[158]

a) Un retiro injustificado por parte de un árbitro constituye un ilícito: es un incumplimiento al deber (contractual y legal) de

[155] Artículo 1457(I)(d) del Código de Comercio.

[156] Artículo 1462(I)(d) del Código de Comercio.

[157] Por ejemplo, Stephen M. Schwebel, *The Authority of Truncated International Arbitral Tribunal, International Arbitration: Three Salient Problems*, Grotius Publications, Cambridge, 1987.

[158] Schwebel, *op. cit.*, p. 296.

resolver la controversia que se somete a su conocimiento, no sólo en forma independiente e imparcial, sino también en forma justa y expedita.

b) El ilícito descrito en el párrafo que antecede no debe restarle la facultad al resto del tribunal arbitral de continuar con el procedimiento arbitral y emitir un laudo válido y ejecutable.

Las conclusiones anteriores se derivan de las siguientes fuentes de derecho: la jurisprudencia internacional,[159] los principios generales de derecho[160] y la doctrina.

En fechas recientes tuvo lugar un caso que vale la pena comentar: *Himpurna California Energy, Ltd. (Bermuda) vs. Republic of Indonesia.*[161] En dicho caso la parte demandada, después de ejercer sin éxito todas las medidas jurídicas a su disposición para evitar que el tribunal conozca del asunto,[162] recurrió a medidas fácticas: *¡secuestró a uno de los árbitros!*

No obstante que el caso es tan apasionante como dramático, no abundaré sobre el mismo; sólo sobre lo que hizo el tribunal ante dicha circunstancia: prosiguió con el procedimiento arbitral. No obstante la empatía que sintieron los miembros restantes del tribunal por el árbitro secuestrado, su misión tenía que ser cumplida. La pregunta era si era necesario designar un árbitro sustituto, o si deberían repetirse instancias.

La respuesta fue negativa, no sólo porque ya habían existido deliberaciones con el árbitro secuestrado como resultado de las cuales el tribunal había llegado a determinaciones, sino que además –y este es el punto que deseo enfatizar– no hacerlo premiaría conducta no sólo dolosa, sino delictuosa, de la parte renuente a arbitrar.

[159] El estudio del juez Schwebel, anterior juez de la Corte Internacional de Justicia, cita múltiples precedentes internacionales.

[160] Un ilícito no debe producir efectos jurídicos que favorezcan a quien lo comete.

[161] Laudo Interino de fecha 26 de septiembre de 1999.

[162] Que incluyeron la recusación de los miembros del tribunal (lo cual incluyó comunicaciones diversas que más que representar argumentos jurídicos sólidos, contenían ataques *ad hominem* e inclusive insultaban a los miembros del tribunal), el inicio de procedimientos tanto en Indonesia como en la sede del arbitraje (Países Bajos) solicitando órdenes que prohibieran al tribunal proseguir.

Es de esperarse que el caso, no obstante el surrealismo que despliega, sirva de ejemplo tanto para tribunales arbitrales como jueces.

VI. Obligaciones y poderes

1. Introducción

Para lograr su misión jurisdiccional el árbitro tiene facultades diversas. A continuación se analizarán las más importantes y aquellas en las que la práctica ha mostrado actos y omisiones que merecen ser corregidos.

2. Conducción del procedimiento

El árbitro lleva las riendas de la carroza arbitral.[163] Diferentes árbitros tienen diferentes estilos. Pueden categorizarse genéricamente en *laissez-faire* o *dirigistes*.

Mientras que algunos dejan que el arbitraje fluya como las partes lo vayan llevando y sólo meten las manos cuando así lo requieren las circunstancias (con miras a que no se trabe o estanque el procedimiento), otros regulan todo al pie de la letra. Y dentro de dichos polos del horizonte existen matices.

Los diferentes estilos tienen ventajas diversas y puede ser que un árbitro que es *laissez-faire* en un arbitraje sea dictatorial en otro, dadas las circunstancias particulares del caso. El derecho arbitral está diseñado para tolerar ambos estilos. Ello se corrobora si se observa la redacción del artículo 1435 del Código de Comercio: es una norma que no regula método, sólo resultado.

La constitucionalidad de dicho precepto fue cuestionada argumentando que era violatorio del artículo 14 constitucional puesto que: a) no preveía las formalidades esenciales del procedimiento (incluyendo las reglas sobre ofrecimiento y desahogo de pruebas); y b) el verbo "dirigir" en dicho precepto otorgaba facultades absolutas y omnímodas a los árbitros. La Suprema Corte de Justicia de la Nación rechazó la pretensión sosteniendo:

[163] Segundo párrafo del artículo 1435 del Código de Comercio.

> "...el Título cuarto, del Código de Comercio, intitulado del "arbitraje comercial" especialmente los capítulos V y VI, cumplen con la observancia obligatoria de las formalidades esenciales del procedimiento, en especial con aquella relativa a la adecuada defensa, puesto que el demandado en el procedimiento arbitral, que es el caso, cuenta con la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que finque su pretensión y de alegar, por lo que no queda en indefensión. Del contexto de diversos preceptos del Título Cuarto, se infiere, con meridiana claridad, en lo relativo a la oportunidad de defensa, que las partes dentro del procedimiento arbitral si cuentan con la oportunidad de ofrecer las pruebas en que funden su defensa con los plazos para su ofrecimiento y forma de desahogo, como para alegar, ya que la facultad que se confiere al tribunal de arbitraje por el numeral 1435 del Código de Comercio, en relación con el procedimiento, se encuentra acotada por las disposiciones del referido Título ... ya que lo relevante es que dicho Título sí establece las formalidades esenciales del procedimiento, de conformidad con la jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ... Por consiguiente, las facultades del tribunal de arbitraje, en particular las de establecer las reglas del procedimiento arbitral inherentes al ofrecimiento, admisión y desahogo de pruebas, como de alegatos, por el contenido propio del artículo 1435 del Código de Comercio y del Título Cuarto del Libro Quinto de igual codificación, no son absolutas ni omnímodas, sino que por el contrario, se encuentran limitadas a no contravenir el contenido del referido Título, el cual, como ya se vio, salvaguarda las formalidades esenciales del procedimiento que tutela el artículo 14 constitucional".[164]

La decisión es tan tajante como plausible. No sólo eso. Cuando fue emitida le ganó (o refrendó, depende la postura que se adopte) a México una reputación de un buen lugar para arbitrar en América Latina.[165]

Discutida su constitucionalidad pasemos a su legalidad. El ejercicio de esta facultad tiene que seguir ciertos cánones: 1) seguir un proceso debido; 2) dar a las partes trato igualitario; 3) cómo se entrelaza con la facultad de las partes de llegar a acuerdos procesales. A continuación se tratará cada uno.

[164] Amparo en Revisión 759/2003.

[165] La decisión tuvo eco en muchas partes del mundo. Esto es de tenerse en cuenta pues el impacto y rectitud de las decisiones judiciales mexicanas es analizado por expertos y practicantes de arbitraje en diversas partes del mundo.

A. Debido proceso

El árbitro debe dar a las partes oportunidad de hacer valer sus derechos. El fundamento y razón de ser de dicho principio es incuestionable. Sin embargo, su contenido y alcance varía, está sujeto a diferencias de opinión y su regulación por los reglamentos de arbitraje contempla matices dignos de comentar.

Algunos reglamentos hablan de dar oportunidad "suficiente"[166] para hacer valer sus derechos mientras que otros dicen que esta oportunidad debe ser "razonable".[167] La postura que adopta el artículo 1434 del Código de Comercio mexicano es aparentemente más severa al establecer que el tribunal arbitral debe dar a las partes "*plena* oportunidad de hacer valer sus derechos".

El adjetivo "plena" en dicho contexto ha dado lugar a una discusión sobre el alcance del principio. Por un lado, hay quienes sostienen que toda medida que adopte el tribunal que, por cualquier circunstancia, merme –aunque sea un poco– el derecho de una de las partes a tomar algún paso procesal, es contrario a dicho principio. Por otro lado, se encuentran quienes consideran que el hecho de que las medidas adoptadas por el tribunal para que las partes presenten su postura ante el mismo sean congruentes con el principio en cuestión es dependiente de las circunstancias, demás aspectos del procedimiento y de que, al optar por el arbitraje, las partes necesariamente quisieron evitar formalismos o retrasos innecesarios. Por consiguiente, que la forma de conducir un procedimiento le haya brindado *plena* oportunidad a las partes de hacer valer sus derechos ante el tribunal depende del caso y lo decide el tribunal arbitral, el cual es el mejor situado para tomar las determinaciones correspondientes.

[166] Segundo párrafo del artículo 15(2) del Reglamento CCI que dice: "En todos los casos el Tribunal Arbitral deberá asegurarse que cada parte tenga la oportunidad *suficiente* para exponer su caso".

[167] Segundo párrafo del artículo 21 de las Reglas CAM que dice: "...el Tribunal Arbitral deberá actuar otorgando a las partes una oportunidad *razonable* de presentar sus argumentos".

Si bien el tema es debatible y dependiente de las circunstancias del caso, existen dos sugerencias generales que pueden hacerse. La primera a los árbitros: en caso de duda, vale la pena ser conservador sobre las medidas/decisiones que pueda parecer que le restan a una parte su derecho a presentar plenamente su caso.

A su vez, deben documentarse con detalle en el laudo los motivos por los que el tribunal optó por cierta medida que pudiera, a primera impresión de quien no presenció los hechos, parecer que incumple el principio. La segunda a los jueces que conozcan de la posible nulidad o no reconocimiento/ejecución del laudo: cuando una medida adoptada por un tribunal arbitral parezca no haberle permitido a una parte ejercer sus derechos, ésta debe aquilatarse contra el hecho que el tribunal es quien tiene mayor conocimiento sobre el caso y que tiene la misión de seguir el procedimiento con celeridad y orden,[168] por lo que es recomendable que sólo en casos extremos o claramente injustos se le reste validez a un laudo con fundamento en esta circunstancia.

El alcance de lo que debe entenderse por un "debido proceso" varía. Sin embargo, muchos están de acuerdo en que incluye lo siguiente:

a) En la medida en que no se haya cerrado la etapa de instrucción o sea contrario a la organización que el tribunal haya establecido, el tribunal siempre tendrá que recibir de todas las partes los escritos donde hacen valer sus pretensiones.
b) El tribunal debe permitir a todas las partes presentar pruebas y demás medios de defensa dándoles la oportunidad de desahogar las mismas antes de emitir el laudo. De nuevo, siempre que respeten la organización establecida por el tribunal.
c) Es indispensable que el tribunal escuche los alegatos de las partes permitiéndoles exponer sus respectivas pretensiones y defensas.

[168] Esto es de particular importancia pues ha sucedido que tribunales que organizan con detalle un procedimiento se ven obligados a desechar solicitudes o promociones extemporáneas de pruebas. Al aquilatar el impacto de ello, el juez debe tener en mente que si durante el procedimiento no se hacen valer derechos en la instancia correspondiente, resultará en su preclusión. Y el arbitraje no es una excepción.

d) El tribunal debe cerciorarse que ambas partes tengan acceso a toda la información presentada por ambas partes al tribunal.
e) No debe limitarse el derecho para probar ni para alegar, excepto cuando se trate de peticiones inconducentes o que únicamente tiendan a retrasar el procedimiento.

En forma relacionada con lo anterior debe hacerse hincapié que el vínculo con la sede no significa que las garantías de procedimiento en materia judicial interna son aplicables a los árbitros.[169] Los derechos fundamentales son inaplicables en el arbitraje.[170]

B. Igualdad

El árbitro debe tratar a las partes en forma igualitaria.[171] Este principio implica que durante todo el procedimiento arbitral, y no importando el paso o etapa de que se trate, las partes deben enfrentarse el uno ante el otro en un plano que no presente situaciones que beneficien a una de las partes u obstaculicen a la otra. El tribunal no puede dar ventajas a una parte sobre la otra. Ello supondría inequidad procesal.

La aplicación de este principio tiene efectos prácticos importantes; implica que no puede permitirse a una parte ofrecer una prueba que no se le permita a la otra, no debe darse un plazo más amplio para una de ellas si no se da también a la otra, no puede permitirse que una alegue y la otra no, y, en suma, no puede darse trato alguno diferente a las partes.

[169] Lo que es más, expertos sugieren que el término que se utilice en arbitraje sea "debido proceso" y no "garantía de audiencia", no por una sobresensibilidad semántica, sino porque hacerlo invita a que se filtren indebidamente nociones de derecho público en el arbitraje, que en esencia es derecho privado, lo que entorpece su eficacia. (Véase Sofía Gómez Ruano y Cecilia Azar, "¿Debe respetarse la garantía de audiencia en un procedimiento arbitral? ¿Garantía de audiencia es una expresión que debe utilizarse en arbitrajes?", *En busca de la teoría constitucional (a la luz de las resoluciones del Poder Judicial)*, Themis, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Colección Foro, núm. 11, p. 375.

[170] Un estudio reciente aborda esta problemática. "El árbitro, ¿autoridad responsable en el juicio de amparo?", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, núm. 29, 2005, p. 605.

[171] Artículo 1434 del Código de Comercio.

C. Tensión entre autonomía de la voluntad y facultad de dirigir el procedimiento

¿Quién controla el arbitraje? La pregunta parecería sobrada dada la explicación contenida en las anteriores secciones. Sin embargo, no es ociosa. El arbitraje tiene un fuerte componente contractual, lo cual implica que las partes tienen libertad para diseñar el tipo de mecanismo que desean utilizar para resolver su controversia. A tal grado que algún autor habla de "Arbitraje *à la carte*".[172]

Luego entonces, si las partes tienen la libertad de –vía acuerdos procesales– confeccionar el procedimiento que desean, y ello debe ser respetado por el árbitro, ¿dónde queda el papel del árbitro como capitán del barco?

El lector notará que existe una tensión entre, por un lado, la autonomía de la voluntad y, por el otro, las facultades del árbitro. Y se trata de un tema importante y pragmático.

A continuación propongo una fórmula (que admito que no carece de opositores). Regla 1: es el árbitro quien conduce el procedimiento. Regla 2: las partes pueden llegar a convenios procesales, y el árbitro debe implementarlos. Regla 3: dicha regla tiene un límite: que no se entrometa con la facultad jurisdiccional del árbitro.

a. Regla. Los acuerdos de las partes vinculan al árbitro

Es cierto que dada la naturaleza contractual del procedimiento arbitral las partes tienen libertad de llegar a acuerdos procesales,[173] y el árbitro estará obligado por los mismos. Ello ha sido expresamente reconocido en otras jurisdicciones.[174] La violación de dichó pacto sería una causal de nulidad[175] y no ejecutabilidad[176] del laudo. Lo

[172] Francisco González de Cossío, *Arbitraje*, Porrúa, México, 2004, p. 228.

[173] Dichos acuerdos tienen naturaleza contractual.

[174] *Société Torno SpA vs. Société Kagumi Gumi Co Ltd*, Corte de Apelación de París, 19 de mayo de 1998, *Revue de L'Arbitrage*, 1999, p. 601.

[175] Artículo 1457(I)(d) del Código de Comercio.

[176] Artículo 1461(I)(d) del Código de Comercio.

que es más, algunas cortes han llegado a calificar dicha trasgresión de una violación al orden público.[177]

b. Excepción: garantías procesales y eficacia del arbitraje

Los convenios procesales son bienvenidos, siempre que no impliquen una violación a una garantía procesal o mermen la eficacia del procedimiento arbitral. El fundamento es doble: primero, el deber de todos de asegurar un trato justo y equitativo en el procedimiento. Segundo, la naturaleza de la actividad.

Sobre el primero, el artículo 1435 del Código de Comercio no estableció como sujeto pasivo al árbitro. Lo dejó abierto. Ello obedeció al deseo de sus arquitectos que el principio, dada su importancia, aplicará no sólo al árbitro, sino a las partes. El resultado es importante. Expresado en forma negativa, es jurídicamente imposible aceptar ser tratado en forma desigual. Si ello sucede, el pacto carecerá de efectos jurídicos.

Sobre el segundo, el árbitro realiza un acto jurisdiccional.[178] Dicen el derecho. Así lo hacen ver destacados tratadistas (René David,[179] Henry[180] y Clay[181]). Al encomendar dicha labor a un determinado profesionista, no sólo se hace por sus conocimientos jurídicos sustantivos, sino también por su pericia procesal, lo cual es delicado, además de complejo. Por ello, la facultad del árbitro de

[177] *Dubois et Vanderwalle vs. Boots Frites*, *Revue de L'Arbitrage*, 1996, p. 100; y *Brljevic vs. Sarl NCM Industrie*, *Revue de L'Arbitrage*, 2001, p. 200. Disiento de la postura por dos razones. En primer lugar, el contenido del orden público es distinto. En segundo, si se adoptara esta postura, existiría un traslape con la causal de no consecución del procedimiento en la forma acordada por las partes [arts. 1457(I)(d) y 1461(I)(d) del Código de Comercio]. Toda interpretación expansiva de un precepto que deja a otro hueco dista de ser la más apropiada.

[178] Hay quien disiente. Creo que la fuente de la diferencia de opinión obedece a que la noción "jurisdiccional" se le concibe en forma (innecesariamente, en mi opinión) limitada como aquella facultad *del Estado*, vía judicatura, de impartir justicia. Considero que la noción amplia es más adecuada: *juris dicere*, decir el derecho, y resolver una disputa acorde a ello. El que sea un funcionario (juez) quien lo haga o un practicante privado no cambia la naturaleza del acto.

[179] *Arbitrage et Droit Comparé*, pp. 12-14.

[180] Henry, *op. cit.*, p. 188.

[181] Clay, *op. cit.*, p. 589.

ignorar los pactos que ponen en tela de juicio su facultad para juzgar es una facultad implícita del *receptum arbitri*.[182]

Comulgo con Kaufmann-Kohler,[183] Jarrosson[184] y Hascher:[185] la voluntad de las partes encuentra como límite la esencia del poder jurisdiccional. La preponderancia de las facultades procesales de los árbitros se justifica por el deseo de eficacia, inherente a la administración de justicia.

No postulo que deben simplemente ignorarse los acuerdos procesales. Ello sería contrario a la labor del árbitro. Si el árbitro considera que un pacto transgrede los lineamientos apuntados, debe hacérselo saber a las partes buscando consensar una solución. Sólo si –después de que ha hecho todo lo razonablemente posible– fracasa, debe echar mano de la facultad que he defendido, más como último recurso.

3. Motivar el laudo

El árbitro tiene que motivar el laudo.[186] El término "motivar" en dicho artículo es jurídicamente equivalente a "fundar y motivar" bajo el derecho constitucional y administrativo mexicano. Es decir, el árbitro tiene que citar los preceptos jurídicos en los que basa sus resolutivos, y realizar un análisis que implique la aplicación del derecho a las circunstancias del caso, detallando por qué el derecho se conjuga *in casu* en la forma que el árbitro considera.

La motivación tiene un papel justificativo, pedagógico, persuasivo y explicativo: explicar por qué ganan y por qué pierden. Es la

[182] Klaus Peter Berger, *International Economic Arbitration*, Kluwer, Deventer/Boston, 1993, p. 372.

[183] Gabrielle Kaufmann-Kohler, "Qui controle l'arbitrage? Autonomie des parties, pouvoirs des arbitres et principe d"éfficacité", en *Liber Amicorum Claude Reymond autour de L'Arbitrage*, Litec, París, 2005, p. 163.

[184] Jarrosson, "Qui tient les rênes de l'arbitrage? Volonté des parties et autorité de l'arbitre", nota sobre *Société Torno SpA vs. Société Kagumi Gumi Co Ltd.*; *Revue de L'Arbitrage*, 1999, p. 601. Sus palabras exactas son: "*La volonté des parties trouve sa limite dans ce qui fait l'essence du pouvoir juridictionnel*".

[185] Dominique Hascher, *Principes et pratique de procédure dans l'arbitrage Commercial International*, Recueil des Cours de l'Academie du Droit International, 1999, pp. 51-193.

[186] Artículo 1448 del Código de Comercio.

prueba de que las pretensiones han sido cuidadosamente consideradas. Es una garantía contra la arbitrariedad.

La motivación tiene una triple audiencia: las partes, profesionales y la opinión pública. Como dice el viejo adagio: es de fundamental importancia que la justicia no sólo se administre, sino que se perciba que es administrada.[187]

El alcance del deber de la motivación ha sido objeto de divergencia de opinión. Hay quien postula que *todos* los argumentos presentados por las partes deben ser expresamente abordados y, en su caso, refutados, para cumplir con el deber de motivación. En forma contraria, hay quien sostiene que mientras que todos los *puntos jurídicos a resolver* hayan sido resueltos y los argumentos que motivan por qué el árbitro adoptó la postura que prevaleció sean detallados en el laudo, se cumple con el deber de motivar.

La tendencia prevaleciente y mejor derecho es que el debido proceso no exige que se mencionen en el laudo *todos* los argumentos, sólo los medulares. Sin embargo, en casos delicados puede ser útil rebasar dicho *minimum* para persuadir a la parte perdedora y mejorar las posibilidades de cumplimiento voluntario del laudo.

Al respecto, la postura más recomendable a los jueces que ventilen solicitudes de nulidad o no reconocimiento es rechazar dicho tipo de argumentos. Sólo en caso de una ausencia *total* de descripción de posturas puede considerarse la procedencia de dichas acciones. Después de todo, se trata de arbitraje; el deseo de resolver una controversia en forma sumaria y eficiente necesariamente implica que el tribunal se concentre en los puntos medulares y que los argumentos irrelevantes sean descartados.

Lo que es claro es que en ninguna de las premisas en las que descanse la conclusión del tribunal debe escapar un debate contradictorio entre las partes. Es decir, el árbitro no puede *motu proprio* incluir elementos en su resolución sin que las partes hayan tenido oportunidad de comentarlos.[188]

[187] En inglés: "It is of fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done". Los motivos descansan en el papel social del derecho. Para abundar sobre esto puede consultarse *El Estado de Derecho: un (desesperado) llamado de acción*, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, 2007.

[188] Como lo dijo la Corte de Apelación de París en el caso *Shérif Jamil Ben Nasser vs. BNP et Crédit Lyonnais*, (14 de octubre de 1993): "Rien de ce qui sert a fonder le jugement

La necesidad de que exista un debate contradictorio entre las partes sobre el asunto genera duda sobre si dicho debate debe ser sobre los aspectos jurídicos y fácticos, o exclusivamente los primeros. A diferencia del juez –al que le aplica el principio *iura novit curia*– y que por consiguiente una exposición fáctica podría (en teoría) ser suficiente, al árbitro no le aplica dicho principio, por lo que parece ser que un debate tanto fáctico como jurídico es necesario.

Con toda su importancia, la motivación es renunciable. Así lo contempla expresamente el derecho arbitral.[189] En un caso del que el autor tuvo conocimiento la misión del árbitro consistía en simplemente poner una cruz dentro de la caja/opción que las partes habían confeccionado en su acuerdo arbitral. Las opciones eran: 1) *A* gana; 2) *B* gana. Si bien las partes otorgaban un contenido obligatorio a cada una de las opciones, no les interesaba saber por qué el árbitro lo decidió así. Lo único que interesaba era una respuesta rápida.

He utilizado dicho ejemplo en varios cursos de arbitraje y mis alumnos me han hecho ver diferentes razones por las que creen que debe y no debe ser válido dicho pacto. Si bien este no es el foro para agotar el tema, deseo mencionar que considero que dicho pacto debe ser válido, y es de esperarse que la judicatura así lo sostenga cuando el caso llegue a sus manos.

4. Emitir un laudo ejecutable

Con frecuencia se dice que un árbitro tiene el deber de emitir un laudo ejecutable. Dicha obligación es peligrosa, y por dos motivos: el laudo tiene curso legal internacional. Puede ser imprevisible en qué jurisdicción se intentará su ejecución, y las peculiaridades de la misma en cuanto a la validez del laudo se refiere.

El segundo motivo es que, tomado a rajatabla, si un laudo es anulado, podría implicar la responsabilidad de los árbitros.

de l'arbitre ne doit échapper au débat contradictoire des parties". Diversos autores hacen eco de dicha noción. Por ejemplo, Clay, *op. cit.*, p. 311, J. Pellerin, L. Dermine, *L'arbitre et les mesures d'instruction, en L'arbitrage. Melanges Albert Fettweis* , E. Story-Scientia, Bruselas, 1989, p. 73. Varios casos han seguido el mismo razonamiento.

[189] Artículo 1448 del Código de Comercio.

Considero y postulo que dicha obligación es una de mejores esfuerzos, no de resultado.

Me uno a las observaciones de Pierre Karrer en el sentido que los artículos de los reglamentos arbitrales que son citados como fuente de dicha obligación en verdad no la contienen.[190] Son normas que buscan llenar vacíos con respecto al deber de las instituciones y tribunales arbitrales de cooperar con las partes.[191] Interpretar que los mismos incluyen una obligación de resultado es llevarlo demasiado lejos.

El árbitro tiene la obligación de hacer sus mejores esfuerzos para que el laudo sea ejecutable en la jurisdicción sede del arbitraje. Ni más. Ni menos.

5. Facultad *ex aequo et bono*

Existen dos tipos de arbitraje: en estricto derecho y *ex aequo et bono*. Mientras que el contenido del primero es claro, el segundo es objeto de diferencia de opinión. El debate tiene que ver con el alcance de la facultad. ¿Qué quiere decir que un árbitro deba decidir "en equidad"?[192]

El debate es interesante por varios motivos. En primer lugar, el calibre de los juristas involucrados en la controversia es elevado. A su vez, en apoyo de cada postura se esgrimen argumentos persuasivos. No obstante que parece un tema teórico, es práctico. Diferentes jurisdicciones han adoptado posturas disímbolas. Y por si fuera poco, aunque los casos siguen siendo excepcionales, su frecuencia tiende a crecer.

¿Qué postura debe tomar un árbitro en caso de encontrar que su misión es resolver *ex aequo et bono*?

Comencemos por lo que significa. *Grosso modo* existen dos bandos. Por simplicidad los llamaré el conservador y el liberal. Los con-

[190] Por ejemplo, artículo 35 del Reglamento CCI y 44 de las Reglas CAM.

[191] Pierre A. Karrer, "Must an Arbitral Tribunal Really Ensure that its Award is Enforceable?", en *Liber Amicorum in honour of Robert Briner. Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution*, ICC Publishing, 2005, p. 429.

[192] Lo que algunos llaman "a verdad sabida y entera fe guardada".

servadores consideran que el contenido de la facultad implica que, en principio, debe seguirse y citarse el derecho aplicable. La especialidad de la facultad reside en poder apartarse del mismo cuando su aplicación estricta resulte injusta o inequitativa. Es decir, *ex aequo et bono* no es una renuncia de las partes a que los árbitros citen el derecho, sino a que lo apliquen estrictamente.[193] Los liberales consideran que el árbitro *ex aequo et bono* puede hacer caso omiso del derecho. No es necesario que cite nada, sólo tiene que explicar por qué su resolución es justa y equitativa.

Los conservadores hacen ver que su postura da más certeza jurídica. Las facultades de la postura liberal son demasiado amplias. Casi omnímodas.

Existe una marcada tendencia doctrinal por seguir la postura conservadora. Sin embargo, comulgo con la liberal.[194] Considero que, por los motivos que a continuación daré, es la mejor interpretación por ser la más acorde con la voluntad de las partes y por brindar una institución/opción adicional que se puede utilizar en ciertos casos.

Durante un debate reciente sobre este tema un reconocido árbitro mexicano emitió un argumento que me persuadió:[195] uno puede escoger a un árbitro por diferentes razones. El motivo más frecuente es por sus conocimientos jurídicos. Pero pueden existir otras. Por ejemplo, puede escogerse a alguien por respeto a su intuición o su sentido de la justicia. Y –en mi opinión– el derecho debe contemplar una institución que lo permita. Exigir que tenga que motivar *en derecho*

[193] Así lo defienden Michael Bühler y Sigvard Jarvin, "Can the question of the law applicable to the merits be left undetermined by the amiable compositeur?" (inédito). Sus palabras exactas son: "the amiable composition clause is not, unless it is expressly excluded by the parties, a waiver of the rights to the application of the law, but only to its strict application by the arbitral tribunal". Citan al respecto a E. Loquin, "L'amiable composition en droit comparé et international, contribution à l'etude du non-droit dans l'arbitrage commercial international", Trabaux du CREDIMI, París, 1980.

[194] Debo admitir que un asunto que tuve hace algunos años me forzó a realizar una investigación sobre el tema y me hizo concluir que la forma de actuar es la descrita en los párrafos anteriores como conservadora. Desde entonces, en mis cursos de arbitraje, así lo he enseñado. Sin embargo, he cambiado de opinión.

[195] Alejandro Ogarrio Ramírez España. El contexto fue un intercambio de observaciones dentro del Comité de Arbitraje del Capítulo Mexicano de la Cámara de Comercio Internacional. Febrero-marzo de 2007. Las palabras que a continuación doy son mi explicación a sus observaciones. Espero estarle haciendo justicia.

podría ser anquilosante, formalista y –lo que es más importante– contrario a la voluntad de las partes.

Los abogados tenemos un (natural) sesgo de formación: sin derecho nos sentimos como barco sin quilla. Debemos entender que el acudir a un sistema jurídico es *una* forma de solucionar una controversia. Mas no la única. Y no siempre es la justa, aunque sea la lícita. Ya lo decía el viejo adagio: "*Nom omne quod licet honestum est*".

Habiéndome pronunciado por la postura liberal, deseo hacer un par de observaciones sobre el papel que el árbitro tendría que seguir de encontrarse con que ha sido investido con dicha facultad. En primer lugar, aclaro que la postura que defiendo es del "deber ser", mas no necesariamente el "ser". El árbitro debe cerciorarse que el derecho arbitral aplicable (incluyendo su interpretación judicial) no haya decidido algo en contrario.[196] El segundo punto a tomar en cuenta es que, dada la diferencia de opinión que existe sobre esto, puede ser conveniente cerciorarse del entender de las partes en el procedimiento sobre este tema. Ello puede requerir un intercambio de posturas al respecto, y posiblemente una decisión previa, con miras a dar claridad a las partes del papel que realizará el árbitro y evitar una sorpresa.

Deseo concluir esta sección con una duda que me surge del debate sobre el contenido de la facultad *ex aequo et bono*. Si la postura conservadora permite alejarse del derecho para llegar a la justicia y equidad, y la liberal permite directamente motivar con base en ella, ¿no se tratará *en esencia* de lo mismo?

6. Condena de costas

Las costas en arbitrajes son frecuentemente subutilizadas por los árbitros. Su contenido y diseño permite fines distintos a los evidentes. No explotarlos redunda en detrimento de la eficacia del arbitraje. A continuación mencionaré brevemente por qué concebirlos como

[196] Si el árbitro encuentra que el derecho arbitral aplicable adopta la postura conservadora, tendrá que actuar como tal. Después de todo, ello significará que el pacto de las partes de arbitrar *ex aequo et bono* en la sede X significa: *ex aequo et bono según se concibe en el derecho arbitral X*. Pero si el tema está abierto (como es el caso de México) podrá actuar liberalmente y postulo que la judicatura debe respetar dicho actuar.

lo que pueden ser: una zanahoria o un palo. Un incentivo o una sanción.[197]

A. Concepto de costas

El Código de Comercio no define o enuncia qué se entiende por "costos del arbitraje". Si bien la razón es desconocida,[198] no debe ser preocupante. Después de todo es con frecuencia definido por los reglamentos arbitrales y, en cualquier caso, será establecido por el tribunal arbitral en el laudo.[199]

Si bien existe una práctica variada en relación con el resarcimiento de gastos legales, por lo general los reglamentos arbitrales no imponen el deber a la parte perdedora de pagar los gastos legales de la parte ganadora. Por ello, el derecho arbitral deja el tema regulado en forma abierta dándole a los árbitros la discreción (mas no la obligación) para determinar si, y en qué medida, los gastos legales deben ser resarcidos.[200] Ante ello, no existe una presunción de que la parte que pierde debe pagar a la parte que gane sus gastos de representación. El tribunal arbitral tiene libertad para determinar si deben resarcirse, y su razonabilidad.

[197] Esta sección está basada en un artículo denominado "Las costas en el arbitraje, ¿una zanahoria o un palo?", publicado por el autor en *Pauta 2007*, Boletín del Capítulo Mexicano de la Cámara de Comercio Internacional.

[198] A diferencia del resto del derecho arbitral mexicano, el capítulo de costas (arts. 1452 a 1456 del Código de Comercio) está inspirado en el Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL de 1976. Esta es una de las pocas áreas en las que la ley mexicana sobre arbitraje se apartó de la ley modelo de la UNCITRAL. Al hacerlo se copiaron, casi en su totalidad, las disposiciones sobre el tema del Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL de 1976 (arts. 38 a 41 del Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL).

[199] Por lo general abarca los siguientes conceptos: a) honorarios del tribunal arbitral; b) gastos del tribunal arbitral, incluyendo los de viaje; c) costos de asesoría pericial o cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral; d) gastos incurridos por los testigos, incluyendo de viaje, en la medida en que sean aprobados por el tribunal arbitral; e) gastos de representación y asistencia legal de la parte que prevalece, cuando dichos gastos hayan sido reclamados durante el procedimiento arbitral y exclusivamente en la medida en que el tribunal arbitral determina que los mismos son "razonables"; y f) cualesquiera gastos y honorarios de la autoridad designadora del tribunal arbitral o supervisadora del arbitraje, en su caso.

[200] Committee Report Note on the travaux preparatoires, p. 43. Pieter Sanders, *Commentary on The UNCITRAL Arbitration Rules*, II YBCA, 1977, pp. 214-217.

B. Regulación

El Código de Comercio establece, en resumidas cuentas, cuatro reglas básicas en materia de los costos del arbitraje: la libertad de las partes de regular este tema, la metodología para la determinación de los gastos del arbitraje, las reglas para distribución de los costos entre las partes y la facultad del tribunal para solicitar de las partes la realización de un depósito anticipado para cubrir gastos del procedimiento arbitral. Analizarlas rebasaría el propósito de este estudio. Lo que es relevante es el papel del árbitro con respecto a las mismas.

a. Determinación de los gastos del arbitraje

Como punto de partida el Código de Comercio establece que los gastos serán cubiertos por la parte vencida en el procedimiento arbitral.[201] Esta regla general no es óbice para que el tribunal arbitral los distribuya en forma distinta, o para que las partes acuerden una distribución distinta, lo cual generalmente sucede en el acuerdo arbitral. Sin embargo, la regla tiene una limitante: que los mismos sean "razonables" a criterio del tribunal arbitral.

Bajo el criterio de "razonabilidad" de los gastos en el arbitraje el tribunal debe considerar lo siguiente al momento de hacer su determinación sobre gastos:[202]

a) El monto en controversia.
b) La complejidad de la materia.
c) El tiempo invertido por los árbitros.
d) Cualquier otra circunstancia relevante.

La norma en cuestión busca establecer un límite a la posibilidad de que se disparen los costos del procedimiento arbitral, o una manera de evitar abuso por una de las partes.

La aplicación del criterio de "razonabilidad" es semejante a un "examen de balanceo": el tribunal hará un ejercicio que se asemeja a

[201] Artículo 1455 del Código de Comercio.

[202] Artículo 1454 del Código de Comercio.

poner en ambos lados de una balanza las circunstancias relevantes que abogan en favor de la distribución entre las partes de los mismos. Realizado lo anterior, se observará la inclinación de la balanza y con base en ello se hará una determinación de la distribución de los gastos.

Lo anterior implica que el tribunal tomará en cuenta todas las circunstancias del caso para distribuir los gastos en forma justa. Un criterio importante en ello es la conducta de las partes en el procedimiento. Cuando una reclamación es frívola, o una parte provocó gastos en el procedimiento mediante conducta activa (por ejemplo, tácticas dilatorias) u omisiva (por ejemplo, dejar de comparecer a la audiencia sin aviso previo), por lo general el tribunal arbitral toma en cuenta dichas circunstancias para repercutir en su contra los gastos que de ello se generen a cargo de la otra parte.

Esta facultad es de gran utilidad práctica. La posibilidad de que los gastos sean repercutidos en forma dispar estimula a las partes (suponiendo sofisticación) para litigar de buena fe y buscar medidas que hagan más eficiente el procedimiento arbitral.[203] Veamos por qué.

b. Las costas como una zanahoria o como un palo: un ejercicio de diseño de incentivos

Los incentivos son medios para hacer que la gente haga más de algo bueno y menos de algo malo. Un incentivo es un mecanismo asombroso para cambiar una situación.[204]

[203] Por ejemplo, en un caso que recibió atención pública (*Ethyl Corporation vs. the Government of Canada*, Laudo sobre competencia de fecha 24 de junio de 1998), la falta de cumplimiento con un requisito de procedencia del arbitraje dio como lugar un incidente que involucró una audiencia. Al concluir el mismo el tribunal sostuvo que, no obstante que era cierto que el demandante no había cumplido con el requisito en cuestión, era necesario desechar la reclamación puesto que ello sólo invitaría al desperdicio de recursos (tiempo). Sin embargo, dado que el incumplimiento del requisito estaba demostrado, la sanción más adecuada era repercutir todos los gastos de dicha etapa a la parte que incumplió con el mismo.

[204] Existen diferentes tipos de incentivos: económicos, sociales y morales. Los económicos generan consecuencias financieras; los sociales implican el deseo de no ser percibido como alguien que hace algo reprochable; y los morales consisten en no hacer cosas malas.

La importancia y utilidad de los mismos es con frecuencia pasada por alto por juristas.[205] No debería, cuando los incentivos son bien diseñados pueden ser muy efectivos. Lo que es más, en ciertos casos pueden ser *el* motivo por el que un fin se logre.[206] Mal manejados pueden generar el resultado inverso.[207]

El diseño de incentivos es difícil y engañoso. En esencia, involucra un punto medio entre dos extremos: premiar o sancionar. Una zanahoria o un palo.

Las costas en arbitraje generan incentivos. Ello está fuera de duda. Lo que está en tela de juicio es si dicha herramienta es correctamente utilizada. De poco sirve su existencia si no son utilizados, o si se utilizan con poca habilidad.

Las costas deben utilizarse tanto como una zanahoria, como un palo. Así lo permite su régimen legal.

c. Las costas como zanahoria

Como zanahoria, dado que la distribución de las costas obedecerá a, *inter alia*, el comportamiento de las partes en el arbitraje, ello estimula una conducta procesal correcta (litigio de buena fe) y desestimula una conducta desdeñable: chicanas, tácticas dilatorias, solicitudes procesales innecesarias, promociones obesas, etcétera.[208]

[205] Un estudio reciente aborda el fenómeno y aboga por una concepción, confección y utilización del derecho de tal forma que se tomen en cuenta los incentivos: González de Cossío, *El Estado de Derecho: un enfoque económico* (en edición).

[206] Para cierto tipo de conducta, los incentivos sociales son muy eficaces. Piénsese por ejemplo en el caso de conducta delictiva. Es sabido que el derecho penal tiene un alto grado de falibilidad. Ante ello, ¿por qué no existe más crimen? Una respuesta reside en el deseo de la gente de no ser percibido como un delincuente. De ser cierta la explicación, querría decir que, aun ante una parca ejecución del derecho penal se logra disuadir conducta antisocial. Ello pone de manifiesto lo poderosos que pueden ser los incentivos.

[207] Por ejemplo, una multa pequeña puede invitar, más que desalentar, la conducta en cuestión.

[208] Claro, esto supone sofisticación del practicante. La suposición puede ser insostenible a corto plazo pero es aceptable a largo plazo. Además, aunque no lo fuera, el diseño del derecho tiene que realizar dicha suposición, so pena de quedarse marginado por la realidad o permanecer como un instrumento burdo.

d. Las costas como palo

Como palo, la distribución de costas sirve de sanción: la parte en el arbitraje que lo encarezca será condenada a pagar una porción mayor del mismo. La *justicia* de ello es evidente. Pero además es *eficiente*: si una parte encarece el procedimiento o adopta tácticas hostigantes, será condenada a correr con los gastos que ello genera.

e. Prerrequisito elemental

Todo lo anterior supone algo indispensable: que el tribunal arbitral en verdad distribuya los costos entre las partes con base en su conducta procesal.[209] Y esto, que parece tan obvio, con frecuencia no se da. Es mi deseo hacer un llamado enérgico a que así se conciba.

No hacerlo genera incentivos negativos: no sólo no atribuye las consecuencias a quien las genera, sino que condena la herramienta a su subutilización, genera incentivos perversos[210] y provoca frustración en la parte que sí razona y se comporta de esta manera.[211]

C. Comentario final

Además de su función evidente, las costas en arbitraje cumplen una función importante: estimular arbitrar de buena fe. Así deben ser concebidas y utilizadas por el órgano que las maneja: el tribunal arbitral.

[209] Deseo citar como ejemplo y aplaudir la postura adoptada por el tribunal arbitral en el caso *CDC Group PLC vs. Republic of the Seychelles* (11 ICSID Reports 2005, p. 266), donde se ordenó a la parte que perdió cubrir la totalidad de las costas dado que la reclamación de nulidad del laudo carecía por completo de mérito. El Tribunal dijo: "The annulment application was fundamentally lacking in merit [...] and repondent's case was to any reasonable and impartial observer most unlikely to succeed" (párrafo 89 del laudo final). Como puede verse, las costas fueron utilizadas como un palo.

[210] ¿Por qué litigar de buena fe si no recibo los beneficios de ello? O lo que es peor, dado que mi adversario litiga de mala fe, y dado que no se repercutirán los costos en consecuencia, ¿por qué no jugar dicho juego? Como puede verse, no distribuir los costos en atención a la conducta procesal que los genera, estimula una conducta procesal desdeñable.

[211] En más ocasiones de las que me gusta admitir he recibido laudos en los que la distribución de costas no sigue esta lógica. Ello es desafortunado. No hay nada más injusto que, después de litigar de buena fe y no entrar al juego de chicanas y actos diversos que encarecen el arbitraje, se condene a ambas partes a sufragar los costos en porciones iguales.

No hacerlo propicia la subutilización de la herramienta, genera incentivos perversos y pierde la oportunidad de procurar uno de los fines últimos del arbitraje: ser un mecanismo *eficiente* de solución de controversias.

VII. Derechos

1. Introducción

Como cualquier parte en una relación jurídica, el árbitro no sólo tiene obligaciones, también tiene derechos. Ello se pone en manifiesto si se recuerda la conclusión sobre la naturaleza jurídica de la institución del árbitro a la que se arribó en este estudio:[212] el árbitro es un prestador de servicios profesionales.[213]

Son diversos los derechos de un prestador de servicios profesionales. En este contexto me centraré en el derecho a percibir una remuneración por su trabajo, incluyendo las aristas fiscales que ello genera.

2. Compensación

El árbitro, como cualquier otro prestador de servicios profesionales, tiene derecho a recibir un honorario. El régimen del mismo depende del reglamento arbitral aplicable. Mientras que algunos reglamentos arbitrales contemplan un monto fijo, otros son *ad valorem*, y otros *per diem*. Es obligación del árbitro conocer el régimen del reglamento arbitral aplicable a efecto de evitar malos entendidos. La aseveración, que parece obvia, ha dado lugar a problemas. Por ejemplo, ha sucedido que árbitros suponen que en el asunto en cuestión cobrarán su cuota horaria habitual, para luego encontrarse que su honorario está fijado en términos distintos, y –concluido el caso– puede o no haberle convenido. Ante ello, el árbitro debe realizar un ejercicio *a priori* para determinar si está conforme con el régimen aplicable.

Dicho ejercicio debe incluir una variable frecuentemente pasada por alto: que el caso se transija y por ende no llegue a su fin. Es

[212] Sección II.

[213] Una implicación necesaria de calificarlo como un "juez *privado*".

frecuente observar que si las partes llegan a un convenio, la institución arbitral tenga que hacer un pago parcial con base en monto trabajado, variando por esto la regla original de *ad valorem*. La única precaución que sobre ello puede tomar el árbitro es llevar un registro detallado del trabajo invertido a efecto de poder comunicarlo a la institución arbitral. De lo contrario, se encontrará con que su trabajo puede ser remunerado por debajo de sus expectativas.

El árbitro no puede percibir nada de las partes. Los vínculos financieros entre el árbitro y las partes están estrictamente prohibidos. Cualquiera que sea. Esto debe ser tomado en cuenta no sólo por las razones obvias, sino para evitar que, lo que algunos califican de "prácticas habituales en el mercado", generen problemas.[214]

3. Impuestos

A. Introducción: impuestos relevantes y problemática práctica

Al prestar un servicio, la remuneración del árbitro estará sujeta al impuesto al valor agregado ("IVA"). A su vez, las percepciones del árbitro constituirán ingresos sujetos al impuesto sobre la renta ("ISR").

Esto, que es tan fácil de entender, en arbitraje –dada la estructura del esquema– provoca algunas complicaciones, tanto bajo el derecho fiscal como el derecho arbitral. Tomemos cada una por separado.

B. Derecho fiscal

En su origen los problemas fiscales que se generan derivan de dos ambigüedades: ¿cuál es el papel que debe jugar la institución arbitral?, y ¿cuáles son las relaciones jurídicas implicadas?

El trasfondo de la primera interrogante es si debe actuar como retenedor. En relación con la segunda, el impacto de las relaciones involucradas reside en que, de ser transparente (es decir, interpretar

[214] En un caso el autor fue contratado "tras las bambalinas" por un abogado que carecía de experiencia arbitral pero fue designado árbitro y que deseaba ser guiado sobre cómo ser árbitro. Durante una sesión de asesoría me indicó que tendría que darle un "agradecimiento" a alguien a quien le debía la designación. Le hice ver que si era una de las partes, se trataba de conducta inaceptable.

que la institución sólo monitorea y la relación es entre el árbitro y las partes), no se causará impuesto alguno ante y por la intervención de la institución. De interpretar que la relación es triangular (partes-institución-árbitro), podría pensarse en un efecto fiscal de la participación de la institución.

Las instituciones arbitrales optan por interpretar que la relación es entre las partes y el árbitro, por lo que no hacen retención, entero ni cálculo de impuesto alguno. Si bien la postura tiene el mérito de ser la más sencilla y acorde a lo que tal parece que es el papel de la institución arbitral, veamos el impacto que tiene en cada impuesto.

a. Impuesto al valor agregado

Dado que la labor del árbitro es un servicio, causa IVA.[215] Lo que es un tema abierto es a qué tasa: 0% o 15%. Ello no debe generar problemas para residentes en México. La problemática se presenta cuando se trata de extranjeros pues, al no poder acreditarlo, se convierte en un costo.

Una respuesta yace en la exportación del servicio. Si el servicio es exportado, estará gravado a tasa cero.[216]

Para que el servicio sea exportado, debe ser "aprovechado" por un residente fuera de México. Es cierto que el concepto de "aprovechamiento" de un servicio es ambiguo, pero existen criterios que lo definen y que pueden abarcar los servicios del árbitro.[217]

¿Pero qué sucede si el pago al árbitro no incluye IVA?, como con frecuencia sucede. La respuesta es sencilla: responsabilidad del árbi-

[215] Artículo 1.II, Ley del Impuesto al Valor Agregado ("LIVA").

[216] Último párrafo del artículo 29 de la LIVA.

[217] La regla 5.6.8. de la miscelánea fiscal de 2006 establece que se considerará que los servicios prestados en México son "aprovechados" en el extranjero por un residente en el extranjero cuando dichos servicios sean contratados y pagados por la persona residente en el extranjero y los mismos no beneficien o sean aprovechados por cualquiera de las siguientes: i) Una subsidiaria ubicada en México del residente en el extranjero. ii) Un residente en México que sea parte relacionada del residente en el extranjero. iii) Un cliente o proveedor residente en el país, de la persona residente en el extranjero por el que esta última haya cobrado o recibido cantidad alguna como pago por los servicios personales independientes prestados por la persona residente en el extranjero.

tro. Más específicamente, la negativa de pago del IVA al árbitro conlleva las siguientes consecuencias:

i) Dado que el árbitro es el contribuyente *jurídico* (aunque no el *económico*), será el responsable por el IVA, aunque no se lo hayan pagado o trasladado.
ii) Dado que se le hacen pagos en efectivo al árbitro sin que se aclare si incluyen IVA, fiscalmente se presume que el pago incluye el IVA. Por ende, en caso de una revisión, las autoridades fiscales harían responsable al árbitro por el entero (pago) de dicho IVA.
iii) No acreditamiento del IVA aunque el árbitro lo pague: en caso de que el árbitro tenga que pagar el IVA como resultado de lo indicado en el párrafo que antecede, no podría acreditar el mismo contra otros pagos puesto que el mismo no cumple los requisitos para ello (inclusión en factura que separe los mismos).

Como puede verse, el no pago del IVA al árbitro lo hace a él responsable del mismo. Es cierto que la forma de remediarlo es mediante la facturación del servicio por el árbitro a las partes –lo cual es la solución sugerida por algunas instituciones arbitrales– pero ello genera problemas bajo el derecho arbitral, mismos que se tocarán más adelante.

b. Impuesto sobre la renta

El impacto de la Ley del Impuesto Sobre la Renta (LISR) es variante. Por ejemplo, el tratamiento será diverso si ambas partes son extranjeras, o si ambas son residentes en México o si una es residente en México y otra en el extranjero. Y en este último caso variará si tiene establecimiento permanente en México.

Ante ello, la postura de las instituciones arbitrales es pragmática, pero no carente de observaciones.

La solución actual lleva a que diversos servicios no sean facturados. Ello representa problemas de deducción para quien realiza la erogación y de acumulación del ingreso para quien los recibe.

Es cierto que la solución a estó es simplemente que el árbitro facture a las partes, pero ello genera dudas distintas. ¿A quién? ¿En

partes iguales? ¿Y si el anticipo fue cubierto sólo por una parte? ¿Y si la distribución de costas por el árbitro sigue una regla distinta?

La diversidad de posibilidades que pueden presentarse precisa una respuesta práctica, máxime las consecuencias que bajo el derecho arbitral puede tener, a los que ahora paso.

C. Problemas bajo derecho arbitral

La práctica actualmente seguida lleva a que el árbitro y las partes entablen comunicaciones para facturar. Ello genera los siguientes inconvenientes:

a) Da lugar a comunicaciones *ex parte*. Ello puede poner en tela de juicio la validez del laudo o dar elementos para que una de las partes demuestre la (supuesta) existencia de un vínculo que resta independencia al árbitro; o utilizarlo como un elemento que cuestione su imparcialidad.
b) A menos que la parte que haya prevalecido haya pagado la totalidad del anticipo, el árbitro sólo podría facturar a la parte que haya pagado, lo cual generaría facturación contraria a la realidad.
c) Si una de las partes no lo solicita, también existiría facturación incompleta.
d) En los casos descritos en los párrafos que anteceden, se generarían situaciones contrarias a la simetría fiscal: se facturaría a una y no a la otra.

D. Problemas prácticos

También se generan problemas prácticos. Emitido el laudo el árbitro no procederá a facturar a menos que una de las partes se lo solicite. Dados los problemas apuntados en la sección anterior, es posible que el árbitro o la(s) parte(s) estén renuentes a facturar, ello con miras a resguardar la integridad del laudo. Sin embargo, es fácil malinterpretar dicha postura. *Inter alia*, podría (mal) interpretarse que el árbitro prefiere no facturar para no acumular el ingreso. Una práctica que invite lo anterior no puede ser positiva.

E. Una posible solución

Una solución es que a) se aclaren las relaciones jurídicas en cuestión; b) los anticipos se soliciten con IVA; c) que la determinación de la procedencia del IVA se haga al final del arbitraje; d) que la devolución del anticipo también incluya IVA. Detallaré cada uno por separado.

a. Caracterizar las relaciones jurídicas involucradas

Hay dos maneras de caracterizar las relaciones jurídicas en cuestión. Por un lado, puede considerarse que la relación jurídica no es entre las partes y el árbitro, es entre el árbitro y la institución arbitral. Por otro, podría decirse que, para efectos fiscales, la institución es transparente y que la relación es sólo entre el árbitro y las partes. Si bien ambos tienen cierto mérito, la primera daría una solución a la problemática apuntada.

De concebirse así, la consecuencia fiscal sería que el árbitro le facture a la institución y la institución a las partes; y que cada relación sufra sus consecuencias bajo la LIVA. Es cierto que ello encarecería los costos de la institución arbitral, pero: i) puede repercutirlo a las partes; y ii) puede acreditarlos.

Para efectos tributarios existirían dos relaciones jurídicas: 1) La relación jurídica entre el árbitro y la institución arbitral. 2) La relación jurídica entre las partes y la institución arbitral. Ante ello, los flujos de facturación respetarían dicha realidad, y se evitaría que las partes entablen una relación con el árbitro que pueda generar cuestionamientos (en un caso extremo, la nulidad de un laudo).

Debo admitir que la solución tiene un (aparente) cabo suelto: ¿qué sucede en arbitrajes *ad hoc*?[218] Creo que es cierto que la solución descuida dicho tipo de arbitraje, por lo que podría considerarse parcial y por ende subóptima. Sin embargo, creo que el problema no es grave pues en los arbitrajes *ad hoc* las partes y el tribunal arbitral tienden a adoptar soluciones (valga la redundancia) *ad hoc*, que toman en cuenta el aspecto fiscal.

[218] Como el lector sabe, en arbitrajes *ad hoc* no hay institución arbitral. Por ende, al depender de la misma la solución propuesta parecería inaceptable a todos los casos.

b. Anticipos con IVA

Los anticipos para gastos podrían solicitarse con IVA indicando que al momento de finalizar el arbitraje se determinará la consecuencia fiscal de ello. Si se causa el IVA, se repercutirá, en caso contrario, se reintegrará.

c. Determinación del IVA al final del arbitraje

Concluido el arbitraje puede determinarse si se causa el IVA, y quién (pues es posible que no se cause para ambas partes).

Las variantes pueden consistir en, por ejemplo, si una de las partes es residente en México o no; o si no siendo, tiene establecimiento permanente, o si aun no teniendo, "aprovecha" el servicio en México ya sea ella o una de sus partes relacionadas.

Si bien parece complicado, no lo es. Simplemente habría que dictar lineamientos de fácil manejo por el funcionario de la institución arbitral y que fueran revisados anualmente.[219] Podría inclusive hacerse una confirmación de criterio ante las autoridades fiscales.

d. Devoluciones hasta que se dé acreditamiento

Determinada la consecuencia fiscal, se procedería a implementarla. Si se genera IVA, se le repercute y factura a la parte correspondiente, y se le devuelve el remanente del anticipo. Si se trata de un nacional, probablemente no haya problema. Si se trata de un extranjero, seguramente no le gustará (pues se traduce en costo que no puede acreditar), pero no hay nada que la institución arbitral pueda hacer. No será la primera vez que un extranjero tiene que pagar un impuesto de otra jurisdicción que preferiría no cubrir.

En caso de que no se cause el IVA al extranjero y sí se cause al residente en México, se incluye en la factura, devolviendo el remanente. El que no se le cobre IVA al extranjero no será una instancia de trato desigual pues i) no sería la institución arbitral quien los trate diferente, sino la LIVA; y ii) serían dos personas situadas en situaciones jurídicas distintas (lo cual salva el aspecto de proporcionalidad y equidad).

[219] Es cierto que ello implica actualización anual, pero ignorarlo no es la solución.

Y dicha solución es neutral desde la perspectiva de la institución arbitral. Al acreditar los montos que le paguen por IVA en contra del que le pague al árbitro, no se traduce en costo alguno. Es decir, el "insumo" del servicio arbitral de los árbitros sería pagado con IVA, que se compensaría (acreditaría) con aquél que se recibe por el producto final: el laudo.

F. Comentario final

El problema impositivo en materia de los servicios que presta un árbitro puede resolverse simplemente acudiendo a la disciplina que los genera: el impuesto al valor agregado. No hay nada nuevo bajo el sol.

VIII. Temas abiertos y problemas en la práctica

A continuación se abordarán temas diversos que la práctica ha mostrado.

1. El árbitro pícaro

Bajo el rubro genérico de "árbitro pícaro" deseo abarcar un conjunto de conductas que la práctica enseña que en ocasiones los árbitros incurren. Sea que se trate de un árbitro ausente, mudo, parcial, indeciso, tortuga, liebre, aburrido, profesoral, salomónico,[220] demasiado ocupado, poco cooperativo con sus coárbitros, sabio-egocentrista,[221] vedette, momia,[222] árbitro-juez,[223] e inclusive, como caso extremo, el árbitro-saboteador. Como dice el destacado jurista Serge Lazareff de *arbitris illustribus*.[224]

[220] El que divide al "bebé" en 50/50.

[221] Mediante este término deseo aludir al árbitro que siente que su postura del caso es la correcta, y que sus colegas no tienen nada que aportar, o que su alta sabiduría merece que los co-árbitros agachen la cabeza y hagan eco de todo lo que él dice.

[222] El árbitro que durante la audiencia no hace nada. No pregunta, no toma notas, no se inmuta. Ni siquiera se mueve.

[223] Aquél que considera que el arbitraje es "un litigio más" y trata todo como se haría ante un juez como si fuera un litigio ordinario mercantil.

[224] Serge Lazareff, "L'arbitre singe ou comment assassiner l'arbitrage", en *Liber Amicorum in honour of Robert Briner, Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution*, ICC Publishing, 2005, p. 477.

Esto es un problema real, aunque afortunadamente no general y de frecuencia decreciente.

Su origen es fácil de entender: ¿cómo conciliar la imparcialidad e independencia del árbitro con el método de nominación del mismo, que tiene por efecto establecer una relación con la parte que los nomina?

Dicho método ha generado el riesgo de que cada árbitro se comporte como el "abogado de la parte" de quien lo nombró. O peor aún, que la parte designe a un árbitro pícaro que sabotee el procedimiento mediante, por ejemplo, una renuncia en un momento delicado. Si bien dicha circunstancia puede manejarse con el cuerpo legal existente, deseo propugnar por la siguiente medida adicional: de estarse en dicha circunstancia, la parte que lo haya designado debe perder el derecho de volver a nombrar al árbitro.

La designación de un árbitro que no reúna los requisitos correspondientes o, peor aún, que incurra en tácticas que resten eficacia al mismo, debe tildarse como un abuso de dicho derecho, y debe motivar la pérdida del mismo. De esta manera, la designación en sustitución no la haría la parte misma (lo cual es el régimen actual), sino la autoridad que en ausencia de pacto entre las partes hubiera designado: sea la institución arbitral o el juez. Esto sería un paso que desestimularía la táctica y daría eficacia al arbitraje. El órgano que tendría que determinar si la renuncia fue ilegítima –y por ende acarrea la pérdida del derecho– sería el resto del tribunal arbitral, por ser el que tiene mejor conocimiento de causa.

2. Demandas contra árbitros

Con creciente frecuencia se observa que la parte que no prevalece en el arbitraje demanda, en forma paralela o conjunta a la solicitud de nulidad, al tribunal arbitral. Dichas demandas han sido infructuosas en cuanto al objetivo de buscar indemnización, pero han generado debate sobre el estatus (derechos y obligaciones) del árbitro con relación a los procedimientos que las partes toman con respecto al laudo.[225]

[225] José María Abascal Zamora y Cecilia Flores Rueda, "¿Los árbitros carecen de interés jurídico para reclamar mediante juicio de amparo, la resolución que declara la nulidad

A continuación abordaré: 1) la posibilidad de que árbitros sean parte en los procedimientos de nulidad o reconocimiento y ejecución; 2) la responsabilidad del árbitro; 3) la rectitud de la práctica; y 4) la forma en que debe responder la judicatura.

A. Interés jurídico de los árbitros

Dos reconocidos expertos en materia de arbitraje postulan que los árbitros tienen interés jurídico para reclamar en amparo una sentencia que anula un laudo. Las premisas de su conclusión son que i) los árbitros tienen el deber de dictar un laudo válido y ejecutable, ii) el incumplimiento de dicho deber puede generar una reclamación por daños y perjuicios, y iii) dado que tienen (o deben tener) "interés jurídico" las personas a quienes se les causa un agravio personal y directo y una sentencia que anula un laudo les causa un agravio que reúne el requisito de "personal y directo":[226] perjudica el prestigio de los árbitros.

Considero que la teoría merece escrutinio tanto por lo agudo de su contenido como por la autoridad de quien la emite.

En mi opinión, procura algo plausible: busca dar derecho de acción a quien (supuestamente) sufrió una lesión por un hecho. En ausencia de dicho derecho el árbitro tendría que permanecer como espectador ante iniciativas que *en passant* ponen en tela de juicio su pericia (y a veces su ética). Y ello puede ser insoportable. No es inusual que la parte que no prevalece en un arbitraje presente un sinnúmero de argumentos –con frecuencia falaces y en ocasiones hasta falsos– para denostar el proceso que dio origen al laudo que desea combatir.

del laudo? En busca de la teoría constitucional (a la luz de las Resoluciones del Poder Judicial Federal)", Colección Foro de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Themis, 2005, p. 1.

[226] Fijado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación como requisito para que se tenga interés jurídico. Véase la siguiente jurisprudencia: INTERÉS JURÍDICO EN EL AMPARO. QUÉ DEBE ENTENDERSE POR PERJUICIO PARA EFECTOS DEL (Amparo en revisión 7510/65, Amparo en revisión 2972/62, Amparo en revisión 1017/59, Amparo en revisión 5550/57 y Amparo en revisión 6608/58).

Sin embargo, disiento de que las premisas, de suyo correctas, arrojen la conclusión que se postula. Ello por tres motivos: a) dichas circunstancias no generan un agravio "personal y directo" como lo ha definido la judicatura; b) en caso de que se anulara el laudo y ello motivara una acción indemnizatoria en contra de los árbitros, es en dicho procedimiento que los árbitros tendrían oportunidad de atácar tanto los motivos de la nulidad como su suficiencia para generar responsabilidad profesional; y c) adoptar dicha teoría podría ser contrario a los requisitos de independencia e imparcialidad de los árbitros. Abordaré cada uno por separado.

a. Ausencia de un agravio personal y directo

Curiosamente uno puede seguir los mismos pasos argumentativos de la postura comentada y llegar a la conclusión contraria. Dichos distinguidos practicantes argumentan que existen dos motivos separados que justifican el que el árbitro cuente con interés jurídico para atacar la sentencia de nulidad del laudo: i) la reputación de los árbitros; y ii) el deber de emitir un laudo válido y ejecutable, aunado a la posible responsabilidad que su incumplimiento puede generar.

Con respecto a la reputación, el fenómeno es cierto pero insuficiente para la conclusión que se pretende apoyar. En su parte relevante la jurisprudencia citada dice:

> Un acto reclamado en amparo causa perjuicio a una persona física o moral cuando lesiona directamente sus intereses jurídicos, en su persona o en su patrimonio y es entonces cuando nace la acción constitucional o anulatoria de la violación reclamada en un juicio de garantías.[227]

¿Dónde está la lesión *directa* a sus intereses jurídicos, su persona o patrimonio? Las únicas partes que sufren lesión *directa* son las partes en el arbitraje. Considero que es cierto que los árbitros sufren una lesión *indirecta*: su reputación. Pero la nulidad de un laudo afecta *directamente* al acreedor bajo el mismo; no a quien lo emite. Podría contestarse que ello sería cierto en cuanto a la primera hipótesis

[227] *Idem*.

(interés jurídico)[228] y la tercera hipótesis (patrimonio),[229] pero la segunda sí se ve actualizada: "su persona". Sería una interpretación estricta. Una medida afecta a una persona cuando afecta sus derechos personalísimos. Además, dicha posibilidad se ve resuelta con la oportunidad de hacer valer sus derechos en el juicio que ventile la acción indemnizatoria, como a continuación se tratará.

b. Oportunidad de hacer valer derechos en acción indemnizatoria

Anulado el laudo se abre la posibilidad de que la (o las) parte(s) demanden al árbitro por responsabilidad profesional: por el incumplimiento de sus deberes como árbitro.

En esta coyuntura se vislumbran dos escenarios: que la demanda tenga lugar o que no tenga lugar. No es evidente que tenga. Después de todo, será un nivel de prueba alto el que se tenga que cumplir (como se tratará en la siguiente sección).

Tomemos el caso de que tenga lugar. En caso de que se enderece una acción en contra de los árbitros, tendrían oportunidad para demostrar si la causal de nulidad en verdad existió y si ello genera responsabilidad. Un aspecto difícil es si el juez que decida sobre la responsabilidad dará por existente la causal que el tribunal de nulidad decidió, o si lo analizará de nuevo. Considero que tendría que relitigarse. Aunque una primera reacción podría ser que se acepte por demostrada la causal –pues así lo sostuvo el juez de nulidad– considero que tendría que relitigarse pues no existe identidad de partes entre el primero y segundo juicio, por lo que –so pena de dejar al árbitro en estado de indefensión con respecto a la demostración de la existencia de la causal– tendría que relitigarse la existencia de la misma, aunque se corra el riesgo de que se incurra en contradicción (se determine que la causal no se materializó, contrario a lo que haya sostenido el juez de nulidad).

[228] Pues no existe precepto legal alguno que otorgue dicho derecho a los árbitros.

[229] El patrimonio del árbitro no se ve afectado por la nulidad. Podría argumentarse que sí se puede ver afectado si ello genera una acción indemnizatoria en contra del árbitro, pero ello motiva lo que señalaré en la siguiente sección de este estudio.

Pensemos ahora en la situación en que la demanda no tenga lugar. Si bien una primera reacción podría ser de alivio, la verdadera reacción puede (paradójicamente) ser perfectamente opuesta: el árbitro vería anulado el laudo sin oportunidad de manifestar por qué la causal que se ventila no se actualiza. Ello puede ser difícil de soportar si se toma en cuenta que puede estarse defendiendo el caso de una manera distinta o menos contundente de lo que haría el árbitro. Y dicha *difícil* situación podría tornarse en *intolerable* si se hacen valer aseveraciones por las partes que sean falsas o que cuestionen la ética o pericia del árbitro.

Aunque lamentable creo que dicho escenario no ameritaría dar interés jurídico al árbitro. El árbitro que se encuentre en dicha circunstancia tendría que ejercer la virtud de templanza y seguir los (sabios) consejos de Rudyard Kipling en su (estimulante) pensamiento "*If*":[230]

> Si ecuánime contemplas que la verdad los pícaros retuercen y a los necios atrapan en su red …
> la tierra será tuya y, lo que es más, hijo mío
> ¡un Hombre tú serás…!

c. Posible generación de dudas sobre su imparcialidad

Existe un riesgo que –en mi opinión– inclina la balanza en contra de abrir la posibilidad de que un árbitro tenga interés jurídico: podría generar dudas sobre su imparcialidad o independencia.[231] Es verdad que ello no es necesariamente cierto. Defender la inexistencia de una causal no necesariamente implica defender a la parte que busca evitar la nulidad del laudo. Sin embargo, el riesgo existe. Sería conveniente evitarlo.

[230] Las palabras exactas de Rudyard Kipling en inglés fueron (son):
If you can bear to hear the truth you've spoken twisted by knaves
to make a trap for fools…
Yours is the Earth and everything that's in it,
And –which is more– you'll be a man, my son!

[231] Artículo 1428 del Código de Comercio.

B. La responsabilidad del árbitro

¿Debe un árbitro ser responsable por la forma en que cumple con su misión? Diferentes judicaturas dan respuestas distintas, mismas que pueden dividirse en dos grandes (y opuestas) familias: por un lado, inmunidad absoluta; por el otro, responsabilidad calificada.

Como ejemplo de inmunidad absoluta está Estados Unidos.[232] Ejemplos de jurisdicciones donde existe cierta responsabilidad (inmunidad calificada) son Austria, Inglaterra, Alemania y Noruega.[233] Ejemplos donde son responsables son Francia, España y Suecia.[234]

Podría cuestionarse los motivos detrás de desear brindar inmunidad. Después de todo, el árbitro, como toda persona, debe ser responsable por sus actos u omisiones ilícitos. ¿De qué privilegios goza?

La justificación de dicha protección proviene del deseo de resguardar las actividades del juzgador, evitando que ponga en riesgo su habilidad para emitir un fallo correcto. Se reconoce que el árbitro realiza una función *jurisdiccional*, aunque no sea *judicial*, y de existir la posibilidad de que la parte a quien no le favorece su decisión lo demande, su independencia de criterio y libertad de funciones se vería seriamente mermada.[235]

No es porque se desee dar un privilegio, sino una herramienta de trabajo. Como razonó el House of Lords inglés al equiparar los árbitros a jueces:[236]

[232] *Tamari vs. Conrad* (552 F.2d 778, 7th Cir. 1977), en donde se sostuvo que "arbitral immunity should be extended to cases where the authority of an arbitrator to resolve a dispute is challenged".

[233] Y dentro del universo de jurisdicciones con cierta inmunidad existen variantes. Por ejemplo, en Suiza se otorga un nivel alto de protección.

[234] Julian D. M. Lew, *The Immunity of Arbitrators*, Lloyd's of London Press Ltd., 1990.

[235] Como el lector recordará, ésta es la misma razón por la que los jueces gozan de inmunidad.

[236] *Sutcliffe vs. Thackrah* ([1974] A.C. 727, pp. 735, 757-758.) Las palabras exactas fueron: "It is well settled that judges... enjoy absolute immunity from any form of civil action being brought against them in respect of anything they say or do in court during the course of trial. This is not because the law regards any of these with special tenderness but because the law recognizes that, on balance of convenience, public policy demands that they shall all have such immunity ... which is vital to the efficient and speedy administration of justice. Since arbitrators are much in the same position as judges, in that they carry out the same functions, the law has for generations recognized that public policy requires that they too shall be accorded the immunity to which I have referred".

> Es aceptado que los jueces disfrutan de inmunidad absoluta de cualquier forma de acción civil que se entable en contra de ellos con respecto de cualquier cosa que digan o hagan durante un proceso. Ello no obedece a un deseo del derecho de tratarlos con ternura sino al reconocimiento de la conveniencia que el orden público demanda que tengan dicha inmunidad, que es vital para la eficiente y rápida administración de justicia. Dado que los árbitros están en buena medida en la misma situación que los jueces al realizar las mismas funciones, durante generaciones el derecho ha reconocido que el orden público requiere que ellos también cuenten con la misma inmunidad.

Entendida la *raison d'être* de la protección, comentemos su alcance. ¿Debe de ser una inmunidad total? Considero que debe existir un límite. De lo contrario, se blindaría conducta que debe evitarse. Pero el umbral debe ser alto. El motivo es el mismo: puede mermar la calidad de justicia brindada por el árbitro que, además de cumplir con su misión, tenga que contemplar otras consideraciones.

Para encontrar un justo medio en esta tensión puede echarse mano del papel contractual de los árbitros. Se recordará que es generalmente aceptado que el árbitro es un juez privado. Como se comentó en la sección II de este estudio, el árbitro tiene dos facetas: la de prestador de servicios profesionales y la de juzgador. Postulo que mientras que la faceta de juzgador puede justificar la existencia de la protección, la de prestador de servicios profesionales puede dar los elementos para deslindar su alcance.

Dada la naturaleza contractual de la relación entre el árbitro y las partes,[237] a la misma le aplican principios del derecho de las obligaciones. La obligación en la que me deseo concentrar es el deber de emitir un laudo válido y ejecutable. Dicho deber no puede entenderse como una obligación de resultado sino como una obligación de empeñar sus mejores esfuerzos. Ello pues el laudo puede ser anulado o no ejecutado por circunstancias que rebasan al árbitro, y considero injusto e inconveniente que cualquier motivo justifique responsabi-

[237] Nótese que utilicé el plural "partes" y no el singular "parte". Ello obedece a que el árbitro tiene una relación con *ambas* partes, no con *una*. No le debe nada a la parte que lo designó que no le deba a la otra. La elección de un árbitro es un paso que forma parte de la voluntad común de contar con un tribunal conformado por árbitros independientes e imparciales.

lidad. Es decir, para que una causal de nulidad genere responsabilidad al árbitro que emitió el laudo es necesario que exista dolo o culpa del árbitro.

Según Planiol la "culpa" es una infracción de una obligación preexistente o a la obligación general de prudencia y diligencia.[238] Es la conducta contraria a la que debiera haberse observado.[239]

En mi opinión, el árbitro debe ser responsable si por su dolo o culpa el laudo es inejecutable. Las dos hipótesis son distintas, no redundantes. Mientras la primera (dolo) resulta de conducta intencional,[240] la segunda (culpa o negligencia) no lo es; se genera por no realizar el esfuerzo que su misión exige.[241]

Pero no sólo debe existir culpa, debe ser "grave". La teoría de la graduación de la culpa es aplicable pues la relación que une a las partes y al árbitro es contractual.[242] El motivo por el que considero que no cualquier tipo de culpa puede ser suficiente es porque abriría la posibilidad de cuestionamientos o reevaluación por un juez de las medidas que adopte un árbitro, mismas que fácilmente pueden ser sacadas de contexto por una de las partes, particularmente si el árbitro no es parte en el procedimiento.[243]

Dado que la culpa consiste en no esforzarse lo suficiente, si el árbitro tomó medidas para incrementar la posibilidad de que el laudo sea válido, debe estar exento de culpa. Ello pues no existe dolo cuando el (supuesto) culpable prevea los resultados como posibles y desee que no se produzcan adoptando precauciones.[244]

[238] Henri y León y Jean Mazeaud, *Lecciones de derecho civil*, Parte Segunda, vol. II, La responsabilidad civil, Los cuasicontratos, Ediciones Jurídicas Europa-America, Buenos Aires, p. 108.

[239] Marcelo Planiol y Jorge Ripert, *Tratado práctico de derecho civil francés*, t. I, Las obligaciones, Acrópolis, México, 1998, p. 529.

[240] Por ejemplo, por adoptar la postura de un árbitro saboteador.

[241] Por ejemplo, por negligentemente dejar pasar el término en que debió dictarse el laudo.

[242] Se recordará que la teoría de la graduación de la culpa es aplicable a la responsabilidad contractual. Es inaplicable a la extracontractual pues el autor del acto ilícito responde siempre del daño. José Castán Tobeñas, *Derecho civil español, común y foral*, t. 4, Derecho de las obligaciones, p. 963.

[243] Como a la fecha sucede.

[244] A. von Tuhr, *Tratado de las obligaciones*, t. I, Reus, Madrid, 1999, p. 276.

En el cumplimiento de toda obligación el deudor cuenta con el derecho a decidir los medios para ello. Salvo que se haya pactado distinto,[245] el deudor goza de discreción sobre cómo cumplir. Es decir, mientras cumpla tiene derecho a elegir cómo cumplir. Si, como parte del deber de emitir un laudo válido y ejecutable, el árbitro se esmera mediante pasos procesales diversos para que el laudo sea válido y ejecutable, no puede atribuírsele responsabilidad por la nulidad. Únicamente cuando derive de una ausencia seria de tomar medidas. Es decir, de culpa grave.

En resumen, sugeriría que los lineamientos a seguirse en relación con la determinación de responsabilidad del árbitro sean los siguientes:

1. Nunca puede cuestionarse el fondo, sólo la forma en que se ejerció la misión. Ello quiere decir que aunque el contenido de la decisión sea diametralmente opuesto a lo que dice el derecho aplicable, ello no puede ser causal de responsabilidad.
2. Puede ser responsable por negligencia o culpa grave. Por ejemplo, por dejar pasar un término.
3. Debe ser responsable por conducta dolosa. Por ejemplo, por acordar su voto con una de las partes, por corrupción, por comportarse como árbitro saboteador.

C. La práctica de demandar a árbitros

Aunque aún excepcional, es crecientemente visto que la parte que no prevalece en el arbitraje demanda a los árbitros. Han existido casos en los que se demanda a todos (incluyendo secretarios administrativos) y se exime al árbitro designado por la parte demandante. Además de ser incorrecto en lo técnico,[246] da lugar a dudas sobre la imparcialidad de dicho árbitro. Podría contestarse que si el laudo es por mayoría, el disidente no comparte responsabilidad. Ello, de por sí cuestionable,[247] genera un incentivo negativo: que los árbitros, para

[245] Que se haya establecido cómo debe cumplirse. Es decir, que no se haya contemplado como una obligación de resultado sino como una obligación de método.

[246] Después de todo, el laudo es producto de un órgano colegiado. El sentido del mismo es la intención de la mayoría, y dicha intención incluye y vincula a los ausentes y a los disidentes.

[247] Al laudo, como toda decisión colegiada, le rige el principio de las mayorías.

cubrirse las espaldas –no porque así lo crean–, realicen votos disidentes sobre decisiones difíciles para blindarse de responsabilidad. Los efectos negativos son evidentes.

Considero que la práctica debe ser desestimulada. Correctamente entendido, el árbitro no daña a la parte a quien no le asiste el laudo. El árbitro sólo opinó sobre a quién asiste el derecho en una situación particular. Y lo hizo siguiendo la voluntad de las partes.

Una forma de desestimular dicha (nociva) práctica es otorgando costas al árbitro en caso de ser demandado por una de las partes, y que ello proceda como regla, la única excepción siendo que la demanda prospere en todos sus puntos.[248]

D. La respuesta judicial

La respuesta judicial en relación con este tema ha sido la peor de todos los mundos. Si bien en estado incipiente, se empieza a observar que se desechan los recursos entablados por un árbitro en contra de un laudo. Existe tesis al respecto.[249]

[248] Y que las costas sean sustanciales, de lo contrario, lejos de disuadir, *invita* la conducta indeseada.

[249] ÁRBITROS CARECEN DE INTERÉS JURÍDICO PARA RECLAMAR EN EL JUICIO DE AMPARO LA RESOLUCIÓN QUE DECLARA LA NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL POR NO CAUSAR DIRECTAMENTE PERJUICIO ALGUNO EN SU PATRIMONIO O PERSONA. Para que proceda la acción de amparo es indispensable que quien la promueva acredite fehacientemente ante el juzgador federal que la actuación de la autoridad responsable le causa directamente perjuicios en su persona, derechos, bienes o posesiones, para que *ipso facto* se analice la posible violación de garantías, situación que no acontece cuando los quejosos son los integrantes de un tribunal arbitral porque si lo que se reclama es el laudo emitido por éstos y se declara su nulidad los efectos del acto reclamado, en sí mismos, no producen afectación a algún derecho real o material en contra de los integrantes del tribunal arbitral, susceptible de apreciarse en forma objetiva para que se pueda constituir un perjuicio que les agravie de manera directa y personal, como sí sería que en la propia resolución reclamada el juez responsable, al declarar la nulidad del laudo que emitieron, les haya impuesto una sanción pecuniaria o hubiese determinado que no tenían derecho al cobro de honorarios. En otras palabras, si de la resolución que constituye el acto reclamado, no se advierte que los árbitros quejosos resienten directamente un perjuicio en su patrimonio o persona, teniendo en cuenta que éste debe acreditarse en forma fehaciente y no inferirse a base de presunciones, no se actualiza la existencia de una afectación a su interés jurídico que haga procedente el juicio de amparo; de ahí surge la actualización de la causa de improcedencia prevista en la fracción V del artículo 73 de la Ley de Amparo. (Amparo en revisión 390/2003, Décimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito).

Podría preguntarse si no me estoy contradiciendo. Después de todo, en las secciones anteriores abogué por la postura que le niega interés jurídico a los árbitros en el juicio de amparo. No existe contradicción. Si el árbitro no es demandado debe de carecer de interés jurídico para *motu proprio* recurrir el laudo. Pero de ser demandado, debe contar con interés jurídico. La observación parecería obvia,[250] pero ha sucedido que se les niega. Así lo ha hecho ver un conocido practicante experto en esta materia.[251]

3. Prejuzgar

El árbitro debe conocer del caso con un ánimo completamente limpio, libre de tendencia o preferencia alguna, sea a las partes o al asunto. Es decir, debe juzgar cada caso *de novo*. De allí el vocablo "*prejuzgar*", que alude nada más y nada menos que al pecado cardinal que puede cometer un árbitro.

El árbitro debe lograr algo muy difícil: tener una conciencia de espíritu virgen. Invito a que el lector piense sobre esto un momento. Todos, por el mero hecho de existir y por las experiencias tanto personales como profesionales que hemos tenido, tenemos posturas preestablecidas sobre ciertas situaciones. Dichas opiniones son naturales. Pero cuando una persona tiene que juzgar algo, tiene que liberarse de los mismos. No hacerlo implica llegar con un ánimo cargado, tildado, y ello es contrario a la esencia de juzgar. No pretendo que la experiencia no sea utilizada. Después de todo, probablemente el árbitro fue escogido por la misma. Lo que quiero decir es que la misma debe ser un trampolín, no una piedra. Para ello no debemos estar casados con posturas. Ello sería un *pre*juicio.

Juzgar es difícil. Cualquier persona que lleve a cabo dicha actividad puede corroborarlo. Sea como juez, patrón,[252] maestro,[253] o cual-

[250] Después de todo, son parte (pasiva) del procedimiento.

[251] Opinión de Carlos Loperena sobre postura de Abascal y Flores Rueda, en *En busca de la teoría constitucional (a la luz de las resoluciones del Poder Judicial Federal)*, Colección Foro de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Themis, 2005, p. 14.

[252] Juzgar el desempeño laboral de alguien.

[253] Juzgar el nivel de conocimientos de un alumno de tal forma que se discierna qué calificación merece. Pregunto al lector: ¿cuál es la diferencia entre un 8, un 9 o un 10? ¿Qué tanto conocimiento es necesario para llegar a cada uno de ellos? Todo maestro ha

quier otra faceta que exija evaluar algo, lo que sea. Si es que ha tomado con seriedad dicha labor, seguramente ha dudado de sus conocimientos propios, e inclusive de su persona: ¿quién es él o ella para evaluar a otro?

La respuesta en arbitraje es que las partes, al escoger a dicho individuo, "algo" vieron en él que hizo que desearan que fuera el juicio de dicha persona el que evaluara su conducta y los hechos del caso particular. Y el barómetro es justamente el derecho aplicable.

Esta (difícil) labor requiere de algo importante y que con frecuencia no ocurre:[254] la habilidad de cuestionar por *completo* con la finalidad de poder emitir un juicio sano. Ya lo dice el adagio popular: "el sentido común es el menos común de todos los sentidos". Aristóteles mismo se percataba que muchas veces lo que le falta a la gente no es conocimiento o inteligencia, sino simplemente lo que él llamó el "buen juicio".[255]

En reiteradas ocasiones he presenciado como (inclusive destacados) abogados se casan con una postura y, aunque se les enfrenten argumentos interesantes, complejos y a veces hasta persuasivos, por algún motivo no vemos la postura contraria. Allí está, simplemente no la asimilamos.

Considero que el primer paso para remediar este problema es percatarnos de la existencia del mismo. El árbitro debe concientizar esta problemática y hacer un ejercicio para "esterilizar su juicio" de tal forma que pueda entrar con una mente limpia y juzgar sin óbice anímico alguno.

Admito que ello no es fácil. Después de todo, la disciplina legal forja un carácter que con frecuencia impide que esto tenga lugar. Se busca *conocer*, lo cual puede complicar el ejercicio aludido (median-

enfrentado esta interrogante y –suponiendo que tome en serio dicha labor–, se ha enfrentado con la necesidad de llegar a determinaciones (posiblemente arbitrarias) del nivel de conocimiento que haya tenido alguien para que encuadre dentro de la (también arbitraria) categoría de un número específico. Complica dicha labor el que el nivel de conocimiento del maestro mismo también incrementa. Ante ello, ¿con base en qué parámetro juzgar el nivel de conocimiento o desempeño de alguien?

[254] No deseo subirme a un púlpito. En no pocas ocasiones he tenido dudas de si este autor reúne dicho requisito.

[255] En *Etica Nicomaquea*. La sección específica que aborda es Judgement – right discrimination of the equitable: the place of intuition in morals, Book VI. *Intellectual Virtue, The Nicomachean Ethics*, Oxford World's Classics, Oxford University Press, 1980, pp. 152 y 153.

te preconcepciones). Además se busca *defender,* lo cual implica hacer suya (casarse con) la postura que uno defiende. Además, la asertividad se nos inculca como una virtud. Y no es que no crea que no lo sea, pero los tres factores hacen que la (humilde) labor de juzgar sea más difícil de lograr.

El árbitro debe lograr desembarazarse de lo que sabe y de la opinión que tiene para lograr evaluar en el caso particular con un espíritu nuevo y formarse una opinión con base en el expediente, dejando atrás las ideas y preconcepciones que pueda tener o antipatía que sienta hacia las partes que pueda complicar dicha labor. Y ello debe ser reiterado a lo largo del asunto.

Debemos entrenarnos (posiblemente *des*entrenarnos) para llevar a cabo esta labor, poniendo de lado las demás facetas que desde hace tanto hemos trabajado. Difícil labor que nos corresponde a los árbitros.

Existen circunstancias diversas que ponen en tela de juicio dicha actividad. A continuación se abordarán.

A. Conocimiento personal de circunstancias

¿Qué sucede si el árbitro tiene conocimiento personal de información sobre el caso? ¿Puede ello violar el principio de debido proceso? Hay quien ha dicho (Mohammed Bedjaoui) que en dicho caso el árbitro debe "esterilizar" la información personal que posee mediante un "lavado de cerebro". Hay quien cuestiona la postura.[256]

Considero que ante dicha problemática el árbitro debe cerciorarse que todos los hechos y el derecho en el que el árbitro base su determinación deben haber sido debatidos por las partes. El árbitro no puede fundar determinación alguna del laudo en un hecho que no haya sido debatido por las partes, ni motivar su laudo en una cuestión (jurídica o fáctica) no citada, aunque él conozca de la misma.

B. Posturas previas

Me centraré en dos situaciones: la existencia de opiniones doctrinales y posturas adoptadas en casos previos.

[256] Clay, *op. cit.*, pp. 311 y 390.

a. Opiniones doctrinales

Si un árbitro en el pasado ha emitido una opinión doctrinal sobre la cuestión jurídica a resolver, ¿es razón suficiente para considerar que ha prejuzgado? Existen diferentes posturas al respecto. Sin embargo, la tendencia[257] –que comparto– es que ello, *per se*, no es razón suficiente para sospechar del árbitro.

La aplicación del derecho es contextual. No sólo es factible, sino frecuente, observar que la concepción del derecho en cierto sentido cambia *in casu* dadas las particularidades existentes. Y dicha (abstracta) convicción no debe ser un óbice si el árbitro tiene en mente justamente eso: que no debe formarse una opinión hasta conocer todas las peculiaridades del caso particular (como se sugirió en la sección anterior).

Tomar una postura distinta tendría dos resultados que deben evitarse: eliminar justamente a las personas más aptas para juzgar el caso: los expertos. Segundo, que expertos dejen de pronunciarse o generar literatura por temor a recusaciones. Ambos resultados son desafortunados.

Por consiguiente, una recusación fundada en dicha circunstancia tendría que proporcionar mayores elementos para prosperar.

b. Otros casos

¿Qué sucede si, en una disputa pretérita, el árbitro, en *obiter*,[258] ha adoptado una postura sobre el asunto en cuestión?

Considero que la solución a dicha situación es la misma que defenderé para arbitrajes conexos, por lo que pasaré a ello.

C. Arbitrajes conexos

El que un árbitro haya conocido o conozca de una controversia conexa ha dado lugar a recusaciones y solicitudes de nulidad de laudos bajo

[257] Henry, *op. cit.*, p. 347; Phillippe Fouchard, *Statut des arbitres*, p. 7.

[258] Si bien un latinajo, vale la pena abordarlo. En jurisdicciones de *common law* se distingue el corazón del asunto (el *holding*) del *obiter* o *dicta*, es decir, lo que no siendo la resolución de dicho caso constituyen aseveraciones sobre el derecho.

el argumento que existe un riesgo de que haya prejuzgado. Hay quien por ello ha dicho que un árbitro no puede fungir en arbitrajes conexos pues no goza de la independencia requerida, no con respecto a la parte sino por su vínculo con la causa.[259] Otros han sostenido lo contrario considerando que el conocimiento de un procedimiento previo no es suficiente para mermar su imparcialidad u objetividad.[260] En un caso importante sobre ello, la Corte de Apelación de París sostuvo:[261]

> Ni el principio de contradicción[262] ni el derecho a la defensa han sido violados cuando el mismo árbitro decide en dos instancias paralelas. La respuesta es distinta cuando en la otra instancia en la que ha intervenido existe una decisión que pueda constituir un prejuzgamiento desfavorable, en particular cuando el árbitro ha participado, en un mismo asunto, en una sentencia que entrañe lógicamente ciertas consecuencias por las cuestiones a resolver en la segunda. Sin embargo, el prejuicio debe versar sobre el conjunto indisociable de hecho y derecho, que constituye la causa sometida al árbitro; en efecto, no existe prevención ni prejuicio cuando el árbitro es llamado a pronunciarse sobre una cuestión de hecho próxima a aquella examinada anteriormente, pero entre partes diferentes, y aún menos cuando debe resolver una cuestión de derecho sobre la cual se ha pronunciado previamente.

[259] Claude Reymond, "Des connaissances personnelles de l'arbitre à son information privilégiée", *Revue de L'Arbitrage*, 1991, pp. 3 y 9.

[260] *SETEC vs. SICCA*, Tribunal de Grande Instance, 13 de enero de 1986, *Revue de L'Arbitrage*, 1987, p. 65.

[261] *Shérif Jamil Ben Nasser vs. BNP et Crédit Lyonnais*, Corte de Apelación de París (1 Ch. C), 14 de octubre de 1993, *Revue de L'Arbitrage*, 1994, núm. 2, p. 380. Las palabras de la Corte fueron: "Le principe de la contradiction n'est pas violé, pas plus que les droits de la défense, lorsqu'un même arbitre statue dans deux instances parallèles; il en va autrement si est intervenue dans l'autre instance une décision pouvant constituer de la part de cet arbitre un préjugé défavorable, en particulier si l'arbitre a participé, dans la première affaire, à une sentence qui entraîne logiquement certaines conséquences pour les questions à trancher dans la seconde; cependant, le préjugé doit porter sur cet ensemble indissociable de fait et de droit qui constitue la cause soumise à l'arbitre; en effet, il n'y a ni prévention ni préjugé lorsque l'arbitre est appelé à se prononcer sur une situation de fait proche de celle examinée antérieurement, mais entre des parties différentes, et encore moins lorsqu'il doit trancher une question de droit sur laquelle il s'est précédemment prononcé".

[262] El "principio de contradicción" (*principe de la contradiction*) en el argot legal francés es el equivalente a "garantía de audiencia" en derecho mexicano.

Siguiendo el mismo razonamiento, otro caso importante sostuvo:[263] "El juicio anterior de la misma causa de derecho no puede constituir un prejuzgamiento en la medida en que los casos sean distintos o las partes diferentes".

Por consiguiente, en principio, no debe haber problema con la existencia de litigios conexos. En la medida en que en los mismos versen sobre *las mismas* cuestiones de *hecho, derecho y partes*, entonces existirá la posibilidad de que la decisión en uno comprometa en el segundo.

4. Votos disidentes

Existe una marcada diferencia de opinión sobre lo adecuado de las opiniones disidentes.[264] Por ejemplo, mientras que unos las favorecen,[265] otros la rechazan por motivos distintos. Por ejemplo, Viatte y Gaillard consideran que no son éticas pues violan el deber de confidencialidad de las deliberaciones,[266] el cual es importante pues protege la libertad e independencia de los árbitros.[267] Bruno Oppetit califica de "nefasta" a la práctica de la opinión disidente.[268] Y aun otros adoptan una postura intermedia. Por ejemplo, Jarvin dice que

[263] *Qatar vs. Creighton Ltd.*, sentencia de la Corte de Apelación de París del 12 de enero de 1996, *Revue de L'Arbitrage*, 1996, pp. 434 y 437. Sus palabras exactas fueron: "le jugement antérieur de la même question de droit ne peut constituir un préjugé dans la mesure où les engagements sont distincts et les parties différentes".

[264] No me adentraré en el debate por existir ya literatura rica sobre esto. Véase Hans Smit, "Dissenting Opinions in Arbitration", *ICC Bulletin*, vol. 15, núm. 1, Spring 2004, p. 37. Tan sólo mencionaré que la fuente de la diferencia deriva tanto de factores legítimos como ilegítimos. Los legítimos son las diferentes percepciones que los árbitros tienen sobre lo que es su deber como tales, aunado a diferencias culturales y jurídicas. Las ilegítimas son los deseos de "agradecer" la designación a la parte que designó al árbitro en cuestión mediante un voto a su favor.

[265] Laurent Levy, "Dissenting Opinions in International Arbitration in Switzerland", *Arbitration International*, 1989, 1, p. 35.

[266] Ya que al emitir la misma necesariamente se revelará el sentido de la votación de los demás, y posiblemente otros aspectos de las deliberaciones.

[267] *Sarl Arrigo et autres vs. Benetier et autre*, Corte de Apelación de Bordeaux, 14 de enero de 1993, *Revue de L'Arbitrage*, 1993, p. 683.

[268] Bruno Oppetit, *Justice Étatique et justice arbitrale*, Etudes Ofertes à Pierre Ballet, p. 425.

las opiniones disidentes sólo son admisibles en cuestiones procesales.[269] La práctica refleja dicha diferencia de opinión.

Deseo postular que los votos particulares deben ser evitados haciendo alusión a un principio que considero que los rige y que no he escuchado a nadie defender: el principio de las mayorías. Dicho principio es la respuesta a un problema que puede observarse en todos los órganos colegiados: la dificultad (a veces imposibilidad) de llegar al consenso. Y en la medida que se privilegia el mismo se propicia un resultado irónico: se le otorga más poder al que menos debe tenerlo: la minoría.

La experiencia muestra que siempre que se ha requerido que un órgano opere por consenso se ha caído en alguno de dos resultados desafortunados: anquilosamiento u hostigamiento, de la mayoría por una minoría. Ya sea que se trate de un Consejo de Administración, una Asamblea de Accionistas, un Congreso o inclusive un país, la única manera de resolver la problemática inherente a las (variopintas) preferencias individuales de quienes componen un conjunto es mediante el principio de las mayorías.

La voluntad del órgano es, y tiene que ser, la de la mayoría de sus componentes. No puede ser de otra manera.[270] La postura en contrario hace que una minoría cobre poder sobre la mayoría. Y la observación se va haciendo gradualmente aplicable *in crescendo* en la medida en que se incrementan los umbrales de decisión del órgano en cuestión. De allí la (aguda) observación de un economista famoso,[271] Mancur Olson:[272]

> Tratándose de grupos pequeños con intereses comunes, ¡*existe una tendencia sistemática de que los grandes sean "explotados" por los pequeños*!

[269] Sigvard Jarvin, *Revue de L'Arbitrage*, 1995, p. 125.

[270] De allí que las decisiones de la mayoría obliguen tanto a los ausentes como a los disidentes.

[271] Mancur Olson, "The Logic of Collective Action", *Public Goods and The Theory of Groups*, Harvard University Press, Cambridge, Massachussets, 1965, p. 29.

[272] Su teoría de los grupos sigue siendo tan vigente como cuando la creó, hace ya varias décadas. Su (extraordinaria) obra es recomendada para quienes desean entender, y no sólo repetir.

[Where small groups with common interests are concerned, then *there is a systematic tendency for "exploitation" of the great by the small*!]. (Énfasis en original. Notas omitidas).

Por consiguiente, los árbitros deben (debemos) entender que nuestro deber ético como parte de un tribunal con respecto a la decisión que el mismo adopte es defender con toda nuestra convicción y energía la postura que consideramos es más apropiada. Pero emitido el voto, de estar en la minoría, debemos aceptar la resolución como la postura del órgano (aunque sea por mayoría). Después de todo, ello es lo que significó el que las partes hayan compuesto el tribunal arbitral en cuestión con los intelectos y perfiles de las personas que lo conforman: que la voluntad *del órgano* sea el resultado de enfrentar y decantar las tres voluntades de *los árbitros*, atendiendo a su perfil.

Entendida así, la emisión de un voto particular en dichas circunstancias debe tildarse de un ejercicio adolescente de la facultad de votar, con una excepción: que la decisión sea *grave* y *totalmente* errónea.

Los adjetivos son importantes. Una simple diferencia de opinión es insuficiente.[273] La postura adoptada por la mayoría del tribunal no sólo debe ser incorrecta, sino totalmente errada y debe tratarse de algo grave. El motivo es el (válido) deseo de un árbitro de querer distanciarse de una decisión inaceptable, que es abiertamente equivocada sobre un tema que no es trivial. Pero el umbral debe ser alto so pena de burlar el propósito.

[273] Una anécdota personal puede ser ilustrativa. En un caso complicado, mis (distinguidos) coárbitros adoptaron una postura sobre el fondo de la controversia que yo consideraba que era incorrecta. No porque la interpretación de la norma correspondiente no fuera posible, sino porque –siendo multívoca– no era la mejor. Dicho de otra manera, yo admitía que la interpretación adoptada era jurídicamente *posible* bajo las normas de la hermenéutica jurídica, pero no era la *óptima*. Después de un debate intenso sobre ello, que se extendió a varias sesiones, para las cuales preparé una porción del laudo como sería redactado por mí (a efecto de que analizaran con detenimiento las premisas de mi conclusión y percibieran por qué consideraba que era superior a la de la mayoría), el voto fue emitido y yo quedé del lado minoritario. Dada la intensidad del debate mis colegas supusieron que emitiría un voto disidente con base en el texto que había circulado. Les indiqué que no lo haría. Al percatarme de su sorpresa, les expliqué mi opinión sobre cuándo debe ser emitida una opinión disidente, especificando que consideraba que este no era uno de esos casos.

Otras circunstancias que han motivado votos disidentes deben ser repudiadas. En una conferencia reciente un destacado practicante (Bernardo Cremades)[274] presumió que en toda su experiencia nunca había emitido una opinión disidente. Creo que el hecho es de presumirse. Después de todo, dichos votos arriesgan la validez del laudo. Citándolo "son como poner una bomba de tiempo al laudo". Comparto (y aplaudo) su opinión.

5. La deliberación

La deliberación es el acto que da lugar al pronunciamiento de una decisión. Es el examen de conciencia y reflexión que propicia decidir algo.[275] Y ello es (citando a dos reconocidos expertos) un arte que requiere prudencia, habilidad y firmeza.[276]

Hay mucho que podría decirse sobre la deliberación. En este contexto deseo resaltar dos aspectos. Primero, la deliberación no exige colegialidad. Una deliberación no es una negociación. Si existe diferencia de opinión en un tribunal no debe negociarse con el disidente para obtener unanimidad.[277]

Segundo, la obligación de deliberación no se limita a la emisión del laudo. Aplica a todo el procedimiento. Ello queda en evidencia si se toma en cuenta que el deber de dar un trato igualitario y debido proceso aplica al tribunal en su totalidad, no sólo al árbitro que presida, aunque sea éste quien habitualmente tenga más peso en cuestiones procesales. Sin embargo, debe tenerse en mente que las decisiones procesales tienen implicaciones importantes: impactan la oportunidad de las partes de hacer valer sus derechos ante el tribunal. Por consiguiente, la experiencia de *todo* el tribunal es, no sólo conveniente, sino importante.

[274] Conferencia sobre "El Buen Árbitro" ante el Comité de Arbitraje, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, noviembre de 2005.

[275] Yves Derains, *La pratique du délibéré arbitral, en Liber Amicorum in honour of Robert Briner, Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution*, ICC Publishing, 2005, p. 233.

[276] Poudret, Jean-Francois, y Sébastien Besson, *Droit comparé de L'arbitrage international*, Bruylant, Bruselas, 2002, p. 693. Sus palabras fueron "La conduite du délibéré est un art qui requiert à la fois prudence, doigté et fermeté".

[277] Derains, *op. cit.*, p. 232.

6. Entrevistas con árbitros

Existe una costumbre que, aunque no es preponderante, ha generado debate: entrevistar candidatos antes de su designación como árbitro.

Dicha práctica ha suscitado todo tipo de respuestas. Desde aquellos que consideran que es poco ética, hasta aquellos que consideran que no tiene nada de malo, siempre y cuando se tomen ciertas precauciones, pasando por quienes consideran que es fútil. Dentro de esta postura existen dos vertientes, quienes –dada su futileza– sugieren que se prohíba y quienes son indiferentes.

Quienes la repudian indican que necesariamente involucrarán argumentos *ex parte*. Los que la aplauden (o toleran) aseveran que mientras que no haya una discusión sobre el fondo, no hay nada de malo en ellas.[278]

Quienes califican de fútil a la práctica hacen observaciones interesantes. Aseveran que, aun suponiendo que durante la entrevista las partes y el árbitro establecieran como lineamiento que el fondo del asunto no sería tratado, con frecuencia se burla dicha pauta al hacer preguntas abstractas que en esencia versan sobre la litis. Y ello encierra una paradoja: en la medida en que la pregunta es abstracta, el árbitro siempre puede cambiar de opinión en las deliberaciones argumentando que su opinión *in abstracto* se transformó *in concreto* dadas las circunstancias particulares del caso. Ante ello, ¿para qué llevar a cabo una conducta fútil que —para bien o para mal— a los ojos de algunos es reprochable?

Al margen de la preferencia que al respecto pueda tenerse, la práctica muestra ventajas y desventajas que vale la pena tomar en cuenta. Las *ventajas* consisten en la posibilidad de que los abogados de parte valoren la pericia del candidato de árbitro y el tipo de persona que es. Después de todo, la designación del árbitro es *el* paso táctico más importante en un procedimiento arbitral. Por ende, el hacerse llegar

[278] Dentro de quienes han repudiado la práctica está (estaba) Andreas F. Lowenfeld, un conocido maestro de la Universidad de Nueva York, quien, después de haber sido un enérgico opositor a las mismas, admite haber cambiado de opinión después de que se le solicitó participar en dichas entrevistas para sondear la posibilidad de actuar en un caso importante. Véase "The Party-Appointed Arbitrator in International Controversies. Some Reflections", *Texas International Law Journal*, vol. 30, núm. 1, 1995, pp. 59 y 61.

de la información relevante al respecto puede ser no sólo sensato, sino un paso inherente a los requisitos éticos que diferentes códigos de conducta profesionales establecen sobre la forma de representar a un cliente (sin incurrir en negligencia profesional).

Las *desventajas* residen en que puede infundir el temor en la contraparte de que el caso ha sido litigado en forma *ex parte* ante el árbitro, condicionando (de cierta manera) la respuesta que necesariamente tendrán en deliberaciones, so pena de contradecirse.

La práctica arbitral muestra que la costumbre de entrevistas es seguida y con frecuencia en forma asertiva. Aunque algunos practicantes adoptan precauciones,[279] otros las sostienen sin límite alguno. Algunas entrevistas duran horas, inclusive días, y algunos árbitros viajan distancias importantes, a su costa, para llevar a cabo dichas entrevistas, comportándose de una manera que no puede describirse más que de un concurso de belleza.[280]

En fechas recientes, una destacada institución arbitral (el *Chartered Institute of Arbitrators*) emitió lineamientos sobre el tema, que vale la pena comentar, aunque los mismos carezcan de naturaleza obligatoria. Las recomendaciones que en esencia establece son las siguientes:

1. El fondo del asunto no debe ser tratado. La descripción de la naturaleza de la controversia debe ser *neutral* y *general*. Sólo en forma suficiente como para que el candidato de árbitro evalúe su competencia, haga los sondeos relevantes,[281] y tenga una sensación del tiempo que le comprometerá con la finalidad de sondear su disponibilidad.
2. El árbitro no debe expresar una opinión sobre el fondo (hechos y derecho) del asunto.

[279] Por ejemplo, un practicante experimentado las limita de tres formas. Primero en cuanto al tiempo: no puede durar más de 30 minutos. Segundo en cuanto al número de asistentes: sólo pueden asistir la parte que va a designarlo y su abogado, flanqueado por un colaborador. Finalmente en cuanto al contenido: las preguntas que se le hagan pueden ser sacadas de una lista limitativa de doce preguntas preestablecidas y el fondo del asunto no debe ser nunca abordado. Gerald Aksen, "The Constitution of Arbitral Tribunals. Proper Bounds for Communications between Counsel and Party Arbitrators", Coloquio CCI-CIADI-AAA, Washington, 21 de noviembre de 1997, intervención no publicada.

[280] En un caso la CCI no confirmó la designación de un árbitro propuesto por una parte que lo había entrevistado por 50-60 horas.

[281] Por ejemplo, sobre conflictos de interés.

3. Las partes deben abstenerse de hacer cualquier pregunta sobre la postura que adoptaría el árbitro.
4. Debe dejarse algún registro de la entrevista, sean notas del árbitro o grabación, misma que pueda ser hecha del conocimiento a la otra parte, o la institución designadora lo antes posible. Debe procurarse que se tomen notas de lo sucedido en la entrevista, mismas que serán puestas a la disposición de las partes. Ello debe hacerse del conocimiento de las partes antes de la entrevista. Entre más tiempo dure ésta, más razonable será la suposición de que los límites de lo correcto han sido excedidos. Puede permitirse al árbitro que sea acompañado por un secretario o asistente para que tome nota de la entrevista. Las circunstancias específicas o hechos que den lugar a la controversia, las posiciones o argumentos de las partes y el fondo del asunto no puede ser tratado, sea directa o indirectamente.
5. Al aceptar la entrevista el árbitro debe establecer por escrito cómo tendrá lugar la misma.
6. Debe dejarse claro que la designación no conllevará obligación alguna ante la parte que designa, excepto aquellas obligaciones generales a todos los árbitros.[282]
7. La entrevista debe ser llevada en forma profesional en una ubicación laboral y no durante comida o bebidas.
8. Se debe establecer un tiempo límite para la duración de la entrevista.
9. Cuando se trate de un árbitro único, no debe ser entrevistado excepto por ambas partes conjuntamente. En caso de que una parte desee tener una entrevista y la otra no, a la entrevista debe asistir un representante del segundo como observador. En forma similar puede ser razonable el desear entrevistar al Presidente del Tribunal Arbitral, pero dichas entrevistas deben ser realizadas por las partes conjuntamente o con las partes y un representante de la otra parte.

[282] Por ejemplo, que i) se cuidará la selección del presidente y ii) que el caso de las partes sea entendido y completamente considerado durante las deliberaciones, lo cual es muydistinto a argumentar el caso.

10. Debe comunicarse al árbitro quiénes participarán en la entrevista y quién encabezará la misma, quien es sugerible que sea el abogado líder de dicho equipo.
11. Con la finalidad de sondear la conveniencia de designar a dicho árbitro, los siguientes temas *pueden* ser discutidos:

    a) Los nombres de las partes en controversia y cualesquier terceros que estén involucrados.
    b) La naturaleza general de la controversia.
    c) Detalles que sean suficientes, pero no más que los necesarios, del proyecto para permitir tanto al árbitro como a quien entrevista darse cuenta de la conveniencia de la designación.
    d) Los tiempos esperados del procedimiento.
    e) El idioma, derecho aplicable, sede, reglas aplicables al procedimiento, o el hecho de que no han sido designadas.
    f) La experiencia del árbitro, su pericia y disponibilidad.

12. Al valorar la experiencia y pericia del árbitro las siguientes preguntas pueden ser hechas para probar su entendimiento y conocimientos:

    a) La naturaleza y tipo del proyecto en cuestión.
    b) El área específica del derecho sobre la que versa la controversia, derecho arbitral, práctica y procedimiento.

    Dichas preguntas deben ser llevadas a cabo en forma general y neutral con la finalidad de sondear los conocimientos del árbitro, pero no para determinar sus puntos de vista sobre cuestiones que deben formar parte del caso. Cuestiones relacionadas con el historial (de existir) de publicaciones del árbitro pueden ser realizadas, sujetas a la misma precaución.
13. En caso de que la entrevista no resulte en nominación, el árbitro podrá ser reembolsado por sus gastos de viaje mas no por el tiempo invertido, salvo casos excepcionales.
14. El árbitro designado no debe ser reembolsado por su tiempo durante la entrevista, sino cuando el tribunal se haya constituido y el procedimiento esté en curso. Es entonces cuando el

árbitro podrá presentar sus gastos de viaje para su pago normal pero separando los gastos relacionados con la entrevista.

Con respecto a la conducta que debe seguir el árbitro, vale la pena transcribir algunas reglas deontológicas que diferentes órganos han emitido:

a) Las Reglas de Ética para Árbitros Internacionales (*Rules of Ethics for International Arbitrators*) de la *International Bar Association* (1986) requieren que el árbitro prospectivo realice suficientes investigaciones sobre la parte que lo designa para determinar si le puede dar el tiempo y atención necesaria a la controversia, si el árbitro es competente para decidir la controversia, y si existen causales justificadas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro. El árbitro prospectivo puede contestar preguntas sobre su disponibilidad y conveniencia como árbitro, pero no debe de tratar el fondo del asunto.
b) El Código de Ética para Árbitros en Controversias Comerciales del American Bar Association (*Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes*) (2004) establece[283] que el árbitro prospectivo puede tomar los siguientes pasos:

   i) Preguntar sobre la identidad de las partes, la naturaleza general del caso.
   ii) Responder cualesquiera preguntas de las partes cuyo propósito sea determinar la conveniencia de que él sea designado. Durante dicho diálogo el árbitro prospectivo puede recibir información de la parte que sea de naturaleza general pero no debe permitirle que aboguen por el fondo del caso.

c) Las AAA/ICDR Reglas Internacionales prohíben las comunicaciones *ex* parte entre una parte o sus abogados y un árbitro prospectivo, excepto para informar al candidato de la naturaleza general de la controversia y los procedimientos que tendrán lugar así como las calificaciones/credenciales, disponibilidad e independencia del árbitro.

[283] Canon III, párrafo B(1).

Todas las reglas citadas carecen de fuerza obligatoria, por lo que la negativa a seguirlas no puede ser reprochada, y mucho menos motivar una recusación, nulidad o negativa de reconocimiento y ejecución de un laudo. Son útiles como lineamientos prácticos de lo que ha mostrado ser una práctica controvertida. Como en todo, lo conveniente es que el árbitro y las partes ejerzan prudencia y buen juicio al llevar a cabo esta práctica.

7. La "Mafia" de árbitros

Se ha dicho que existe una "mafia" de árbitros que se designan entre ellos, a la cual es imposible entrar. La aseveración es posiblemente el resultado de la observación que son pocas personas las que son designadas. Deseo presentar al escéptico una explicación alternativa: ¿no será que, dado lo delicado de la labor de fungir como árbitro, las designaciones obedecen al deseo de los abogados de parte de contar con una persona que sepa lo que está haciendo y cuya solvencia moral sea reconocida? Como lo dice Jan Paulsson, con su habitual tino:[284]

> Dada la importancia y delicadeza frecuente involucrada en arbitraje, existen buenas razones para apoyar el surgimiento y reconocimiento de una elite de árbitros internacionales. [...] El reconocimiento mutuo de sus miembros no refleja un sistema de *quid pro quo*, sino deriva de la confianza de los participantes en el proceso.
> Cualquiera que reúna los requisitos para ser árbitro es bienvenido. De hecho, existe una importante demanda de los mismos dado el (creciente) déficit ante el (exponencial) crecimiento de asuntos.

[284] Jan Paulsson, "Ethics, Elitism, Eligibility", *Journal of International Arbitration*, vol. 14, núm. 4, 1997, p. 19. Sus palabras son "Given the high stakes and great sensitivities frequently involved in arbitration, there seems to be a good case for supporting the emergence and recognition of an elite corps of international arbitrators. [...] The mutual recognition of its members does not reflect an unsavoury system of *quid pro quo*, rather it builds the confidence of all participants in the process".

IX. Comentarios finales

El árbitro es una institución jurídica *sui generis*, compleja e importante. *Sui generis* pues comparte elementos con instituciones diversas, lo cual ha llevado a una discusión sobre su naturaleza. *Compleja*, pues el ejercicio de sus facultades, derechos y obligaciones requiere de cuidado. E *importante* pues es un aliado en la procuración del Estado de Derecho.

Es mi sincero deseo que las anteriores líneas sirvan para la comprensión de su (controvertida) naturaleza, el correcto desempeño de su (difícil) labor, con miras que logre su (trascendente y –de esperarse– protagónico) papel.

EQUIDAD DE GÉNERO EN EL DERECHO ELECTORAL

Manuel GONZÁLEZ OROPEZA*

SUMARIO: I. *Acción afirmativa como instrumento de equidad.* II. *Legislación y equidad de género.* III. *Equidad de género en los tratados internacionales vigentes en México.* IV. *El Poder Ejecutivo y la paridad de género.* V. *La justicia electoral y la paridad de género.*

I. ACCIÓN AFIRMATIVA COMO INSTRUMENTO DE EQUIDAD

Mucho se ha debatido a nivel internacional sobre el tema de equidad de género. Se han analizado los puntos de vista social, político, económico, laboral y familiar, entre otros. Sin embargo, dentro del ámbito político electoral resulta imprescindible la perspectiva jurídica y en particular la jurisdiccional, para obtener una visión más apegada a la realidad que nos permita comprobar la eficacia en la aplicación de las normas legisladas sobre la materia.

El término "género", por ejemplo, "alude a la distinción de los atributos de hombres y mujeres que son asignados por la sociedad",[1] a diferencia de las distinciones basadas en términos raciales que en México han quedado proscritas como clasificación legal. Las relaciones de género se expresan en valores, percepciones, prácticas y actitudes sociales que se recogen en el sistema jurídico integralmente.

* Ensayo elaborado con la colaboración de Helen Patricia Peña Martínez.

[1] *El enfoque de género en la producción de las estadísticas sobre participación política y toma de decisiones en México*, Serie estadísticas de género. Una guía para el uso y una referencia para la producción, UNIFEM/CONMUJER, México, 2000, p. 6.

La distinción entre hombres y mujeres está reconocida por la legislación y la jurisprudencia para efectos de definir la discriminación, el matrimonio, el mercado de trabajo y muchas otras instituciones, incluso las formas representativas de gobierno y la participación política de los ciudadanos.

La distinción de las personas por razón de género no ha sido considerada como discriminatoria, sino como una necesaria distinción para evitar precisamente prácticas discriminatorias. En cambio, la raza y la clasificación de la población mexicana a través de criterios étnicos, sufre mayor suspicacia, pues ha quedado legalmente proscrita desde la Independencia.

La definición de género en sí establece una clara diferencia social entre hombres y mujeres. Consecuentemente, el tema de la equidad tiene que partir de un camino de dos vertientes que se convierte en una fuente inagotable de polémica. Ello indudablemente ha incidido en que la equidad entre ambos géneros sea un campo no bien definido y aún por construirse.

En el ámbito político y jurídico se han tomado una serie de medidas, para paliar la ausencia de representación política de diferentes grupos, socialmente vulnerables. Dentro de estas medidas se encuentran las llamadas "cuotas o acciones afirmativas", que son un mecanismo puesto en práctica para lograr que las minorías puedan ejercer sus derechos, a pesar de los obstáculos sociales a los que nos hemos referido con anterioridad.[2]

La acción afirmativa es una excepción al principio de igualdad idealizada donde los actores se reconocen con sus capacidades distintas, tal como el derecho social lo hizo en su oportunidad en el constitucionalismo mexicano en 1917, neutralizando las inequidades surgidas en una aparente autonomía de la voluntad que hacía a todas las partes contratantes en una relación laboral o económica iguales.

De esta manera, la acción afirmativa pretende igualar las condiciones de los grupos vulnerables a través de políticas públicas que igualen las condiciones de desigualdad entre las personas de distintos grupos sociales. El término fue acuñado por John F. Kennedy en su orden del 6 de marzo de 1961, cuando al crear una Comisión para promover la igualdad de oportunidades en el empleo, estableció programas de financiamiento federal hacia los empleadores, con la obligación, a cambio, de "tomar acciones afirmativas" en la liberación de cualquier perjuicio racial en la contratación y el empleo. Posteriormente, Lyndon B. Johnson explicó en un discurso ante la Universidad Howard, cuyos estudiantes son afro-americanos, el 4 de junio de 1965, que la igualdad no se logra a través de declaraciones abstractas, sino a través de oportunidades concretas.[3]

[2] El artículo 5 de la Ley General para la Igualdad entre Hombres y Mujeres de 2 de agosto de 2006, la define como el conjunto de medidas de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de hecho entre mujeres y hombres.

Derivado de este concepto, y dedicado específicamente a la mujer nos detendremos en el término de las cuotas de género, nombradas también como cuotas de participación por sexo o cuotas de participación de mujeres que ha sido adoptado por muchas legislaturas para paliar en alguna medida las limitaciones a las que se enfrentan las mujeres en la esfera política.

En este contexto resulta muy importante destacar que las cuotas de género han sido preceptuadas como obligatorias en la mayor parte de los instrumentos jurídicos de los países que las contemplan, pero su vigencia es transitoria, hasta tanto sean superadas las diferencias a las que nos hemos referido reiteradamente.

Debido a la diversidad que ha caracterizado el debate en diferentes partes del mundo, mostraré las diferentes etapas que ha recorrido el tema de la participación de la mujer en el quehacer político en algunos de los países de cada continente y cómo se han resuelto distintos litigios suscitados como consecuencia de los deseos de concreción de estos anhelos.

De esta manera analizaremos las acciones de los poderes Ejecutivo, Legislativo y preferentemente el Judicial, encaminadas al logro

[3] En dicho discurso, Johnson manifestó: "Buscamos no sólo la libertad, sino la oportunidad, no sólo la igualdad legal, sino la habilidad humana, no sólo la igualdad como derecho y teoría, sino la igualdad como hecho y resultado". A raíz de este discurso, emitió la Orden Ejecutiva núm. 11246, el 24 de septiembre de 1965, en donde ordena que todos los contratistas del gobierno federal deberían tomar acciones afirmativas hacia la contratación de minorías. Esta Orden fue ampliada el 13 de octubre de 1967 para cubrir las acciones afirmativas en razón del género de las personas. *Cfr.* http://www.infoplease.com/spot/affirmativetimeline1.html#1961.

de una adecuada presencia femenina en los espacios de poder y representación política.

II. Legislación y equidad de género

Algunos autores han externado que la Constitución federal de México de 1917 no consideró, en sus inicios, el debate del tema sobre equidad de género. El resultado fue contrastante ya que a pesar de ser una Constitución con orientación social, preocupada por clases sociales vulnerables como los trabajadores, los campesinos y tangencialmente los indígenas, las mujeres fueron olvidadas, no tanto por convencimiento de la disminución de su condición, sino más bien por el temor de su orientación política y de su presumible ideología conservadora.[4]

Luis González ha señalado que existía en esa época un desinterés generalizado de la ciudadanía por la democracia, agudizado por los deseos secesionistas de sociedades locales, ambiciones políticas de militares, entre otros.[5]

Sin embargo, Felipe Tena Ramírez[6] dejó sentado que no se había hecho una interpretación literal de la Constitución, porque no existía una negativa expresa que impidiera la participación política de la mujer, más bien habían tenido gran influencia en el análisis, las cuestiones políticas e históricas que caracterizaron la época.

Otros consideran que existía una idea generalizada sobre el papel que debía desempeñar la mujer y que estaba relacionado con la atención de la familia y del hogar y no con los graves asuntos del Estado. La relación entre la familia como núcleo de la formación estatal que la sociología de la época había descrito aparentemente, no había con-

[4] Este temor se observa en 1937 con el dictamen a la Iniciativa de reforma al artículo 34 constitucional, que presentó Lázaro Cárdenas, donde se lee: "(...) No existe por tanto el peligro de que la acción de la mujer campesina, obrera o empleada (Nota del autor: Nótese que no dice nada de las amas de casa que eran mayoría en la época) se extravíe debido a la influencia de las ideas conservadoras". *Cfr.* "La participación de la mujer en la vida electoral de México", http://www.cronica.diputados.gob.mx.

[5] Luis González, "El liberalismo triunfante", *Historia General de México*, México, El Colegio de México, citado por Blanca Olivia Peña Molina, en *¿Igualdad o diferencia?*, México, Plaza y Valdés, 2003, p. 58.

[6] Felipe Tena Ramírez, *Derecho constitucional mexicano*, Porrúa, México, 1990, p. 95.

vencido a los políticos de la época institucional para incluir la expresa participación política de género.

Sin embargo, para establecer una fecha en México sobre este tema, hay que considerar que las primeras señales en el país para la ampliación de espacios de participación política comenzaron en el ámbito local. El derecho de elegir y ser elegido para ciudadanos de ambos sexos, en elecciones municipales se otorgó en 1916 en los estados de Chiapas, Yucatán y Tabasco. En 1923 se proclamó la igualdad jurídica en San Luis Potosí y en 1936 tuvo lugar este reconocimiento en el estado de Puebla.

El avance que se observa en los estados respecto de la Federación, en cuanto a los derechos políticos de las mujeres es notable. En 1923, la profesora Rosa Torres es electa como regidora en el ayuntamiento de Mérida. El 13 de julio del citado año, San Luis Potosí decreta la libertad de sufragio para las mujeres en las elecciones municipales, gracias a la promoción del ex diputado constituyente y gobernador del estado en la época, Rafael Nieto. Elvia Carrillo Puerto cambia su residencia de Yucatán a San Luis Potosí en 1925 y compite exitosamente en las elecciones para el Congreso del estado, pero no se le reconoció la validez de su elección. Por su parte, Chiapas concedió la ciudadanía a las mujeres en ese mismo año de 1925. Posteriormente se crean las primeras organizaciones políticas femeniles: Liga Revolucionaria de Acción Femenina (1927), Bloque Nacional de Mujeres Revolucionarias (1929), Partido Feminista Revolucionario (1929), la Confederación Femenil Mexicana (1931) y el Frente Único Pro Derechos de la Mujer (1935).

En ocasiones, la realidad desbordó a la legislación, como sucedió con el intento de registro de candidatas a diputadas locales en Veracruz el 30 de marzo de 1936, donde María Tinoco y Enriqueta L. de Pulgarón presentaron sus solicitudes de registro, siendo negadas por el Departamento Electoral Nacional por no estar prevista la candidatura de mujeres en la ley electoral de la época. Ante estas circunstancias, las mujeres tuvieron que postularse sin partidos políticos que las apoyaran, como sucedió con Soledad Orozco y Refugio García en junio de 1937, interponiendo ante la Suprema Corte de Justicia respectivas demandas para declarar inconstitucional el artículo 37 de la Ley Federal Electoral, por contravenir los artículos 34 y 35 de la Constitución federal.

En 1938 se eligió a la primera presidenta municipal del país, en el municipio de Chilpancingo, Guerrero, preconizando la apertura democrática que tendría aparejada la reforma al artículo 115 constitucional del 31 de diciembre de 1946, por la cual se aprobó el derecho de las mujeres a ser votadas en los comicios municipales. Siguió Virginia Soto como presidenta municipal de Dolores Hidalgo, Guanajuato.

En el ámbito federal, la primera gran reforma constitucional para las mujeres, que reconocía su derecho ciudadano, tuvo lugar el 17 de octubre de 1953 y con ella se reformó el artículo 34 constitucional, después de la expedición de la Constitución de Baja California. La primera diputada federal por Baja California, lo fue Aurora Jiménez de Palacios en 1954.[7]

Para un estudio de la equidad de género en México, es necesario reconocer que el término está íntimamente relacionado con los artículos 1o. y 4o. de la Carta Magna vigente.

El artículo 1o., como resultado de la reforma constitucional de 14 de agosto de 2001, contiene tres párrafos, los cuales están relacionados con la equidad de género.

El primer párrafo se refiere al principio de igualdad de todas las personas que se encuentran en el territorio nacional, sin distinción alguna, con respecto a los derechos fundamentales que la Constitución establece. Ahora bien, al considerar la interpretación de la Constitución como un todo, debemos tomar en cuenta lo establecido en el artículo 133 constitucional, que reconoce a los tratados, entre otros, como "la Ley Suprema de toda la Unión", y por tanto se deben incluir aquellos derechos fundamentales consagrados en los tratados internacionales de los que México es parte.

El segundo prohíbe la esclavitud, y es el párrafo trasladado del artículo 2o. de la Carta Magna, con motivo de la reforma antes mencionada. Aunque pudiera parecer que este artículo ha sido rebasado por el tiempo, debemos recordar que todavía existen algunas prácticas de esclavitud, relacionadas con asuntos laborales y sexuales, en la que los principales sujetos afectados son los niños y las mujeres.

[7] Manuel González Oropeza, *Digesto Constitucional Mexicano. La Constitución de Baja California*, Universidad Autónoma de Baja California, p. 53.

El tercer párrafo fortalece el concepto de igualdad, al considerar que no se debe discriminar a las personas por motivos de raza, religión, *sexo*, origen social, entre otros, con lo que se excluye todo trato desigual. Este párrafo fue incorporado en el actual texto constitucional a partir de la reforma de 2001, siguiendo lo postulado en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, publicado en el *Diario Oficial* el 12 de mayo de 1981 y que sirvió de base para la promulgación de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación de 11 de junio de 2003.

La ley en comento prevé una serie de medidas que tutelan los derechos y libertades consagrados en la Constitución y los tratados internacionales, y que deben ser tomadas en cuenta por autoridades y órganos públicos federales; además promueve la igualdad de oportunidades, a través de una asignación en el Presupuesto de Egresos de la Federación.

Esta norma busca promover la permanencia del sexo femenino en el sistema educativo en todos los niveles; pone especial énfasis en los temas de salud reproductiva y procura la creación de centros de desarrollo infantil y guarderías, para permitir una mayor incorporación de las mujeres a las labores productivas y políticas. Aunque este rubro no ha representado una despenalización del aborto todavía, como en nuestros vecinos países.

A propósito de la regulación encaminada a conciliar la vida privada de las mujeres con la pública, es importante comentar que este tipo de medidas han sido tomadas en algunos países latinoamericanos, por ejemplo, Cuba, desde fechas tan tempranas como 1991, materializada con la creación de círculos infantiles (guarderías). Esta iniciativa se llevó a cabo inicialmente para sectores prioritarios de la economía y después se extendió hacia el resto de las áreas y está dedicada a madres trabajadoras con hijos de 1 a 5 años de edad.[8] Este tipo de guarderías están diseñadas con un horario flexible, que les permite a las madres cumplir su jornada laboral sin mayores contratiempos. Al mismo tiempo, los niños se encuentran atendidos por

[8] Rico y Marco, 2004, citado por Sonia Montano, *Los caminos hacia la igualdad*, www.eclac.org.

profesionales capacitadas pedagógicamente y alimentados de manera adecuada.

No obstante, retomando el análisis de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación ésta ha incorporado preceptos muy innovadores y de gran utilidad jurídica al considerar que en la interpretación y aplicación de esta norma deberá existir congruencia con lo estipulado en los instrumentos jurídicos internacionales que México ha suscrito en ese rubro y con las recomendaciones de los organismos multilaterales y regionales, que constituyen, en la materia de derechos humanos, uno de los más completos (artículos 6o. y 7o.).

En este sentido es importante destacar que históricamente ha existido una escasa aplicación de los instrumentos internacionales en los casos que se analizan, muchas veces por defender a ultranza la supremacía constitucional y otras por falta de actualización en los temas de aplicación de los tratados internacionales en el ámbito interno.

La equidad de género comenzó con los derechos políticos y después se propagó a la igualdad en todas las áreas, así como a la prohibición de la discriminación de razas y de género.

Por su parte, el artículo 4o. regula la igualdad jurídica entre hombres y mujeres, destacando el desarrollo de la familia. Este precepto tiene en su haber ocho reformas constitucionales de las cuales la de 1974 y la de 2000 están relacionadas directa o indirectamente con el tema que nos ocupa.

La primera de estas reformas modificó el párrafo 1o. del artículo 4o., reconociendo constitucionalmente la igualdad.

El 7 de abril de 2000 se llevó a cabo otro cambio para establecer el derecho de las niñas y los niños a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Otra norma aprobada recientemente fue la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de agosto de 2006, que hace especial referencia a las cuotas afirmativas de género.

Del análisis y relación de la normatividad vigente nos queda claro que desde el punto de vista legislativo no hay nada que se oponga a la concreción de la paridad de género. Sin embargo, la realidad indica que en la práctica existen otras condiciones sociales que no permiten el adecuado cumplimiento de lo regulado.

A esto debemos agregar que el principio de igualdad, contenido en los artículos 1o. y 4o. puede ser considerado una abstracción jurídica, contra la que inciden esas condiciones sociales a las que nos referíamos anteriormente, y que permiten el acceso desigual de ambos géneros a la vida política.

En ese sentido, como veremos más adelante, cuando algunos actores políticos pretenden que los órganos jurisdiccionales apliquen reglas neutrales a situaciones desiguales, estamos dando lugar a injusticias e inequidades.

Sobre el tema de la igualdad y la diferencia, Luigi Ferrajoli[9] ha identificado cuatro modelos de relación entre derecho y diferencia contenidos en los instrumentos constitucionales, que según mi punto de vista deben ser tomados en cuenta por todos los impartidores de justicia en el análisis de esta problemática, al igual que lo ha venido haciendo la Suprema Corte de Justicia de la Nación.[10]

El primer modelo calificado como el de la indiferencia jurídica de las diferencias en el que las diferencias son ignoradas a partir de una idea abstracta de igualdad. Las diferencias no se valorizan si se desvalorizan, no se tutelan ni se reprimen, no se protegen ni se violan. Este es el paradigma hobbesiano del estado de la naturaleza y la libertad salvaje, que confía a las relaciones de fuerza la defensa o, por el contrario, la opresión de las diversas identidades, y en particular, el de la diferencia de sexo que se resuelve en la sujeción de hecho de la mujer al poder masculino y en su relegación a su papel doméstico "natural" de mujer y de madre.

En el segundo modelo, el de la diferenciación jurídica de las diferencias, se jerarquizan las diferentes identidades. Según este modelo, las identidades determinadas por las diferencias valorizadas (de sexo, nacimiento, etnia, fe religiosa, lengua, renta y otras) resultan asumidas como estatus privilegiados, fuentes de derechos y de poderes, e incluso como base de un falso universalismo modelado únicamente sobre sujetos privilegiados; mientras otras –la de mujer, pero también la de judío, negro, hereje apóstata, extranjero– se asumen

[9] www.filosofiayderecho.com/biblioteca-e/ferrajoli.htm.

[10] Acción de Inconstitucionalidad 2/2002, SCJN, P:/Acciones-CJEJ/2002/sentencias/S-002-2002.doc.

como estatus discriminatorios, fuentes de exclusión y de sujeción, y a veces, de persecuciones.

Este es el paradigma discriminatorio cuando la igualdad y los consecuentes derechos "universales" aparecen pensados y proclamados en las primeras constituciones liberales, únicamente con referencia al sujeto macho, blanco y propietario.

En el tercer modelo, el de la homologación jurídica de las diferencias, éstas son también valorizadas y negadas, pero no porque algunas sean concebidas como valores, sino porque todas resultan devaluadas e ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de igualdad. Más que transformadas en estatus privilegiados o discriminatorios, resultan desplazadas o, peor aún, reprimidas y violadas, en el cuadro de la homologación, neutralización e integración general.

Existe también un cuarto modelo de configuración jurídica de las diferencias, el de la igual valoración jurídica de las diferencias, basado en el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales –políticos, civiles, de libertad y sociales– y al mismo tiempo en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad.

Es decir, que en la aplicación de los preceptos constitucionales que contienen el principio de igualdad, podemos encontrarnos con que las diferencias son soslayadas, partiendo de una sociedad idealizada, donde el discurso admitido es el de "lograr la igualdad jurídica de las personas", cuando se reconoce el impedimento a ocupar un puesto político de una mujer porque al ser madre va a tener que ausentarse de sus actividades (estatus discriminatorio), o cuando no se tiene en cuenta o se niega, en una elección intrapartidaria, los aportes y diferentes puntos de vista que puede aportar la representación femenina, que tan necesaria es para lograr un equilibrio político y social.

En este sentido, el derecho está obligado a tomar en cuenta las diferencias para regular determinadas situaciones jurídicas, aunque, aparentemente la decisión que los administradores de justicia adopten sea desigual.

Por su parte, el artículo 2o. ha sido otro de los artículos considerados en la Reforma del 14 de agosto de 2001. Su principal valor radica en que ha reconocido el papel que deben desempeñar las mujeres indígenas, entre otros, en la toma de decisiones relacionadas con la vida comunitaria y el deber de las autoridades de permitir la incorporación de las mujeres indígenas al desarrollo, mediante el apoyo a los

proyectos productivos, y el otorgamiento de estímulos para favorecer su educación.

Otro cambio importante lo constituyó la sustitución del término hombre por el de persona, que tuvo lugar en el contenido del artículo 5o. constitucional, de forma que los derechos consagrados en dicho artículo no se entiendan reservados exclusivamente a los hombres. Este cambio podría parecer una formalidad, sin embargo, tiene un trasfondo importante, debido a que frecuentemente la palabra "hombre" ha sido utilizada en lugar de "humanidad" y ello constituye una omisión o exclusión real del género femenino.

A las modificaciones mencionadas hasta ahora, debemos adicionar las realizadas para lograr un mayor acceso a las candidaturas para las mujeres a través de la ley reglamentaria de estos artículos o en los mismos artículos 35 y 36 constitucionales, en el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (Cofipe), así como la etiquetación y aumento de los montos asignados a las instituciones encargadas de políticas públicas a favor de las mujeres en los presupuestos de egresos de 2002 y 2003.

Aunque, en 1993 y 1996, la legislación aprobada señalaba que los partidos promoverían una mayor participación de las mujeres en la vida política del país, la indeterminación de la norma permitió que la mayor parte de las candidatas mujeres fueron suplentes, o bien en los últimos lugares de las listas de representación proporcional. Realmente la Reforma del Cofipe de 25 de junio de 2002, fue la que logró un verdadero avance al garantizar materialmente la distribución de la candidaturas "efectivas", entre categoría de género. Así, el artículo 38, inciso f), fue reformado para obligar a los partidos políticos a garantizar la participación de las mujeres en la toma de decisiones en las oportunidades políticas.

El artículo 175, párrafo 3 instó a los partidos políticos a materializar la igualdad de oportunidades y la equidad entre mujeres y hombres en el ámbito político nacional al permitir postulaciones a cargos de representación popular en el Congreso de la Unión, tanto de mayoría relativa como de representación proporcional. De esta forma evitó que los partidos políticos promovieran internamente la igualdad y la equidad entre hombres y mujeres, lo que no resultaba tan efectivo para lograr una representación femenina en la postulación a cargos de elección.

Los artículos 175-A, B y C, establecieron los mecanismos para hacer efectiva esta disposición. El primero de ellos designa un tope para los partidos políticos o las coaliciones ante el IFE, de no más de 70% de candidatos propietarios de un mismo género, en las solicitudes de registro de candidatos a diputados y senadores.

El artículo 175-B considera que las listas de representación proporcional se integrarán por segmentos de tres candidaturas y en cada uno de los tres primeros segmentos de cada lista habrá una candidatura de género distinto. El último artículo señala las sanciones a las que se harán acreedores los partidos o coaliciones que incumplan lo preceptuado.

En lo que toca a las legislaciones electorales de las entidades federativas se observa que 16 incluyen las acciones afirmativas para diputaciones de mayoría relativa y 20 para las de representación proporcional. En 15 se aceptan las cuotas para las candidaturas de las presidencias municipales, 16 en regidurías y 17 para los cargos de síndicas por ambos principios.

El cuadro 1 resume las cuotas de género en los códigos electorales de las entidades federativas.

De dicho cuadro se desprende que en los estados de Baja California, Chiapas, Hidalgo y Nuevo León, las legislaciones electorales correspondientes no contemplan el tema de acción afirmativa de género.

El Distrito Federal regula también las cuotas de género, para el caso de los candidatos a jefes delegacionales. El estado de Nayarit hace una declaración general sobre el tema y regula la integración de los consejos electorales, estatales y municipales, estableciendo un tope máximo de 70% de un mismo género.

El cuadro 2 ofrece el porcentaje de candidaturas femeniles que la regulación electoral prevé por entidad federativa.

La interpretación de estos cuadros permite concluir que, en la primera, de las 32 entidades que componen la Federación, 28 regulan, de una forma u otra, el tema de equidad de género. De éstas, 24 entidades contemplan la equidad para las diputaciones de mayoría relativa, 26 lo hacen para las diputaciones de representación proporcional, 23 lo regulan en los ayuntamientos, como un todo, y sólo una lo considera para las candidaturas de las regidurías.

En el cuadro 2, de las 28 entidades que regulan el tema: 18 establecen un tope máximo de 70% en la cuota de un mismo género, una

Cuadro 1. Regulación de las cuotas de género en los códigos electorales de las entidades federativas

	Diputadas de mayoría relativa	*Diputadas de representación proporcional*	*Candidaturas de las presidentas municipales*	*Candidaturas de las regidoras*	*Candidaturas de las síndicas*
Aguascalientes	✓	✓	✓	✓	✓
Baja California					
Baja California Sur	✓	✓	✓	✓	✓
Campeche	✓	✓	✓	✓	✓
Coahuila	✓	✓	✓	✓	✓
Colima	✓	✓	✓	✓	✓
Chiapas					
Chihuahua	✓	✓	✓	✓	✓
Distrito Federal	✓	✓			
Durango	✓	✓	✓	✓	✓
Estado de México	✓	✓	✓	✓	✓
Guanajuato	✓	✓	✓	✓	✓
Guerrero	✓	✓	✓	✓	✓
Hidalgo					
Jalisco		✓		✓	
Michoacán	✓	✓	✓	✓	✓
Morelos	✓	✓	✓	✓	✓
Nayarit					
Nuevo León					
Oaxaca	✓	✓			
Puebla	✓	✓	✓	✓	✓
Querétaro	✓	✓	✓	✓	✓
Quintana Roo	✓	✓	✓	✓	✓
San Luis Potosí	✓	✓	✓	✓	✓
Sinaloa		✓	✓	✓	✓
Sonora	✓	✓	✓	✓	✓
Tabasco					
Tamaulipas	✓	✓	✓	✓	✓
Tlaxcala	✓	✓	✓	✓	✓
Veracruz	✓	✓	✓	✓	✓
Yucatán	✓	✓	✓	✓	✓
Zacatecas	✓	✓	✓	✓	✓

Cuadro 2

Entidades federativas	*Porcentaje de candidatas*
Aguascalientes	Mínimo de 30%*
Baja California	No regula
Baja California Sur	Máximo de 2/3 partes de candidatos
Campeche	Máximo de 60%
Coahuila	Máximo de 70%
Colima	Máximo de 70%
Chiapas	No regula
Chihuahua	Máximo de 70%
Distrito Federal	Máximo de 70%, mínimo de 50%
Durango	Máximo de 70%
Estado de México	Máximo de 70%
Guanajuato	No establece porcentajes
Guerrero	Máximo de 70%
Hidalgo	No regula
Jalisco	Máximo de 70%
Michoacán	Máximo de 70%
Morelos	Máximo 2/3 partes candidatos a diputados y máximo 70% para ayuntamientos
Nayarit	Máximo de 70%, para la integración de los consejos electorales estatales y municipales.
Nuevo León	No regula
Oaxaca	Mínimo de 30%**
Puebla	Máximo de 75%
Querétaro	Máximo de 70%
Quintana Roo	Máximo de 70%
San Luis Potosí	Máximo de 70%
Sinaloa	Máximo de 70%
Sonora	No establece porcentajes
Tabasco	No establece porcentajes
Tamaulipas	Máximo de 70%
Tlaxcala	Máximo de 70%
Veracruz	Máximo de 70%
Yucatán	Máximo de 70%
Zacatecas	Máximo de 70%

* En Aguascalientes, el artículo 145 del Código Electoral establece: "Los partidos políticos o coaliciones deberán registrar cuando menos 30% de candidatos de diferente género".

** En Oaxaca igualmente la deficiente redacción del artículo 136.4 del Código de Instituciones y Procedimientos Electorales de Oaxaca se presta a varias interpretaciones: "Los partidos políticos registrarán fórmulas completas de candidatos a diputados, según los principios de mayoría relativa y representación proporcional, en las que garantizarán la representación de hombres y mujeres, propietarios y suplentes, en un mínimo de 30 por ciento".

entidad considera 75%, dos estados regulan el tema considerando que cualquier género puede ocupar un máximo de las 2/3 partes de las candidaturas, una entidad reconoce un tope máximo de 60%, otro estado contempla un mínimo de 50% y dos entidades reconocen 30%, como tope mínimo.

En este contexto, es necesario aclarar que el estado de Sonora no establece un porcentaje específico en las cuotas de género. El estado de Tabasco remite a los documentos internos de los partidos políticos, para la regulación de género, y tampoco hace alguna especificación al respecto. Esta posición considero que no es la correcta ya que

Cuadro 3. Nivel sancionador de las legislaciones en las entidades federativas

Entidades federativas que establecen una sanción específica por el incumplimiento de las cuotas de género	*Entidades federativas que establecen de manera general sanciones que pueden ser aplicadas en el incumplimiento de las cuotas de género*
Aguascalientes	Baja California Sur
Campeche	Coahuila
Colima	Distrito Federal
Chihuahua	Jalisco
Durango	Michoacán
Estado de México	Morelos
Guanajuato	Nayarit
Guerrero	Oaxaca
Tlaxcala	Puebla
Zacatecas	Querétaro
	Quintana Roo
	San Luis Potosí
	Sinaloa
	Sonora
	Tabasco
	Veracruz
	Yucatán

dejar a los partidos mismos la regulación de un principio constitucional, como lo es la igualdad de género, es una delegación legislativa incorrecta.

Complemento del establecimiento de cuotas o porcentajes en la participación política, lo constituye la sanción que las leyes provean en caso de incumplimiento a dicho principio de equidad. Ese aspecto es de igual importancia al establecimiento legal de la obligación de respeto una equidad en la participación de la mujer en la política.

Las sanciones que se establecen en los códigos y leyes electorales de las entidades federativas, se enmarcan dentro de las sanciones de tipo administrativo. En la mayor parte de los casos, corresponden a la obligación de subsanar el error de cuota, multas, la reducción o suspensión total de las ministraciones del financiamiento que les corresponda a los partidos políticos o coaliciones, y las más drásticas son la suspensión o pérdida del registro. En sentido general, corresponde velar por su ejecución al consejo general del instituto electoral de la entidad (en tratándose de las candidaturas a diputados) o al respectivo consejo electoral municipal o distrital (candidaturas a integrantes de ayuntamientos y juntas municipales). Seguidamente el tribunal electoral estatal o del Distrito Federal, según sea el caso, es el encargado de ejecutar la sanción correspondiente.

Resulta evidente el comportamiento de la punibilidad de este incumplimiento, según los datos mostrados. Es menor la cantidad de entidades federativas (10), que considera necesario establecer sanciones específicas, que obliguen a los estados a cumplir con las cuotas de género y en consecuencia a propiciar que esta sanción pueda ser acatada sin que medien otras vías de interpretación que posibiliten su desacato.

Dentro de este grupo cabe mencionar que las regulaciones de Guerrero y Zacatecas destacan por establecer de manera acuciosa el procedimiento que deberá seguirse para el cumplimiento de la sanción.[11]

[11] Dicho procedimiento está regulado en Guerrero a través del artículo 150 del Código Electoral del estado. Dicho artículo establece que pasados tres días de la entrega de la solicitud de registro de candidaturas, se verificará el cumplimiento de los requisitos de equidad de género. En caso de omisión se dará un plazo de 48 horas al partido político correspondiente, para que subsane el o los requisitos omitidos o, en su caso, sustituya la candidatura, siempre y cuando lo anterior pueda realizarse dentro de los plazos establecidos. Si ocurriera una sobre representación del registro a favor de un género, fuera de los casos de excepción, el consejo estatal electoral apercibirá al partido político o coalición respectiva para que sustituya el número de candidatos excedentes dentro de las 48 horas siguientes a su notificación. Si el partido político o coalición requerido no ajusta ni justifica la sobre representación de género, el consejo estatal lo sancionará con amonestación pública y con la reducción de hasta 50% de su financiamiento público por actividades ordinarias que le corresponda, por el periodo que le determine el acuerdo o resolución de la autoridad estatal. Las coaliciones peligran en su registro si no cumplen con las cuotas de género. Por otra parte, en Zacatecas, el artículo 7.2 de la ley electoral regula la falta de cumplimiento de la proporción de género (70% máximo para cualquier género) con la negativa del registro de candidaturas, pudiéndose subsanar esta omisión dentro del término señalado para ese efecto. El artículo 47 relaciona las obligaciones de los partidos políticos y en su fracción VII se determina la obligación de garantizar la participación de las mujeres en la toma de decisiones, de igual manera, la fracción IX se obliga a establecer un centro de formación política que promueva la igualdad de oportunidades y la equidad de género y se corroboran estas obligaciones con las medidas consecuentes de financiamiento en la formación política y en la participación femenil en la dirección de los partidos políticos, en la configuración de los órganos electorales y en los espacios de la elección. El artículo 58, fracción XII, establece una deducción de 50% del financiamiento siguiente en caso de incumplimiento de esta obligación.

Por su parte, 18 entidades federativas cumplen con establecer las cuotas, pero no regulan el incumplimiento de esta disposición de manera explícita. En estos casos corresponde al juzgador, a través de su labor interpretativa, utilizar las disposiciones generales contenidas en las legislaciones electorales para propiciar que el incumplimiento comentado tenga una sanción justa y vinculatoria.

Otra de las acciones encaminadas a lograr la equidad entre hombres y mujeres fue, en febrero de 1965, la reforma al artículo 18 constitucional que reconoció las necesidades específicas de las mujeres en prisión al separarlas de los hombres para cumplir sus penas.

En 1969 se reformó el artículo 30 constitucional, para considerar mexicanos por nacimiento a los niños de madres mexicanas, nacidos en el extranjero, sin tener en cuenta la nacionalidad o la identidad del padre. El artículo 123 también fue modificado al reconocer la participación laboral femenina.

El Legislativo ha establecido la primera Comisión Ordinaria de Equidad y Género en la Cámara de Diputados y ha instalado el Parlamento de Mujeres que permite a las legisladoras interactuar con los ciudadanos.

La norma interna más reciente que compromete a los tres niveles de gobierno en la prevención, atención, sanción y eliminación de la violencia de género, es la Ley General de Acceso de las Mujeres a una vida libre de violencia, que fue publicada en el *Diario Oficial* el 1o. de febrero de este año.

En cuanto a la participación de la mujer en el escenario legislativo, como portadora del poder político, ésta tuvo lugar ciento treinta años después de instalado el Primer Congreso en México. En el cuadro 4 se muestra como se ha comportado desde su inicio hasta la actualidad.

Observando los parámetros representados en el cuadro, se puede concluir que en el ámbito legislativo el aumento de la representación femenina ha sido un proceso lento, pero progresivo, aunque han existido algunos periodos donde se ha retrocedido, por ejemplo en 1991-1994 y 2000-2003.

El avance en gran medida es atribuible a las modificaciones legislativas que señalamos antes y específicamente a la inclusión en ellas de las cuotas de género. Otro factor que ha influido es el desarrollo del tema a nivel internacional y su reflejo en la normatividad que veremos a continuación.

Cuadro 4

Cámara de Diputados				*Cámara de Senadores*			
Año de elección	*Escaños disponibles*	*Mujeres*	*Porcentaje de mujeres*	*Elección*	*Escaños disponibles*	*Mujeres*	*Porcentaje de mujeres*
1952-1955	161	1	0.6	1964-1970	64	2	3.12
1955-1958	162	4	2.4	1970-1976	64	2	3.12
1961-1964	178	8	4.4	1982-1988	64	6	9.3
1970-1973	178	13	7.0	1991-1994	64	3	4.6
1982-1985	400	45	11.2	1994-2000	128	16	12.5
1991-1994	500	42	8.8	2000-2006	128	20	16
2000-2003	500	80	16	2006-2012	128	23	18
2003-2006	500	113	22.6				
2006-2009	500	113	22.6				

Fuente: Unión Interparlamentaria, www.ipu.org/wmn-e/world.htm.

Sin embargo, para que las normas en vigor mencionadas al inicio no sean letra muerta, se necesita también su real implementación a través de políticas efectivas que cuenten con un soporte presupuestal adecuado que les permita su concreción.

Es decir, se necesita eliminar los obstáculos, en gran medida burocráticos, que no permiten que las normas, una vez emitidas, puedan ser eficazmente aplicadas.

Otro de los problemas por solucionar es la pasividad e indiferencia de muchas mujeres, provocada fundamentalmente por el rechazo social al que se enfrentan, además de sus actividades domésticas, otras responsabilidades que no son "aceptadas" como adecuadas porque supuestamente implican un abandono de las tareas que las normas sociales les han preestablecido.

Estos resultados estadísticos demuestran que es necesario continuar con programas que promuevan la conciencia social acerca de la importancia de que las mujeres se involucren en este tipo de actividades políticas. Para ello, los medios de comunicación deben ayudar con programas, dirigidos a ambos géneros, que enfaticen la importancia de lograr una verdadera equidad entre el hombre y la mujer.

En lo que concierne a la comunidad internacional, México necesitará elevar los niveles de presencia femenina en el Congreso, si pretende acercarse a países como Ruanda y Suecia donde 48.8% y 47.3% respectivamente de los escaños en la Cámara baja son ocupados por mujeres.

Por su parte, en algunos países de América Latina los parámetros también son más altos que en México, por ejemplo, en Argentina de 257 escaños de la Cámara baja 90 son ocupados por mujeres, lo que representa 35% de representación femenina y en el Senado, de 72 asientos, 31 corresponden a las mujeres, contra 17.2% que tenemos en México.

Por encima de México, en representación de la Cámara baja, en la región, se pueden ubicar, además de Argentina, Costa Rica (38.6%), Cuba (36%), Perú (29.2%), Granada (26.7%), Ecuador (25%) y Honduras (23.4 por ciento).

A nivel mundial, México ocupa el lugar 39, antecedido de países como Finlandia (38%) y España (36%), entre otros. Sin embargo, llama la atención, que países con gran desarrollo cultural como Estados Unidos (16.3%) y Canadá (20.8%) se encuentren en los lugares

67 y 47 respectivamente, precediendo a México por una considerable diferencia.

III. Equidad de género en los tratados internacionales vigentes en México

México ha ratificado una serie de instrumentos internacionales, que pueden ser considerados de gran ayuda en los conflictos sobre género, que en el ámbito interno tienen lugar. Entre los más representativos podemos mencionar a la Convención Internacional para la Supresión de la Trata de Mujeres y Menores (*Diario Oficial* de 19 de octubre de 1949); la Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles a la mujer, Bogotá, Colombia, 30 de abril de 1948 (*Diario Oficial* de 16 de noviembre de 1954); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Bogotá, Colombia, 2 de mayo de 1948; Declaración Universal de los Derechos Humanos, París, Francia, 10 de diciembre de 1948; Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, Nueva York, Naciones Unidas, 2 de diciembre de 1949 (*Diario Oficial* de 19 de junio de 1956); la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, Nueva York, Naciones Unidas, 31 de marzo de 1953 (*Diario Oficial* de 28 de abril de 1981); la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de Costa Rica", Costa Rica, 22 de noviembre de 1969 (*Diario Oficial* de 7 de mayo de 1981), la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Nueva York, Naciones Unidas, 18 de diciembre de 1979 (*Diario Oficial* de 12 de mayo de 1981) como su Protocolo Facultativo (Decreto publicado en el *Diario Oficial* el 3 de mayo de 2002) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, llamada también "Convención de Belém Do Pará", cuyo proyecto fue patrocinado por los gobiernos del Salvador y México (*Diario Oficial* de 19 de enero de 1999).

También, se ha adherido a la Declaración de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing, China, 15 de septiembre de 1995 y ha firmado su Plataforma de Acción; que pone especial énfasis en la necesidad de compartir, entre hombres y mujeres el poder y

las responsabilidades no sólo del hogar, sino también del lugar de trabajo y de todas las esferas sociales y políticas.[12]

Finalmente, dentro de los objetivos que la ONU se trazó en la Declaración del Milenio, de 2005, se encuentra el de eliminar las desigualdades entre los géneros en materia educativa, lo que vuelve a concentrar la atención de la comunidad internacional en un problema latente.

Estos acuerdos internacionales de una u otra forma establecen pautas para que los Estados parte puedan regular los derechos políticos de los ciudadanos, poniendo especial énfasis en evitar la discriminación, entre otros, por concepto de género, compelen a derogar o modificar a las leyes que puedan ser contrarias a esta idea y establecen la obligación de los miembros para tomar medidas para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres que inciden en acrecentar las diferencias. Sobre todo, los acuerdos citados pueden constituir un material complementario importante para las normas internas, como veremos más adelante.

Ahora bien, en el procedimiento de integración de los tratados a la legislación interna, a tenor de lo establecido en el artículo 133 constitucional los acuerdos internacionales suscritos por México, deben ser considerados "Ley Suprema de toda la Unión", al igual que la Constitución y las leyes del Congreso de la Unión.

Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su labor interpretativa ha confirmado un criterio sostenido en 1999, en el que sitúa a los tratados por debajo de la Constitución, pero por encima de las leyes del Congreso de la Unión.

Evidentemente, los acuerdos internacionales que han sido tenidos en cuenta de manera especial, para tomar esta decisión, han sido los referidos a los derechos humanos, porque lo preceptuado en esta materia puede, en la mayoría de los casos constituir un paso de avance, de enriquecimiento y actualización de lo regulado en el ámbito interno. Ahora bien, según parece, lo que se desea, a futuro (esta decisión aún no sienta jurisprudencia) es que el cumplimiento no encuentre prácticamente ningún obstáculo.

[12] Felipe Remolina Roqueñí, *Declaraciones de derechos sociales*, Cámara de Diputados, LVII Legislatura, México, 1998, pp. 93-416.

Sin embargo, para los temas, por ejemplo, de comercio internacional, en lo particular, la situación cambia, pudiendo ser colocado el país en una situación de indefensión difícil de revertir. En ese sentido es preferible buscar un justo medio en las decisiones para que éstas mejoren en algún grado para todos y no excepcionalmente para unos, mientras que el resto de los actores puedan verse afectados.

En general, de lo comentado se puede afirmar que México está "actualizado" a nivel internacional en el tema de género. El problema más bien radica, como veremos posteriormente, en lograr una aplicación consecuente de los acuerdos internacionales.

IV. El Poder Ejecutivo y la paridad de género

En el plano constitucional el artículo 26 obliga al Estado a organizar un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional que permita el crecimiento de la economía, así como la independencia y la democratización política, social y cultural.

Este artículo establece que habrá un Plan Nacional de Desarrollo al que se sujetarán obligatoriamente los programas de la administración pública. Dentro de estos programas, la participación de las mujeres en la vida económica, social, política y cultural del país, ha ocupado un importante papel.

Otra de las acciones del ejecutivo ha sido, como se ha señalado anteriormente, la creación del Instituto Nacional de las Mujeres (INMUJERES), cuya principal función ha sido la promoción, protección y difusión de los derechos de las mujeres y de las niñas consagradas en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México es parte, en particular, de sus derechos humanos y libertades fundamentales.

El INMUJERES promueve y fomenta las condiciones que posibiliten la no discriminación, la igualdad entre mujeres y hombres, además de trabajar para incorporar la perspectiva de género en los planes, proyectos y programas del aparato gubernamental con el objeto de modificar normas y procedimientos que aseguren el reflejo de las necesidades de las mujeres mexicanas sean debidamente atendidas.

Esta institución publicó en 2002 una obra en la que participaron proyectistas, jueces y magistrados en materia civil, penal y familiar, en la revisión y análisis de diversas sentencias judiciales, en donde la

perspectiva de género y el contenido de los tratados internacionales, han tratado de fortalecer el razonamiento jurídico que se ha materializado en una nueva forma de impartición de justicia.

También en ese mismo año, el INMUJERES publicó el estudio "Legislar con perspectiva de género", donde revisó el marco legislativo federal y estatal, en materia de derechos humanos de mujeres, niñas y niños, para saber el avance de nuestras leyes nacionales con respecto a los tratados internacionales.

Sin embargo, estas acciones no pueden ser clasificadas como multidisciplinarias en su totalidad, debido a que no se incluyeron a los jueces y magistrados de la materia electoral. Los derechos políticos de la mujer no fueron considerados en aquella ocasión, o por lo menos existió desconocimiento por parte de la institución gubernamental citada, acerca de cuáles eran las autoridades jurisdiccionales encargadas de resolver los conflictos en el rubro electoral.

Como parte del Plan Nacional de Desarrollo, y apoyado por el INMUJERES, se creó el Programa Nacional para la Igualdad de Oportunidades y No Discriminación contra las Mujeres (Proequidad). El Proequidad tiene como objetivos incluir el enfoque de género en el diseño, ejecución y evaluación de las políticas públicas para lograr la eliminación de todas las formas de discriminación en contra de las mujeres, así como impulsar la concreción de recursos presupuestales con enfoque de género.

La creación de estas entidades encargadas de promover los derechos de las mujeres y prevenir la discriminación tiene gran importancia porque estamos hablando entonces de la institucionalización de las demandas femeninas, lo que permite canalizar estos reclamos a través de una vía oficial y lograr mayor éxito en su solución. Además, esta institucionalización ha ocurrido dando cumplimiento a la Plataforma de Acción de la Conferencia de Beijing.

En cuanto a la representación femenina en el Poder Ejecutivo, es necesario señalar, que en México una mujer nunca ha ocupado el cargo de Presidenta de la República; sin embargo, para las elecciones de 1988 por primera vez se presentó una candidata mujer, en 1994 se presentaron dos, y en 2006 se presentó una.

Por primera vez en 1981 fue designada una mujer en una Secretaria de Estado, y en cuanto a las gubernaturas estatales, la primera mujer que ocupó este puesto lo hizo en 1979 por el estado de Colima.

En 1987 asumió el mando la segunda gobernadora del país por el estado de Tlaxcala. En 1991 hubo una gobernadora de carácter interino en el estado de Yucatán, en 2004 fue elegida otra gobernadora en Zacatecas y sólo una mujer ha sido designada jefa de gobierno del Distrito Federal.

V. La justicia electoral y la paridad de género

Como resultado de la reforma constitucional de 1996 el artículo 99 de la Carta Magna designa al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), máxima autoridad jurisdiccional para la protección de los derechos políticos en México y establece excepcionalmente la facultad de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) de conocer y resolver las acciones de inconstitucionalidad que los partidos políticos, las minorías parlamentarias y otros sujetos legitimados pueden promover para plantear la posible contradicción entre una ley o norma general de carácter electoral y la Constitución (artículo 105 constitucional, sección II, inciso f).

Por su parte el Instituto Federal Electoral es también otra autoridad electoral federal que se encarga de organizar las elecciones federales y resuelve un recurso de revisión administrativa. Correspondiendo con el sistema federal jurídico político mexicano, las 32 entidades federativas están facultadas para atender los procesos electorales locales.

En cuanto a la representación femenina, como juzgadoras en los principales órganos de administración de justicia mencionados, ésta se ha comportado como sigue:

Suprema Corte de Justicia de la Nación		*Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*	
Periodo	*Mujeres*	*Periodo*	*Mujeres*
1961-2007	13	1996-2006	11

La presencia de las mujeres en estas instituciones ha sido proporcional al comportamiento en el Congreso. Las ministras y magistradas no han podido sustraerse a las condiciones sociales a las que se han

visto expuestas el resto de las mujeres mexicanas y que hemos comentado antes.

En lo que concierne al análisis de los asuntos presentados ante el TEPJF y de la SCJN, en la defensa de los derechos políticos, es necesario apuntar que existen diversos factores que han incidido en que la utilización de los medios de impugnación no sea óptima.

En el caso de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la razón histórico-jurídica que explicaría este comportamiento es el hecho de que la interpretación constitucional (jurisprudencia dictada entre 1918 y 1920 correspondiente a la quinta época), resolvió que los derechos políticos no formaban parte del capítulo de garantías individuales y por tanto no podían ser protegidos por el juicio de amparo,[13] lo que impedía, en mi opinión, que las mujeres, en el caso de los derechos políticos en materia de género pudieran impugnar de manera individual las limitaciones de estos derechos.

Dentro de las posibles causas de baja incidencia de demandas llama la atención diferentes reflexiones que han tenido lugar en el ámbito doctrinal, por mujeres juzgadoras que cuestionan la pasividad que puede fomentar el aceptar las cuotas de género, pues consideran que los espacios en los lugares de decisión deben ser ganados.[14]

Otra vez resaltan aquí causas sociales que se traducen en el desconocimiento de los medios de impugnación, y la apatía para enfrentar los problemas de manera abierta.

Como resultado de esta "escasez" de demandas es necesario puntualizar que en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación no existe jurisprudencia en el tema de la paridad de género. Los temas recurrentes en los litigios son los relacionados con demandas en la que se considera que la obligada utilización de las cuotas de género por parte de los partidos políticos atenta contra el principio de igualdad jurídica establecido en el artículo 4o. constitucional.[15]

Ni en los alegatos de los quejosos, ni en las consideraciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se tiene en cuenta que, según

[13] Héctor Fix Fierro, *Los derechos políticos de los mexicanos. Un ensayo de sistematización*, México, TEPJF, 2005, pp. 85-87.

[14] Sánchez Cordero, Olga, "Juzgar con ojos de mujer", http:/www.scjn.gob.mx.

[15] Acción de Inconstitucionalidad 2/2002, Novena Época, t. XV, Pleno de la SCJN, marzo de 2002.

el artículo 4o., párrafo primero, de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1979, ratificada por México en 1981, considerada además ley suprema de la nación, se establece:

> "La adopción por los Estados parte, de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad *de facto* entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de la igualdad de oportunidad y trato".

Queremos hacer hincapié en que este precepto considera que las medidas especiales, como las cuotas de género entre otras, tienen carácter temporal y que obedecen a determinadas circunstancias, entre las que se pueden mencionar la relegación histórica a que se ha visto confinada la mujer en la toma de decisiones, en este caso políticas.

Es decir, que cuando exista, en particular en México, una equilibrada representación de la mujer en la vida política del país, podrá considerarse que la medida ha cumplido su objetivo, pero hasta entonces, las acciones afirmativas transitorias tendrán que diseñarse e implementarse.

Por otra parte, retomando las consideraciones de igualdad realizadas por Luigi Ferrajoli, es importante destacar que hay que tener en cuenta que la igualdad es un término abstracto, y que para su verdadero análisis no se pueden ignorar las diferentes posibilidades que han incidido en que la mujer tenga hasta hoy, en el mundo entero, un acercamiento a las actividades políticas mucho menor que el hombre, es decir, ambos sexos no se encuentran en la misma situación de hecho, entonces no pueden recibir el mismo trato. En ese entendido, las acciones afirmativas que reconozcan la discriminación que ha padecido el sexo femenino en el quehacer político no pueden ser consideradas perjudiciales para los hombres.

Otro de los asuntos que toma relevancia es el que tiene que ver con la reticencia de algunos partidos en cumplir con lo estipulado en el artículo 175 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (Cofipe), que establece la obligatoriedad de acatar la equidad de género tanto en las candidaturas de mayoría relativa como de representación proporcional.[16]

La demanda obedece a que sin la especificación agregada en las reformas al mencionado Código, o más bien rescatada del artículo transitorio 22 de 1996, los partidos políticos cumplían el porcentaje, otorgando a las mujeres candidaturas como suplentes o bien, los últimos lugares de las listas plurinominales.

Otro de los argumentos utilizados para obviar el requisito de las cuotas de género, está relacionado con el registro de *candidatos previamente determinados* por el Comité Directivo Estatal del partido en cuestión, para ocupar los lugares 2, 4 y 6 de la lista y los *candidatos determinables*, que ocuparían los lugares 1, 3 y 5 de la lista mediante un orden de prelación de los candidatos de mayoría relativa registrados y aprobados por los órganos del consejo estatal electoral, que obtengan el porcentaje de votación más alto en sus distritos. De esta manera, al no contenerse en la lista respectiva el nombre y sexo de quienes pudieran ser beneficiados mediante el otorgamiento de una constancia por el principio de representación proporcional, se impide al órgano electoral administrativo verificar si en cada uno de los segmentos de las listas respectivas, quedó realmente incluido el número de candidatos que por razón de género deben contener.[17]

Estos casos nos demuestran los obstáculos que todavía enfrentan las mujeres para tener acceso a puestos de representación política, pues dentro de los partidos todavía no existe una conciencia real de la necesidad de que las opiniones con perspectiva diferente sea escuchada dentro de las instituciones partidarias. Las cuotas de género aún son vistas por muchos miembros partidistas como una obligación y no como un deber ciudadano.

Por otro lado, también confirma la pertinencia de considerar estas infracciones punibles, como lo establecen las reformas al artículo en comento.

Como ejemplo en la dirección contraria, también existen los casos en que no se cumple el principio de alternancia de género, porque se

[16] Recurso de Apelación SUP-RAP-049/2002, TEPJF, enero, 2003.

[17] Juicio de Revisión Constitucional Electoral SUP-JRC-184/2005, TEPJF, septiembre, 2005.

ha excedido la representación femenina de candidatas propietarias y la representación masculina sólo se materializa como candidatos suplentes.[18] Para el comentario de este caso caben los argumentos esgrimidos anteriormente, en el sentido de que es necesario el criterio de ambos géneros para tener una equilibrada representación en los cargos políticos, y que las facultades de un órgano colegiado son ejercidas habitualmente por quienes han sido designados como sus miembros propietarios y sólo en casos extraordinarios son los suplentes los que llegan a ejercer tales funciones de mando u organización.

También existen situaciones en las que, para no cumplir con la cuota de género, una organización política determinada ha pretendido eliminar a las aspirantes, aduciendo que no han cumplido con los requisitos de acreditar su nacionalidad, a pesar de que en los documentos presentados obran el acta de nacimiento y la credencial de elector, documentos éstos oficiales que permiten acreditar fehacientemente la nacionalidad de las perjudicadas.[19]

El tema de la educación, y específicamente de la adecuada preparación profesional es otro de los aspectos en los que, a pesar de los avances alcanzados, puede estar en desventaja el sexo femenino. La concepción social que considera al hombre como el proveedor asignado y a la mujer como la responsable de las labores domésticas y el cuidado de los hijos, incide negativamente en el acercamiento que debe tener la mujer a la preparación académica. En ese sentido, los partidos políticos, para no cumplir con las cuotas de género, aducen que, aunque las consejeras electorales de los Consejos Locales, designadas por el Consejo General del Instituto Federal Electoral tienen una aceptable preparación, existen otras personas (hombres) que reúnen un "prestigio profesional" superior.[20]

Aquí nuevamente nos enfrentamos al problema de las diferentes posibilidades que tienen ambos sexos para desarrollar sus actividades profesionales y como la mujer, en la mayoría de los casos prioriza su responsabilidad materna, en detrimento de su realización profesional.

[18] Juicio de Revisión Constitucional Electoral, SUP-JRC-28/2006, TEPJF, abril, 2006.
[19] Juicio de Revisión Constitucional Electoral, SUP-JRC-136/2006, TEPJF, junio, 2006.
[20] Recurso de apelación, SUP-RAP-60/2005, TEPJF, noviembre, 2005.

Resulta interesante notar que en los casos analizados, los juzgadores tienen muy clara la idea, en consonancia con los tiempos actuales, de lo prioritario que resulta lograr un equilibrio entre ambos sexos, darle el justo valor a la otra visión, social y política que puede aportar la mujer y que la postergación de la atención de los problemas de las mujeres se debe a la ausencia del género femenino en los espacios de discusión de los aspectos sociales, económicos y políticos.

Es gratificante comprobar que los magistrados y ministros tienen que resolver los asuntos, luchando, en la mayoría de los casos contra falsos prejuicios sociales que históricamente han colocado a la mujer en una situación de desventaja y que eso no los ha amedrentado ni ha ganado su complicidad. Indudablemente aquí los juzgadores demuestran un verdadero conocimiento de las condiciones sociales actuales y de la posición en que se encuentra el debate de la equidad de género.

Evidentemente, el análisis realizado nos permite considerar que las cuotas de género han aportado resultados efectivos en la inserción de la mujer en la vida política y aunque éstos han encontrado dificultades en su concreción han obtenido mayores logros que los programas de capacitación, la militancia política y las campañas para promover la conciencia de igualdad.

Su aprobación en las leyes electorales y estatutos partidarios lleva implícito el reconocimiento de la discriminación de género, y un ligero cambio en la balanza de poder, es decir, que los juzgadores tienen que iniciar sus argumentaciones partiendo de que las diferentes condiciones que tienen las mujeres para acercarse a la vida política del país es un hecho. Las limitaciones de este mecanismo están dadas fundamentalmente en su enfoque, pues tratan de resolver un problema de cantidad no de calidad, por lo que resulta razonable pensar en que deberán ser creados otros mecanismos que complementen esta medida. Nuevamente surge aquí la idea comentada anteriormente de que las mujeres también necesitan ganar espacios y no sólo esperar porque le asignen cuotas, es decir, las acciones en este sentido deben ser complementarias y no aisladas, pues ningún mecanismo, por sí solo, va a lograr el fin de esta desigualdad.

De la revisión de los casos considerados en este estudio también se puede comprobar que en el tema de los derechos político-electorales de las mujeres, raras veces se esgrimen los preceptos sobre la materia contenidos en los tratados internacionales suscritos por Méxi-

co. Para conseguir esto es necesario: mejorar los mecanismos de publicación de los tratados, para que esta información llegue hasta los juzgadores, abogados litigantes y todas las autoridades involucradas en el tema; establecer programas de actualización para el personal competente, que involucre a las instituciones participantes en los procesos de concertación de los tratados, desde la Secretaría de Relaciones Exteriores, hasta el Senado de la República, para dar a conocer los diferentes elementos que se tuvieron en cuenta en las negociaciones y que dé a los juzgadores una idea exacta de los condiciones que dieron lugar a lo pactado.

Todas estas medidas pueden ser útiles en el tema de paridad de género para evitar casos como el mencionado donde no se toma en cuenta lo preceptuado por la Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, en el sentido de que las medidas, como las cuotas de género son de carácter temporal, cuando en definitiva, éste era, según nuestro criterio el principal fundamento para rebatir la solicitud de la institución partidaria, y además, porque el artículo 175 del Cofipe, no lo considera.

Algunas resoluciones judiciales se han emitido para favorecer o aclarar la equidad de género en los debates de los derechos políticos. En este aspecto es también importante considerar algunos precedentes de derecho comparado. Regionalmente, las sentencias de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica han versado ya sobre la problemática de la discriminación en reversa que ya he referido. Muestra de ello es la Acción de Inconstitucionalidad promovida por Omar Obando Suárez y resuelta el 2 de mayo de 2001 sobre la inconstitucionalidad del artículo 60 del Código Electoral de Costa Rica que obliga a los partidos políticos a respetar una cuota obligatoria de 40% de candidaturas femeniles. En la sentencia se considera lo siguiente:

> En su criterio, con este procedimiento se está dejando de lado el derecho de los ciudadanos de elegir y ser electos y se crea una odiosa discriminación a la condición de hombre, simplemente por ser hombre a favor de la mujer, por ser mujer.

La Corte declaró infundado el argumento. De la misma manera, la resolución de la Suprema Corte de Justicia de nuestro país conoció

de este argumento en la Acción de Inconstitucionalidad 2/2002, donde el Partido de Acción Nacional impugnó de inconstitucional el artículo 21 de la Ley de Instituciones Políticas y Procedimientos Electorales para el Estado de Coahuila, al establecer un tope máximo de 70% en las candidaturas de un mismo género. La resolución de 19 de febrero de 2002 consideró igualmente constitucional dicha taxativa.

En otros precedentes, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha revocado la solicitud de registro de candidatos de algunos partidos políticos, como el de Nueva Alianza, por contravenir el tope máximo de candidatos de un mismo género;[21] o determinado la responsabilidad de la autoridad electoral administrativa para verificar ante cualquier solicitud de tales registros de que se ha cumplido con las cuotas previstas en la ley respectiva.[22]

De la misma manera, dicho Tribunal ha requerido a la autoridad electoral estatal para que registre candidatos que cumplan con la equidad de género en plazos tan perentorios como 24 horas,[23] y también ha extendido esta paridad a la integración de los propios consejos locales electorales, como sucedió en el estado de Sonora, cuando así lo prevé su legislación.[24]

Finalmente, aunque el camino está trazado, pues el avance jurídico es innegable, la lucha contra el estatismo social y las raíces culturales no ha terminado y va a seguir provocando muchos litigios como los que hemos analizado aquí.

Pero lo más importante de todo es que las mujeres deben asumir la lucha por sus derechos como una tarea propia y primordial, dejando atrás esa posición pasiva que tanto daño les ha hecho.

[21] La Ley de Campeche correspondiente determina que dicho tope debe ser de 70%, por lo que la solicitud para registrar 85% de candidatos hombres violenta dicha equidad. El acuerdo revocado fue el CG/026/06 del Consejo General del Instituto Estatal Electoral de Campeche. SUP-JRC-144/2006 Partido actor: PAN (16 de junio de 2006).

[22] SUP-JRC-336/2004. Partido actor: Partido Justicia Social (8 de noviembre de 2004).

[23] SUP-JRC-136/2006. Partido actor: Coalición "Por el bien de todos" (8 de junio de 2006).

[24] SUP-JRC-28/2006. Partido actor: Partido de la Revolución Democrática (12 de abril de 2006).

ACTIO AD EXHIBENDUM Y PÉRDIDA DOLOSA DE LA POSESIÓN

Yuri González Roldán

Sumario: I. *Introducción*. II. *La posición de Labeón*. III. *La posición de Juliano*. IV. *La posición de Pomponio*. V. *Marcelo y la pérdida dolosa de la posesión en el caso de un legado* per vindicationem. VI. *Papiniano y un caso de* conventio pignoris. VII. *Calistrato y el caso del heredero que ha utilizado la cosa dejada en legado para afrontar los gastos del funeral*. VIII. *La posición de Paulo*. IX. *La posición de Ulpiano*. X. *Referencias a la pérdida dolosa de la posesión en las constituciones imperiales de edad tardoclásica*. XI. *Conclusiones*.

I. Introducción

La fórmula de la *actio ad exhibendum* en el edicto del pretor es un argumento que ha sido motivo de interesantes contribuciones en la ciencia romanística, cada autor tiene una posición propia con referencia a las *partes formularum*,[1] en tiempos pasados algunos autores

[1] G. Demelius, *Die Exhibitionspflicht in ihrer Bedeutung für das classische und heutige Recht*, Gratz, 1872, 7 ss., cree que la fórmula de la *actio ad exhibendum* contenía la referencia al *quanti ea res erit* y que para determinar la *condemnatio*, la jurisprudencia habría tenido en consideración el *id quod actoris interest*; que carecía de *intentio* y faltaban referencias al interés del actor y a la posesión del demandado; se trataba de una acción civil y no de una acción *in factum concepta*; O. Lenel, *Zum Edictum perpetuum*, ZSS, 37, 1916, 116 ss. *Gesammelte Schriften*, 4, Napoli, 1992, 74 ss.; *Das Edictum perpetuum*, Leipzig, 1927, 220 ss., afirmaba que la *actio ad exhibendum* tenía *demonstratio* y cláusula exhibitoria, mientras que la *intentio* era incierta y hacía referencia al *oportere*, era además una acción personal y civil; según M. Marrone, *Actio ad exhibendum*, Palermo, 1958, 620 ss., esta acción era civil pero no era *in rem* ni tampoco *in personam*, tenía *demonstratio*, la *intentio* era cierta y tenía una cláusula exhibitoria y *condemnatio*; para M. Talamanca,

negaron que tal acción tuviera *intentio*,[2] pero en la actualidad las propuestas de reconstrucción de la fórmula la incluyen,[3] aunque si permanece el problema si tenía una *intentio certa* o *incerta*.[4]

La posesión del demandado y su pérdida dolosa eran elementos que se encontraban mencionados en la *intentio* de la fórmula[5] por-

Recensione Marrone M., Actio ad exhibendum en IURA, 10, 1959, 275 ss., la *actio ad exhibendum* era una acción *in personam, in factum concepta* con *intentio incerta*; para J. Burillo, *Contribuciones al estudio de la actio ad exhibendum en derecho clásico* en SDHI, 26, 1960, 280 ss, la fórmula dell'*actio ad exhibendum* tenía una *intentio certa*, carecía de *demonstratio*, no mencionaba un *oportere*, contenía una cláusula arbitraria y la *condemnatio* correspondía al *quanti ea res erit*; M. Kaser, *Die Formula der Actio ad Exhibendum* en *Studi in Onore di E. Volterra*, 3, 1971, 546 ss., considera que la *actio ad exhibendum* tenía una *condemnatio incerta*, hacía referencia al *exhibere oportere* pero carecía de una *demonstratio* (en una investigación anterior el mismo autor, *Actio ad exhibendum* en Labeo, 5, 1959, 223 ss., había mencionado la necesidad de la *demonstratio*).

[2] Demelius, *Die Exhibitionspflicht in ihrer Bedeutung für das classische und heutige Recht*, cit., 36 ss., cree que la fórmula era enunciada en este modo: *Hominem Stichum, quem As. As. vindicaturus est q. d. r. a., nisi Ns. Ns. Ao. Ao. arbitratu tuo exhibeat, quanti ea res erit, tantam pecunia Nm. Nm. Ao. Ao. cond. s.n.p.a.*

[3] O. Lenel, *Zum Edictum perpetuum*, cit., 116 ss.= *Gesammelte Schriften*, 4, cit., 74 ss.; *Das Edictum perpetuum*, cit., 223: *Quod As. As. Stichum hominem (flauum, limum, annorum circiter XX, natione Graecum) a No. No. vindicare vult, quidquid ob eam rem Nm. Nm. Ao. Ao. exhibere oportet, quod Ns. Ns. possidet dolove malo eius factum est quo minus possideret, nisi arbitrio iudicis exhibebitur, quanti ea res erit, t.p* et rel.; E. Betti, *Responsabilitá ereditaria e responsabilitá dell'erede in nome proprio o quale avente causa* en RIL, 49, 1916, 233: *Si paret hominem (pateram* etc.*) q.d.a., quem hominem As. As. suum esse ait, a No. No. possideri, dolove malo factum esse quo minus possideretur, nisi ea res arbitrio iudicis a No. No. Ao. Ao. exhibebitur, q.e.r. est, t.p.c.; s.n.p.a.*; H. Krüger, *Das summatim cognoscere und das klassische Recht* en ZSS, 45, 1925, 66: *Si paret Nm. Nm. hominem natione Gallum* (o un'altra cosa) *possidere dolove malo..., nisi (arbitrio tuo) exhibebitur, quanti ea res est, tantam pecuniam...*; M. Marrone, *actio ad exhibendum*, Palermo, 1958, 671: *Titius iudex esto. Quod Aulus Agerius Stichum hominem ex iure Quiritium suum esse ait, si paret eum Numerium Negidium possidere dolove malo fecisse quo minus possideret, neque is homo arbitrio tuo exhibebitur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex, Numerium Negidium Aulo Agerio condemna. Si non paret, absolvito*; M. Kaser, *actio ad exhibendum*, cit., 223 ss.: *Quod As. As. Stichum hominem ex iure Quiritium suum esse ait, si paret Nm. Nm. eum hominem, quem Nm. Nm. Ao. Ao. exhibere oportet, possidere dolove malo fecisse quo minus possideret, neque is homo (arbitrio iudicis) exhibebitur, quanti ea res erit, tantam pecuniam...*; M. Talamanca, *Recensione Marrone M., Actio ad exhibendum*, cit., 277: *Si paret Nm. Nm. Stichum hominem, quem As. As. suum esse ait ex i. Q., possidere dolove malo fecisse quo minus possideret, quam ob rem Nm. Nm. Ao. Ao. eum exhibere oportet, quanti ea res erit...*; J. Burillo, *Contribuciones al estudio de la actio ad exhibendum en derecho clásico*, cit., 281: *Si paret Aulo Agerio interesse rem de qua agitur exhiberi eamque dolo malo Numerii Negidii exhibitam non esse, nisi arbitrio iudicis exhibebitur, quanti ea res erit tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio c.s.n.p.a.* Tales referencias se encuentran en M. Kaser, *Die Formula der Actio ad Exhibendum*, cit., 546. Ultimamente D. Mantovani, *Le formule del processo privato romano*, Padova, 1999, 60: *C. Aquilius iudex esto. Si paret N. Negidium A. Agerio hominem quo de agitur exhibere oportere quem N. Negidius possidet dolove malo fecit quo minus possideret neque ea res arbitrio C. Aquilii iudicis exhibebitur, quanti ea res erit tantam pecuniam C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolvito.*

[4] Ver la nota 1.

[5] En sentido contrario O. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, 2, Leipzig, 1901, 447 ss., que propone come *intentio*: *si ex arbitrio tuo Ai. Ai. interest rem illam (familiam illam,* etc...*) sibi exhiberi*; W. Stintzing, *Über die Beklagtenschaft im dinglichen Rechtsstreit*, en *Festschrift für A. Wach*, 2, Leipzig, 1913, 299 n. 3 no cree que la referencia al *dolo desinere possidere* formaba parte de la fórmula, porque en una constitución de Gordiano del año 239 d.C en C.3.42.5 (que veremos más adelante en el § 10) encontramos que una persona había preguntado al emperador si se encontraba obligado con la *actio ad exhibendum* aquél que había dejado de poseer dolosamente, tal cuestión no habría tenido sentido si la fórmula hubiera incluido tal referencia, pero sobre tal punto Marrone, *Actio ad Exhibendum*, cit., 644 n. 82 hace notar que tal fundamento no es insuperable: la persona que había hecho tal pregunta al emperador no era un experto en derecho.

[6] *Cfr.* O. Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, 2, Lipsiae, 1889, 556 ss.

[7] Por ello excluiremos en nuestra investigación los textos de Ulpiano, *libro vicensimo quarto ad edictum* en D.10.4.7.5 y D.10.4.11.2, porque en aquellos se encuentran casos que se refieren a una pérdida dolosa de la posesión *post litem contestatam*.

que, como podemos observar, el título IV del libro X del Digesto, que corresponde a la *actio ad exhibendum*, está compuesto, en gran medida por el libro vigésimo cuarto *ad edictum* de Ulpiano, en donde el jurista analiza la acción según el orden de las partes de la fórmula: quién puede ejercitar tal acción en D.10.4.3.3-14, tocando los problemas que se refieren a la *demonstratio*; quién puede ser demandado (poseedor o la persona que con base en el dolo ha dejado de poseer) en D.10.4.3.15; D.10.4.5.pr-6; D.10.4.7.pr.-7; D.10.4.9.pr.-4, afrontando un problema que corresponde a la *intentio*; explicación de la cláusula exhibitoria, en D.10.4.9.5-7; D.10.4.11.pr.-2.[6]

La finalidad de la presente investigación consiste en analizar la 'legitimación pasiva' de quien con dolo ha dejado de poseer en la *actio ad exhibendum*, en otras palabras, el dolo que se realizó antes de la *litis contestatio*.[7] El estudio del argumento se desarrollará mediante el examen de los textos de los juristas en orden cronológico: Labeón, Juliano, Pomponio, Marcelo, Calistrato, Paulo y Ulpiano, para terminar con las constituciones imperiales de Alejandro Severo y Gordiano, textos que en la mayoría de las veces la doctrina no mete

en duda el origen clásico de la referencia a la pérdida dolosa de la posesión.[8]

II. La posición de Labeón

En dos textos de Pomponio, *libro octavo decimo ad Sabinum* en D.10.4.15 e D.13.7.3 encontramos mencionada la opinión de Labeón en relación a problemas de aplicación de la *actio ad exhibendum*.

1. La posesión del tesoro

En el primer texto Pomponio afirma:

> *Thensaurus meus in tuo fundo est nec eum pateris me effodere: cum eum loco non moveris, furti quidem aut ad exhibendum eo nomine agere recte*[9] *non posse me Labeo ait, quia neque possideres eum neque dolo feceris quo minus possideres, utpote cum fieri possit, ut nescias eum thensaurum in tuo fundo esse...*
>
> En tu fundo se encuentra un tesoro que me pertenece[10] y tú no me permites extraerlo (*Thensaurus-moveris*); afirma justamente Labeón[11] que, si no lo mueves de lugar, no podré actuar en juicio con tal finalidad con la *actio furti* ni con la *actio ad exhibendum* (*cum-ait*), ya que no lo posees ni has hecho en modo de no poseerlo (*quia-possideres*), pudiendo suceder que tú no supieras de la existencia del tesoro en tu fundo (*utpote-esse*).

[8] Solamente H. Siber, *Römisches Recht in Grudzügen für die Vorlesung*, 2, Berlín, 1928, 104 n.25; *Retentio propter res donatas* en *Studi in O. di S. Riccobono*, 3, Palermo, 1936, 245 n.8, había considerada justinianea la referencia al *dolo desinens possidere* en la *actio ad exhibendum*, pero después cambió opinión en *Vorbereitung und Ersatzzweck der Besitzinterdikte* en *Scritti in O. di C. Ferrini*, 4, Milano, 1949, 116, n. 3.

[9] Marrone, *actio ad exhibendum*, cit. 313 ss., afirma que la palabra *recte* es interpolada, porque, según el investigador, así como se presenta en el texto, parecería que Pomponio está de acuerdo con la posición de Labeón en el sentido que era suficiente que el propietario del fundo moviera la cosa para tener su posesión; por el contrario Pomponio tiene una opinión diferente en D.19.5.16 pr. y D.10.4.9.1, porque en tales textos se considera que el *dominus fundi* tiene la posesión también si el mismo no hubiera movido la cosa. Según nuestra opinión, tal tesis presenta una serie de dudas, porque el problema del tesoro es diferente al de las piedras extraídas (D.19.5.16 pr.) o al de las bellotas comidas por los animales (D.10.4.9.1); aunque el tesoro se encuentra en el fundo al igual que las piedras extraídas y las bellotas, diferentemente a tales casos la cosa se encuentra todavía escondida; el *corpus possessionis* presupone la facultad de disposición de la *res*, pero en el caso del tesoro el propietario del fundo no puede disponer del mismo hasta que no identifica exactamente el lugar preciso en donde se encuentra y después lo remueve.

[10] El concepto de tesoro mencionado por Pomponio no corresponde a la definición mencionada por Paulo, *libro trigesimo primo ad edictum* in D.41.1.31.1: *Thensaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non extat memoria, ut iam dominum non habeat...*; sino al considerado por Cicerón, *de senectute* 21: *...nec vero quemquam senem audivi oblitum, quo loco thesaurum obruisset; omnia, quae curant, meminerunt...* Sobre el concepto *thesaurus* ver R. Knütel, *Arbres errants, îles flottantes, animaux fugitifs et trésors enfouis* en RDH, 76, 1998, 209 ss.

[11] Lenel, *Palingenesia*, 1, cit., 549, incluye el presente texto entre los pasajes que no tienen un lugar cierto en la obra de Labeón; probablemente el texto se encontraba, según nosotros, en su comentario al edicto del pretor y específicamente cuando analizaba la *actio ad exhibendum*, porque como podemos observar existen otros dos textos (D.10.4.7.7 y D.10.4.11.1) en donde Ulpiano (al mismo modo que Pomponio) citan a Labeón en relación a la *actio ad exhibendum*; además la *ratio* por la que el jurista excluye el ejercicio de la *actio ad exhibendum* puede tener como causa el hecho que en el presente caso faltan los elementos que se encuentran en la *intentio* de la fórmula: *possessio* o pérdida dolosa de la posesión. Marrone, *actio ad exhibendum*, cit., 293 n. 24 afirma correctamente que la parte del texto *quia-quo minus possideres* puede tener sentido sólo en relación a la *actio ad exhibendum* y no respecto a la *actio furti*.

[12] Lenel, *Palingenesia*, 1, cit., 1063, incluye tal libro bajo la rúbrica: *de possessione et usucapione*.

Una persona había escondido un tesoro en un fundo ajeno (no sabía que era ajeno o probablemente con posterioridad se convirtió en ajeno); en el momento en que quería extraerlo se encuentra con la oposición del propietario del fundo, el cual no permite de proceder a su extracción (*tollere pati*). La cuestión se refiere al problema si el titular del tesoro pudiera demandar en juicio con base en la *actio furti* o *actio ad exhibendum*. Pomponio sobre tal aspecto menciona la posición de Labeón, según el cual no se puede ejercitar ninguna de las dos acciones, porque faltan los presupuestos: la posesión o la pérdida dolosa de la posesión: *Labeo ait, quia neque possideres eum neque dolo feceris quo minus possideres.*

Labeón considera que el titular del fundo no posee (o no ha dejado de poseer con dolo) el tesoro porque no lo ha movido de lugar; el requisito del cambio de lugar para la adquisición de la posesión es hecho notar también en un texto de Paulo, *libro quinquagensimo quarto ad edictum* en D.41.2.3.3,[12] donde se dice:

Neratius et Proculus et[13] *solo animo non posse nos adquirere possessionem, si non antecedat naturalis possessio. ideoque si thensaurum in fundo meo positum sciam, continuo me possidere, simul atque possidendi affectum habuero, quia quod desit naturali possessioni, id animus implet. ceterum quod Brutus et Manilius putant eum, qui fundum longa possessione cepit, etiam thensaurum cepisse, quamvis nesciat in fundo esse, non est verum: is enim qui nescit non possidet thensaurum, quamvis fundum possideat. sed et si sciat, non capiet longa possessione, quia scit alienum esse. quidam putant Sabini sententiam veriorem esse nec alias eum qui scit possidere, nisi si loco motus sit, quia non sit sub custodia nostra: quibus consentio.*[14]

Neracio y Próculo afirmaban que no podemos adquirir la posesión únicamente con el *animus,* si no existe antes la *possessio naturalis,* es decir la disponibilidad material de la cosa (*Neratius-possessio*); y por este motivo, si yo conozco que un tesoro se encuentra en mi fundo, inmediatamente inicio a poseer desde el momento en que tenga la intención de poseerlo (*ideoque-habuero*), porque el *animus* suple a lo que le falta a la posesión natural (*quia-implet*). No era verdadero lo que pensaban Bruto y Manilio, según los cuales, quien adquirió un fundo con base en una posesión por un largo periodo, adquiere también el tesoro, si bien no conozca que tal se encuentra

[13] C. A. Cannata, *L'animo possidere nel diritto romano classico* en SDHI, 26, 1960, 78 n. 14 cree que la palabra *et* pudiera ser una corrupción de *aiunt* o probablemente unía el nombre de *Proculus* con un tercer jurista del cual no permanecen referencias.

[14] Sobre las críticas del texto reenviamos a las indicaciones bibliográficas de Cannata, *L'animo possidere nel diritto romano classico,* cit., 78 n. 16. El mencionado maestro acepta la opinión de S. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano,* 1, 1928, 847 en el sentido que el inciso *quia quod desit-implet* debería ser considerado una glosa, porque para Neracio y Próculo la *naturalis possessio* no faltaba como demuestran las palabras *si non antecedat naturalis possessio.* Tal posición no fue aceptada por A. Burdese, *In tema di animus possidendi nel pensiero della giurisprudenza classica* en *Studi in Onore di B. Biondi,* 1, Milano, 1965, 532 ss., el cual afirma que la motivación puede referirse a tales juristas y no a un glosador, porque la relación entre *animus* y *naturalis possessio* esconde la identificación de los dos elementos, subjetivo y objetivo de la posesión. Además Cannata observa que los términos *sed et si sciat-alienum esse* parecen ser inseridos a la fuerza, pero según nuestra opinión no vemos motivos por los que tales palabras no puedan ser atribuidas a Paulo. Por último Cannata piensa que en origen el texto no terminaba con las palabras *quibus consentio,* sino que la argumentación del jurista sería más amplia, pero según nosotros, (si bien es cierto no negamos que el pensamiento del jurista fuese más amplio), tales términos podrían pertenecer a Paulo, porque demuestran una precisa posición del jurista.

en el fundo (*ceterum-verum*), porque quien ignora no puede poseer el tesoro si bien posea el fundo (*is-possideat*). Pero también en el caso que tenga conocimiento de su existencia, no lo adquiere con base en el transcurso del tiempo, porque sabe que el tesoro es ajeno (*sed-esse*). Algunos juristas creen que sea más aceptable la opinión de Sabino, el cual piensa que el que tiene conocimiento de la existencia de un tesoro en su fundo, lo posee si lo cambia de lugar, ya que lo aleja de nuestra custodia. Y Paulo era de acuerdo con estos últimos.

Después de haber presentado el texto y confrontándolo con el pasaje de Pomponio, podemos observar que para la adquisición de la posesión del tesoro la jurisprudencia tiene tres posiciones:

a) Quien adquirió el fundo con base en la usucapión se hace poseedor del tesoro aunque no tenga conocimiento de su existencia. Tesis de Bruto y Manilio (no aceptada por Paulo).[15]
b) El titular del fundo posee el tesoro si conoce que se encuentra en su fundo y tenga intención de poseerlo. Tesis de Neracio y Próculo.
c) El propietario del fundo adquiere la posesión del tesoro cuando lo cambia de lugar. Tesis de Labeón y de Sabino, seguida por Pomponio y Paulo.

Hasta este momento resulta claro que Labeón y Pomponio excluyen el ejercicio de la *actio ad exhibendum* en contra del titular del fundo porque el mismo no posee o no ha dejado de poseer, pero podemos cuestionarnos si Neracio y Próculo habrían tenido la misma opinión. Según nuestra opinión también tales juristas habrían excluido el ejercicio de tal acción llegando a la misma solución de Labeón, pero con una argumentación diferente: el titular del fundo sabía que el tesoro se encontraba en el mismo fundo habiendo adquirido tal conocimiento con la petición del propietario del tesoro de entrar en el fundo, pero no por este motivo se debía suponer la existencia del *animus possidendi,* elemento que habría tenido la

[15] El análisis de la presente opinión puede verse en M. Lauria, *Dal possessore del tesoro all'inventor (D.41.2.3.3)* en Labeo, 1, 1955, 22.

función de completar la *naturalis possessio* (*possessio* adquirida *corpore tantum*).[16]

Según Marrone,[17] confrontando D.41.2.3.3 y D.10.4.15 se puede demostrar que la posesión necesaria para la 'legitimación pasiva' al *actio ad exhibendum* era aquella adquirida al menos *corpore*; pero, según nuestra opinión no es así, porque el *loco movere,* requisito fundamental para la adquisición de la posesión del tesoro, no puede interpretarse en el sentido que para Labeón fuera suficiente que el propietario del fundo tuviera el *corpus* y no el *animus possidendi.* El tesoro se encuentra en el fundo y por esto el propietario del fundo tiene el *corpus possessionis: thensaurus meus in tuo fundo est,* pero carece del *animus possidendi* porque todavía no lo ha cambiado de lugar. El titular del fundo siempre ha tenido el *corpus possessionis* porque el tesoro se encuentra colocado en el fundo, y es únicamente el requisito de la remoción que permite configurar el elemento subjetivo de la posesión, porque en tal modo puede demostrarse objetivamente que existe la intención del propietario del fundo de poseer el tesoro como suyo. Claramente en D.10.4.15 se menciona: *utpote cum fieri possit, ut nescias eum thensaurum in tuo fundo esse*...y tales términos son fundamentales para entender la opinión de Labeón.[18] El propietario del fundo no puede considerarse como poseedor solamente porque el tesoro se encuentra en el fundo, se requiere del *animus,* elemento que falta en dicha hipótesis, porque el titular del fundo habría podido no tener conocimiento de la existencia de la *res*. Para

[16] Opinión de Marrone, *Actio ad exhibendum,* cit. 295 ss con más referencias bibliográficas en la nota 27.

[17] Marrone, *actio ad exhibendum,* cit. 296 ss.

[18] Por el contrario Marrone, *actio ad exhibendum,* cit., 314 ss., considera interpolados tales términos porque la idea que expresan –que el demandado habría podido también no saber de la existencia del tesoro en su propio fundo– es en contradicción con los elementos del caso considerado en el fr. 15: si el *dominus fundi* impidió al propietario del tesoro desenterrarlo, quiere decir que era conocedor de la existencia del tesoro. Pero sobre este aspecto la puntualización que hizo P. Zamorani, *Possessio e animus,* 1, Milano, 1977, 189 parece correcta: será adquirida la *scientia* de la existencia de un tesoro en el propio fundo a partir de que sea descubierto. Además (continúa el pensamiento de Marrone), de las palabras *utpote-esse,* se concluye *a contrario* que si el propietario del fundo tuviera conocimiento de la existencia del tesoro, en contra de él se podría ejercitar la *actio ad exhibendum*. Según nuestra opinión tal afirmación presenta ciertas dudas, al respecto ver la interpretación que realizamos sobre tales términos.

el *animus possessionis* no era suficiente tener el conocimiento que el tesoro se encontraba en el fundo, se requiere también de una intención de poseer, que objetivamente y concretamente se puede demostrar mediante el cambio de lugar que se realiza del mismo.

En conclusión, podemos afirmar que en el caso del tesoro mencionado en D.10.4.15 el titular del fundo puede considerarse como poseedor solamente si existe el elemento subjetivo de la posesión y tal elemento se realiza según Labeón, únicamente con el *loco movere*.

2. Un ejemplo de pérdida dolosa de la posesión

En Pomponio, *libro octavo decimo ad Sabinum* en D.13.7.3 se encuentra dicho:

> *Si quasi recepturus a debitore tuo comminus pecuniam reddidisti ei pignus isque per fenestram id misit excepturo eo, quem de industria ad id posuerit, Labeo ait furti te agere cum debitore posse et ad exhibendum...*[19]
> Si en el momento en que estabas por recibir personalmente de tu deudor el dinero, le entregaste la cosa que te había dejado en prenda, y él la tiró por la ventana con la finalidad que otra persona que se encontraba en aquel lugar la pudiera cachar (*Si-posuerit*), Labeón afirma que puedes demandar en juicio al deudor con la acción de hurto y con la acción *ad exhibendum* (*Labeo-exhibendum*)...

Pomponio presenta una hipótesis que probablemente había sido mencionada por Labeón: un acreedor pignoraticio restituye la cosa dejada en prenda al deudor, que debía pagar la cantidad debida ape-

[19] Discusiones en doctrina se refieren a la clasicidad de la parte del pasaje que no hemos citado, sobre tales ver: P. Huvelin, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain,* Lyon-París, 1915, 557 ss., G. Provera, *Contributi alla teoria dei iudicia contraria,* Torino, 1951, 102 ss., F. Haymann, *Grenzen zwischen Betrug und Diebstahl bei der Sachuebergabe im Römischen Recht* en BIDR, 59-60, 1956, 37 ss., Marrone, *Actio ad exhibendum,* cit., 425 ss., y J. A. C. Thomas, *furtum pignoris* en RHD, 38, 1970, 136. No existen dudas que la solución que se presenta sea de Labeón a excepción de A. D'Ors, *Observaciones sobre el 'edictum de rebus creditis'* en SDHI, 19, 1953, 191, el cual cree, pero sin mencionar fundamentos, que la referencia al *actio ad exhibendum* sea interpolada, pero tal opinión no es convincente, porque como vimos en D.10.4.15, en el caso en que exista una pérdida dolosa de la posesión Labeón habría podido conceder el ejercicio de la *actio ad exhibendum.*

nas le fuera entregada la *res*. El deudor no solamente no paga, sino que incluso tira por la ventana la cosa dejada en prenda con la finalidad que otra persona que se encontraba en aquel lugar pudiera cacharla y llevársela. En tal caso Labeón concede al acreedor pignoraticio la *actio furti* y la *actio ad exhibendum* en contra del deudor; el ejercicio de la primera acción encuentra confirmación en otro pasaje de un comentario a la obra de Sabino efectuado no por Pomponio, sino por Ulpiano, *libro quadragesimo ad Sabinum* en D.47.2.19.5, que afirma: *qui rem pignori dat eamque subripit, furti actione tenetur*; mientras que la segunda acción habría podido ser ejercitada, porque en el pensamiento de Labeón existía un claro ejemplo de pérdida dolosa de la posesión.

III. La posición de Juliano

Entre los argumentos que Juliano trata en el libro noveno de sus digestos se encuentra la *actio ad exhibendum*; su pensamiento en relación al *dolo desinens possidere* se encuentra recordado en dos textos de Ulpiano en D.10.4.5.2 y D.10.4.9.pr que preceden, según el orden palingenético de Lenel, el fragmento contenido en D.10.4.8.[20] El mismo problema se presenta en otros puntos de su obra, en el libro décimo séptimo *digestorum* en D.24.1.37, cuando analiza las donaciones entre marido y mujer, y en el libro cuarenta *digestorum* en D.9.2.42, en el caso de la cancelación de la escritura de las tablillas testamentarias.

1. La falta de entrega de los *ruta caesa* (material excavado y cortado)

Ulpiano, *libro vicensimo quarto ad edictum* en D.10.4.5.2 menciona en este modo:

[20] El libro noveno *digestorum* de Juliano está compuesto según Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, 1, 337 ss., siguiendo este orden: *de interrogationibus in iure faciendis, de iureiurando, de noxalibus actionibus, de his qui deiecerint etc..., de servo corrupto, si iudex litem suam fecerit, ad exhibendum.*

> *Idem Iulianus scribit emptorem, qui ruta caesa non restituit, ad exhibendum teneri in quantum in litem iuravero: sed ibi adicit, si emptor possideat aut dolo fecit quo minus possideat.*[21]
> El mismo Juliano había escrito que el comprador, si no restituía el material excavado y cortado, se encontraba obligado con la *actio ad exhibendum* a lo que el vendedor hubiera jurado *in litem* ser el valor del material mismo (*idem Iulianus-iuravero*), pero además decía: si el comprador lo poseía o con dolo había hecho en modo de no poseerlo (*sed-possideat*).

El vendedor cumple la obligación de entregar el fundo al comprador (no se menciona en el texto si le había transmitido la propiedad o solamente la posesión), pero el comprador (titular o poseedor del fundo) no restituye los *ruta caesa*[22] que se encontraban en el mismo.[23]

[21] No existen dudas en la doctrina que tal solución sea clásica; *cfr.* L. Chiazzese, *Jusiurandum in litem*, Milano, 1958, 174; Provera, *Contributi allo studio del Iusiurandum in litem*, cit. 32; Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 307 ss.; Burillo, *Contribuciones al estudio de la actio ad exhibendum*, cit., 219.

[22] *Ruta* es lo que se ha extraído del fundo, *caesa* lo que ha sido tallado; en este sentido Festo, *de verb. sign.*, s.v. *ruta caesa* (Lindsay, 320): *ruta caesa dicuntur, quae venditor possessionis sui usus gratia concidit ruendoque contraxit.* El término *ruta caesa* fue interpretado ampliamente en el periodo republicano y después en edad clásica se regresó a su significado que tenía en origen, como hizo notar M. Marrone, *Considerazioni sui 'ruta (et) caesa'* en *Studi in Onore di E. Volterra*, 1, Milano, 1971, 213 ss.; así Cicerone, *Top.*, 100 incluye también los *ornamenta*: *...cum aedes fundumque vendiderint rutis caesis receptis, concedant tamen aliquid emptori quod ornandi causa apte et loco positum esse videatur; sic tibi nos ad id quod quasi mancipio dare debuimus ornamenta quaedam voluimus non debita accedere*, y en *de orat.*, 2.226 el sello del *paterfamilias*: *sed dicet te, cum aedes venderes, ne in rutis quidem et caesis solium tibi paternum recepisse.* Q. Mucio, *libro singolari Órwn* en D.50.16.241 incluye todas las cosas que no se comprenden en la tierra o en la obra edificada o de estuco: *in 'rutis caesis' ea sunt, quae terra non tenentur quaeque opere structili tectoriove non continentur*, su pensamiento se encuentra citado también por Pomponio, *libro trigesimo primo ad Quintum Mucium* en D.18.1.66.2 en donde se puede observar que para Quinto Mucio existe una plena identificación entre los *ruta caesa* y lo que no corresponde al edificio ni al fundo, porque el jurista menciona que quien escribió '*ruta caesa* y aquellas cosas que no son de la casa o del fundo', escribió dos veces la misma cosa, porque los *ruta caesa* son aquellas cosas que no pertenecen a la casa o al fundo: *Quintus Mucius scribit, qui scribsit 'ruta caesa quaeque aedium fundive non sunt', bis idem scriptum: nam ruta caesa ea sunt quae neque aedium neque fundi sunt.* En el siglo I d. C., Próculo mencionado por Celso, *libro octavo digestorum* en D.19.1.38.2 excluye entre los *ruta caesa* los tubos de plomo de una toma de agua que conducen agua bajo tierra hacia un calentador construido con ladrillos, si las partes no han establecido nada en el contrato de compraventa de la casa, porque las cosas inseridas e incorporadas en un edificio son consideradas parte del mismo: *Firmus a Proculo quaesiit, si de plumbeo*

Juliano propone al vendedor el ejercicio de la *actio ad exhibendum* en contra del comprador, aceptando una opinión que antes del jurista adrianeo había sido afirmada por Aquilio Galo y seguida por Fabio Mela, como recuerda todavía Ulpiano, *libro trigesimo secondo ad edictum* en D.19.1.17.6:

> *Si ruta et caesa excipiantur in venditione, ea placuit esse ruta, quae eruta sunt, ut harena creta et similia: caesa ea esse, ut arbores caesas et carbones et his similia. Gallus autem Aquilius, cuius Mela refert opinionem, recte ait frustra in lege venditionis de rutis et caesis contineri, quia, si non specialiter venierunt, ad exhibendum de his agi potest neque enim magis de materia caesa aut de caementis aut de harena cavendum est venditori quam de ceteris quae sunt pretiosiora.*[24]

castello fistulae sub terram missae aquam ducerent in aenum lateribus circumstructum, an hae aedium essent an ut ruta caesa vincta fixaque quae medium non essent. Ille rescripsit referre, quid acti esset. quid ergo si nihil de ea re neque emptor neque venditor cogitaverunt, ut plerumque in eiusmodi rebus evenisse solet, nonne propius est, ut inserta et inclusa aedificio partem eius esse existimemus?. Javoleno, *libro septimo ex Cassio* en D.19.1.18.pr., considera que los graneros hechos de tablas son considerados como *ruta caesa* en el caso en que se encuentren sobre el terreno; por el contrario, si se encontraran inseridos a la casa, forman parte de la misma: *granaria, quae ex tabulis fieri solent, ita aedium sunt, si stipites eorum in terra defossi sunt: quod si supra terram sunt, rutis et caesis cedunt.* En D.19.1.18.1 el mismo jurista afirma que las tejas, que no son puestas sobre los edificios, también si han sido traídas con tal finalidad, son consideradas como *ruta caesa*, a diferencia de aquellas que fueron quitadas para ser incorporadas nuevamente, porque en tal caso acceden a la casa: *tegulae, quae nondum aedificiis impositae sunt, quamvis tegendi gratia allatae sunt, in rutis et caesis habentur: aliud iuris est in his, quae detractae sunt ut reponerentur: aedibus enim accedunt.* En edad severiana se regresa al significado que los *ruta caesa* tenían en origen, así Ulpiano, *libro trigesimo secondo ad edictum* en D.19.1.17.6, afirma que entre los *ruta caesa* se encuentra todo tipo de material excavado y cortado (arena, arcilla, árboles cortados, carbones y cosas similares): *si ruta et caesa excipiantur in venditione, ea placuit esse ruta, quae eruta sunt, ut harena creta et similia: caesa ea esse, ut arbores caesas et carbones et his similia...*

[23] G. Provera, *Contributi allo studio del Iusiurandum in litem*, Torino, 1953, 32 afirma que el caso formulado en D.10.4.5.2 se refiere al hecho que el comprador conserva para sí los *ruta caesa*, que se habían excluido expresamente en la venta; tal interpretación presenta ciertas dudas, porque en el texto no se observa que las partes hubieran expresamente hecho un acuerdo en tal sentido, además, como veremos a continuación, desde el momento que los *ruta caesa* no forman parte del fundo no existía la necesidad de incluirlos en la *lex venditionis*.

[24] No existen dudas que el contenido del texto es clásico: *cfr.* Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 318 y nt. 92 con referencias bibliográficas y Burillo, *Contribuciones al estudio de la actio ad exhibendum*, cit., 217 y nt. 88, con las mismas referencias bibliográficas.

El jurista tardoclásico, antes de indicar el motivo por el que el vendedor puede ejercitar la *actio ad exhibendum* en contra del comprador que conserva los *ruta caesa*, afirma que permanecía la opinión, según la cual los *ruta* eran las cosas excavadas, como la arena y la arcilla, y los *caesa*, el material cortado, como los árboles y los carbones (*Si ruta-similia*). Después hace referencia a Fabio Mela, que cita la opinión de Aquilio Galo, que menciona que inútilmente eran incluidos en la *lex venditionis* los *ruta caesa* (*Gallus-contineri*), porque, si no se hubieran específicamente vendido, podía ejercitarse la *actio ad exhibendum* respecto a aquellos (*quia-potest*): ya que debería garantizarse al vendedor por aquellas cosas que eran preciosas y no por la materia cortada o las piedras rudas o la arena (*neque-pretiosiora*). Ulpiano, al ofrecer ejemplos de *ruta caesa*, usa el verbo *placere*, que demuestra la existencia de una discusión jurisprudencial precedente,[25] sin que sea posible establecer su contenido preciso: *ea placuit esse ruta... caesa ea esse...*; por el contrario, sabemos con certeza que Aquilio Galo es el primer jurista en manifestar el ejercicio de la *actio ad exhibendum* para pretender tales bienes, identificándose así una función determinada de esta acción, recogida por la jurisprudencia posterior.

De la referencia que Ulpiano hace a la opinión de Juliano en D.10.4.5.2, no se identifican las razones que han originado que el segundo jurista escogiera la *actio ad exhibendum*; probablemente aceptaba los argumentos de Aquilio Galo: si bien la venta se refería a un fundo, resultaba inútil considerar en la *lex venditionis* el material escavado y cortado por el simple motivo que no formaba parte del mismo. Si el vendedor del fundo no debía mencionar en el acuerdo los *ruta caesa* y mucho menos hacerse prometer (con *stipulatio*) por parte del comprador la autorización de ingresar en el fundo para recuperarlos, la acción contractual o la *actio ex stipulatu* no podían considerarse como medios idóneos para obtener la restitución de los mismos.

La función de la *actio ad exhibendum* en la hipótesis mencionada por Juliano sería, según Marrone,[26] aquella de permitir al vendedor de entrar en el fundo y recoger el material que le pertenece; en este modo el comprador estaría obligado simplemente a un *tollere pati*. Tal explicación presenta ciertas dudas, porque si bien una de las funciones de la *actio ad exhibendum* es la de permitirle al actor de llevar consigo la cosa objeto de la controversia, autorizándolo a entrar en el fundo (como claramente puede ser observado en

[25] *Cfr.* Heumann-Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena, 1914, s.v. *placere*.

[26] Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 474 ss.

varios pasajes del Digesto),[27] y la mención de la posesión podía interpretarse como una referencia a la posesión de la casa incluidos los *ruta caesa*, en D.10.4.5.2 Juliano usa claramente el término *restituere*: *...emptorem, qui ruta caesa non restituit...*, que, como es notorio, implicaba una actitud positiva: tomar la cosa (el material excavado y cortado) y entregarla al actor;[28] por ello, según nuestra opinión, el texto podría explicarse en el sentido que el comprador se encontraba obligado a entregar los *ruta caesa* al vendedor (y no simplemente permitirle el acceso), en cuanto probablemente tales bienes ya no se encontraban en el fundo; se debe observar que el comprador poseía los bienes o con base en su dolo había hecho en modo de no poseer, pero no se afirma en el pasaje que el material excavado y cortado se encontraba todavía en el mismo fundo.

Marrone[29] afirma que los términos *sed ibi adicit, si emptor possideat aut dolo fecit quo minus possideat* al final de D.10.4.5.2 son de origen glosemático, porque, si el material estaba en el fundo, el demandado tenía una posesión *'sui generis'* (*corpus possessionis* sin *animus*), que era suficiente para permitir el ejercicio de la *actio ad exhibendum*. Por el contrario con las últimas palabras parecería que Juliano exigiera un *possidere* más calificado del que tenía efectivamente el comprador. Tal glosa debería imputarse a un autor posclásico que quería medir el *possidere* de la *actio ad exhibendum* a una noción más general y abstracta de la posesión, y realizó esto mediante una serie de observaciones en varios lugares del comentario ulpianeo, dedicado a la legitimación pasiva en la *actio ad exhibendum* y un indicio formal de tal afirmación sería el uso del indicativo *fecit* en lugar del subjuntivo *fecerit*.

No podemos aceptar la presente tesis, ya que, el mismo Marrone había hecho notar con base en D.10.4.3.15; 5; 7, que la *intentio* de la fórmula comprendía la referencia a la posesión del demandado o a su pérdida dolosa;[30] por eso parece difícil afirmar, por una parte, que la acción de exhibición fuera ejercitable en contra *qui possidet aut dolo malo fecit quo minus possideret* y, por el otro lado atribuir a un autor posclásico el llamado a tal responsabilidad en D.10.4.5.2. El uso del indicativo *fecit* en lugar de *fecerit* seguramente es un error en el texto, pero tal error podría atribuirse al escribano. Si el material excavado y cortado ya no se encontraba en el fundo, resulta claro que el comprador había dispuesto del mismo como si fuera suyo y con la *actio ad exhibendum* habría sido obligado a restituirlo solamente si el mismo poseyera o con dolo malo hubiera hecho en modo de no poseer: *emptorem, qui ruta caesa non restituit, ad exhibendum teneri...si emptor possideat aut dolo fec<erit> quo minus possideat.* La posesión del demandado no es *'sui generis'*, como piensa Marrone, porque si los *ruta caesa* fueron cambiados de lugar (como nos parece posible interpretar), claramente conserva una posesión que presupone el *corpus* y el *animus*. Si los *ruta caesa* fueron trasladados a otro lugar, pero el demandado conservaba la posesión de los mismos o los había dejado de poseer con dolo, debería realizar una actividad: tomar el material excavado y cortado y entregarlo al actor.

El motivo por el cual el vendedor habría podido ejercitar la *actio ad exhibendum*, no era porque el comprador no le permitía entrar en el fundo para recoger los *ruta caesa* (en tal caso la obligación del demandado habría sido un *tollere pati* y no un *restituere*); sino que, probablemente el vendedor, una vez que había entrado en el fundo, no había encontrado el material porque el comprador lo había cambiado de lugar. En el juicio el actor no debía demostrar la titularidad de los *ruta caesa*, sino la posesión del demandado o su actitud conciente y voluntaria por la cual había dejado de poseer con dolo; en este modo la finalidad de la *actio ad exhibendum* consistiría en permitir al actor obtener el material excavado y cortado que le pertenecía, y si el demandado no hubiera cumplido la orden del juez, se encontraría obligado (según el pensamiento de Juliano) en la medida del *iusiurandum in litem* del actor.[31]

[27] En tal sentido Pomponio, *libro vigesimo secundo ad Sabinum* en D.19.5.16.pr: *...quod si post exemptionem cretae replevero nec patieris me cretam tollere tu, agam ad exhibendum...*; Ulpiano, *libro vicensimo quarto ad edictum* en D.10.4.5.3: *Item Celsus scribit stercus, quod in aream meam congessisti, per ad exhibendum actionem posse te consegui ut tollas...*; en D.10.4.5.4: *sed et si ratis delata sit vi fluminis in agrum alterius, posse eum conveniri ad exhibendum Neratius scribit...*; en D.10.4.5.5: *sed et si de ruina aliquid in tuam aream vel in tuas aedes deciderit, teneberis ad exhibendum, licet non possideas.* Textos analizados por Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 469 ss.

[28] Sobre los términos *restituere* y *exhibere* véanse los textos de Gayo, *libro quarto ad edictum provinciale* en D.50.16.22: *plus est in restitutione quam in exhibitione: nam 'exhibere' est praesentiam corporis praebere, 'restituere' est etiam possessorem facere fructusque reddere: pleraque praeterea restitutionis verbo continentur*; *cfr.* Marrone, *actio ad exhibendum*, cit. 492 ss.

[29] Marrone, *actio ad exhibendum*, cit. 307 ss.

[30] Marrone, *actio ad exhibendum*, cit. 641 ss., propone la *intentio* en estos términos: *si paret eum* (scil. *hominem*) *Numerium Negidium possidere dolove malo fecisse quo minus possideret.*

[31] G. Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 1, Tübingen, 1910, 18 elimina la indicación del *iusiurandum in litem*, pero tal opinión permanece aislada en doctrina; *cfr.* Chiazzese, *Jusiurandum in litem*, cit., 174 ss.; Provera, *Contributi allo studio del Iusiurandum in litem*, cit., 31 ss.; sin tomar una posición Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 307 n. 60 y Burillo, *Contribuciones al estudio de la actio ad exhibendum*, cit. 219 n. 93.

La falta de restitución de los *ruta caesa* por parte del comprador que posee o que ha dejado de poseer es el presupuesto de la condena con base en el *iusiurandum*; pero el texto, así como nos llegó en la compilación justinianea no explica la relación entre el *restituere* y el *exhibere*. Chiazzese[32] propone la reconstrucción del texto que se encuentra en D.10.4.5.2 en este modo: *idem Iulianus scribit emptorem, qui ruta caesa <mihi> non restituit, ad exhibendum teneri, <zet si iussus a iudice non exhibeat> in quantum in litem iuravero <condemnari oportere>*. Tal propuesta de reconstrucción nos parece muy interesante, porque en este modo el texto resulta claro. Como los *ruta caesa* no fueron restituidos al vendedor, el comprador se encuentra obligado con base en la *actio ad exhibendum*, y, si el mismo no cumple la orden del juez de 'exhibir', deberá ser condenado a la *litis aestimatio*. Dicha reconstrucción podría por lo tanto referirse al texto como aparecía en origen en el mismo libro noveno *digestorum* de Juliano y la versión que nos llegó en D.10.4.5.2 no sería la redacción de los compiladores justinianeos (como piensa el investigador), sino simplemente una versión más corta efectuada por el mismo Ulpiano.

2. El homicidio del esclavo, transmisión de la posesión a otra persona o el daño total de la cosa

Otro texto de Ulpiano en el mismo libro vigésimo cuarto *ad edictum* en D.10.4.9.pr expone el pensamiento de Juliano en referencia a la responsabilidad del demandado que con dolo ha dejado de poseer:

> *Iulianus scribit: si quis hominem quem possidebat occiderit sive ad alium transtulerit possessionem sive ita rem corruperit ne haberi possit, ad exhibendum tenebitur, quia dolo fecit quo minus possideret. proinde et si vinum vel oleum vel quid aliud effuderit vel confregerit, ad exhibendum tenebitur.*[33]

[32] Chiazzese, *Jusiurandum in litem*, cit., 174.

[33] Marrone, *actio ad exhibendum*, cit. 400 cree (así como Beseler, *Beiträge*, 1, cit., 36 ss.,) que las palabras *sive-possit* de D.10.4.9.pr sean de origen glosemático, porque Ulpiano hablaba de transmisión de la posesión un poco más adelante (§2), resultando difícil pensar que se repitiera el mismo problema. El mismo glosador incluiría también *sive ita-possit*, que incorporaría un caso demasiado general en el que se encontraría el homicidio del esclavo, del cual ya había tratado. Además toda la parte del texto *sive ad-possit*, por motivo de los términos *sive...sive*, daría la impresión, a primera vista, de querer especificar lo que había dicho antes, sin embargo incluye otros dos casos. La opinión del maestro no nos convence, porque si Ulpiano trataba en D.10.4.9.pr.-4 de la *intentio* de la fórmula, resulta claro que la posesión o la pérdida dolosa fuera un problema afrontado en este grupo de pasajes. Ciértamente los términos *sive ita rem corruperit ne haberi possit* presentan un caso demasiado amplio que podría comprender el primer ejemplo, pero no por este motivo puede considerarse glosemática la referencia, ya que Juliano habría podido iniciar con un caso específico de aplicación de la *actio ad exhibendum* para manifestar después un problema más amplio que incluyera el primero. La parte del texto *sive ad-possit* no pretende especificar lo que el jurista dijo antes, sino lo que se dice después; es decir, otros casos en que se puede considerar que el demandado haya hecho en modo de no poseer.

> Juliano escribió que si alguno haya matado el esclavo que poseía o haya transmitido la posesión a otra persona o haya roto alguna cosa en modo de que no pueda ser obtenida, está obligado con la *actio ad exhibendum*, porque con dolo hizo en modo de no poseer (*Iulianus-tenebitur*). En la misma situación se encuentra obligado con la *actio ad exhibendum* el que hubiera derramado vino, aceite o haya roto alguna cosa (*proinde-tenebitur*).

El jurista toma en consideración los dos requisitos necesarios mencionados en el edicto para el ejercicio de la acción: que el demandado posea o que con dolo haya dejado de poseer. Específicamente en el caso del esclavo, presenta dos ejemplos en que se puede concretizar el segundo requisito: el homicidio del esclavo o la transmisión de su posesión a otra persona. La causa por la cual el actor ejercitaba la *actio ad exhibendum* era porque pretendía la exhibición del esclavo y obtener la posesión del mismo, pero como había sido matado por el demandado, la finalidad de la acción no podía ser la exhibición, sino la indemnización por la muerte causada (de acuerdo con el *iusiurandum in litem*, como se encontraba mencionado en D.10.4.5.2).

No todos los casos en que existe la transmisión de la posesión de un esclavo a otra persona o la destrucción de la cosa deben ser considerados como pérdida dolosa de la posesión, según una interpretación literal del texto. La transmisión o la destrucción deben tener una precisa finalidad: evitar que el demandado obtenga la posesión al momento en que viene ejercitada la acción.

Ulpiano, manifestando el pensamiento de Juliano (probablemente en modo sintético) usa el término *proinde*, introduciendo otros ejemplos de pérdida dolosa de la posesión que se encontraban en el mismo libro de los digestos: derramar vino, aceite o romper una cosa:

proinde et si vinum vel oleum vel quid aliud effuderit vel confregerit, ad exhibendum tenebitur.

Como es notorio, quien adultera vino, lo tira, lo convierte en vinagre o en algún modo lo altera puede ser obligado con base en la ley Aqulia, como afirma el jurista severiano en otra obra, en el libro décimo octavo *ad edictum* en D.9.2.27.15, que al citar el pensamiento de Celso afirma: *cum eo plane, qui vinum spurcavit vel effudit vel acetum fecit vel alio modo vitiavit, agi posse Aquilia Celsus ait,* porque el verbo *corrumpere* incluye el hecho de derramarlo o transformarlo en vinagre: *quia etiam effusum et acetum factum corrupti appellatione continentur.*

El verbo *effundere* usado por Juliano-Ulpiano en D.10.4.9.pr y por Celso-Ulpiano en D.9.2.27.15 demuestran que en el periodo adrianeo quien tira vino ajeno podía ser obligado con base en la *actio ad exhibendum* o *actio ex lege Aquilia*; pero Juliano se refiere a la primera acción y no a la segunda, a diferencia de Celso que menciona la segunda y no la primera. La aplicación de la *actio ad exhibendum* y no de la *actio ex lege Aquilia* en el caso del vino (del aceite o de la destrucción de una cosa), depende, según nosotros de diversos factores:

a) El actor ejercita la *actio ad exhibendum* porque quiere que el demandado exhiba el vino (el aceite o la cosa) que le pertenece, pero el demandado que lo posee lo tira (o lo rompe) dolosamente; en el segundo caso el actor ejercita la *actio ex lege Aquilia* no porque quiera que se le exhiba el vino (pretensión que no tendría sentido porque el vino había sido derramado), sino porque quiere obtener un resarcimiento por el daño cometido por el demandado.

b) Quien ejercita la *actio ad exhibendum* debe demostrar que el demandado poseía el vino (el aceite o la cosa) y que había sido derramado (o roto) dolosamente; en tal situación el demandado no debe necesariamente poseer el vino (el aceite o la cosa) y, si bien el daño aquiliano presupone una situación efectuada injustamente, el dolo no es un requisito fundamental.

3. *Actio ad exhibendum* y *translatio iudicii*

Hasta este momento hemos observado la posición de Juliano respecto a la responsabilidad de quien ha dejado de poseer con base en el dolo mediante la citación efectuada por Ulpiano; pero por fortuna se encuentra incorporado en el Digesto un texto del jurista adrianeo que se encontraba en el libro noveno *digestorum* en D.10.4.8:

> *Si ad exhibendum actum est cum eo, qui neque possidebat neque dolo malo fecerat quo minus possideret, deinde eo defuncto heres eius possidet rem, exhibere eam cogendus erit. nam si fundum vel hominem petiero et heres ex eadem causa possidere coeperit, restituere cogitur.*[34]
> Si fue ejercitada la *actio ad exhibendum* en contra de quien no poseía ni había hecho con dolo malo en modo de no poseer (*si-possideret*), después, muerta tal persona, su heredero posee la cosa (*deinde-rem*), en tal caso deberá estar obligado a exhibirla (*exhibere-erit*). Por supuesto, si se pidiera en juicio un fundo o un esclavo y el heredero, con base en la misma causa haya comenzado a poseerlo está obligado a restituirlo (*nam-cogitur*).

El actor había ejercitado la *actio ad exhibendum* en contra de una persona que no poseía la cosa o que no había dejado de poseerla por motivo de dolo; como es lógico pensar, el demandado no habría podido ser obligado a tal acción porque faltaban los presupuestos de la *intentio*, pero, después de su muerte y antes de que el juez decidiera la controversia, el heredero subentra en la posición del *de cuius* por motivo de una *translatio iudicii*.[35] Antes de la sentencia el heredero entra en la posesión de la cosa (sin que conozcamos la causa de tal hecho) y por tal motivo, como posee la cosa, deberá cumplir la orden del juez y deberá exhibirla.

En la segunda parte del fragmento el jurista adrianeo afronta un problema diferente, que con la finalidad de argumentar su posición

[34] Beseler, *Beiträge*, 1, cit., 36 incorpora después de la palabra *possidet rem* los términos: *non transfertur iudicium in heredem, sed heres suo nomine denuo conveniendus est. idem dicendum est, et si defunctus possederit*; elimina *exhibere eam cogendus erit* y después *nam* incluye la conjunción *et*. Después *eadem*, incluye *aliave*, elimina *restituere cogitur* e incorpora *non transferetur iudicium*. Tal propuesta de reconstrucción cambia totalmente el contenido del pasaje; Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 508 ss. y Burillo, *Contribuciones al estudio de la actio ad exhibendum*, cit., 231 ss. piensan por el contrario que el contenido sea clásico.

[35] En relación con la *translatio iudicii* en la sucesión hereditaria ver: P. Koschaker, *translatio iudicii*, Graz, 1905, 239 ss.; F. Bonifacio, *Studi sul processo formulare romano. Translatio iudicii*, Napoli, 1956, 49 ss.; por último M. Kaser-K. Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996, 350 ss.

respecto a la *actio ad exhibendum,* recuerda el caso de la acción real:[36] si el actor pide al demandado un fundo o un esclavo y el demandado no posee o no hizo en modo de privarse de la posesión, no puede ser constreñido a entregar la cosa, sino que, en el caso en que después de su muerte el heredero la obtenga será obligado a entregarla. Según

[36] En tal sentido ver Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 509 y Burillo, *Contribuciones al estudio de la actio ad exhibendum*, cit., 232 (los cuales piensan que se trata de la *rei vindicatio*). Los presentes autores hicieron notar que la mención del fundo excluye que el jurista se refiriese a la *actio ad exhibendum*, porque tal acción se ejercita solamente en el caso de bienes muebles. Aislada permanece la tesis de F. Bossowski, *Actio ad exhibendum w prawie klasycznem i justyniańskiem*, Kraków, 1929, 68 ss. (agradezco la traducción de las páginas que aquí nos interesan a la doctora Aldona Jurewicz de la Facultad de Derecho de la Universidad de Warmia-Mazuria de Olsztyn, Polonia), según el cual las palabras: *si fundum vel hominem petiero* corresponden a la *actio ad exhibendum,* porque en el derecho clásico se habría podido utilizar tal acción en contra del poseedor del fundo. Su tesis presenta una serie de fundamentos, que, en nuestra opinión, no parecen insuperables:

a) La *actio ad exhibendum* así como la *rei vindicatio* eran finalizadas a la petición de una cosa como afirma Gayo 4.51: *...si rem aliquam a possidente nostram esse petamus, id est si in rem agamus vel ad exhibendum...*; pero tal texto según nuestra opinión no demuestra que la *actio ad exhibendum* tratara también de los bienes inmuebles.

b) En Ulpiano, *libro vicensimo quarto ad edictum* en D.10.4.5.1 se observa que la *actio ad exhibendum* podía interponerse en contra del usufructuario: *Iulianus autem ita scribit ad exhibendum actione teneri eum,...qui usus fructus nomine rem teneat...* y el usufructo, como es notorio, puede tener como objeto bienes muebles así como inmuebles. Ciertamente es así, pero según nosotros no se demuestra por tal hecho la aplicación de la acción de exhibición a los bienes inmuebles.

c) En un texto de Juliano, *libro quinquagensimo quinto digestorum* en D.6.1.52 se menciona que los herederos de un poseedor, que antes de la *litis contestatio* hizo en modo de no poseer un fundo, no son obligados con la *rei vindicatio,* sino con una *actio in factum* a entregar con base en el enriquecimiento obtenido: *cum autem fundi possessor ante litem contestatam dolo malo fundum possedere desiit, heredes eius in rem quidem actionem suscipere cogendi non sunt, sed in factum actio adversus eos reddi debebit, per quam restituere cogantur, quanto locupletes ex ea re facti fuerunt.* En el derecho clásico la persona que con dolo había hecho en modo de no poseer no era obligado con la *rei vindicatio*, sino con la *actio ad exhibendum,* y por ello era posible considerar el ejercicio de tal acción en el caso de un fundo. Nosotros anteriormente habíamos afirmado (Y. González Roldán, *El principio dolus pro possessione est en la perspectiva del senatoconsulto Juvenciano*, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, 27, 2003, 349 ss.) que en el derecho clásico la persona que había hecho con base en el dolo en modo de no poseer podía estar obligado con la *rei vindicatio,* como puede demostrar Paulo, *libro vicensimo primo ad edictum* en D.6.1.27.3 y por ello debemos excluir la aplicación de la *actio ad exhibendum* en el caso del fundo.

d) La opinión de Lenel, *Das Edictum perpetuum,* cit. 475, que el *interdictum quem fundum* podía dirigirse en contra del poseedor del inmueble o en contra de quien había

nuestra opinión, la acción a la que se hace referencia no es la *rei vindicatio,* como gran parte de la doctrina ha considerado,[37] sino una acción *in rem* que al igual que la *actio ad exhibendum,* tenga en la *intentio* de la fórmula la referencia a la posesión del demandado o al hecho que haya dejado de poseer con dolo como sería el caso de la *petitio hereditatis*.[38]

abandonado dolosamente la posesión no encuentra fundamento en las fuentes, y por esto la acción que habría tenido el titular habría sido la *actio ad exhibendum.* No aceptamos la tesis del autor, porque no existen pruebas en las fuentes que la *actio ad exhibendum* tuviera tal función, además los testos que presenta Lenel demuestran la función de tal interdicto.

e) En el caso en que una persona pretenda ejercitar una acción para obtener un fundo del cual no se tenga el *dominium ex iure Quiritium* (por ejemplo, el fundo se encuentra en provincia) debe utilizarse siempre una *actio ad exhibendum,* pero como la diferencia entre el *dominium ex iure Quiritium* y "*dominium ex iure gentium*" (sic) no había llegado al derecho justinianeo, la aplicación de la *actio ad exhibendum* en tal caso no encuentra ninguna mención en la compilación. Según nuestra opinión en ausencia de referencias en las fuentes sobre este punto no se puede demostrar la tesis del autor.

e) Quienes afirman que la *actio ad exhibendum* se refería únicamente a los bienes muebles fundamentan su opinión en Ulpiano, *libro sexagensimo nono ad edictum* en D.43.16.1.6: *illud utique in dubium non venit interdictum hoc ad res mobiles non pertinere: nam ex causa furti vel vi bonorum raptorum actio competit: potest et ad exhibendum agi...* y D.43.16.1.32: *...plane si quis velit de possessione quidem rei soli per hoc interdictum experiri, de rebus vero mobilibus ad exhibendum actione...* pero tales fundamentos dejan dudas, porque en tales pasajes Ulpiano afirma simplemente que el *interdictum unde vi* se aplica solamente a los bienes inmuebles, reflexionando sobre cuáles medios procesales existirían para pedir los bienes muebles. Nos parece claro que los presentes textos demuestran claramente que la *actio ad exhibendum* se refiere solamente a los bienes muebles.

f) El autor polaco además afirma que se encuentran interpolados los textos en donde se menciona claramente el ejercicio de la *actio ad exhibendum* únicamente a los bienes muebles, como Licinio Rufino, *libro quarto regularum* en D.5.1.38: *...etiam ibi peti debet, ubi res est. et si mobilis sit res ad exhibendum agi cum herede poterit...*; Ulpiano, *libro sexagensimo sexto ad edictum* en D.3.3.56: *ad rem mobilem petendam datus procurator ad exhibendum recte aget*; la constitución de Gordiano del año 242 d.C en C.9.32.4.1: *et ideo res, quas per eandem abesse quereris, competenti in rem actione vel, si dolo malo fecerit, quo minus res mobiles possideret, ad exhibendum persequere*; pero según nuestra opinión no existen razones para dudar del contenido clásico de los mismos.

[37] En tal sentido Marrone, *Actio ad exhibendum,* cit., 509 y Burillo, *Contribuciones al estudio de la actio ad exhibendum,* cit., 232.

[38] Con referencia a la fórmula petitoria de la *petitio hereditatis* la doctrina ha hecho diferentes propuestas de reconstrucción: así Lenel (*Das Edictum perpetuum,* cit. 177) la presenta en este modo: *si paret hereditatem Publi Maevi ex iure Quiritium Ai Ai esse, si arbitratu tuo res Ao Ao non restituetur, quanti ea res est, tantam pecuniam Nm Nm Ao Ao*

4. Donaciones entre marido y mujer

Además del libro noveno en otro lugar de la obra julianea encontramos el problema de la pérdida dolosa de la posesión, en el libro décimo séptimo *digestorum* en D.24.1.37 cuando Juliano trata de las donaciones entre marido y mujer:

condemnato, si non paret absolvito. Kaser (*Das römische Privatrecht*, München, 1971, 737) propone una fórmula similar a la que hemos citado: *si paret hereditatem L. Titii qua de agitur Ai. Ai. esse ex iure Quiritium neque ea res Ao. Ao. restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Nm. Nm. Ao. Ao. condemnato, si non paret absolvito*; pero según nosotros, tales propuestas, si bien provienen de eminentes investigadores, tienen como dificultad la falta de referencia a la posesión del demandado (en este sentido ver A. Carcaterra, *L'azione ereditaria nel diritto romano*, 2, Roma, 1948, 271 ss.,) que por el contrario parecería ser un punto de inicio en el análisis de tal acción por parte de los juristas que han comentado el edicto del pretor. Así Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum* afirma en D.5.3.9 que la persona que se encuentra obligada con base en la petición de herencia debe poseer un derecho o una cosa hereditaria *pro herede* o *pro possessore*: *regulariter definiendum est eum demum teneri petitione hereditatis, qui vel ius pro herede vel pro possessore possidet vel rem hereditariam*, para después analizar quién puede ser considerado que posee *pro herede* y quién *pro possessore* (ver Lenel, *Palingenesia*, cit., 2, 497), Paulo, *libro vicensimo ad edictum* en D.5.3.22 distingue entre poseedor de buena fe y el *praedo: si et rem et pretium habeat bonae fidei possessor, puta quod tandem redemerit: an audiendus sit, si velit rem dare, non pretium? in praedone dicimus electionem esse debere actoris...* La fórmula de la *petitio hereditatis* no debía mencionar solamente la posesión, sino también la responsabilidad de quien había dejado de poseer con base en el dolo, porque los juristas al comentar el edicto usan los términos: *dolo desierit possidere* (D.5.3.13.2 Ulpiano); *dolo fecerit, quo minus possideat* (D.5.3.13.14 Ulpiano-Marcelo); *dolo fecit quo minus possideret* (D.5.3.25.8 Ulpiano); *dolo malo fecit quo minus possideret* (D.5.3.27.pr.Ulpiano); *dolo desierit possidere* (D.5.3.36.3 Paulo). Lenel en la primera edición del *edictum perpetuum* había efectuado la reconstrucción de la fórmula de la *petitio hereditatis*, indicando la posesión (Das *Edictum perpetuum*, Leipzig, 1883), pero, después que la doctrina de su tiempo había afirmado que no era clásica la referencia a la *possessio iuris*, el maestro había eliminado tal referencia pensando que tal mención habría podido ocasionar incentivos para considerar la existencia de la categoría de la posesión de los derechos (así menciona Carcaterra, *L'azione ereditaria nel diritto romano*, 2, cit., 272). Según nuestra opinión, la fórmula de la *petitio hereditatis*, después el senadoconsulto 'Juvenciano' (mencionado en D.5.3.20.6), era como en origen la había reconstruido Lenel, incorporándose con posterioridad la referencia de quien no posee con base en el dolo en este modo: *Si paret hereditatem qua de agitur ex iure Quiritium Ai Ai esse, quod Nm Nm ex ea hereditate pro herede aut pro possessore possidet dolove malo eius factum est quo minus possideret, neque quid arbitrio tuo Ao Ao restituetur, quanti ea res erit tantam pecuniam Nm Nm Ao Ao condemnato, si non paret absolvito.*

> *Si mulier dolo fecerit, ne res exstaret sibi a marito donata, vel ad exhibendum vel damni iniuriae cum ea agi poterit, maxime si post divortium id commiserit.*[39]
>
> Si la mujer hizo con dolo en modo de que la cosa que le fue donada por el marido ya no exista, el marido puede demandarla con la *actio ad exhibendum* o con la *damni iniuriae* (*si mulier-poterit*), sobre todo si esto sucedió después del divorcio (*maxime-commiserit*).

Juliano concede al marido en contra de la esposa o ex esposa que destruyó dolosamente la cosa que le había donado la *actio ad exhibendum* o la *actio damni iniuriae*, pareciendo que en este modo las dos acciones tuvieran la misma finalidad: resarcir al marido; pero el texto, así como se presenta no concede grandes certezas, por ejemplo, ¿por qué motivo el marido debería escoger una acción y no la otra? ¿Una acción vale lo mismo que la otra?

Según nuestra opinión debemos formular hipótesis que el texto por sí solo no resuelve. Si el marido pretende la restitución de la cosa donada con la *rei vindicatio* y la mujer para evitar entregarla la destruye, ciertamente el pretor no habría podido concederle la acción

[39] El contenido clásico del texto fue criticado por Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 398 (así como por otros autores citados en la nota 352 de su obra y por Burillo, *Contribuciones al estudio de la actio ad exhibendum*, cit. 274), el final del texto *maxime-commiserit* no parecería ser clásico porque no es digno de un especialista de derecho, también si no se hiciera caso del término *maxime* (afirma Marrone en nota 353), sería imposible conservar el final del fragmento 37 porque no se entiende por qué la esposa no debería responder de las cosas destruidas dolosamente durante el matrimonio. Según nuestra opinión el concepto *maxime* no parece adecuado en el contexto, pero también la opinión del investigador hace surgir dudas; si la destrucción de la cosa sucedió antes o después del divorcio no tiene importancia, porque en los dos casos la esposa o ex esposa estará obligada por motivo de la destrucción de la cosa (sin importar que tal hecho haya sucedido antes o después del divorcio). Si el término *maxime* fuera clásico probablemente sería el resultado de un responso del jurista a un hombre divorciado. El hombre pregunta al jurista: ¿puedo demandar a mi ex mujer por la cosa donada en matrimonio aunque la hubiera destruido dolosamente? El jurista da una respuesta afirmativa, sí, con la *actio ad exhibendum* o la *actio damni iniuriae*. Si la cosa la destruyó después del matrimonio, ¿puedo ejercitar tales acciones? El jurista responde: ciertamente (*maxime*), si la destrucción fue realizada después del divorcio. Tal interpretación podría explicar también la razón por la cual el jurista propone el ejercicio de la acción de daño, ya que si en tal acción el dolo no es un requisito fundamental (es suficiente la culpa, como recuerda Marrone), la cuestión que presenta el hombre divorciado tiene como presupuesto que la ex esposa hubiera actuado dolosamente.

real, porque el demandado ya no poseía la cosa,[40] pero el mismo marido se habría encontrado frente a la opción de escoger la *actio ad exhibendum* o la *actio damni iniuriae*.[41]

El ejercicio de la *actio ad exhibendum* es posible porque la fórmula de tal acción tiene en la *intentio* la referencia a la pérdida dolosa de la posesión y aquí la mujer había intencionalmente hecho desaparecer la *res*; con tal acción el actor pretende que el demandado sea condenado al valor de la cosa donada por la imposibilidad que tendrá la esposa (o ex esposa) de exhibirla. La *actio damni iniuriae*, si bien no necesita del dolo como requisito fundamental, era seguramente ejercitable en caso de pérdida dolosa de la cosa, configurándose en tal caso un daño efectuado sin derecho en contra del actor.

La opción de una u otra acción depende de la condena que el actor pretenda exigir al demandado así como del aspecto probatorio; como hemos visto, Juliano en el libro noveno de sus digestos afirma que, en el caso en que el demandado no exhiba la cosa, será obligado en la medida del *iusiurandum in litem* (D.10.4.5.2) y por este motivo, desde el momento que la mujer no podrá exhibir la *res,* será obligada en tal medida. En el caso de la *actio damni iniuriae*,[42] la responsabilidad de quien daña la cosa es diferente, consistiendo la pena en el valor más alto que tuvo la cosa en el último año o en los últimos treinta días; así, por ejemplo, si la mujer hubiera matado un esclavo

[40] Por ejemplo: Celso, *libro nono digestorum* en D.24.1.48: *quae iam nuptae maritus donavit, viri manent et potest ea vindicare...*; Pomponio, *libro quarto decimo ad Sabinum* en D.24.1.31.2 en el caso del terreno donado y después edificado por la esposa: *si vir uxori aream donaverit et uxor in ea insulam aedificaverit, ea insula sine dubio mariti est... si maritus vindicet insulam...*; Paulo, *libro trigesimo sexto ad edictum* en D.24.1.36.pr: *si donatae res exstant, etiam vindicari poterunt...*; *idem, libro sexto quaestionum* en D.24.1.55: *uxor marito suo pecuniam donavit...quod ibi res mulieris permanet et vindicari directo potest...*

[41] *Cfr.* Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 585 ss., y K. Misera, *Der Bereicherungsgedanke bei der Schenkung unter Ehegatten*, Köln-Wien, 1974, 201 ss.

[42] Sobre la responsabilidad aquiliana la literatura es gigantesca, por ejemplo: S. Schipani, *Responsabilitá ex lege Aquilia. Criteri di imputazione e problema della culpa*, Torino, 1969, 1 ss.; G. Valditara, *Damnum iniuria datum*, Torino, 1996, 3 ss; B. Winiger, *La responsabilité aquilienne romaine*, Genève, 1997, 15 ss; F. M. de Robertis, *Damnum iniuria datum*, Bari, 2000, 11 ss; M. F. Cursi, *Iniuria cum damno*, Milano, 2002, 3 ss.; I. Piro *Damnum 'corpore suo' dare. Rem 'corpore' possidere*, Napoli, 2004, 15 ss.

que en el último año se encontraba sano, pero que al momento del homicidio era cojo, la opción del actor seguramente no habría sido la *actio ad exhibendum,* sino la *actio damni iniuriae,* porque en tal modo habría podido obtener un beneficio económico mayor respecto a la primera acción,[43] y además no se encontraría obligado a probar el dolo, sino simplemente que el daño había sido producido injustamente (y por ello también con culpa).

Si el actor escoge la *actio ad exhibendum,* la responsabilidad del demandado no se limitaría al valor más alto que tuviera la cosa en el último año o en los últimos treinta días, podría inclusive pretender una mayor condena, y si bien debe probar el dolo de la mujer (en el caso de la culpa no se puede demandar con tal acción) no deberá demostrar que el daño fue efectuado *corpore corpori*.

En conclusión podemos afirmar que la *actio ad exhibendum* y *actio damni iniuriae* tienen la misma finalidad, permitir que el demandado sea condenado por la cosa destruida dolosamente, y la opción entre las dos acciones dependerá del caso específico.

5. Cancelación de las palabras escritas en las tablillas testamentarias (o de un documento)

Juliano, *libro quadragensimo octavo digestorum* en D.9.2.42:

> *Qui tabulas testamenti depositas aut alicuius rei instrumentum ita delevit, ut legi non possit, depositi actione et ad exhibendum tenetur, quia corruptam rem restituerit aut exhibuerit. legis quoque Aquiliae actio ex eadem causa competit: corrupisse enim tabulas recte dicitur et qui eas interleverit.*[44]

[43] Gaio, 3.214. *Quod autem adiectum est in hac lege: QUANTI IN EO ANNO PLURIMI EA RES FUERIT, illud efficit, si clodum puta aut luscum servum occiderit, qui in eo anno integer fuit, (ut non quanti clodus aut luscus, sed quanti integer fuit) aestimatio fiat; quo fit, ut quis plus interdum consequatur quam ei damnum datum est.*

[44] El texto seguramente fue modificado si bien debemos establecer en qué medida; Beseler, *Beiträge*, 1, cit. 23 elimina *aut-instrumentum*, sustituye *delevit* por *interlevit* y *possit* por *possint*, cancela la referencia a la *actio ad exhibendum* y los términos *quia-exhibuerit*. Investigadores como S. Riccobono, *Traditio ficta* in ZSS, 34, 1913, 238; W. Rechnitz, *Studien zu Salvius Julianus*, Weimar, 1925, 73; A. Schiller, *Trade secrets and the roman law* in *Studi in Onore di S. Riccobono*, 4, Palermo, 1936, 88; Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 405; Burillo, *Contribuciones al estudio de la actio ad exhibendum*, cit. 268 y G. Valditara, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano*

> Aquel que canceló las palabras escritas de las tablillas del testamento depositadas o del documento que se refiere a algún tipo de acto en modo que no pueda ser leído está obligado con base en la *actio depositi* o a la *actio ad exhibendum*, porque restituyó o exhibió la cosa alterada (*Qui-exhibuerit*). Compete también por la misma causa la *actio legis Aquiliae* (*legis-competit*), ya que correctamente se dice que canceló las palabras escritas de las tablillas también el que las haya alterado (*corrupisse-interleverit*).

Este texto presenta varios problemas; en primer lugar se debe determinar quién puede ser considerado actor en el ejercicio de las acciones manifestadas por Juliano: el testador o el heredero.

Ciertos autores sin indicar motivaciones,[45] han planteado que el jurista adrianeo considerase que la persona que podía demandar en juicio con la *actio depositi, ad exhibendum* o *actio legis Aquiliae* fuera el testador por el valor de las tablillas y por los gastos que se hubieran ocasionado para realizar el testamento. Tal tesis fue negada por Valditara,[46] el cual afirma que como se trataban de simples cancelaciones a la escritura no se podía tratar de tal aspecto y que el segundo punto se encuentra claramente negado en D.9.2.41.pr., que no concede la acción aquiliana al testador en caso de destrucción del testamento.[47]

ed estensione della tutela ai non domini, Milano, 1992, 125, aceptan la opinión de Beseler que en el texto original no se hacía mención a la expresión *aut-instrumentum* y sobre tal punto estamos de acuerdo, porque al inicio del libro XLVIII *digestorum*, Juliano trata de la materia hereditaria (ver Lenel, *Palingenesia*, 1, cit., 444 ss.), además el término *depositas* se refiere a las tablillas testamentarias y no a los *instrumenta* y al final del texto se regresa a tratar de las tablillas y no de los documentos. El verbo debería ser escrito al plural y no al singular (*possint* y no *possit*), pero probablemente es un error del escribano. El problema que presenta mayor importancia en nuestra investigación consiste en el ejercicio de la *actio ad exhibendum*, y sobre tal punto la doctrina no tiene una posición común: aceptan la opinión de Beseler que tal referencia no es clásica autores como Burillo mientras que otros autores creen lo contrario como Marrone (ver más referencias en Valditara en la nota 329). Tal problema será afrontado a continuación.

[45] Por ejemplo: J. B. Thayer, *Lex Aquilia: (Digest 9.2, ad legem Aquiliam): text, translation and commentary*, Cambridge, 1929, 109; Schiller, *Trade secrets and the roman law*, cit., 89, F. H. Lawson, *Negligence in the civil law: introduction and select text*, Oxford, 1950, 125.

[46] Valditara, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, cit., 127 ss., y nota 339.

[47] Ulpiano, *libro quadragensimo primo ad Sabinum* en D.9.2.41: *si quis testamentum deleverit, an damni iniuriae actio competat, videamus. et Marcellus libro quinto digestorum*

Según nuestra opinión, la tesis que fuera el testador quien habría podido ejercitar tales acciones presenta fundamentos que deben ser valorados, porque si bien se encuentra excluida tal posibilidad en el caso de la *actio legis Aquiliae* en D.9.2.41.pr., debemos observar que el pasaje no pertenece a Juliano, sino a Ulpiano, el cual presenta una opinión de Marcelo precedida del verbo *dubitare*: *dubitans negat competere*, probablemente porque otros juristas (por ejemplo, Juliano) habrían pensado diferente.

Además, con referencia al ejercicio de la *actio ad exhibendum*, Ulpiano, en el libro sexagésimo octavo *ad edictum* en D.43.5.3.5, comentando la parte edictal que se refiere al interdicto *de tabulis exhibendis* afirma que, si el testador todavía en vida hubiera querido que le fueran exhibidas sus tablillas testamentarias para reivindicarlas, no habría tenido lugar el interdicto *de tabulis exhibendis* sino la *actio ad exhibendum*.[48] *si ipse testator, dum vivit, tabulas suas esse dicat et exhiberi desideret, interdictum hoc locum non habebit, sed ad exhibendum erit agendum, ut exhibitas vindicet*... Tal afirmación presenta importancia en nuestra investigación, ya que D.9.2.42 forma parte del libro cuadragésimo octavo *digestorum*, en donde Juliano estaba analizando al mismo modo que Ulpiano, la parte del edicto que correspondía al interdicto *de tabulis exhibendis*,[49] pero en tal texto no permanecen huellas de tal interdicto, por esto podría considerarse que el jurista adrianeo, al igual que Ulpiano, excluyera la aplicación del *interdictum* al testador, proponiendo por el contrario otras alternativas entre las cuales se encontraba la *actio ad exhibendum*.

Si Juliano hubiera hecho referencia al heredero y no al testador en D.9.2.42 tal texto sería el único ejemplo de aplicación de la *actio ad exhibendum* en el caso de la cancelación de la escritura en las tablillas testamentarias,[50] además deberíamos suponer que el jurista ha-

dubitans negat competere: quemadmodum enim, inquit, aestimatio inibitur? ego apud eum notavi in testatore quidem hoc esse verum, quia quod interest eius aestimari non potest, verum tamen in herede vel legatariis diversum, quibus testamenta paene chirographa sunt...

[48] *Cfr.* Lenel, *Palingenesia*, 2, cit., 804 y *Edictum perpetuum*, cit., 455 ss.

[49] *Cfr.* Lenel, *Palingenesia*, 1, cit., 445 y *Edictum perpetuum*, cit., 455 ss.

[50] Sobre este punto Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 407 afirma: no parece que la tesis de Juliano haya tenido mucho éxito: no son pocos los pasajes jurisprudenciales que

bía concedido la *actio depositi* como sucesor del testador el cual habría depositado las tablillas testamentarias en las manos del demandado.

Las puntualizaciones que hemos efectuado podrían dar mayores fundamentos a la tesis que el texto de Juliano hiciera referencia al testador y no al heredero, pero tal hipótesis no puede superar las objeciones que Valditara hizo sobre tal punto,[51] ya que en D.9.2.42 puede observarse que el descubrimiento de la cancelación del contenido de las tablillas presuponía la previa *restitutio* o la *exhibitio* de las tablillas por parte del depositario, que probablemente había sido efectuada después de la muerte del testador y de frente al pretor,[52] además la acción aquiliana debía corresponder al heredero, porque tratándose de simples cancelaciones a la escritura no se constituía un daño al testador, sino al *heres* que no habría podido pedir la *bonorum possessio* al pretor porque en el documento se encontraba cancelado su nombre.

En conclusión, podemos afirmar que Juliano atribuye al heredero la posibilidad de intentar en contra del depositario que canceló el contenido de las tablillas testamentarias la *actio depositi, ad exhibendum* y *actio legis Aquiliae*. El *heres* habría podido demandar con la *actio depositi* como sucesor del depositante[53] y la aplicación

pertenecen a otros autores que, para la cancelación de las palabras de las *tabulae*, o de otros documentos discuten de la aplicación de una u otra acción, pero no mencionan la *actio ad exhibendum*.

[51] Valditara, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, cit., 127 ss.

[52] P. Voci, *Diritto ereditario romano*,2, Milano, 1967, 107 afirma: el depositario del testamento tiene la obligación de entregarlo, muerto el testador, a la autoridad.

[53] En tal sentido Burillo, *Contribuciones al estudio de la actio ad exhibendum*, cit., 269. En el caso en que el depositante hubiera sido una tercera persona y no el testador, seguramente el heredero no habría podido ejercitar tal acción, así Ulpiano, *libro trigensimo ad edictum* en D.4.3.35, por ejemplo, no concede la *actio depositi* al heredero, sino la acción de dolo: *si quis tabulas testamenti apud se depositas post mortem testatoris delevit vel alio modo corruperit, heres scriptus habebit adversus eum actionem de dolo*. La razón es claramente explicada por Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 408 n. 378: el depósito de las *tabulae* no había sido efectuado por el testador, sino por una tercera persona. C. A. Maschi, *La categoria dei contratti reali*, Milano, 1973, 179 considera que en D.9.2.42 Juliano hacía referencia a una *actio in factum depositi*, opinión que no aceptamos porque en el texto no encontramos tal mención.

de la *actio legis Aquiliae* no puede ser motivo de dudas, porque, como es notorio, en el periodo adrianeo no existían problemas en considerar iguales en sus consecuencias jurídicas los términos *rumpere* y *corrumpere* y la cancelación de la escritura de las tablillas es un claro ejemplo del segundo concepto.[54]

El problema que tiene importancia en nuestra investigación se refiere al ejercicio de la *actio ad exhibendum* en el presente texto. Según Burillo,[55] no puede ser considerada clásica tal mención, porque en cualquier caso el heredero habría podido utilizar el *interdictum de tabulis exhibendis*, además, como hemos afirmado anteriormente el caso de la cancelación del contenido de las tablillas testamentarias la jurisprudencia no tomó en consideración la *actio ad exhibendum*.

Según nuestra opinión, las objeciones de Burillo no son determinantes, porque, como hemos afirmado, el descubrimiento de la cancelación del contenido de las tablillas tenía como presupuesto la *restitutio* o la *exhibitio* que el depositario había hecho frente al magistrado en cumplimiento del *interdictum de tabulis exhibendis*. La finalidad de la *actio ad exhibendum* no sería la de exhibir nuevamente el documento, sino indemnizar al heredero por los daños causados con la cancelación, y si bien el texto representa el único ejemplo en que encontramos referencias al ejercicio de la *actio ad exhibendum* para tales fines, podemos considerar simplemente que la tesis de Juliano no había encontrado aceptación por parte de otros juristas.

La cancelación de la escritura que se encontraba en las tablillas testamentarias puede ser considerada una pérdida dolosa de la posesión, porque la exhibición, que había sido hecha previamente al ejercicio de la acción, no había liberado al depositario de su responsabilidad. Juliano no enuncia en el texto que tal caso puede ser asimilado a una pérdida dolosa de la posesión, como había afirmado expresamente en otros lugares, pero si en D.9.2.42 la *actio ad exhibendum* podía

[54] Ulpiano, *libro octavo decimo ad edictum* en D.9.2.27.13: *inquit lex 'ruperit'. rupisse verbum fere omnes veteres sic intellexerunt 'corruperit'*. Aceptamos en su totalidad el análisis del texto efectuado por Valditara, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, cit., 124 ss., en referencia a la aplicación de la *actio legis Aquiliae*, pero, ya que tal aspecto no nos interesa directamente reenviamos a las conclusiones de tal autor.

[55] Burillo, *Contribuciones al estudio de la actio ad exhibendum*. cit., 268 ss.

ser ejercitada después que había sido exhibida la cosa, seguramente el presupuesto de su ejercicio no podía continuar a ser la posesión del demandado, sino una situación que debía asimilarse a la pérdida dolosa de la posesión como sucedía en el presente caso.

IV. La posición de Pomponio

Pomponio analiza la pérdida dolosa de la posesión en su comentario *ad Sabinum* en diferentes casos: donaciones entre el marido y la esposa, en el libro décimo cuarto en D.10.4.14, el problema del tesoro en el libro décimo octavo en D.10.4.15 y el lanzamiento de la cosa que el acreedor pignoraticio había restituido por parte del deudor en D.13.7.3, todos estos textos fueron analizados previamente porque mencionaban el pensamiento de Labeón (a excepción del primero); a éstos puede incluirse el caso del esclavo, presunto responsable de haber cometido un hurto tratado en el libro vigésimo segundo *ad Sabinum* en D.12.4.15 y por último Ulpiano, en el libro vigésimo cuarto *ad edictum* en D.10.4.9.1, menciona una opinión de Pomponio en referencia a las bellotas caídas en el fundo ajeno.

1. Donaciones entre marido y mujer

Pomponio, *libro quarto decimo ad Sabinum* en D.10.4.14:

> *Si vir nummos ab uxore sibi donatos, sciens suos factos non esse, pro re empta dederit, dolo malo fecit quo minus possideat et ideo ad exhibendum actione tenetur.*
>
> Si el marido dio el dinero que la mujer le había donado para comprar una cosa, sabiendo que no era suyo (*si-dederit*), hizo en modo de no poseer con dolo y por este motivo se encuentra obligado con la *actio ad exhibendum* (*dolo-tenetur*).

Una mujer, que pretende que su marido le restituya el dinero donado,[56] puede demandarlo con base en una *rei vindicatio, condictio* o

[56] Así como Pomponio, Ulpiano en el libro trigésimo segundo de su comentario *ad Sabinum* en D.24.1.3.11 subraya la falta de legitimidad de las donaciones de dinero hechas entre los cónyuges, por ello Ulpiano (¿Sabino?) afirma que el dinero donado por el marido a la mujer no pertenece a la misma, porque ninguna cosa corporal que proviene del marido se hace de la esposa: *si quis igitur nummos uxori dederit, non fieri eius apparet, quia nihil corporis eius fieri palam est.*

actio ad exhibendum,[57] en el primer caso es indispensable que el cónyuge posea todavía la *res*,[58] pero como el marido había utilizado el dinero para adquirir una cosa, no se podía ejercitar la acción real porque ya no tenía el dinero. La *condictio* podía ejercitarse en los casos de pérdida de la posesión,[59] pero, desde el momento que la adquisición de la cosa fue hecha por el marido con pleno conocimiento que el dinero no era suyo, el jurista considera la pérdida de la posesión como dolosa, y por esto propone la utilización de la *actio ad exhibendum*.

Pomponio afirma que el marido está obligado con la *actio ad exhibendum,* pero no especifica el significado de tal responsabilidad; tal problema parece muy interesante, porque, si bien el demandado ya no tiene la posesión de la cosa, tal situación no sería un obstácu-

[57] Tal pensamiento lo hemos elaborado (al mismo modo que L. Aru, *Le donazioni fra coniugi in diritto romano,* Padova, 1938, 381 ss.,) con base en un texto de Ulpiano, *libro vicensimo sexto ad edictum* en D.12.1.11.2, que, si bien no se refiere a las donaciones entre cónyuges, sino a un caso diferente (el esclavo fugitivo que presta dinero a una persona sin la voluntad del *dominus*); en los dos casos existe el presupuesto que la persona que recibe el dinero no se transforma en titular del mismo. El jurista severiano afirma que puede demandarse con la *rei vindicatio*, si todavía tiene en sus manos el dinero, con la *actio ad exhibendum,* si con dolo haya perdido la posesión y con la *condictio,* si fue consumado sin dolo: *...vindicari nummi possunt, si exstant, aut, si dolo malo desinant possideri, ad exhibendum agi: quod si sine dolo malo consumpsisti, condicere tibi potero.*

[58] Ver la nota anterior.

[59] Como puede observarse, por ejemplo, en Ulpiano, *libro trigesimo secondo ad Sabinum* en D.24.1.5.6 en el caso de la donación de una servidumbre que ya no era utilizada por el cónyuge: *si donationis causa vir vel uxor servitute non utatur, puto amitti servitutem, verum post divortium condici posse*; en D.24.1.5.18 el mismo jurista, en la misma obra, explica que puede demandarse con la *rei vindicatio,* si la cosa se encuentra todavía en poder del cónyuge y con la *condictio,* si fue consumida, pero en tal caso él será obligado en la medida de su enriquecimiento: *in donationibus autem iure civili impeditis hactenus revocatur donum ab eo ab eave cui donatum est, ut, si quidem exstet res, vindicetur, si consumpta sit, condicatur hactenus, quatenus locupletior quis eorum factus est.* Después de tal texto los compiladores completan la idea de Ulpiano en relación con la cosa consumida con un texto de Gayo, *libro undecimo ad edictum provinciale* en D.24.1.6 en donde se menciona la aplicación de la *condictio*: *quia quod ex non concessa donatione retinetur, id aut sine causa aut ex iniusta causa retineri intellegitur: ex quibus causis condictio nasci solet.*

lo para la exhibición de la *res*, ya que el marido no deberá entregar las mismas monedas que recibió de la mujer, sino simplemente una cantidad equivalente.

Con base en los textos de Juliano en D.24.1.37 y de Pomponio en D.10.4.14 podemos observar que en el caso de las donaciones entre cónyuges, la función de la *actio ad exhibendum* tiene siempre como presupuesto la pérdida dolosa de la posesión, porque, si falta el requisito del dolo, el cónyuge podrá actuar con una acción diferente (la *condictio*).

2. El esclavo presunto responsable de haber cometido un hurto

Pomponio, *libro vicensimo secundo ad Sabinum* en D.12.4.15:

> *Cum servus tuus in suspicionem furti Attio venisset, dedisti eum in quaestionem sub ea causa, ut, si id repertum in eo non esset, redderetur tibi: is eum tradidit praefecto vigilum quasi in facinore deprehensum: praefectus vigilum eum summo supplicio adfecit. ages cum Attio dare eum tibi oportere, quia et ante mortem dare tibi eum oportuerit. Labeo ait posse etiam ad exhibendum agi, quoniam fecerit quo minus exhiberet. Sed Proculus dari oportere ita ait, si fecisses eius hominem, quo casu ad exhibendum agere te non posse: sed si tuus mansisset, etiam furti te acturum cum eo, quia re aliena ita sit usus, ut sciret se invito domino uti aut dominum si sciret prohibiturum esse.*[60]
>
> Si tu esclavo hubiera sido un presunto responsable de haber cometido un hurto en contra de Atio (*cum-venisset*), y tú se lo entregaste para someterlo a una *quaestio* con esta condición, que, si el esclavo hubiera resultado extraño a tal hecho, te lo habría de devolver (*dedisti-tibi*). Atio entrega el esclavo al *praefectus vigilum* como si hubiera sido sorprendido al cometer el robo (*is-deprehensum*) y el *praefectus vigilum* lo castiga con la pena de muerte (*praefectus-adfecit*). Ejercitarás acción en contra de Atio para que te lo deba dar, porque también antes de la muerte habría debido entregártelo (*ages-oportuerit*). Labeón había afirmado que se podía ejercitar también la acción *ad exhibendum*, ya que Atio había hecho en modo de no exhibirlo (*Labeo-exhiberet*). Pero Próculo era de la opinión que lo debía dar, si le hubiera transferido la propiedad del esclavo, en tal caso tú no habrías podido ejercitar la *actio ad exhibendum* (*sed Proculus-posse*); pero, si el esclavo hubiera permanecido tuyo, podías también haber ejercitado en contra de él la acción de hurto, porque usó una cosa ajena (*sed si-usus*), sabiendo que lo hacía en contra de la voluntad del propietario o que el propietario se lo habría prohibido, si lo hubiera sabido (*ut-prohibiturum esse*).

[60] Con referencia a la doctrina interpolacionística se vea la opinión de H. Kreller, *Formula fiduciae und Pfandedikt* en ZSS, 62, 1942, 195 ss., aceptada por Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 427 ss., pero nosotros, al mismo modo que A. D'Ors, *Dare servum in quaestionem* e *datio ex eventu (Una reinterpretación de D.12.4.15)* en Iura, 22, 1971, 140, consideramos que el texto puede ser explicado razonablemente sin necesidad de quitar o alterar nada de su contenido y ni siquiera suponer interventos compilatorios.

El texto de Pomponio se encuentra en la parte del comentario a Sabino que se refiere a la *condictio*:[61] una persona entregó[62] su esclavo a Atio que sufrió un hurto, con la finalidad que pueda ser valorada su responsabilidad en un proceso criminal. Atio no procede a la investigación mediante tortura, sino que lo entrega directamente al *praefectus vigilum*, como si hubiera sido sorprendido en el momento de haber cometido el delito y por ello fue condenado a muerte. ¿Qué

[61] Lenel, *Palingenesia*, 2, cit., 130.

[62] En el presente caso simplemente se menciona que el esclavo fue entregado a Atio sin que se especifique en qué modo: *dedisti eum in quaestionem*, la doctrina ha tratado de explicar el acto con el cual se realizó la transmisión, así, por ejemplo: H. J. Wolf, *Condictio ob causam datorum, furtum, aquilische Haftung. Ein exegetischer Versuch* en *Sein und Werden im Recht. Festgabe für U. von Lübtow zum 70. Geburstag am 21. August 1970*, Berlín, 1970, 541 ss, considera una *mancipatio causa noxalis*, pero correctamente D'Ors, *Dare servum in quaestionem* y *datio ex eventu (Una reinterpretación de D.12.4.15)*, cit., 138 ss., no acepta tal posición, porque en su opinión: "*dare in quaestionem* no quiere decir que se ha hecho una *mancipatio ex noxali causa;* tampoco debe pensarse en una *mancipatio fiduciae causa*, ni en mancipación ninguna... cuando se entrega un esclavo no hace falta transmitir la propiedad.". E. Stolfi, *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio* en SDHI, 63, 1997, 24 nt.106 acepta la opinión que D'Ors había hecho a la tesis de Wolff, pero no la última afirmación que acabamos de citar. Según nuestra opinión el caso presentado por Pomponio voluntariamente no explica el modo en que se hizo la entrega del esclavo, porque la diferencia de posición de la jurisprudencia depende del hecho que haya sido transmitida o no la propiedad del mismo; así, si el caso hubiera tenido como presupuesto que Atio se hubiera transformado en propietario del esclavo, parecería inútil la puntualización de Proculo: el ejercicio de la *condictio* necesita de la transmisión de la propiedad a Atio, excluyéndose en tal caso la *actio ad exhibendum*, pero, si no hubiera sido transmitida la propiedad, habría podido ejercitarse en contra de Atio la acción de hurto (*sed Proculus dari oportere ita ait, si fecisses eius hominem, quo casu ad exhibendum agere te non posse: sed si tuus mansisset, etiam furti te acturum cum eo*...).

acción habría podido tener el propietario del esclavo en contra de Atio? La jurisprudencia presenta diferentes soluciones:

a) un jurista (probablemente Sabino)[63] considera que el sujeto, el cual entrega el propio esclavo a Atio, pueda demandar con la *condictio*,[64] como puede comprobarse con la utilización de los términos *dare oportere* mencionados en el texto, acción que habría podido ejercitarse también en el caso en que el esclavo estuviera todavía vivo. Tesis que según nosotros aceptaba Pomponio.[65]
b) Labeón, además de la *condictio,* concede la *actio ad exhibendum*.[66]

[63] Wolf, *Condictio ob causam datorum, furtum, aquilische Haftung*, cit., 543 cree que el caso propuesto se encontraba en la obra de Sabino y Pomponio se refería al debate jurisprudencial. En el mismo sentido D'Ors, *Dare servum in quaestionem y datio ex eventu,* cit., 140 ss; más prudente Stolfi, *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio,* cit., 25 y R. Astolfi, *I libri tres iuris civilis di Sabino,* Padova, 2001, 15 ss. No creamos pueda aceptarse la tesis di Huvelin, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain,* cit., 582, que la presente posición corresponda a Labeón, porque parecería extraño que Pomponio antes hubiera mencionado una opinión sin citar el jurista y después, cuando habla de la *actio ad exhibendum,* afirmase: *Labeo ait...etiam...* (en tal caso la referencia a Labeón debería haber sido hecha antes y no después). La función del término *etiam* consiste en unir la primera opinión con la posición de Labeón, es decir, Labeón tiene la misma opinión e incluye otra posibilidad: la *actio ad exhibendum*.

[64] Ya que el motivo de la investigación no se refiere a tal punto, reenviamos a la doctrina el análisis del problema del tipo de *condictio* que se debería tratar; por ejemplo, Huvelin, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain,* cit., 582 piensa en una *condictio ex causa furtiva*; más referencias a la presente tesis se encuentran en Wolff, *Condictio ob causam datorum, furtum, aquilische Haftung*, cit., 538 nt. 2 el cual opina que se trata de una *condictio ob causam datorum* (541 ss.). Parecería que D'Ors, *Dare servum in quaestionem y datio ex eventu (Una reinterpretación de D.12.4.15),* cit., 138 aceptase tal posición; por último, *cfr*. Stolfi, *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio,* cit., 25.

[65] D'Ors, *Dare servum in quaestionem e datio ex eventu*, cit., 141 afirma que Pomponio, como otras veces, se limita a recoger las opiniones de la doctrina, pero ninguna objeción expresa en contra de la *condictio*; efectivamente, según nuestra opinión, la tesis que propone la aplicación de esta acción es plenamente aceptada por tal jurista, porque el texto se encuentra en la parte del comentario *ad Sabinum*, que se refiere a la *condictio* (ver nota 61), además en este modo podría explicarse la razón de la causa por la cual no indicó el autor de la presente opinión. Si tal tesis era de Sabino, Pomponio al aceptarla la hacía como si fuera suya.

[66] Stolfi, *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, cit., 25 interpreta la posición de Labeón en dos modos: la *condictio* se refería solamente al caso en que no hubiera existido

c) Próculo distingue si fue hecha o no la transmisión de la propiedad. En el caso en que Atio se haya convertido en titular del esclavo, se puede ejercitar en contra de él la *condictio,* si por el contrario no fue hecho en este modo, debe excluirse tal acción, pero pueden utilizarse la *actio ad exhibendum* y la acción de hurto.

Pomponio presenta informaciones precisas sobre las posiciones de Labeón y Próculo en referencia a la *actio ad exhibendum*. Labeón atribuye la acción de exhibición a la persona que entregó el esclavo a Atio, sin que tuviera importancia si se transformó en titular del *servus,* porque el actor tiene un interés a la exhibición y el demandado hizo en modo de no exhibir: *quoniam fecerit quo minus exhiberet.* El demandado perdió la posesión del esclavo, pero su entrega al *praefectus vigilum* era considerada como una pérdida dolosa de la posesión, porque no había respetado el acuerdo entre las partes.

Próculo concede el ejercicio de la *actio ad exhibendum* solamente al titular del *servus,* también en el caso en que el demandado ya no tuviera la posesión, porque al mismo modo que Labeón, había considerado como pérdida dolosa de la posesión la entrega al *praefectus vigilum*.

Labeón y Próculo aceptan que tal situación pueda considerarse como una pérdida dolosa de la posesión y la diferencia de posición se limita solamente al ejercicio de la misma. Según Labeón, la persona que ha entregado el esclavo a Atio puede ejercitar la *actio ad exhibendum,* también si ya no es propietario del mismo, por el contrario Próculo concede la acción solamente al propietario del esclavo. No sabemos si Pomponio aceptó la tesis de Labeón o de Próculo (aunque parecería que hubiera aceptado la tesis del segundo juris-

transmisión de la propiedad, negándose cualquier tipo de tutela procesal en una situación diferente, y los compiladores habrían sintetizado la argumentación, incorporando la conjunción *etiam* para otorgar armonía al contexto (tesis de Wolff, *Condictio ob causam datorum, furtum, aquilische Haftung,* cit., 543), o bien podríamos considerar de forma más simple, que Labeón estaba de acuerdo con la tutela procesal mediante la *condictio.* Nosotros hemos escogido la segunda posición, porque como hemos afirmado en la nota 62, el caso expuesto por Pomponio no especificaba intencionalmente el modo en que había sido entregado el esclavo.

ta porque no encontramos ejemplos en donde Pomponio hubiera concedido tal acción a quien no era propietario), pero seguramente, así como tales juristas, veía en el presente caso una pérdida dolosa de la posesión.

3. *Actio ad exhibendum* y las bellotas caídas en el fundo ajeno

Ulpiano, *libro vicensimo quarto ad edictum* en D.10.4.9.1 presenta la opinión de Pomponio en referencia a un ejemplo de pérdida dolosa de la posesión:

> *Glans ex arbore tua in fundum meum decidit, eam ego immisso pecore depasco: qua actione possum teneri? Pomponius scribit competere actionem ad exhibendum, si dolo pecus immisi, ut glandem comederet: nam et si glans extaret nec patieris me tollere, ad exhibendum teneberis, quemadmodum si materiam meam delatam in agrum suum quis auferre non pateretur. et placet nobis Pomponii sententia, sive glans extet sive consumpta sit...*[67]
>
> Las bellotas que provienen de tu arbol cayeron en mi fundo, yo introduje bestias[68] para alimentarlas con tales frutos. ¿Con base en qué acción puedo estar obligado? (*Glans-teneri*?).[69] Pomponio había escrito que correspondía la *actio ad exhibendum* (*Pomponius-exhibendum*), si se hubieran introducido las bestias en modo doloso con la finalidad de que se comieran las bellotas (*si-comederet*). Ciertamente también en el caso en que las bellotas siguieran existiendo y tú no me permites recogerlas, serías obligado de todos modos con la *actio ad exhibendum* (*nam-teneberis*), así como sucedería si alguna persona no permitiera que yo me lleve el material que dejé en tu fundo (*quemadmodum-pateretur*). Y Ulpiano acepta la opinión de Pomponio si las bellotas permanecen todavía en el fundo o si han sido comidas (*et-extet*)...[70]

Pomponio, analizando la *intentio* de la fórmula de la *actio ad exhibendum*, probablemente en su comentario *ad edictum*,[71] presenta un caso asimilable a una pérdida dolosa de la posesión. El titular del fundo intencionalmente introdujo bestias para alimentarlas con los frutos ajenos que se encontraban en el terreno; en el texto se usa claramente el término *dolus*, requisito fundamental con base en el cual el jurista concede al propietario de las bellotas la posibilidad de demandar con la *actio ad exhibendum* en contra del *dominus fundi*. El demandado no habría podido cumplir la orden de *exhibitio*, porque las bellotas ya no existían, situación por la que la doctrina considera que el actor habría obtenido el pago de la correspondiente

[67] Beseler, *Beiträge*, 1, cit., 37 niega que sea clásica la parte del texto *nam-in fine*; tal opinión es aceptada por Marrone, *actio ad exhibendum*, cit., 401, atribuyendo tal versión a un autor posclásico, si bien siguiendo principios clásicos. La palabra *nam*, según el investigador, debería ser una motivación de la decisión anterior, pero no lo es porque si la *actio ad exhibendum* viene aplicada *re extante* tal hecho no significa que la misma acción se deba conceder también después de la extinción dolosa. El demandado es indicado en segunda persona, mientras que en la parte anterior se usaba la primera persona; es errada la *consecutio temporum* en la parte *si... extaret nec patieris*, porque debería decir *extet*. Según nuestra opinión, efectivamente *nam* es una motivación (como veremos atribuible a Ulpiano) de la precedente decisión, la *actio ad exhibendum* es concedida porque el actor hizo en modo doloso de no poseer; por esto a mayor razón, debería ser obligado si todavía existieran las bellotas. La indicación de Marrone, que al inicio del texto Ulpiano habla en primera persona y después a partir de *nam* cambia a la segunda, es un elemento que no puede ser negado, pero podría explicarse en el sentido que en la obra de Pomponio el problema se encontraba enunciado en primera persona y por esto al inicio del texto de Ulpiano se presentaba la cuestión en tal forma, cambiando después a la segunda persona cuando el jurista severiano da su propia opinión. Estamos de acuerdo que sea un error la *consecutio temporum*, pero probablemente podría atribuírse a un escribano. Mayores referencias al presente problema son mencionados por E. Stolfi, *Studi sui libri ad edictum di Pomponio*, 2, Milano, 2001, 523, n. 163.

[68] Hemos usado el término bestias y no ovejas porque como demuestra claramente Stolfi, *Studi sui libri ad edictum di Pomponio*, cit., 524 ss., *pecus* puede tener un significado más amplio y no existen noticias en los autores *de re rustica* que las ovejas comieran bellotas, a diferencia de las cabras y de los cerdos (animales que pueden ser incluidos en el término *pecus*). El problema no puede considerarse simplemente una sutileza filiológica porque tiene importancia en la determinación del dolo del demandado; por ejemplo, si el actor afirmaba que las ovejas del *dominus fundi* habían comido sus bellotas no sería posible demostrar la intención dolosa del demandado desde el momento que tales animales no tenían la costumbre de comer tales frutos.

[69] Tal *quaestio* fue formulada por Ulpiano, pero, como la parte que sigue del texto debe ser unida al pensamiento de Pomponio, podemos considerar que el segundo jurista tuviera presente el presente caso, aunque si bien no en forma de pregunta.

[70] La parte *nam-non pateretur* probablemente no pertenece a Pomponio, porque inmediatamente después Ulpiano afirma aceptar la opinión especificando los dos casos que se encuentran en el texto, pero el caso inicial que presenta Ulpiano bajo forma de pregunta, se refería solamente el problema de los animales que comieron las bellotas. Si Pomponio hubiera tomado en consideración también el segundo caso, el jurista severiano, de aceptar su opinión, habría debido afirmar simplemente *et placet nobis Pomponii sententia*, sin necesidad de especificar que hacía referencia a los dos casos: *sive... sive...*

[71] *Cfr.* Lenel, *Palingenesia*, 2, cit., 30 ss.

condena pecuniaria;[72] pero en el caso en que el *dominus fundi* hubiera querido restituir al actor la misma cantidad de bellotas y de la misma cualidad que habían comido sus bestias, debemos preguntarnos si era posible tal situación. Según nuestra opinión no existen obstáculos para negar esta posibilidad, sobre todo porque tales frutos pueden ser considerado como un ejemplo de cosas fungibles.

Aristón había tratado de dar una solución a un problema similar y observaba la dificultad que existía en escoger una determinada acción; así recuerda Ulpiano, *libro quadragesimo primo ad Sabinum* en D.19.5.14.3:

> *Si glans ex arbore tua in meum fundum cadat eamque ego immisso pecore depascam: Aristo scribit non sibi occurrere legitimam actionem, qua experiri possim: nam neque ex lege duodecim tabularum de pastu pecoris (quia non in tuo pascitur) neque de pauperie neque de damni iniuriae agi posse: in factum itaque erit agendum.*[73]
>
> Si caen bellotas de tu árbol en mi fundo y yo introduzco bestias para alimentarlas (*Si-depascam*), escribe Aristón que no puede ser utilizada una acción legítima en contra de mí (*Aristo-passim*); por ello, no puede ejercitarse con base en las XII tablas la *actio de pastu pecoris*[74] porque no se alimentan en tu fundo, ni la *actio de pauperie*[75] ni la *actio de damni iniuriae*[76] (*nam-posse*) y por esto se deberá demandar con una *actio in factum.*

En el primer caso Aristón explica claramente la causa por la que la *actio de pastu pecoris* no puede ser ejercitada en contra del que ocasiona el daño: los animales que se alimentan con las bellotas ajenas se encuentran en el fundo que pertenece a la misma persona que causa el daño. En los otros dos casos falta la explicación, pero podemos considerar que se debe excluir la *actio de pauperie,* porque no todas las bestias pueden ser consideradas como *quadrupes*[77] y la *actio de*

[72] En tal sentido Stofi, *Studi sui libri ad edictum di Pomponio,* 2, cit. 526 y n. 174 que debería corresponder al *id quod interest.*

[73] *Cfr.* Lenel, *Das Edictum Perpetuum,* cit., 195 ss.

[74] *Ibidem,* 198 ss.

[75] *Ibidem,* 195 ss.

[76] *Ibidem,* 198 ss.

[77] Ulpiano, *libro octavo decimo ad edictum* en D.9.1.1.pr: *si quadrupes pauperiem fecisse dicetur, actio ex lege duodecim tabularum descendit...*; Ulp. 19.1: *...quadrupedes, quae dorso collove domantur, velut boves muli equi asini.*

damni iniuriae porque los animales no pueden cometer *iniuria.*[78] La solución del jurista consiste en conceder al propietario de las bellotas una *actio in factum* que pueda prescindir de aquellas mencionadas antes.[79]

El caso que presenta Aristón es parecido al de Pomponio pero no igual,[80] ya que el propietario del fundo habría podido introducir las bestias para hacerles comer hierba (como hacía normalmente) sin intención de darles de comer las bellotas ajenas. En el caso examinado por Pomponio, por el contrario, los animales fueron llevados al fundo con la precisa finalidad de hacerles comer las bellotas. Es obvio que la introducción de animales en el propio fundo no puede considerarse por sí mismo un modo de actuar doloso, sino la intención precisa del propietario de alimentarlos con los frutos ajenos.

En D.10.4.9.1 podemos observar que para Pomponio el titular del fundo el cual dio de comer las bellotas ajenas a sus bestias poseía los frutos (en caso contrario el jurista no habría considerado tal situación como una pérdida dolosa de la posesión). En este caso el *animus possidendi* puede considerarse presente en la intención del *dominus*

[78] Ulpiano, *libro octavo decimo ad edictum* en D.9.1.1.3: *...nec enim potest animal iniuria fecisse, quod sensu caret.*

[79] Según Burillo, *Contribuciones al estudio de la actio ad exhibendum*, cit., 201, la indicación de la *actio in factum* era una referencia precisa a la *actio ad exhibendum*; pero tal opinión no puede ser aceptada, en primer lugar porque debería demostrarse que la *actio ad exhibendum* tenía una fórmula *in factum*, y además, porque como veremos inmediatamente, el caso que trata Aristón se acerca, pero no coincide con el de Pomponio. Marrone, *Actio ad exhibendum,* cit., 299, cree que Aristón no mencionaba la *actio ad exhibendum*, porque según el autor, mientras que Pomponio consideraba como poseedor al *dominus fundi,* Aristón no era de la misma idea. El jurista así como Sabino y Labeón exigía probablemente el *loco movere* con la finalidad de adquirir la posesión *corpore* (*cfr.* D.10.4.15 *supra* § 2.a), y por ello, no habría podido pensar en la *actio ad exhibendum* en D.19.5.14.3. Tal hipótesis, según nuestra opinión, parece presentar dudas, porque en la solución de Aristón falta la referencia a la posesión o a su pérdida con base en el dolo, situación por la que no puede demostrarse que la opinión de Aristón fuera la misma de la que tenía Labeón o Sabino; además el requisito del *loco movere* corresponde a un problema demasiado particular (ejercicio de la *actio ad exhibendum* en contra del propietario de un fundo en donde se encontraba un tesoro) diferente al que menciona Aristón en D.19.5.14.3; otras objeciones a la tesis de Marrone en Stolfi, *Studi sui libri ad edictum di Pomponio,* 2, cit., 525 n. 171.

[80] En tal sentido Stolfi, *Studi sui libri ad edictum di Pomponio,* 2, cit., 524 ss, con referencias en la nota 169 a la doctrina que asimila los dos textos al mismo problema.

fundi de disponer de los frutos como suyos, pero si los animales no hubieran comido las bellotas ajenas, ¿habría podido considerarse que el titular del fundo poseía los frutos? En la opinión de Ulpiano la respuesta claramente es en sentido positivo, porque si afirma aceptar la opinión de Pomponio de conceder la *actio ad exhibendum* también en el caso en que las bellotas existían, resulta evidente que el titular del fundo posee los frutos ajenos; en otras palabras, será considerado como poseedor también si tiene únicamente el *corpore possidere.* Pomponio habría podido pensar lo mismo porque si bien la opinión de que el titular de los frutos puede ejercitar la *actio ad exhibendum* en el presente caso no pueda ser atribuíble a Pomponio, sino a Ulpiano,[81] fue claramente demostrado por Marrone que en el ejercicio de la *actio ad exhibendum* era suficiente para el jurista antoniano el *corpore possidere*.[82]

Hemos visto *supra* (§ 2.a) que en el caso del tesoro presentado en D.10.4.15 Pomponio refería una opinión de Labeón (que probablemente aceptaba), en donde el *loco movere* era un requisito fundamental para la adquisición de la posesión del mismo tesoro. El *dominus fundi* se encontraba obligado *ad exhibendum* no solamente si tenía el *corpus possessionis* (el tesoro se encontraba en su fundo), pero se requería también el *animus possidendi,* que podía configurarse con el requisito del *loco movere.* ¿Por qué motivo en el caso del tesoro Pomponio exigía los dos elementos de la posesión para ejercitar la *actio ad exhibendum* en contra del propietario del fundo, mientras que en el caso de las bellotas, bastaría el *corpus possessionis*?

Según nuestra opinión la posesión necesaria para el ejercicio de la *actio ad exhibendum* en el pensamiento de Pomponio puede prescindir del *animus possidendi,* porque al jurista, más que interesarse de la existencia del elemento subjetivo en la *possessio*, le importaba sobre todo que el propietario del fundo tuviera la plena disposición

[81] Ver nota 67.

[82] Marrone, *Actio ad exhibendum,* cit., 310 ss., presenta como prueba el texto de Pomponio, *libro vigesimo secondo ad Sabinum* en D.19.5.16.pr., en donde se concede la *actio ad exhibendum* a quien extrae piedras en contra del propietario del fundo que le había impedido llevárselas consigo: *permisisti mihi cretam eximere de agro tuo... cretae replevero nec patieris me cretam tollere tu, agam ad exhibendum...*

de la cosa; así, si el *dominus fundi* intencionalmente permitió que sus animales comieran las bellotas ajenas, podría pensarse que el titular del fundo dispuso de los frutos como si fueran suyos y por tal motivo estaría obligado con la *actio ad exhibendum* del mismo modo que si los frutos hubieran permanecido todavía en el terreno. Si bien es cierto el titular del fundo no ha dispuesto todavía de la cosa ajena, podría disponer en cualquier momento (permitiendo que las bellotas fueran comidas por sus animales o recogiéndolas). En el caso del tesoro el *dominus fundi* no puede ser obligado *ad exhibendum* mientras no tenga la disposición de la cosa, por ello el *loco movere* resulta ser fundamental, porque tal hecho presupondría que el titular del fundo identificó el lugar preciso en que se encontraba el tesoro y que a partir de tal momento obtenía la plena disposición de la *res*.

V. Marcelo y la pérdida dolosa de la posesión en el caso de un legado *per vindicationem*

En dos partes del comentario *ad edictum* de Ulpiano, en el libro vigésimo cuarto en D.10.4.9.4 y en el séptimo noveno en D.36.3.1.17, podemos observar el pensamiento de Marcelo en referencia a la pérdida dolosa de la posesión en el caso de un legado *per vindicationem.* Los dos textos del jurista severiano presentan el mismo contenido y probablemente el pasaje original al cual se refiere Ulpiano, se encontraba en el libro décimo cuarto *digestorum* de Marcelo.[83] Veamos el primero de estos textos:

> *Marcellus scribit, si tibi decem nomismata sint sub condicione legata et mihi decem usus fructus pure, deinde heres pendente condicione non exacta cautione decem fructuario solverit, ad exhibendum eum actione teneri, quasi dolo fecerit quo minus possideret: dolus autem in eo est, quod cautionem exigere supersedit a fructuario. effectumque, ut legatum tuum evanesceret, cum iam nummos vindicare non possis. ita demum autem locum habebit ad exhibendum actio, si condicio extiterit legati. potuisti tamen tibi prospicere stipulatione legatorum et, si prospexisti, non erit tibi necessaria ad exhibendum actio. si tamen ignarus legati tui a fructuario satis non exegit, dicit Marcellus cessare ad exhibendum, scilicet quia nullus*

[83] *Cfr.* Lenel, *Palingenesia,* 1, cit., 615 ss.

dolus est: succurrendum tamen legatario in factum adversus fructuarium actione ait.

Marcelo escribió que, si a ti fueron legadas diez monedas bajo condición y a mí la misma cantidad en usufructo sin condición (*Marcellus-pure*), y en seguida el heredero, pendiente la condición, haya pagado diez al legatario del usufructo sin hacerse dar una puntual *cautio*, está obligado en tal caso con base en la *actio ad exhibendum* frente al otro legatario, como si hubiera hecho en modo de no poseer con dolo (*deinde-possideret*). El dolo que consiste en el hecho que ha dejado de pedir la *cautio* al usufructuario y en el resultado que se pierde tu legado, porque ya no podrás reivindicar las monedas (*dolus-non possis*). Pero tiene lugar la *actio ad exhibendum*, solamente si se verificó la condición del legado (*ita-legati*). Sin embargo habrías podido proveer a tal situación con la *stipulatio* de los legados; en este modo, no sería necesaria a ti la *actio ad exhibendum* (*potuisti-actio*). Pero, si el heredero ignoraba de la existencia del legado a tu favor y por este motivo no pidió la garantía al usufructuario, afirma Marcelo que cesa el ejercicio de la *actio ad exhibendum* evidentemente, porque no existe ningún dolo (*si-est*), pero es necesario ayudar al legatario en contra del usufructuario con una *actio in factum* (*succurrendum-ait*).

Ulpiano, *libro septuagensimo nono ad edictum* en D.36.3.1.17:

...Marcellus ait...si sub condicione ei decem legata sint, fructuarium interim decem oblata cautione habiturum, legatario vero, cui proprietas relicta est, interim legatorum stipulatio praestanda est. sed si omiserit stipulationem, existente condicione ad exhibendum eum posse agere Marcellus ait. sed si ignorans heres legatum decem fructuario dedit, ad exhibendum eum non teneri palam est: succurrendum tamen legatario adversus fructuarium Marcellus ait.[84]

[84] La doctrina encuentra el texto alterado en gran medida, *cfr.* Messina Vitrano, *Il legato d'usufrutto nel diritto romano*, cit., 130 el cual afirma que en la primera parte *sed si omiserit...agere Marcellus ait* falta el sujeto al cual se haga referencia, y en tal parte así como la siguiente se inicia con los términos *sed si* como sucede con el pasaje anterior. El periodo final es construido con el indicativo: *sed si... dedit.* Sorprende además la palabra *stipulationem*, que debería corresponder sin dudas a la *cautio de restituendo* de la mitad de la cantidad, mientras que, como anteriormente se mencionaba de la *stipulatio legatorum*, se refería a ésta y no a la *cautio*. No resulta además claro en el texto la palabra *ignorans*. Si bien es cierto (continúa el investigador) existen tales problemas gramaticales los resultados que se obtienen del análisis del texto no resultan alterados. Según nuestra opinión, no podemos negar que el pasaje presenta problemas gramaticales, pero debemos recordar que Ulpiano cita una opinión de Marcelo (no completa, como puede demostrarse confrontándolo con D.10.4.9.4 en donde falta la referencia al dolo), por esto se podría tratar de un error del mismo jurista severiano, que al mencionar la opinión de Marcelo, debió adaptarla en su explicación. No creemos que la palabra *stipulationem* pueda referirse a la *cautio de restituendo*, ya que claramente en el texto puede observarse que corresponde a la *stipulatio legatorum*. Ciertamente si el legatario no se hizo prometer del heredero mediante *stipulatio* podrá demandar con la *actio ad exhibendum*. Estamos de acuerdo con Messina Vitrano que la palabra *ignorans* no es muy clara en el texto, porque así como se presenta parecería que la simple ignorancia del heredero (sin especificar sobre qué cosa) excluiría el ejercicio de la *actio ad exhibendum*, mientras que en D.10.4.9.4 puede observarse que la ignorancia se refiere a un aspecto específico: la falta de conocimiento de la existencia del legado. Debemos excluir la propuesta de Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 436 ss., de sustituir entre *fructuarium* y *oblata cautione*, la palabra *quinque ad interim decem*, ya que, como veremos enseguida, el heredero estaba obligado a entregar la totalidad del legado al usufructuario y no sólo la mitad. El investigador incluye después de las palabras *Marcellus ait* los términos *si heres tota decem fructuario dederit*, y sobre este punto podríamos estar de acuerdo con el autor.

Marcelo afirma que, si bajo condición fueron legados diez, un usufructuario tendrá mientras tanto la posibilidad de tener estos diez una vez que se haya ofrecido a garantizar al heredero mediante una *cautio* (*Marcellus-habiturum*), mientras que respecto al legatario al cual fue dejada la propiedad, deberá prometer con la *stipulatio* de los legados (*legatario-est*). Además el mismo jurista consideraba que si hubiera sido omitida la *stipulatio* y la condición se hubiera verificado, el legatario titular de la propiedad podía demandar con la *actio ad exhibendum* (*sed-ait*). Pero si el heredero por ignorancia había dado al usufructuario el legado de diez, resulta claro que no se encontraba obligado con base en la *actio ad exhibendum* (*sed-est*). Sin embargo, según Marcelo, se debía ayudar al legatario en contra del usufructuario (*succurrendum-ait*).

El testador dejó un legado *per vindicationem*[85] de diez monedas a dos legatarios; a uno le atribuyó la propiedad de las mismas bajo condición, al otro el usufructo en modo puro. La cantidad debía dividirse entre los dos legatarios,[86] cinco a quien había sido concedido el usufructo y cinco al legatario

[85] La doctrina está de acuerdo que los textos se refieran a un legado *per vindicationem*, *cfr.* Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 431; Burillo, *Contribuciones al estudio de la actio ad exhibendum*, cit., 277; F. Messina Vitrano, *Il legato d'usufrutto nel diritto romano*, Roma (rist.), 1972, 125. Que el caso corresponda a un *legatum per vindicationem* mencionados en D.10.4.9,4 e puede ser demostrado con los términos *nummos vindicare* mencionados en D.36.3.1.17 (pero que no hemos incluido porque no corresponden al pensamiento de Marcelo). Además, como al legatario ha sido concedida la *actio ad exhibendum*, se puede presuponer que el mismo tuviera un derecho real en contra del heredero.

[86] La doctrina menciona la existencia del principio de la *communicatio usus fructus*: *cfr.* Messina Vitrano, *Il legato d'usufrutto nel diritto romano*, cit., 122 ss.

propietario, una vez que se hubiera cumplido la *condicio* (al primero lo llamaremos usufructuario y al segundo simplemente legatario); por el contrario, el heredero antes de que se cumpliera la condición, entrega diez al usufructuario, sin haberse hecho prometer por él, mediante una *cautio,* que en el caso en que se hubiera verificado la condición, habría debido entregar al legatario las cinco monedas. Marcelo propone el ejercicio de la *actio ad exhibendum* a favor de este último (una vez realizada la condición) porque la entrega hecha por el heredero al usufructuario puede considerarse '*quasi*' una pérdida dolosa de la posesión.

El heredero antes de entregar las diez monedas, habría debido hacerse prometer, mediante una *cautio usufructuaria,* que cumpliéndose la condición, el usufructuario estaría obligado a restituir al legatario la mitad de la cantidad entregada; además, debía obligarse mediante una *stipulatio legatorum*, a que, en el caso en que el usufructuario hubiera restituido los cinco al heredero, tal cantidad habría sido entregada al legatario una vez cumplida la condición.[87] El legatario podía pedir al heredero la entrega de las cinco monedas con base en la *actio ex stipulatu,* pero, si no había sido efectuada la *stipulatio legatorum* (como había sucedido en el presente caso), tenía derecho a demandar con la *actio ad exhibendum.*

El ejercicio de esta última acción requería de algunos presupuestos: 1. Debía haberse cumplido la condición. 2. No se había efectuado una *stipulatio legatorum* (en caso contrario el legatario habría demandado *ex stipulatu*). 3. El heredero debía saber que el testador concedió un legado no solamente al usufructuario, sino también al legatario (en caso contrario el legatario podía demandar con base en una *actio in factum* en contra del usufructuario). 4. El heredero no había pedido una garantía al usufructuario (mediante una *cautio*).

Marcelo explica que el legatario puede demandar con base en la *actio ad exhibendum,* porque el heredero hizo 'como si' hubiera dejado de poseer con dolo; el jurista precisa su afirmación: el heredero ha dejado de pedir la *cautio* al usufructuario y con su comportamiento se llega al resultado que se pierde el legado de propiedad, porque el legatario no puede reivindicar las monedas: *dolus autem in eo est, quod cautionem exigere supersedit a fructuario effectumque, ut legatum tuum evanesceret, cum iam nummos vindicare non possis.*

[87] Respecto a la relación entre *cautio* y *stipulatio* en el presente caso ver Messina Vitrano, *Il Legato d'Usufrutto nel diritto romano,* cit., 129; C. Ferrini, *Teoria generale dei Legati e dei Fedecommessi,* Roma (rist.), 1976, 411 ss.

Marrone[88] es de la opinión que tal parte del texto no es clásica, porque la pérdida dolosa de la posesión no puede consistir en la falta de atención del heredero de exigirle al usufructuario una *cautio*. Tal afirmación presupondría dos cosas: que el usufructuario, pendiente la condición, tuviera derecho a tener, si bien mediante una garantía, las diez monedas y que el legatario bajo condición, verificándose ésta, tuviera un medio procesal en contra del heredero para hacerse ceder la acción *ex cautione* en contra del usufructuario. El primer presupuesto sería errado y el segundo, al menos para el derecho clásico inexistente; por esto en la redacción originaria del texto la pérdida dolosa de la posesión debía consistir en el hecho que el heredero había pagado al usufructuario diez en lugar de los cinco que le correspondían.

En nuestra opinión tal tesis presenta dudas, porque como claramente hizo notar Grosso,[89] al legatario usufructuario *pendente condicione* le correspondían las diez monedas, como sucedía en un caso similar (en donde no se trataba de dinero sino de un fundo), que presenta Ulpiano, en el libro décimo séptimo *ad Sabinum* en D.7.2.6.2:

> *Si mihi usus fructus fundi pure, tibi sub condicione legatus sit, potest dici totius fundi usum fructum ad me pertinere interim et, si capite minutus fuero, totum amittere: sed si extiterit condicio, totum usum fructum ad te pertinere, si forte capite deminutus sum, ceterum cum in meo statu maneo, communicandum usum fructum.*
>
> Si a mí me fue concedido el usufructo de un fundo en modo puro mediante legado y a ti el mismo fundo bajo condición, se puede decir que mientras tanto a mí me pertenece el usufructo de todo el fundo, pero si yo sufrí una *capitis deminutio,* perderé la totalidad (*Si-amittere*); pero, en el caso en que se hubiera cumplido la condición, a ti pertenece todo el usufructo, si yo hubiera sufrido una *capitis deminutio* (*sed-sum*). En todos los otros casos, en donde permanezco en mi *status,* deberá hacerse la *communicatio usus fructus* (*ceterum-usum fructum*).

Marrone[90] recuerda tal pasaje, pero no cree que su contenido pueda aplicarse al caso de las monedas, porque en D.7.2.6.2 se trata de

[88] Marrone, *Actio ad exhibendum,* cit., 433 ss.

[89] G. Grosso, *Sul quasi usufrutto,* en BIDR, 43, 1935, 253, *Scritti Storico Giuridici,* 2, Torino, 2001, 106 ss.

[90] Marrone, *Actio ad exhibendum,* cit., 431 n. 432.

un verdadero usufructo mientras que en D.10.4.9.4 se refiere a un cuasi usufructo; por ello sería posible considerar que los dos problemas, en el caso en examen tuvieran una regulación diferente. En el caso del usufructo que tenía por objeto cosas inconsumibles, el nudo propietario, verificándose la condición, habría podido ejercitar la *rei vindicatio* (por la mitad) en contra del usufructuario que conservaba la totalidad; en el cuasi usufructo, por el contrario, ya que tenía por objeto cosas consumibles, si el heredero hubiera pagado la totalidad, el nudo propietario no habría tenido ninguna acción real en contra del cuasi usufructuario. Según nuestra opinión la objeción de Marrone a la posición de Grosso difícilmente puede ser aceptada, porque si bien en el caso tratado, el legatario una vez verificada la condición tendría la posibilidad de demandar con una *rei vindicatio* para obtener del usufructuario la mitad del fundo que tiene en su totalidad, en el caso del dinero, ya que no existe tal posibilidad (porque era una cosa consumible), la función de la *cautio* mencionada en D.10.4.9.4 resulta fundamental para permitir al legatario, después de haberse cumplido la condición, de tener las cinco monedas; además debemos recordar que en D.36.3.1.17 se encuentra claramente dicho que el usufructuario mientras tanto tendrá la posibilidad de tener las diez monedas, una vez que hubiera ofrecido una *cautio: fructuarium interim decem oblata cautione habiturum*.

Si el usufructuario restituyó cinco, el legatario puede demandar al heredero con la *actio ad exhibendum* para exigir tal cantidad (siempre que no hubiera sido efectuada una *stipulatio legatorum,* ya que en tal caso habría demandado *ex stipulatu*), pero, si el usufructuario no restituye los cinco al heredero, debemos determinar si con la *actio ad exhibendum* el legatario pueda pretender la cesión de la acción *ex cautione* en contra del mismo usufructuario. Sobre este punto Grosso[91] afirma que la *actio ad exhibendum* podía tener la función de constreñir al heredero a ceder los créditos que provenían de la *cautio* efectuada por el legatario del usufructo; pero en modo adecuado, Marrone[92] objeta que en ningún texto romano se encuentra afirmado

[91] G. Grosso, *Sul quasi usufrutto,* cit., 255, *Scritti Storico Giuridici,* 109 ss.

[92] Marrone, *actio ad exhibendum,* cit., 434 n. 438; en el mismo sentido Burillo, *Contribuciones al estudio de la actio ad exhibendum,* cit., 279 n. 320.

que la *actio ad exhibendum* sirviese para la cesión coactiva de una acción, y que tal afirmación se encontraba en oposición con la estructura misma de la acción que se dirigía solamente en contra de *qui possidet aut dolo fecit quo minus possideat*.

Si el usufructuario no restituyó los cinco al heredero y fue dada la *cautio,* el legatario no puede pretender que con la *actio ad exhibendum* el heredero ceda el ejercicio de la acción, porque no posee y mucho menos hizo en modo de no poseer; por esto el legatario deberá esperar que el usufructuario restituya los cinco para poder demandar al heredero con base en la acción de exhibición. La pretensión del legatario a la cesión de la acción no puede tener como fundamento la *actio ad exhibendum,* sino una *stipulatio legatorum* que tuviera tal contenido, pero como en D.10.4.9.4 el legatario no había procedido a tal *stipulatio,* deberá esperar que el heredero hubiera efectuado la restitución de las cinco monedas.

En D.10.4.9.4 no existe una referencia a la intención del heredero de dejar de poseer, sino simplemente una omisión, que consiste en no haber pedido la *cautio* al usufructuario. Entonces, si tal omisión puede considerarse *quasi* una pérdida dolosa de la posesión, debemos establecer si el legatario, ejercitando la *actio ad exhibendum,* debiera demostrar *in iudicium* que el heredero hubiera tenido efectivamente la intención dolosa de perder la posesión de los cinco. Según nuestra opinión el legatario no debería demostrar nada, ya que para Marcelo, la simple omisión de exigir la *cautio* era considerada un caso equiparable a una pérdida dolosa de la posesión, también si el heredero (que conocía la existencia del legado) no hubiera pedido la *cautio* simplemente por olvido.

El problema se presenta en D.36.3.1.17, ya que en tal texto se afirma que el legatario puede demandar al heredero mediante la *actio ad exhibendum,* si no se realizó la *stipulatio* y la condición se cumplió: *sed si omiserit stipulationem, existente condicione ad exhibendum eum posse agere Marcellus ait,* sin que exista ninguna referencia a la pérdida dolosa de la posesión y al hecho que el heredero no había pedido una *cautio.* A nuestro parecer, la falta de tales elementos en el libro séptimo noveno *ad edictum* no puede presuponer que en todos los casos en que se haya omitido la *stipulatio,* el legatario podría demandar *ad exhibendum* en contra del heredero. La interpretación del texto debe tomar en consideración los datos contenidos en

D.10.4.9.4: si el usufructuario efectuó la *cautio* y restituyó los cinco al heredero (porque se cumplió la condición), puede demandarse con base en la *actio ad exhibendum* porque el demandado tiene la posesión; por el contrario, si no fue dada una *cautio*, de todos modos el heredero estará obligado hacia el legatario con la *actio ad exhibendum* también si no posee, ya que la falta de la *cautio* debe considerarse 'como si fuera' una pérdida dolosa de la posesión, aunque falte una intención en tal sentido.

VI. Papiniano y un caso de *conventio pignoris*

En un pasaje de Papiniano, *libro vigesimo sexto quaestionum* en D.20.5.1 encontramos afirmado:

> *Creditor qui praedia pignori accepit et post alium creditorem, qui pignorum conventionem ad bona debitoris contulit, ipse quoque simile pactum bonorum ob alium aut eundem contractum interposuit, ante secundum creditorem dimissum nullo iure cetera bona titulo pignoris vendidit. sed ob eam rem in personam actio contra eum creditori, qui pignora sua requirit, non competit nec utilis danda est: nec furti rerum mobilium gratia recte convenietur, quia propriam causam ordinis errore ductus persecutus videtur, praesertim cum alter creditor furto possessionem, quae non fuit apud eum, non amiserit. ad exhibendum quoque frustra litem excipiet, quia neque possidet neque dolo fecit, ut desineret possidere. sequitur, ut secundus creditor possessores interpellare debeat.*[93]
>
> Un acreedor recibió en prenda fundos y después otro acreedor efectuó una hipoteca sobre los bienes del deudor, y también el primer acreedor realiza el mismo acto en garantía del mismo contrato o de otro (*creditor-interposuit*). Antes de haberse hecho el pago al segundo acreedor, el primer acreedor sin ningún derecho vende todos los otros bienes a título de prenda (*ante-vendidit*). Respecto a tal hecho no corresponde al acreedor hipotecario una

[93] Marrone, *actio ad exhibendum*, cit., 422, considera los términos *aut eundem* como una glosa, el jurista habría escrito *ob eundem aut alium* y la mención de la acción de hurto (*praesertim-amiserit*) no sería adecuada. Según nuestra opinión la primera propuesta de Marrone no cambia el contenido sustancial del texto y la referencia a la acción de hurto debe considerarse clásica porque, como observa el investigador en la nota 414, para integrar el caso de hurto, Papiniano subraya la exigencia del elemento material. De todos modos compartimos la posición que el contenido del texto es clásico.

> acción personal en contra del otro acreedor, y ni siquiera debe ser concedida una acción *utilis* (*sed-danda est*). Al mismo modo no será demandado por motivo de hurto de cosas muebles, porque si bien es cierto fue inducido por error de orden, persiguió una causa que le era propia, y además en particular porque el otro acreedor no perdió con base en un hurto la posesión que no tenía el (*nec furti-amiserit*). También ejercitará inútilmente una controversia con la acción *ad exhibendum*, porque (quien vendió) no posee y tampoco hizo en modo de no poseer con dolo (*ad exhibendum-desineret possidere*), ni consigue que el segundo acreedor deba interpelar los poseedores (*sequitur-debeat*).

Un acreedor (*primus*) recibe de un deudor fundos en prenda, después el deudor constituye una hipoteca con un segundo acreedor (*secundus*) sobre todos sus bienes y lo mismo hace con *primus*. Ya que el deudor no cumple con el pago, *primus* procede a la venta de los bienes. La cuestión presentada por Papiniano consiste en determinar si el segundo acreedor pudiera demandar al primero, y después de haber analizado las probables acciones que habría podido tutelarlo, llega a la conclusión que *secundus* no puede demandar a *primus*, sino que solamente puede demandar a las personas que poseen las cosas empeñadas. El jurista severiano excluye el ejercicio de una acción personal de *secundus* en contra de *primus* inclusive en vía útil, claramente, según nuestra opinión, porque no existe una relación contractual precedente entre los dos acreedores. No puede demandarse con base en una *actio furti* por dos motivos:

a) *primus* persiguió una propia causa y actuó confundido por un error de orden, ya que *primus* no tenía derecho de vender las cosas dejadas en prenda si no hubiera sido previamente satisfecha la deuda que se tenía con *secundus*, porque no obstante *primus* constituyó antes de *secundus* una prenda sobre fundos, la hipoteca sobre todos los bienes había sido constituida después de la hipoteca de *secundus*.
b) *secundus* no perdió la posesión de las cosas muebles, porque simplemente no había tenido jamás la posesión de las mismas.

El problema que nos interesa es la exclusión del ejercicio de la *actio ad exhibendum* de *secundus* en contra de *primus*. *Secundus* no puede demandar *ad exhibendum* en contra de *primus*, porque tal per-

sona no tiene la posesión de los bienes (fueron vendidos). Si bien *primus* no posee tales bienes, no puede considerarse que haya hecho en modo de no poseer con dolo, porque la finalidad de la venta no era la de perder intencionalmente la posesión, sino de obtener un precio con los bienes vendidos y en este modo ver satisfecho su crédito.

Excluir una intención dolosa de la posesión no significa que *primus* no deba sufrir las consecuencias de la venta realizada *nullo iure,* como subraya Papiniano: *nullo iure cetera bona titulo pignoris vendidit*;[94] ya que inducido por el error de orden él había perseguido una propia causa: *quia propriam causam ordinis errore ductus persecutus videtur.*

Difícilmente podemos aceptar la conclusión de Marrone[95] en el sentido que de la interpretación del texto *a contrario* podría considerarse que, si un acreedor pignoraticio de grado inferior hubiera enajenado bienes muebles, sabiendo que sobre los mismos existía una hipoteca a favor de otro acreedor que se encontraba en una mejor posición, habría podido ser demandado *ad exhibendum,* porque la venta sería tratada como una pérdida dolosa de la posesión.

En el texto no resulta claro si *primus* conocía o ignoraba que *secundus* había constituido una hipoteca de todos los bienes con el mismo deudor anteriormente a la hipoteca que había constituido con él, por el contrario parecería que tal hecho no tuviera importancia en el presente problema, ya que en tal caso Papiniano habría sido claro en destacar la ignorancia de *primus*.

El error de orden puede ser debido al hecho que *primus* creía tener una posición mejor a *secundus* no porque ignoraba la existencia de un *conventio pignoris* entre *secundus* y el deudor anterior a la suya, sino porque antes de tal acuerdo había sido constituida una prenda sobre los fundos del mismo deudor.

La referencia a la prenda de los fundos que había hecho *primus* con el deudor debía tener importancia en el error de orden, ya que en caso contrario tal dato sería considerado inútil en la solución del problema.

[94] E. Costa, *Papiniano, Studio di storia interna del diritto romano,* 4, Bologna, 1899, 102, claramente afirma que la facultad de *distrahere* corresponde a los acreedores, de acuerdo con el rango de sus derechos hipotecarios, y la *distractio* efectuada por un acreedor posterior es nula.

[95] Marrone, *actio ad exhibendum,* cit., 424.

VII. CALISTRATO Y EL CASO DEL HEREDERO QUE HA UTILIZADO LA COSA DEJADA EN LEGADO PARA AFRONTAR LOS GASTOS DEL FUNERAL

Calistrato en el libro cuarto *ad edictum monitorium* en D.31.63, afirma:[96]

> *Si heres rem, legatam ignorans, in funus consumpsit, ad exhibendum actione non tenebitur, quia nec possidet nec dolo malo fecit quo minus possideret. sed per in factum actionem legatario consulitur, ut indemnitas ei ab herede praestetur.*[97]
>
> Si el heredero ignorando que la cosa que fue legada la haya utilizado en el funeral, no se encuentra obligado con base en la *actio ad exhibendum* (*si-tenebitur*), porque no posee ni ha hecho en modo de no poseer (*quia-possideret*). Pero si fue dispuesto a favor del legatario, mediante una *actio in factum,* para que le sea otorgada una indemnización por parte del heredero (*sed-praestetur*).

[96] F. Schulz, *Storia della giurisprudenza romana,* Firenze, 1968, 344: *monitorium* significaría *commonitorium: litterae quibus ab imperatore magistratibus peculiaria mandantur* (en este sentido *cfr.* C.12.49.10.1), y *edictum* (*com*)*monitorium* sería una denominación artificial y no utilizada normalmente introducida antes de que la expresión *edictum perpetuum* adquiriera estabilidad. La obra con toda probabilidad era un comentario al edicto provincial, porque como demuestra Lenel, *Palingenesia,* 1, cit., 96 n. 4 , el libro IV *ad edictum monitorium* (donde se encuentra D.31.63) corresponde a la rúbrica *de sumptibus funerum* puesta inmediatamente después a la del libro III *ut in possessionem legatorum servandorum causa esse liceat,* al mismo modo que Gayo en su comentario *ad edictum provinciale*.

[97] Gran parte de la doctrina considera interpolados los términos *sed-praestetur*, *cfr.* Marrone, *actio ad exhibendum,* cit., 422 n. 413 con referencias bibliográficas; Ferrini, *Teoria generale di legati e dei fedecommessi*, cit., 407 afirma que tales palabras no pueden considerarse interpoladas, sino que por el contrario resultan demostrar una innovación de la última jurisprudencia clásica. Si bien tal parte del texto no tiene importancia en la presente sede, podemos considerarla clásica, aunque no estemos de acuerdo con la opinión de Ferrini, porque el término *consulitur* podría referirse no a una innovación jurisprudencial, sino a disposiciones contenidas en el edicto. El mismo autor, *Sulla responsabilitá dell'erede che in buona fede distrugge o sottrae al commercio la cosa legata* en obra de C. Ferrini, 4, Milano, 1930, 356 ss., afirma que la *actio in factum* que menciona Calistrato no puede ser otra cosa que la notoria *actio utilis (in factum) funeraria* (en el mismo sentido Voci, *Diritto ereditario romano,* 2, cit., 399 n. 22). Para confirmar su origen clásico claramente Ferrini (p. 357 n. 1), demuestra que los términos *ut indemnitas-praestetur* encuentran referencias también en otros pasajes como en Ulpiano, *libro vicensimo quinto ad edictum* in D.11.7.14.1: *legatarium tamen legato carere non oportet, si potest indemnis ab herede praestari.*

Calistrato en su comentario al edicto, presenta un problema de aplicación de la *actio ad exhibendum*: el heredero no se encuentra obligado a tal acción, si usó una cosa para hacer frente a los gastos del funeral ignorando que hubiera sido dejada en legado.[98] El jurista después explica que en tal caso faltan los presupuestos (mencionados en la *intentio* de la fórmula) de la posesión o de la pérdida de la misma con base en el dolo, porque el heredero ignoraba que la *res* hubiera sido dejada en legado. Como la palabra *ignorans* excluye la hipótesis de pérdida dolosa de la posesión, podemos formular la hipótesis que el conocimiento del heredero debería permitir al legatario demandar *ad exhibendum*, según la opinión del jurista;[99] pero una interpretación en tal sentido, significaría que en todos los casos en que el heredero hubiera utilizado y consumido las cosas legadas para afrontar los gastos del funeral, debería entenderse como un comportamiento doloso.

Tal conclusión no es posible, según nuestra opinión, porque si bien la ignorancia excluye el dolo, el conocimiento no puede presuponerlo; así, no encontramos textos en donde se pueda demostrar que la utilización por parte del heredero de la cosa dejada en legado para pagar el funeral sea considerada una pérdida dolosa de la posesión solamente porque tenía conocimiento de tal situación. Si el legatario quisiera demandar con la *actio ad exhibendum* al *heres* que conocía la existencia del legado, debería, según nuestra opinión, demostrar su intención dolosa, en caso contrario sería aplicable una *actio in factum*.[100]

[98] Como es notorio hacemos referencia a un legado *per vindicationem*, porque, como hemos visto en la nota 85, la *actio ad exhibendum* presupone que el legatario tuviera un derecho real en contra del heredero.

[99] En este sentido Ferrini, *Sulla responsabilitá dell'erede che in buona fede distrugge o sottrae al commercio la cosa legata*, cit., 357 n. 1 que afirma: si el heredero hubiera sabido de tal situación, se trataría como de un *fictus possessor* y se daría en contra de él la *actio ad exhibendum*, pero, según nuestra opinión, tal interpretación no puede ser aceptada por los motivos que veremos a continuación.

[100] En un texto de Cervidio Scevola, *libro secundo quaestionum* en D.11.7.46.2 es mencionada una *actio utilis* en contra del heredero que usó para el funeral los vestidos que habían sido dejados en legado sin que se hiciera mención del conocimiento o de la ignorancia de la existencia del *legatum*: *ei, cui vestimenta legantur, si in funus erogata sint, utilem actionem in heredem dandam placuit*... Sobre tal texto ver por último T. Masiello, *Le Quaestiones di Cervidio Scevola*, Bari, 1999, 188 ss. El maestro hace notar que el término *placuit* podría hacer referencia a una disposición imperial o a una posición que tuviera origen en otra fuente que diera una solución a las diferentes posiciones de la jurisprudencia. Su opinión podría encontrar confirmación en D.31.63 porque Calistrato usa un término similar (*consulitur*) en referencia a tal acción (*actio utilis* o *in factum funeraria*, ver nota 97).

VIII. La posición de Paulo

1. El esclavo que hizo en modo de no poseer con dolo

Paulo, en el libro décimo *ad Sabinum* en D.10.4.16, menciona:

> *Cum servus tenet aliquid, dominus ad exhibendum suo nomine tenetur: si autem servus citra scientiam domini dolo fecit quo minus habeat, vel furti actio vel de dolo malo noxalis servi nomine danda est, ad exhibendum autem utilis nulla constituenda est.*[101]
>
> Cuando el esclavo tiene algo, el *dominus* se encuentra obligado con la *actio ad exhibendum* en su propio nombre (*cum-tenetur*). Pero, si el esclavo, antes que el *dominus* lo supiera, hubiera hecho en modo de no tenerla con base en el dolo (*si-habeat*), debe ser concedida en razón del esclavo la *actio furti* o *de dolo malo* en la forma noxal, pero no debe ser predispuesta una *actio ad exhibendum utilis* (*vel-est*).

Como el *dominus* es considerado poseedor de una cosa que tiene el esclavo en su peculio (aunque no lo sepa), puede ser demandado *suo nomine* con la *actio ad exhibendum*. El problema se centraliza sobre las consecuencias de la pérdida dolosa de la posesión efectuada por el *servus* antes de que se hubiera enterado el *dominus*. En tal

[101] El pasaje de Paulo se encuentra inserido en el grupo de textos que correspondían en origen a la *lex Aquilia*; *cfr*. Lenel, *Palingenesia*, 1, cit., 1279 y seguramente su contenido era más amplio, porque como podemos observar, respecto a la ley Aqulia no se hace ninguna mención. Probablemente el texto continuaba con la afirmación que, si el propietario del esclavo sabía que el *servus* había dañado o destruido una cosa ajena, se encontraba obligado con la *actio damni iniuriae* (hipótesis propuesta por Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 393 ss., con base en D.9.2.44.1). Ya que el pensamiento de Paulo fue sintetizado por los compiladores, la forma con la cual se presenta no es probablemente la original, autores como Beseler, *Beiträge*, 2, cit., 66 eliminan las palabras *citra scientiam domini* y *ad exhibendum-est*. Pero Marrone en la nota 337 hizo notar que cancelando *citra-domini*, el contenido de la decisión cambia totalmente. La última parte del texto (*ad exhibendum-est*) podría ser compilatorio (como afirma también Burillo, *Contribuciones al estudio de la actio ad exhibendum*, cit., 272), pero la sustancia, como veremos a continuación parecería ser clásica.

caso el jurista claramente excluye la responsabilidad de este último con base en la *actio ad exhibendum,* porque si no tiene conocimiento que posee, no podría por tal hecho estar obligado *ad exhibendum,* como si hubiera hecho en modo de no poseer. Una solución al problema sería conceder al titular de la cosa una acción *ad exhibendum utilis* en contra del dueño del esclavo, pero el mismo Paulo excluye tal vía y propone la *actio furti* o *de dolo malo noxalis*.

El conocimiento del *dominus* que la cosa ajena ya no está en poder del esclavo es un elemento fundamental para conceder el ejercicio de la *actio ad exhibendum*. Una pérdida dolosa de la posesión podría también verificarse, si el *dominus,* en lugar de exhibir la cosa, hubiera ordenado al esclavo destruirla, pero si tal orden hubiera sido dada antes de que el *dominus* tuviera noticia que la *res* era ajena, no habría sido seguramente posible considerar esta pérdida de la cosa como dolosa. En tal caso (que no menciona Paulo pero que podría suponerse con base en tal texto) el titular no habría podido demandar *ad exhibendum* al propietario del esclavo (porque faltaban los presupuestos de la *intentio*) y ni siquiera en contra del *servus* (porque el mismo habría obedecido una orden del *dominus*), aunque probablemente sería posible ejercitar una *condictio*.[102]

2. *Actio ad exhibendum* en contra de quien hubiera realizado dolosamente la unión de plata

Paulo, *libro vicensimo primo ad edictum* en D.6.1.4 afirma:

> *Quo quidem casu etiam communi dividundo agi poterit: sed et furti et ad exhibendum tenebitur, qui dolo malo confundendum id argentum curavit: ita ut in ad exhibendum actione pretii ratio haberi debeat, in vindicatione vel communi dividundo actione hoc amplius ferat, cuius argentum pretiosius fuerat.*[103]

[102] En el caso de pérdida de la cosa sin dolo los juristas severianos conceden al titular el ejercicio de la *condictio* como vimos *supra* nt. 57 y 59.

[103] La *communis opinio* de la doctrina niega que el texto sea clásico, si bien se discute en qué medida; así Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen,* 5, cit., 18 elimina su contenido a partir de *ita*; M. Pampaloni, *Appunti sulla Confusione e sulla Commistione* en BIDR, 37, 1929, 35 ss., afirma que el fragmento excluía el ejercicio de la *actio communi dividundo,* porque según el autor se consideraba el caso que los materiales tuvieran el mismo valor y por ello se debería decir en este modo: *quo quidem casu si materiae eiusdem pretii sint communi dividundo agi non poterit,* después cancela *sed et-fuerat.* M. Kaser, *Die natürlich Eigentumserwerbsarten im altrömischen Recht* en ZSS, 65, 1947, 242, n. 77 acepta la posición de Beseler, porque no se entiende, según su opinión, la diferencia del uso de la acción de exhibición respecto a la *vindicatio* y a la acción de división; en el mismo sentido ver Marrone, *Actio ad exhibendum,* cit., 418 ss. Más referencias a tales posiciones son indicadas por M. J. Schermaier, *Teilvindikation oder Teilungsklage? Auf der Suche nach dem klassischen Vermischungsrecht* en ZSS, 110, 1993, 141 ss. Como veremos a continuación los términos *quo quidem casu etiam* probablemente fueron introducidos por los compiladores para unir el pasaje al anterior de Ulpiano que además pudo haber sido resumido. Aceptamos la opinión de Marrone, *Actio ad exhibendum,* cit., 419 que después de las palabras *ita ut* parecería que el pasaje se encuentra mal elaborado, el verbo *ferat* se presenta sin sujeto; no obstante tales problemas gramaticales el punto que nos interesa es determinar el pensamiento de Paulo.

> Ciertamente en el caso de unión de la plata se puede demandar también con la *actio communi dividundo;* pero quien con dolo haya efectuado la confusión de la plata se encuentra obligado con la acción de hurto y con la *actio ad exhibendum* (*sed-curavit*); así como en esta acción se debe tener en consideración el precio, en la *vindicatio* o en la *actio communi dividundo* el cálculo de la cantidad que se debe pagar se hace más amplio, tomándose en consideración cuanto hubiera sido preciosa la plata (*ita ut-pretiosius fuerat*).

En origen el texto de Paulo trataba de la *rei vindicatio*[104] y en la compilación se encontraba unido a un pasaje de Ulpiano, *libro sexto decimo ad edictum* en D.6.1.3.2, donde el jurista, citando Pomponio, trataba de un problema de unión de la plata entre dos propietarios.[105] Nosotros creemos que probablemente los términos *quo quidem casu etiam* hayan sido incorporados por los compiladores en D.6.1.4 para permitir la unión con el texto anterior, en donde Paulo mencionaba un problema similar al referido en la obra ulpianea (las palabras *confundendum* y *argentum* pueden suponer tal hipótesis), pero no estamos seguros que el problema afrontado por el jurista fuera exac-

[104] Lenel, *Palingenesia,* 1, cit., 1005.

[105] *Pomponius scribit, si quid quod eiusdem naturae est ita confusum est atque commixtum, ut deduci et separari non possint, non totum, sed pro parte esse vindicandum. ut puta meum et tuum argentum in massam redactum est: erit nobis commune, et unusquisque pro rata ponderis quod in massa habemus vindicabimus, etsi incertum sit, quantum quisque ponderis in massa habet.*

tamente el mismo al de Ulpiano: *ut puta meum et tuum argentum in massam redactum est.*[106]

En la primera parte del pasaje parecería que el ejercicio de la *actio communi dividundo* presuponga una confusión de la plata en donde los propietarios la efectuaron voluntariamente, o al menos sin dolo por parte de uno de ellos,[107] porque después, cuando el jurista habla de la acción de hurto y de la *actio ad exhibendum,* se incluye el término *sed* que debería separar el primer caso de otro en que la confusión hubiera sido efectuada en modo doloso: *sed et furti et ad exhibendum tenebitur, qui dolo malo confundendum id argentum curavit.*[108]

Debemos determinar el motivo por el que uno de los propietarios habría realizado la confusión de la plata en modo doloso y las ventajas que habría podido obtener. Según nuestra opinión, para dar una

[106] Según nuestra opinión el pasaje de Ulpiano presenta el problema de la confusión de la plata de la misma cualidad, por el contrario en el caso de Paulo se hace referencia a dos porciones de calidad diferente como veremos a continuación.

[107] Así la tesis de Paulo sería similar a la de Pomponio, porque en el caso de la confusión de cereal, Ulpiano, *libro sexto decimo ad edictum* en D.6.1.5pr. afirma que este último jurista concedía la *actio communi dividundo* a los propietarios que voluntariamente habían hecho tal confusión: *quod si voluntate eorum commixta sunt (frumentum), tunc communicata videbuntur et erit communi dividundo actio.* Schermaier, *Teilvindikation oder Teilungsklage?,* cit., 141, piensa en el caso de un joyero desordenado que confundió la plata de dos diferentes propietarios, por lo que la *actio communi dividundo* sería la acción que los propietarios habrían ejercitado en contra de él. Según nuestra opinión, no existen razones para considerar la presencia de una tercera persona en el presente pasaje, porque, si los compiladores unieron D. 6.1.4 al texto anterior, no se puede imaginar la presencia de otra persona, ya que en D.6.1.3.2 se trata solamente de dos propietarios. Mayores argumentos en tal sentido se encuentran en Marrone, *Actio ad exhibendum,* cit., 415 n. 394.

[108] Interpretando el texto en tal modo se puede explicar la razón por la que la *actio furti* y la *actio ad exhibendum* fueron citadas una junto a la otra. Marrone, *Actio ad exhibendum,* cit., 419, negando que sea clásico el pasaje, afirma que la *actio furti* debería haberse acumulado a otras acciones (*actio communi dividundo* y *vindicatio*), mientras que la *actio ad exhibendum* por su naturaleza "reipersecutoria", no habría podido concurrir alternativamente con tal. Según nuestro parecer tal afirmación presenta dudas, porque la *actio furti* y la *actio ad exhibendum* tienen un presupuesto diferente a las otras acciones (*actio communi dividundo* e *vindicatio*). Las primeras implican una confusión hecha con dolo, mientras que las otras no, y por esto la acción de hurto no habría podido acumularse a las anteriores, porque el demandado no habría actuado con dolo y la *actio ad exhibendum* (que presupone el dolo) no habría podido concurrir alternativamente con éstas.

respuesta a tal problema debemos partir de la referencia a la *actio ad exhibendum.* Como hemos visto hasta este momento, el ejercicio de tal acción requiere que el demandado posea o haya hecho en modo de no poseer; si Paulo concede al propietario de la plata la acción de exhibición, debemos considerar que para el jurista la confusión dolosa tuvo en su pensamiento las mismas consecuencias de una pérdida dolosa de la posesión, pero en el presente caso el demandado continúa a poseer la plata si bien en modo diferente: antes poseía dos cantidades diferentes y ahora posee una sola si bien de proporciones mayores.

Si los dos propietarios hubieran tenido dos porciones de plata de la misma cualidad, si bien en medida diferente, habríamos aceptado la posición de Marrone, que la mención de la *actio ad exhibendum* parecería superflua, porque existían otros medios para exigir la cosa;[109] por el contrario, si partimos de la hipótesis que el propietario, que realizó dolosamente la confusión tenía una porción de plata de cualidad inferior a la del otro, la referencia a la *actio ad exhibendum* resultaría muy clara, porque en tal caso, quien efectuó la confusión ya no tendría la plata del otro propietario, sino una masa de calidad superior a la suya, pero inferior a la del otro. Quien efectuó la confusión se encuentra en la imposibilidad de separar la parte de la plata del otro propietario, porque si bien la masa puede ser dividida, la calidad sería diferente a la que se tenía antes de la separación. Con la *actio ad exhibendum* el que efectuó dolosamente la confusión estará obligado al precio que habría tenido la plata de tal cualidad.

Si interpretamos el pasaje con el presupuesto que las dos porciones de plata eran de cualidad diferente, podemos dar una interpretación adecuada a la última parte: *in vindicatione vel communi dividundo actione hoc amplius ferat, cuius argentum pretiosius fuerat.* Uno de los propietarios procede a la confusión del metal pero no actúa con dolo, en tal situación el otro propietario no puede demandar *ad exhibendum,* porque no existe una pérdida dolosa de la posesión, y Paulo le concede dos posibilidades: la *vindicatio* o la *actio communi dividundo;* surge así el problema que el demandado no puede resti-

[109] Marrone, *Actio ad exhibendum,* cit., 416 ss.

tuir al actor la plata de la misma cualidad, porque la masa era de una cualidad inferior. Con tales acciones el demandado no deberá restituir la misma cantidad de plata que tenía el actor, sino que será tomada en consideración la cualidad, situación por la que podría exigir al demandado que entregue una porción de la plata que se confundió, pero en mayor cantidad de la que tenía el actor en origen para evitar, en este modo que, con la separación, el actor sufriera una pérdida económica, obteniendo la misma cantidad de plata, pero de calidad inferior.

3. *Actio ad exhibendum* en contra del heredero que obtuvo un enriquecimiento por el dolo del difunto

Paulo, *libro vicensimo sexto ad edictum* en D.10.4.12.6 afirma en este modo:

> *Heres non quasi heres, sed suo nomine hac actione uti potest: item heres possessoris suo nomine tenetur: igitur non procedit quaerere, an heredi et in heredem danda sit. plane ex dolo defunti danda est in heredem haec actio, si locupletior hereditas eo nomine facta sit, veluti quod pretium rei consecutus sit.*[110]

[110] La doctrina interpolacionista considera que el texto se encuentra alterado de la palabra *plane* en adelante: así G. Rotondi, *Dolus ex delicto e dolus ex contractu nelle teorie bizantine sulla trasmissibilitá delle azioni* en *Annali della Facoltá di Giurisprudenza della Universitá di Perugia*, 2, 1913, *Studii sul diritto romano delle obbligazioni*, 2, Pavia, 1922, 387 ss., porque, en su opinión los bizantinos habrían formulado la regla que el heredero no debe obtener un lucro *ex dolo defunti*, así como se encontraría dicho también en otros textos (Ulpiano, *libro septimo ad edictum* en D.2.10.1.6 y Paulo, *libro undecimo ad edictum* en D.4.3.12). El investigador afirma que con la palabra *plane* los compiladores introducen una discusión sobre un punto que Paulo había ya explicado: *igitur non procedit quaerere, an heredi et in heredem danda sit* y que existe una falta de elegancia cuando en el pasaje se trata de la *hereditas* cambiándose inmediatamente al *heres*: *si locupletior hereditas eo nomine facta sit, veluti quod pretium rei consecutus sit*. Según nuestra opinión, la posición de Rotondi deja dudas, porque creemos que la regla mencionada no pueda ser atribuida a los bizantinos, sino que proviene de los juristas clásicos, como demuestran los textos citados por el mismo Rotondi, además con el término *plane* el jurista introduce un problema, en donde, si bien el actor deba actuar en contra del demandado en nombre propio y no como heredero, no puede ser considerado dudoso que el mismo obtuvo un enriquecimiento por el dolo del difunto. El estilo del texto parece adecuado, Paulo menciona al heredero: *plane ex dolo defuncti danda est in heredem actio*, después indica como causa del ejercicio de la acción el incremento de la herencia y por

> El heredero no como heredero, sino en nombre propio puede usar esta acción (*actio ad exhibendum*), al mismo modo en que se encuentra obligado el heredero del poseedor (*heres-tenetur*). Por ello no se debe proceder a buscar si la acción se deba conceder al heredero y en contra del heredero (*igitur-danda sit*). Claramente respecto a este último se concede por el dolo del difunto, si la herencia haya tenido un enriquecimiento por este motivo (*plane-facta sit*), por ejemplo, por el hecho que haya conseguido el precio de una cosa (*veluti-consecutus sit*).

Paulo, en el libro vigésimo sexto *ad edictum*, cuando trata de la *actio ad exhibendum*,[111] afirma que el heredero puede demandar o ser demandado con tal acción en nombre propio como titular de un propio derecho y no en su calidad de *heres*, viéndose en este modo una diferencia con la *petitio hereditatis*, en donde el título de heredero puede ser considerado el fundamento de la acción. Tal afirmación tiene importancia en el aspecto probatorio, porque quien demanda *ad exhibendum* no deberá demostrar la cualidad de heredero, sino la pérdida dolosa de la posesión en el caso en que el demandado no exhibiera la cosa.

El problema que el jurista presenta consiste en el ejercicio de la *actio ad exhibendum* en contra del heredero de una persona que dolosamente perdió la posesión de la *res*. El *heres* no posee y no ha hecho con base en el dolo en modo de no poseer la cosa de la que el actor pretende la exhibición; por esto, desde el momento que el heredero es demandado en nombre propio no puede ser responsable por la pérdida dolosa de la posesión efectuada por el *de cuius* y no sería obligado *ad exhibendum*. La situación es diferente si en el patrimonio del mismo heredero se encuentra el precio de una cosa que fue vendida por el *de cuius*, porque, no obstante el *heres* sería demandado en su nombre, no puede ignorarse la pérdida dolosa de la posesión que le ocasionó un beneficio económico.

último regresa a tratar del heredero presuponiéndolo sin mencionarlo porque ya había hablado de él anteriormente. La tesis de Rotondi fue seguida por G. Longo, *Contributi alla dottrina del dolo*, Padova, 1937, 133 ss. y por Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 395. Más prudente sobre el contenido del texto (elimina solamente a partir de la palabra *veluti*), E. Betti, *Responsabilitá ereditaria e responsabilitá dell'erede in nome proprio o quale avente causa* en Rendiconti del R. Ist. Lombardo di Scienze, 49, 1916, 234.

[111] Lenel, *Palingenesia*, 1, cit., 1019.

En la solución de Paulo al presente caso se otorgan a la *actio ad exhibendum* las mismas consecuencias prácticas que habría tenido una *petitio hereditatis* ya que el demandado estaría obligado con base en su enriquecimiento,[112] aunque, como es notorio, las diferencias entre las dos acciones son evidentes: en la *actio ad exhibendum* el actor puede ser cualquier persona que tenga la titularidad de la cosa, mientras en la *petitio hereditatis* puede ser considerado como tal solamente el heredero.

IX. La posición de Ulpiano

Como hemos visto en el curso de la presente investigación, en el libro vigésimo cuarto *ad edictum* de Ulpiano en ocasiones encontramos referencias a las opiniones de juristas precedentes en relación al problema del *dolo desinens possidere* (Juliano en D.10.4.5.2 y D.10.4.9.pr.; Pomponio en D.10.4.9.1 y Marcelo en D.10.4.9.4 y D.36.3.1.17). En otros pasajes del mismo libro el jurista severiano presenta una propia opinión, como en D.10.4.3.11, D.10.4.9.2-3, así como hace en otras partes del comentario *ad edictum,* como el libro vigésimo en D.12.1.11.2, el libro trigésimo en D.16.3.1.32, el libro trigésimo séptimo en D.47.3.1.2, y todavía en el libro cuadragésimo primero *ad Sabinum* en D.47.1.1.pr. Comenzamos el análisis de cada uno de los pasajes.

1. El demandado que dejó de poseer con dolo no puede demandar *ad exhibendum,* porque si bien, tenga un interés, no dispone de una justa y probable causa para el ejercicio de la acción

Ulpiano, *libro vicensimo quarto ad edictum* en D.10.4.3.11dice:

> *Si mecum fuerit actum ad exhibendum, ègo ob hoc, quod conventus sum ad exhibendum actione, agere ad exhibendum non possum, quamvis videatur interesse mea ob hoc, quod teneor ad restituendum. sed hoc non sufficit: alioquin et qui dolo fecit quo minus possideret poterit ad exhibendum agere, cum neque vindicaturus neque interdicturus sit, et fur vel raptor poterit: quod nequaquam verum est. eleganter igitur definit Neratius iudicem ad exhibendum hactenus conoscere, an iustam et probabilem causam habeat actionis, propter quam exhiberi sibi desideret.*[113]
>
> Si me hubieran demandado *ad exhibendum*, yo, por el motivo que fui demandado con tal acción, no puedo a su vez, demandar *ad exhibendum*, si bien parezca que mi acción tenga importancia por el hecho que me encuentro obligado a restituir (*si-restituendum*). Pero esto no resulta suficiente, ya que en tal caso también quien con dolo hizo en modo de no poseer podría demandar con la *actio ad exhibendum*, aunque no pudiese usar de la *vindicatio* ni de un interdicto, y así también en el caso del ladrón o del rapiñador podrían utilizar tal acción, situación que no es verdadera de ningún modo (*sed-verum est*). Después viene recordado el parecer de Neracio, según el cual el juez decidía de la *actio ad exhibendum* solamente si se hubiera tenido una justa y aceptable causa de la acción, por la que se quisiera que se le exhibiera (*eleganter-desideret*).

[112] Sobre la responsabilidad del demandado con base en una *petitio hereditatis* ver mi investigación: Y. González Roldán, "La subrogación del precio a las cosas hereditarias en la perspectiva del senatoconsulto Juvenciano", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, 28, 2004, 241 ss.

[113] Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen,* 1, cit., 6, considerando el texto interpolado propone una hipótesis de reconstrucción muy interessante después de *ego* incluye: *post litem contestatam dolo desierim possidere et condemnatus litis aestimationem obtulerim,* elimina *ob hoc quod conventus sum ad exhibendum actione*, quita *quamvis-non sufficit* y después *alioquin et qui* incorpora *ante litem contestatam*, suprime *et fur vel raptor poterit,* después *Neratius* elimina *iudicem-actionis* e incluye: *totiens praetorem actionem ad exhibendum denegaturum, quotiens apparuerit ex eis ipsis, quae actor in iure dixerit, non debere actorem vincere ea actione.* Su opinión puede ser aceptada en parte, porque como podemos observar, deja intacto el problema central que Ulpiano presenta: quien fue demandado con una *actio ad exhibendum* no puede demandar con la misma acción en contra de una tercera persona, además el caso debe partir necesariamente del problema del demandado que ya no posee con base en el dolo, porque como veremos inmediatamente, una hipótesis diferente resultaría absurda. Las palabras *ob hoc quod conventus sum ad exhibendum actione* son repetitivas pero no causan ningún daño al contenido del texto. No aceptamos la posición de eliminar la referencia al interés del actor, porque, como se observará, es un elemento fundamental en el ejercicio de la *actio ad exhibendum.* La mención del ladrón y del rapiñador no puede ser interpolada, ya que simplemente demuestra cuanto puede ser absurdo conceder el ejercicio de la *actio ad exhibendum* a la persona que dejó de poseer con base en el dolo; por último, no creemos exista un fundamento válido para eliminar la opinión de Neracio e imaginarnos una diferente, aunque no podemos negar que se encuentre interpolada como veremos más adelante, La posición de Beseler fue tomada en consideración por diferentes autores, que aceptan o niegan algunos elementos como O. Lenel, *Zum Edictum perpetuum,* cit., 120 ss; Marrone, *actio ad exhibendum,* cit., 270 y Burillo, *Contribuciones al estudio de la actio ad exhibendum,* cit., 236.

El demandado con base en una *actio ad exhibendum* no puede utilizar tal acción para demandar a su vez a otra persona, aunque si bien es cierto existe un claro interés del actor porque se encuentra obligado a restituir la cosa. Ulpiano hacía referencia al demandado que había hecho en modo de no poseer con dolo, porque parecería absurdo que se tratase del caso del poseedor actual (si posee la cosa no puede pretender la restitución de la misma a otra persona), o a una persona diferente que no hubiera hecho en modo de no poseer (ya que no sería obligada a la acción); claramente el jurista inmediatamente observa que el *dolo desinens possedere* no puede demandar tampoco con base en una *rei vindicatio* o a un interdicto como sucedería en el caso del ladrón o del rapiñador.

Ulpiano subraya que el demandado que dejó de poseer dolosamente y pretende demandar con la misma *actio ad exhibendum,* no obstante tenga un interés para el ejercicio de la acción, requisito que la jurisprudencia considera como indispensable,[114] el hecho que se encuentre obligado a restituir la cosa no puede ser considerado un factor relevante para concederle tutela jurídica. Si el deber de restitución fuera suficiente, también el ladrón y el rapiñador habría podido demandar *ad exhibendum* al mismo modo que el demandado que perdió la posesión por motivo de dolo porque se encontrarían también obligados a restituir la cosa, demostrándose así que sería absurdo concederle la *actio ad exhibendum* al que *ante litem contestatam dolo fecit quo minus possideat*.

[114] Autores como Marrone, *Actio ad exhibendum,* cit., 267 con base en el texto de Paulo, *libro quarto epitomarum Alfeni* en D.10.4.19 (*ad exhibendum possunt agere omnes quorum interest*), creen que el requisito del interés pudiera ser atribuido a Servio, porque probablemente Alfeno (mencionado por Paulo) refería un episodio que efectivamente había sido analizado en la escuela de su maestro Servio. Otros juristas indican tal requisito como Gayo, *libro ad edictum praetoris urbani titulo de liberali causa* en D.10.4.13: *...quia haec actio (ad exhibendum) ei creditur competere, cuius pecuniariter interest*; Ulpiano, *libro vicensimo quarto ad edictum* en D.10.4.3.9: *sciendum est autem non solum eis quos diximus competere ad exhibendum actionem, verum ei quoque, cuius interest exhiberi...*, en D.10.4.3.10: *plus dicit Iulianus, etsi vindicationem non habeam, interim posse me agere ad exhibendum, quia mea interest exhiberi...*, en D.10.4.3.12: *omnibus igitur ad exhibendum actio competit, quia omnium interest exhiberi hominem*. Marrone (*ibidem,* 269 ss.) demuestra que los juristas clásicos, si bien no consideraban suficiente el interés, lo admitían como requisito necesario para que el actor pudiera ejercitar una *actio ad exhibendum*.

Una vez excluido el ejercicio de la acción en tal caso, Ulpiano presenta una opinión de Neracio,[115] que parecería fundamental para determinar quién puede demandar *ad exhibendum*: *iudicem ad exhibendum hactenus conoscere, an iustam et probabilem causam habeat actionis, propter quam exhiberi sibi desideret.* Tal parte del texto es seguramente interpolada en la referencia al *iudicem*, porque como es notorio, quien conoce de la controversia es el pretor y no el juez,[116] además la palabra *actionis* podría ser un error del escribano y debería ser sustituida con el término *actor,* en este modo *habeat* tendría un sujeto y *sibi* un punto de referencia.

En conclusión, en el pensamiento de Ulpiano, el pretor no puede conceder al demandado que con dolo dejó de poseer el ejercicio de la *actio ad exhibendum*, no porque no tenga un interés, sino porque tal interés no puede ser considerado como una justa y aceptable causa por la que pueda pretender la exhibición de la cosa.

2. La pérdida dolosa de la posesión puede consistir en hacer llegar la cosa a otra persona o en transformarla en una cosa diferente

En Ulpiano, *libro vicensimo quarto ad edictum* en D.10.4.9.2 encontramos afirmado:

> *Si quis rem fecit ad alium pervenire, videtur dolo fecisse quo minus possideat, si modo hoc dolose fecerit.*[117]
> Si alguno hizo llegar la cosa a otra persona, se considera que hizo en modo de no poseer con dolo, siempre que lo haya hecho dolosamente.

En el presente pasaje podemos observar un claro ejemplo de pérdida dolosa de la posesión: la transmisión de la cosa a otra persona,

[115] No tenemos noticia a qué obra de Neracio haga referencia Ulpiano; *cfr.* Lenel, *Palingenesia,* 1, cit., 780.

[116] *Cfr.* Marrone, *Actio ad exhibendum,* cit., 271 n.288 que afirma: "il tratto in questione è chiaramente ispirato a concetti non classici, quali la *sommaria cognitio* da parte del *iudex* che si trova anche in D.10.4.3.9: *...iudex igitur summatim debebit cognoscere...*".

[117] Aceptamos la posición de Marrone, *Actio ad exhibendum,* cit., 421 n. 411 (con referencia a la doctrina interpolacionista, que el texto es clásico en el contenido y en la forma.

ejemplo que el mismo Ulpiano había citado en D.10.4.9pr, refiriéndose a una opinión de Juliano (*supra* § 2.b). El poseedor puede ser demandado *ad exhibendum* solamente si la *res* hubiera sido transmitida a otra persona en modo doloso, en otras palabras, con el conocimiento que la cosa era ajena. El texto no especifica los modos con los que se podría hacer llegar a otra persona la cosa, pero sobre este punto otros juristas identificaron diferentes casos que hemos visto anteriormente:

i) El deudor pignoraticio tira por la ventana la cosa dejada en prenda para permitir que otra persona pueda cacharla (Labeón-Pomponio en D.13.7.3).
ii) El marido utilizó el dinero que la mujer le había donado para comprar una cosa, sabiendo que no es suyo (Pomponio en D.10.4.14).
iii) Quien sufrió un robo recibe del *dominus* el esclavo, presunto responsable del delito para someterlo a una *quaestio*, pero en lugar de proceder a la *quaestio,* lo entrega al *praefectus vigilum* como si hubiera sido sorprendido mientras cometía el robo (Pomponio en D.12.4.15).

En relación con la transformación de la cosa en otra diferente Ulpiano, *libro vicensimo quarto ad edictum* en D.10.4.9.3 afirma:

> *Sed si quis rem deteriorem exhibuerit, aeque ad exhibendum eum teneri Sabinus ait. sed hoc ibi utique verum est, si dolo malo in aliud corpus res sit translata, veluti si ex scypho massa facta sit: quamquam enim massam exhibeat, ad exhibendum tenebitur, nam mutata forma prope interemit substantiam rei.*[118]

[118] Marrone, *Actio ad exhibendum,* cit., 403 n. 369 y Burillo, *Contribuciones al estudio de la actio ad exhibendum,* cit., 275 n. 307 aceptan la posición de G. Beseler, *Miszellen. Einzelne Stellen*, en ZSS, 47, 1927, 364, según el cual las palabras *quamquam-rei* no serían clásicas. Tal parte del texto sería, según el investigador, una glosa superflua; el sujeto de *exhibeat* es un *quis* que se encuentra demasiado lejos, es poco adecuado el cambio a la forma personal después que se había usado la forma impersonal (*sed hoc-facta sit*). No aceptamos tal posición, porque en este punto del texto se encuentra afirmado un principio filosófico jurídico fundamental en la explicación del problema: ...*mutata*

> Si alguno exhibió una cosa deteriorada, afirma Sabino que se encuentra igualmente obligado *ad exhibendum* (*sed-Sabinus ait*). Esto resulta ser verdadero si con dolo la cosa se haya transformado en otro *corpus* (objeto), por ejemplo, si se haya transformado una copa en una masa metálica (*sed-facta sit*); si bien, se exhiba la masa, se encuentra obligado *ad exhibendum,* porque, cambiada la forma, casi se destruye la sustancia de la cosa (*quamquam-substantiam rei*).

Para Sabino[119] la exhibición de una cosa dañada no disculpa al demandado de ser obligado *ad exhibendum,* porque probablemente en su pensamiento exhibir consistía no solamente entregar la cosa en el estado en que se encontraba, sino también en las condiciones en que debería encontrarse si el titular la hubiera poseído. Presentar una cosa dañada era como no exhibirla, y por esto el demandado con la *actio ad exhibendum* debía indemnizar al actor por la pérdida de la posesión. Debemos recordar que en la *intentio* de la fórmula se encontraba la referencia a la pérdida de la posesión efectuada con dolo (y no a una simple pérdida); por esto, aunque si con base en el texto se podría creer que para Sabino el simple daño se configuraría como una pérdida dolosa de la posesión,[120] tal afirmación no sería, según nuestra opinión, correcta, porque el actor habría debido demostrar en juicio que tal hecho había sido causado intencionalmente.

Ulpiano piensa en modo diferente, según el jurista, exhibir una cosa dañada exime al poseedor de una responsabilidad *ad exhibendum,* siempre que el daño provocado a la cosa no hubiera alterado su forma. Si se alteró la cosa, significa que la misma se perdió;[121] por esto una transformación de la cosa hecha intencionalmente por el poseedor deberá ser considerada como un ejemplo de pérdida dolosa de la

forma prope interemit substantiam rei; además que el sujeto de *exhibeat* se encuentre demasiado alejado no demuestra que el pasaje no sea clásico así como tampoco el regreso a la forma personal después que se había utilizado la impersonal.

[119] Sobre tal punto *cfr.* A. Pernice, *Labeo*, Teil D, Aalen, 1963, 84 n. 2.

[120] Posición de Marrone, *Actio ad exhibendum,* cit., 404 y Burillo, *Contribuciones al estudio de la actio ad exhibendum*, cit., 275.

[121] Sobre tal punto ver J. G. Wolf, *Error im römischen Vertragsrecht,* Köln, 1961, 122 ss., con bibliografía y M. Bretone, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura,* Bari, 2001, 88 n. 38.

posesión.[122] Exhibir una masa de plata no es lo mismo que exhibir una copa del mismo material, porque el valor del metal podría ser inferior al valor que tendría el material trabajado por un joyero.

3. Pérdida dolosa de las monedas ajenas

Ulpiano, *libro vicensimo sexto ad edictum* en D.12.1.11.2 afirma:

> *Si fugitivus servus nummos tibi crediderit, an condicere tibi dominus possit, quaeritur. et quidem si servus meus, cui concessa est peculii administratio, crediderit tibi, erit mutua : fugitivus autem vel alius servus contra voluntatem domini credendo non facit accipientis. quid ergo? vindicari nummi possunt, si exstant, aut, si dolo malo desinant possideri, ad exhibendum agi: quod si sine dolo malo consumpsisti, condicere tibi potero.*[123]
> Si un esclavo fugitivo te haya concedido un crédito de una cierta cantidad de monedas, se pone la cuestión si el *dominus* pueda demandarte con la *condictio* (*si-quaeritur*). Y si efectivamente mi esclavo a quien se concedió la administración del peculio, te concedió el crédito, efectivamente se efectuó un mutuo (*et-mutua*); diferentemente el esclavo fugitivo o el que concedió el crédito contra la voluntad del *dominus* no hace las monedas de propiedad de quien las recibe (*fugitivus-accipientis*). Por ello tales monedas pueden ser reivindicadas si existen todavía, si con dolo el poseedor dejó de poseer, el *dominus* puede demandarlo *ad exhibendum* (*quid-agi*); pero si fueron consumidas sin dolo, puedo demandarte con la *condictio* (*quod-potero*).

[122] El propietario de la copa perdió la *res* cuando se transformó en una masa de plata; en el caso contrario el titular de la masa metálica no habría perdido la cosa al transformarse en un objeto diferente, porque el demandado se encontraría en la posibilidad de exhibir el material después de haberlo hecho regresar a su estado originario.

[123] El contenido clásico del texto fue considerado dudoso por muchos autores; por ejemplo G. Longo, *Libera administratio peculii*, BIDR, 38,1930, 41 elimina la parte que dice: *cui concessa est peculii administratio* y *vel alius servus contra voluntatem domini*; H. Siber, *Retentio propter res donatas* en *Studi in Onore di S. Riccobono*, 3, Palermo, 1936, quita *desinant possideri* e incluye *consumpti sunt*, elimina *ad exhibendum agi* e incluye *condici*, sustituye *consumpsisti, condicere tibi potero* por *in factum agi potest*; tal posición fue seguida por J. G. Fuchs, *Iusta causa traditionis in der romanistischen Wissenschaft*, Basel, 1952, 193 ss. y por U. von Lübtow, *Beiträge zur Lehre von der Condictio nach römischem und geltendem Recht*, Berlín, 1952, 37; G. Longo, *Diritto Romano. Diritto delle obbligazioni*, 2, Roma, 1954, 76, elimina la parte que va de *quid ergo* en adelante; Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 440 considera espuria la parte del texto donde se habla de la *actio ad exhibendum* y acepta la idea de los otros investigadores que de *quid ergo* en adelante el contenido no sería clásico, porque el infinito *agi* no tiene un verbo al cual se hiciera referencia. Más prudente en valorar el contenido del texto I. Buti, *Studi sulla capacitá patrimoniale dei servi*, Napoli, 1976, 83 ss. En nuestra opinión la sustancia del pasaje no sorprende como veremos inmediatamente.

No creemos existan dudas en la actualidad que el *dominus* pudiera conceder a un esclavo la administración de un peculio para la gestión de actividades económicas.[124] El problema es que en el presente caso quien concede el préstamo a un tercero es el *servus fugitivus* y la cuestión que presenta Ulpiano consiste en determinar la acción que le correspondería al *dominus* en contra de la persona que recibió el dinero del esclavo. El jurista le concede la *condictio* en contra del mutuatario, porque cuando el *servus* había tenido la administración del peculio, se había perfeccionado un mutuo entre el propietario del esclavo y quien había recibido las monedas; pero, en el caso en que el esclavo fugitivo hubiera concedido el préstamo en contra de la voluntad del *dominus*, visto que no se perfecciona un mutuo, deben ser consideradas otras opciones con un diferente fundamento.

Faltando la voluntad del propietario del esclavo (que era contrario al crédito) continúa a ser titular de las monedas, y por esto puede vindicarlas siempre que hubieran sido poseídas por la persona que las había recibido del esclavo; pero si ya no son poseídas, deben distinguirse dos situaciones: si quien recibió las monedas las perdió dolosamente, el titular puede demandar con la *actio ad exhibendum*; si por el contrario fueron consumidas y falta el dolo, la acción que podrá ejercitar será la *condictio*.

Marrone[125] duda de la referencia a la *actio ad exhibendum* porque en el texto se hace mención solamente al caso en que existiera una

[124] Bajo diferentes perfiles véanse: Buti, *Studi sulla capacitá patrimoniale dei servi*, cit., 3 ss.; A. Di Porto, *Impresa collettiva e schiavo manager in Roma antica (II sec. a. C.-II d.C)*, Milano, 1984, 207 ss.; del mismo autor, *Filius, servus, libertus, strumenti dell'impreditore romano* en *Imprenditorialitá e diritto nell'esperienza storica*, a cura di M. Marrone, Palermo, 1992, 231 ss.; A. Kirschenbaum, *Sons, slaves and freedmen in Roman commerce*, Nueva York-Jerusalem, 1987, 31 ss.; F. Serrao, *Impresa e responsabilitá a Roma nell'etá commerciale*, Pisa, 1989, 42 ss.; J. J. Aubert, *Business Managers in Ancient Rome*, Leiden-Nueva York-Köln, 1994, 64 ss.; A. Földi, *Remarks on the legal structure of enterprises in Roman law*, en RIDA, 1996, 179 ss. Por ello no puede dudarse que sean clásicos los términos *cui concessa est peculii administratio* (ver nota anterior).

[125] Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 440.

pérdida dolosa de la posesión, llegándose, según el investigador, a la falsa conclusión que en contra del poseedor de las monedas, la acción de exhibición no sería posible. Según nuestra opinión, tal tesis no puede ser aceptada por dos razones: en primer lugar, porque el texto se encuentra en el libro vigésimo del comentario *ad edictum* que se refiere a la *condictio*[126] y en donde la *actio ad exhibendum* presenta un papel secundario. Además, el jurista usa los términos *vindicari nummi possunt, si existant,* que seguramente hacen referencia a la *vindicatio,* pero podrían, a nuestro parecer, aludir también a la *actio ad exhibendum,* porque, como pueden demostrar varios pasajes, esta última acción podría tener la finalidad que una vez exhibidas las monedas, el titular de las mismas pudiera vindicarlas: *...ad exhibendum, et exhibitam vindicare...* (Labeón, *libro sexto posteriorum a Iavoleno epitomatorum* en D.16.3.33)[127] e...*itaque ad exhibendum agere me et exhibitam vindicare debere* (Africano, *libro octavo quaestionum* en D.15.1.38pr).[128]

En D.12.1.11.2 existe una clara contraposición entre *extare* y *consumere*; si las monedas todavía permanecen en las manos de la persona que las recibió del esclavo, puede afirmarse que tiene la posesión, mientras que si fueron consumidas, los efectos se concretizan en una pérdida de la posesión. El consumo es un ejemplo de tal tipo de pérdida, pero no implica necesariamente que hubiera sido hecho con dolo y si bien en el texto no se explica cuándo el consumo puede ser considerado doloso, podemos considerar diferentes hipótesis:

i) La persona recibe y consuma las monedas que había recibido del esclavo fugitivo con pleno conocimiento que el *dominus* no quería concederle el crédito.

[126] Lenel, *Palingenesia,* 2, cit., 569 ss.

[127] *Servus tuus pecuniam cum Attio in sequestre deposuit apud Maevium ea condicione, ut ea tibi redderetur, si tuam esse probasses, si minus, ut Attio redderetur. Posse dixi cum eo, apud quem deposita esset, incerti agere, id est ad exhibendum, et exhibitam vindicare, quia servus in deponendo tuum ius deterius facere non potuisset.*

[128] *Deposui apud filium familias decem et ago depositi de peculio. quamvis nihil patri filius debeat et haec decem teneat, nihilo magis tamen patrem damnandum existimavit, si nullum praeterea peculium sit: hanc enim pecuniam, cum mea maneat, non esse peculii. denique quolibet alio agente de peculio minime dubitandum ait computari non oportere. itaque ad exhibendum agere me et exhibitam vindicare debere.*

ii) La persona recibe las monedas del esclavo fugitivo sin saber que el *dominus* no era de acuerdo, después lo llega a saber, pero en lugar de restituirlas las consume igualmente.

En tales casos el consumo se transforma en una pérdida dolosa de la posesión permitiendo en este modo al propietario de las monedas de demandar *ad exhibendum.*

4. Ejercicio de la *actio ad exhibendum* del depositante en contra de quien recibió por error la cosa del depositario

Ulpiano, *libro trigensimo ad edictum* en D.16.3.1.32 trata el siguiente caso:

> *Si rem a servo depositam Titio, quem dominum eius putasti, cum non esset, restituisses, depositi actione te non teneri Celsus ait, quia nullus dolus intercessit: cum Titio autem, cui res restituta est, dominus servi aget: sed si exhibuerit, vindicabitur, si vero, cum sciret esse alienum, consumpserit, condemnabitur, quia dolo fecit quo minus possideret.*[129]
>
> Afirma Celso que si restituiste a Ticio la cosa depositada por un esclavo porque creías que era el *dominus,* no te encuentras obligado con la acción de depósito, porque no hubo dolo por parte tuya (*Si-intercessit*); pero el

[129] Beseler, *Beiträge,* 1, cit., 10, quita el término *sed* e incluye *ad exhibendum: et,* antes de *vindicabitur* incorpora *Titius, res ab eo,* sustituye *alienum* por *alienam*; O. Lenel, *Rei vindicatio und actio ad exhibendum* en *Grünhuts Zeitschrift,* 37, 1910, 525, *Gesammelte Schriften,* 3, Napoli, 1991, 389, elimina *sed* a *possideret,* porque se encuentran demasiado juntos los dos verbos: *sed si exhibuerit, vindicabitur,* cuando se refiere a la cosa ajena (*res aliena*) se usa el neutro *alienum,* la palabra *consumpserit* no tiene un objeto al cual se pueda relacionar y si los términos *condemnabitur-minus possideret* resultan ser clásicos, probablemente se referían a un problema más amplio que se modificó. Marrone, *Actio ad exhibendum,* cit., 395 ss., cancela *sed-minus possideret,* porque *sed* hace pensar a una contraposición que en realidad no existe; le parece inapropiado el término *vindicabitur*; *condemnabitur* da la impresión que tiene el mismo sujeto de *vindicabitur*; está escrito *alienum* y debería decirse *alienam.* Según nuestra opinión, el término *sed* tiene una función precisa en el pasaje: la persona que entregó la cosa depositada a Ticio no se encuentra obligada con base en la acción de depósito, "pero" Ticio se encuentra obligado con la acción de exhibición. El término *vindicabitur* se refiere a quien había ejercitado la acción (*dominus servi aget*) y *condemnabitur* a Ticio, no vemos las razones por las que podrían considerarse los dos verbos referidos al mismo sujeto. Seguramente *alienum* es un error del escribano, pero no por esto debemos condenar el contenido del texto.

propietario del esclavo demandará a Ticio, al cual fue restituida la cosa (*cum-aget*); entonces si él la exhibiera, será vindicada, pero si la hubiera consumido sabiendo que era ajena será condenado porque hizo con dolo en modo de no poseer (*sed-possideret*).

Una persona entrega a Ticio una cosa porque creía erróneamente que era el *dominus* del esclavo que se la había dejado en depósito. Según Celso, el titular de la cosa no puede demandar en contra del depositario con la acción de depósito, pero puede ejercitar en contra de Ticio la *actio ad exhibendum*; en este modo, si Ticio posee todavía y exhibe la cosa, el titular podrá vindicarla, pero si la hubiera consumido con pleno conocimiento que era ajena será condenado.

Puede observarse que para Ulpiano el consumo es un ejemplo de pérdida dolosa de la posesión en el caso en que exista conocimiento del que poseía que la cosa era ajena. Si Ticio erróneamente hubiera creído que la cosa le pertenecía, porque también él había ordenado a uno de sus esclavos depositar una cosa parecida, dándole la facultad de escoger la persona adapta, no podría ser considerada una pérdida dolosa de la posesión si la hubiera consumido, y en tal caso no sería condenado con base en tal acción.

5. *Actio ad exhibendum* en contra del autor de la unión del *tignum* ajeno

El caso es tomado en consideración por Ulpiano, *libro trigensimo septimo ad edictum* en D.47.3.1.2:

> *Sed et ad exhibendum danda est actio: nec enim parci oportet ei, qui sciens alienam rem aedificio inclusit vinxitve: non enim sic eum convenimus quasi possidentem, sed ita, quasi dolo malo fecerit, quo minus possideat.*[130]

[130] El contenido del pasaje fue condenado en su totalidad por Beseler, *Beiträge*, 1, cit., 44 ss; R. Monier, *Le tignum iunctum*, París, 1922, 207 ss. *Manuel élémentaire de droit romain*, 1, París, 1938, 515; Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 413 ss.; otros han hecho algunas correcciones como M. Pampaloni, *Studi sopra il delitto di furto* en BIDR, 21, 1909, 212, cambiando después idea en otra investigación: *Appunti sulla confusione e commistione* en BIDR, 37, 1929, 51. Más prudentes en su contenido G. Melillo, *Tignum iunctum*, Napoli, 1964, 102 ss, el cual afirma que el texto fue escrito por Ulpiano para incorporar una opinión personal que enriquecía un régimen que en su opinión ya no era adecuado. Las palabras *sed et* con las que introduce su pensamiento corresponden a módulos normales referidos a comentarios lemáticos, los términos *danda est actio* no presentan dudas ya que reflejan el particular y probablemente innovador punto de vista de Ulpiano respecto al *tignum* unido en mala fe y expone con gran naturaleza la oportunidad, que para otros juristas probablemente era discutible, de conceder en via excepcional también la *actio ad exhibendum*, ya que no se puede tener consideraciones en contra del constructor malicioso. Sobre tal aspecto la palabra *parcere* parecería adecuada. El investigador acepta las dudas generales de las palabras finales *non enim-possideat*, por la falta de estilo, sobre todo los términos *non enim* resultan desagradables inmediatamente después de *nec enim*. R. Quadrato, *Tignum iunctum ne solvito. Dalle XII tavole a Giustiniano*, Bari, 1967, 64 ss., acepta la posición de Melillo de atribuirle a Ulpiano la referencia a la *actio ad exhibendum*, pero no excluye dudas sobre la clasicidad del pasaje, sobre todo en la parte *nec-vinxitve* (p. 69, nt. 108).

> Debía ser concedida también la *actio ad exhibendum* (en el caso del *tignum furtivum*), ya que no se debía perdonar a la persona que con conocimiento insería o unía la cosa ajena a un edificio (*sed-vinxitve*); tal persona no era demandada en juicio como si fuera poseedor, sino como si hubiera hecho con dolo en modo de no poseer (*non-minus possideat*).

El jurista cuando analiza la aplicación de la acción *de tigno iuncto* al caso del *tignum furtivum* (*Lex duodecim tabularum neque solvere permittit tignum furtivum*...en D.47.3.1pr.),[131] subraya que el titular de una cosa que fue unida en una construcción ajena puede demandar también *ad exhibendum* en contra de quien hubiera hecho tal unión. Pero con esta acción el actor no puede pretender que la cosa le sea exhibida, porque la exhibición requiere la separación del *tignum*, que jurídicamente no es posible por la prohibición establecida en las XII tablas.[132]

[131] Lenel, *Palingenesia*, 2, cit., 679, *Das Edictum perpetuum*, cit., 330 ss. Citamos los textos anteriores de Ulpiano, *libro trigesimo septimo ad edictum* en D.47.3.1pr.-1, para observar la unión con el pasaje que estamos analizando: *Lex duodecim tabularum neque solvere permittit tignum furtivum aedibus vel vineis iunctum neque vindicare (quod providenter lex effecit, ne vel aedificia sub hoc praetextu diruantur vel vinearum cultura turbetur)*: *sed in eum, qui convictus est iunxisse, in duplum dat actionem. Tigni autem appellatione continetur omnis materia, ex qua aedificium constet, vineaque necessaria. unde quidam aiunt tegulam quoque et lapidem et testam ceteraque, si qua aedificiis sunt utilia (tigna enim a tegendo dicta sunt), hoc amplius et calcem et harenam tignorum appellatione contineri. sed et in vineis tigni appellatione omnia vineis necessaria continentur, ut puta perticae pedamenta.*

[132] Tabla .6.8 (en *F.I.R.A.* 1, 46). *Tignum iunctum aedibus vinea(e)ve (et concapit) ne solvito.*

Si el actor hubiera demandado *ad exhibendum* pidiendo la exhibición de la cosa incorporada en la construcción, el demandado habría podido exhibirla si hubiera destruido el edificio, pero como el derecho civil no permitía tal posibilidad, el propietario del *tignum* no podía demandar 'como si' el demandado poseyera, porque el *tignum* se transformó en parte integrante de una cosa de la que no puede separarse. Entonces, si no puede ser exhibido, puede obtener que el demandado que lo incorporó en el edificio sea considerado como si (*quasi*) hubiera perdido con dolo la posesión.

En el pensamiento de Ulpiano el titular de la viga puede demandar al que hubiera incorporado el *tignum furtivum* en una construcción propia o ajena, siempre que tuviera pleno conocimiento que pertenecía a otra persona. El jurista afirma: *nec enim parci oportet ei, qui sciens alienam rem aedificio inclusit vinxitve,* excluyendo que el titular del *tignum* pudiera demandar *ad exhibendum* al constructor si no sabía que la cosa había sido robada. La diferencia entre el *tignum furtivum* y el *tignum alienum*[133] parece ser fundamental: en el primer caso el titular de la *res* puede demandar *ad exhibendum* en contra del constructor, si el mismo sabía que el *tignum* incorporado era ajeno (el constructor lo había robado o tenía conocimiento del origen ilícito de la cosa); por el contrario, si el constructor hubiera incorporado un *tignum* ajeno (sin conocimiento de su origen), el titular de la *res* no habría podido ejercitar la *actio ad exhibendum*.

Como la ley de las XII Tablas no permite de separar el *tignum* de la construcción, no es posible ejercitar la *rei vindicatio* o la acción de exhibición para que el titular de la cosa pudiera obtener la restitución;[134] pero tal regla, que podemos considerar general, puede ser

[133] Quadrato, *Tignum iunctum ne solvito,* cit., 55 ss, demostró que en la vieja reglamentación del *tignum* no tenía ninguna importancia el elemento subjetivo y por ello resultaba *furtivum* por el simple hecho de ser *alienum,* pero con el desarrollo del pensamiento jurídico y con afirmarse el elemento subjetivo la primitiva idea no podía perdurar, así en edad clásica, a partir de Neracio (D.24.1.63) podemos observar una total diferencia entre *tignum furtivum* y *tignum alienum*.

[134] Gayo, *libro secondo rerum cottidianarum* en D.41.1.7.10: *cum in suo loco aliquis aliena materia aedificaverit... neque vindicare eam potest neque ad exhibendum de ea agere propter legem duodecim tabularum, qua cavetur...* (mismo contenido en las Instituciones de Justiniano 2.1.29); Paulo, *libro vicensimo primo ad edictum* en D.6.1.23.6: *tignum alienum aedibus iunctum nec vindicari potest propter legem duodecim tabularum,*

superada, según la jurisprudencia severiana, si con la *actio ad exhibendum* no se pretende la exhibición de la cosa (porque requeriría la previa separación de la construcción, que es jurídicamente imposible), sino el valor de la misma de quien sabía que era ajena; por ello Paulo, *libro vicensimo primo ad edictum* en D.6.1.23.6 sobre este punto es muy claro: con base en la ley de las XII Tablas no pueden ejercitarse la *rei vindicatio* o la *actio ad exhibendum* en contra de quien incorpora un *tignum* ajeno a una construcción (*tignum alienum aedibus iunctum nec vindicari potest propter legem duodecim tabularum, nec eo nomine ad exhibendum agi*), a menos de que no hubiera incorporado tal cosa con pleno conocimiento de que pertenecía a otro (*nisi adversus eum, qui sciens alienum iunxit aedibus...*).

En D.47.3.1.2 pudimos observar que incorporar un *tignum alienum* en una construcción es considerado por Ulpiano '*quasi*' una pérdida dolosa de la posesión, cuando el constructor conocía que la cosa era ajena, y por esto deberá restituir al titular su valor. Melillo,[135] con base en tal texto, afirma que la *actio ad exhibendum* tiene una función penal, opinión que, como la totalidad de la doctrina,[136] no nos parece aceptable, porque la acción de exhibición tiene como finalidad restituir al titular del *tignum,* como dijimos anteriormente, el valor de la cosa, ya que existe la imposibilidad del constructor de exhibirla, como hubiera podido suceder en cualquier caso en que existiera una pérdida dolosa de la posesión; además en el próximo texto que analizaremos (D.47.1.1pr.) puede observarse claramente como Ulpiano distingue las acciones penales de las que no tienen la misma naturaleza como es el caso de la *actio ad exhibendum.*

En el caso de la *actio de tigno iuncto* la condena pecuniaria es limitada al doble del valor de la *res,* según lo que claramente afirma Ulpiano, *libro trigensimo septimo ad edictum* en D.47.3.1pr: *in duplum dat actionem*; por el contrario, en la *actio ad exhibendum* se procedía a la estimación del interés que había tenido el actor a la

nec eo nomine ad exhibendum agi..., *idem, libro quarto decimo ad Sabinum* en D.10.4.6: *in tigno iuncto aedibus, de quo nec ad exhibendum agi potest, quia lex duodecim tabularum solvi vetaret...*

[135] Melillo, *Tignum iunctum,* cit., 102 ss.

[136] En contra P. Voci, *Recensione* Melillo en Iura, 16, 1965, 312 ss.; M. Kaser, *Tignum iunctum* en Labeo, 12, 1966, 111; Quadrato, *Tignum iunctum ne solvito,* cit., 69 ss.

exhibición, esto es, se fijaba la medida de la condena en el *id quod actoris interest,* que habría podido sobrepasar el doble del valor del *tignum.*[137]

La cuestión que todavía debemos aclarar es si el titular del *tignum* deberá escoger entre las dos acciones que mencionaba Ulpiano o por el contrario podrá ejercitar ambas en contra del constructor que incorporó el *tignum furtivum*; en otras palabras, ¿existe una 'concurrencia alternativa' o una 'concurrencia cumulativa' de las acciones?[138] Según nuestra opinión, la *actio de tigno iuncto* es claramente una acción de naturaleza penal (basta observar la posición que tiene en el edicto del pretor),[139] y por esto puede existir una acumulación entre acción penal y *actio ad exhibendum,* como sucedió en el caso mencionado por Pomponio, *libro octavo decimo ad Sabinum* en D.13.7.3 (*supra* § 2 b), en donde concurren la *actio furti* y la *actio ad exhibendum.*

La tesis de la "concurrencia cumulativa" de las acciones en D.47.3.1.2 parecería encontrar fundamento en la palabra *et* que une el pasaje a D.47.3.1pr., en donde se presume la existencia de la *actio de tignum iuncto*: *in duplum dat actionem* y en la motivación de Ulpiano: *nec enim parci oportet ei, qui sciens alienam rem aedificio inclusit vinxitve.* Quadrato[140] sobre este punto afirma que Ulpiano concedía 'en cumulo' la *actio ad exhibendum,* porque si bien ésta, por su propia naturaleza tenía la finalidad de recuperar la *res*, la prohibición de las XII Tablas no producía ningún problema, ya que de

[137] Sobre la *condemnatio* de la *actio ad exhibendum* y el cambio del criterio del *quanti ea res erit* al del *id quod actoris interest*, véase Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 664 ss.

[138] Marrone, *Actio ad exhibendum,* cit., 586 presenta la cuestión, pero como cree que los textos que se refieren al problema (D.6.1.23.6 e D.47.3.1.2) son interpolados, no llega a una solución que pueda esclarecerlo en el derecho clásico; Melillo, *Tignum iunctum,* cit., 109, afirma la existencia de un concurso cúmulativo, así como Quadrato, *Tignum iunctum ne solvito,* cit., 67 (pero con argumentos diferentes a los de Melillo). Véase por último D. Liebs, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht*, Göttingen, 1972, 140 ss.

[139] Lenel, *Das edictum perpetuum,* cit., XIX, incluye la *actio de tigno iunctum* en el título XXIII §131 del edicto entre el § 130 *furti oblati* y el §132 *furti manifesti.* Sobre la naturaleza penal de la *actio de tigno iunctum* en el periodo clásico ver Quadrato, *Tignum iunctum ne solvito,* cit., 69 y sobre la existencia en el edicto de una rúbrica dedicada a tal acción ver en la misma obra a partir de la página 70. En sentido contrario Melillo, *Tignum iunctum,* cit., 42 ss.

[140] Quadrato, *Tignum iunctum ne solvito,* cit., 69 nt. 113.

todos modos la *condemnatio* era pecuniaria. Por el contrario, ya que en el derecho justinianeo se sigue la regla de la *condemnatio in ipsam rem,* debía ser salvada la prohibición de *solvere* y los compiladores, favorables al régimen de la acumulación, recurrían a la idea del *fictus possessor*, en modo tal que el demandado estaría obligado únicamente a entregar una cantidad de dinero. La ingeniosa tesis del maestro presenta como presupuesto que las palabras (*non-possideat*) sean interpoladas, sin embargo aunque nosotros no podemos negar la falta de elegancia del estilo con el cual se presenta el texto (como claramente demostró la doctrina),[141] debemos recordar que los términos *dolo malo fecerit, quo minus possideat* son clásicos, como hemos visto en el transcurso de la presente investigación; por esto no nos parece posible prescindir de las mismas en la solución del problema.

La imposibilidad jurídica que el demandado pudiera restituir el *tignum* da como resultado que la medida de la condena sea fijada en el *id quod actoris interest*, pero tal condena se refiere únicamente al valor de la cosa y no al hecho ilícito cometido por el constructor que conocía que el *tignum* era ajeno; por esto, con la *actio ad exhibendum,* el titular de la viga puede obtener su valor y con la *actio de tigno iuncto* pedir un resarcimiento por el delito cometido por el constructor.

6. *Actio ad exhibendum* en contra de los herederos de la persona que robó la cosa

Dice Ulpiano, *libro quadragesimo primo ad Sabinum* en D.47.1.1.pr.:

> *Civilis constitutio est poenalibus actionibus heredes non teneri nec ceteros quidem successores: idcirco nec furti conveniri possunt. sed quamvis furti actione non teneantur, attamen ad exhibendum actione teneri eos oportet, si possideant aut dolo fecerint quo minus possideant: sed enim et vindicatione tenebuntur re exhibita. Item condictio adversus eos competit.*[142]

[141] Ver la nota 130.

[142] El texto presenta una serie de dudas por parte de Marrone, *Actio ad exhibendum,* cit., 534 (en el mismo sentido Burillo, *Contribuciones al estudio de la actio ad exhibendum,* cit., 272); por ejemplo, los términos *civilis constitutio* no serían clásicos, porque no se encuentran mencionados en otros pasajes de la jurisprudencia romana, pero según nuestra opinión, no se debe excluir que sean clásicos, ya que, por ejemplo, Gayo 4.112 se expresa

> Es una disposición del derecho civil que ni los herederos ni los otros sucesores se encuentren obligados con las acciones penales; por este motivo no pueden ser demandados con base en la acción de hurto (*Civilis-possunt*). Pero si bien no responden por ello, sin embargo deben ser obligados con base en la *actio ad exhibendum,* si posean o si con dolo hayan hecho en modo de no poseer (*sed quamvis-minus possideant*); por ello, exhibida la cosa, se encuentran obligados también a la *rei vindicatio,* y al mismo modo compete en contra de ellos la *condictio* (*sed enim-competit*).

El presente pasaje contiene el 'principio de la intransmisibilidad pasiva de las acciones penales'; los herederos (y los otros tipos de sucesores) no son llamados a responder con estas acciones, y no pueden por esto ser demandados con la *actio furti*, que, como es notorio, resulta ser un claro ejemplo de acción penal. Por el contrario en el caso de otras acciones que no son penales, pueden ser ejercitadas en contra de los herederos, como es el caso de la *actio ad exhibendum* y de la *condictio.* Tales personas se encuentran obligadas hacia el actor en nombre propio y no porque son herederos del difunto (recordamos a este propósito el texto de Paulo en D.10.4.12.6 analizado *supra* §7c); por esto, si ellos se encontraran en la posesión de la cosa que había sido robada por el *de cuius* o hubieran perdido intencionalmente la posesión, su verdadero titular habría podido demandar *ad exhibendum* en contra de ellos. En el primer caso, una vez ejercitada la *actio ad exhibendum* y exhibida la cosa *in iure*, el titular, siempre en la misma audiencia podía ejercitar la *rei vindicatio* en contra de

en modo parecido sobre el mismo problema: *est enim certissima iuris regula ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competere nec dari solere, veluti furti...*; además el mismo investigador acepta la posición de C. Longo, *L'origine della successione particolare nelle fonti di diritto romano*, BIDR, 14, 1902, 151 n.2 y de otros autores (mencionados por Marrone en nota 284) en el sentido que las palabras *nec ceteros quidem successores* no sean originales, pero no vemos motivos para dudar que el mismo Ulpiano se hubiera servido de tales términos con la finalidad de citar en modo completo a todos los sucesores; D.47.1.1pr. no es el único ejemplo en donde el jurista severiano usa más o menos tales términos para referirse a los otros sucesores (el mismo Longo cita tales pasajes en la nota 2). Marrone afirma que son demasiados retóricos los términos *sed enim et*, y sobre tal punto estamos de acuerdo pero claramente el texto refleja el pensamiento del jurista severiano porque por ejemplo el término *attamen* se encuentra en construcciones gramaticales que utiliza Ulpiano: *quamvis...attamen* (sobre este punto ver E. Albertario, *Contributi alla critica del Digesto* en *Studi di Diritto Romano*, 6, 1953, 98 n. 1).

los herederos; si por el contrario los mismos ya no tuvieran la cosa robada por el *de cuius*, serían de todos modos obligados con la *actio ad exhibendum* en el caso que hubieran hecho con dolo en modo de no poseer. Ulpiano concede además la *condictio ex causa furtiva* en contra de los herederos del ladrón.

X. Referencias a la pérdida dolosa de la posesión en las constituciones imperiales de edad tardoclásica

En una constitución de Alejandro Severo del año 234 en C.4.34.1 encontramos referencias a la responsabilidad del que con dolo hizo en modo de no poseer:

> *...Quod si praetextu latrocinii commissi vel alterius fortuiti casus res, quae in potestate heredis sunt vel quas dolo desiit possidere, non restituuntur, tam depositi quam ad exhibendum actio, sed etiam in rem vindicatio, competit.*
> En el caso en que con el pretexto de la llegada de los ladrones o de otro tipo de caso fortuito no se restituyan las cosas que están en la potestad del heredero o que el mismo dejó de poseer con dolo, competen al depositante no sólo la acción de depósito y la *actio ad exhibendum,* sino también la *rei vindicatio.*

Tal constitución nos llegó también mediante una tradición textual diferente, así en la *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum* 10.8 se menciona:

> *Quod si praetextu latrocinii commissi res, quae in potestate heredis sunt, non restituuntur, tam depositi quam ad exhibendum actio, sed et in rem vindicatio competit.*

Confrontando los dos textos resulta evidente que son interpolados en C.4.34.1 los términos *vel quas dolo desiit possidere* y *vel alterius fortuiti casus.*[143] El caso presentado al emperador y la respuesta de la

[143] *Cfr.* H. Siber, *Die Passivlegitimation bei der Rei vindicatio,* Leipzig, 1907, 20; M. Marrone, *La Legittimazione passiva alla rei vindicatio,* Palermo, 1970, 176; M. Kaser,

cancillería imperial eran menos amplios de lo que se expone en el código de Justiniano, porque se referían a un hecho determinado, la llegada de los ladrones, y no a cualquier tipo de caso fortuito; el deponente entrega ciertas cosas al depositario el cual muere; su heredero que tiene la posesión, no quiere restituirlas, afirmando que a causa de un hurto le fueron robadas las *res* solicitadas por el deponente.

El titular de las cosas duda del hurto que sufrió el heredero del depositario, o al menos que entre las cosas robadas se encontraran efectivamente las suyas, y por ello pide al príncipe una explicación sobre qué tipo de acción tendría en contra del heredero. El emperador sin dar una explicación de su decisión (al menos en la versión que llegó a nosotros), sostiene que el titular de las cosas puede demandar con la acción de depósito, de exhibición o con la *rei vindicatio*. En el primer caso, como es lógico pensar, el heredero se encontraba obligado como sucesor del depositario con base en la *actio depositi*, mientras que en referencia a la *rei vindicatio* y a la *actio ad exhibendum*, su 'legitimación pasiva' se explicaría porque era poseedor de las cosas ajenas.[144] Los compiladores quieren ser todavía más precisos, porque en la constitución originaria se presume que el heredero del depositario posee todavía las cosas: *res, quae in potestate heredis sunt*, pero no se toma en consideración la hipótesis, también factible, que el poseedor, tratando de ser convincente respecto al hurto de las cosas del deponente, hubiera hecho en modo de ya no poseerlas. Tal precisión, probablemente superflua para un experto de derecho (porque claramente sabía que la *actio ad exhibendum* se ejercitaba también cuando hubiera sido perdida la posesión con dolo), no lo sería en el presente caso, porque el parecer del emperador pudo haber sido solicitado por un inexperto de derecho, el cual habría po-

Nochmals über Besitz und Verschulden bei den actiones in rem, ZSS, 98, 1981, 126 n. 188; S. Schipani, *Responsabilitá del convenuto per la cosa oggetto di azione reale*, Torino, 1971, 106 ss. con más bibliografía.

[144] Siber, *Die Passivlegitimation bei der Rei vindicatio*, cit., 65, afirma que el heredero se convirtió en poseedor porque removió la cosa depositada después de la oposición de restituirla, pero en el texto, como claramente observan Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 357 n. 222 y Burillo, Contribuciones al estudio de la *actio ad exhibendum*, cit., 267, no existen referencias que permitan aceptar tal tesis.

dido ignorar que la pérdida dolosa de la posesión no excluía el ejercicio de esta acción.

En una constitución de Gordiano III del año 239 en C.3.42.5 se afirma:

> *Ad exhibendum actione non tantum eum qui possidet, sed etiam eum teneri, qui dolo fecit, quominus exhiberet, merito tibi a non contemnendae auctoritatis iuris consulto Modestino responsum est.*
> Con razón te fue dado el responso de Modestino, jurisconsulto de no despreciable autoridad, que con la acción de exhibición no se encuentra obligado únicamente el que posee, sino también quien con dolo hizo en modo de no exhibir.

El texto no incorpora nada de nuevo a lo que hasta este momento hemos observado: la *actio ad exhibendum* puede ser ejercitada en contra del que no posee dolosamente; en este modo Modestino, en su responso, había sostenido una posición que encontraba confirmación en todos los pasajes de los juristas analizados en la presente investigación (de Labeón a Ulpiano).[145]

En otra constitución, siempre de Gordiano III del año 242 en C.9.32.4pr.-1, se afirma:

> *Adversus uxorem, quae socia rei humanae atque divinae domus suscipitur, mariti diem suum functi successores expilatae hereditatis crimen intendere non possunt.* 1. *Et ideo res, quas per eandem abesse quereris, competenti in rem actione vel, si dolo malo fecerit, quo minus res mobiles possideret, ad exhibendum persequere.*[146]

[145] Claramente el responso fue pedido a Modestino por un profano de derecho, porque, como es notorio no existen dudas que en la *intentio* de la fórmula de la *actio ad exhibendum* se contenía la referencia a la posesión y a la pérdida dolosa de la posesión como hemos mencionado *supra* nota 5.

[146] Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 396, afirma que los términos *si dolo malo fecerit, quo minus res mobiles possideret* tienen origen glosemático, porque parecería absurdo que la *actio ad exhibendum* se concediera sólo en el caso de la pérdida dolosa de la posesión, cuando en otra constitución del mismo emperador en C.3.42.5 (texto que vimos *supra* en este mismo parágrafo) dice que puede ser ejercitada también en contra del poseedor. Según nuestra opinión, la referencia a la pérdida dolosa de la posesión puede ser considerada genuina ya que el emperador afirma simplemente el ejercicio de la *actio in rem*, si todavía la mujer posee las cosas (sin excluir la *actio ad exhibendum*) y dirige

> En contra de la esposa, que es admitida en casa como compañera de las cosas humanas y divinas, los sucesores del difunto marido no pueden intentar un juicio por el *crimen expilatae hereditatis* (*Adversus-non possunt*). Y por esto quien se dirigió al emperador, lamentándose que la misma había sustraído cosas a la herencia, podría demandarla con una *actio in rem,* o bien con la *actio ad exhibendum,* si se trataba de cosas muebles, en el caso que la posesión hubiera sido abandonada dolosamente (*Et-persequere*).

El emperador que excluye el *crimen expilatae hereditatis* para la mujer del difunto que no permite a los herederos tomar las cosas hereditarias, propone el ejercicio en contra de ella de una acción *in rem* (probablemente la *petitio hereditatis*) o de la *actio ad exhibendum,* si hubiera hecho en modo de no poseer con dolo. Tal afirmación no significa que la acción de exhibición no pueda interponerse también en el caso en que la mujer tenga todavía la posesión de las cosas hereditarias, porque en C.3.42.5 es prevista tal posibilidad expresamente, y tampoco que la acción *in rem* no pueda ejercitarse en contra de quien hubiera perdido la posesión con base en el dolo, ya que, como es notorio, la petición de herencia puede ejercitarse también en tal caso.[147] El príncipe quiso simplemente indicar algunos medios de tutela procesal aplicables al presente caso, demostrándose en este modo, como hemos visto hasta este momento que la acción de exhibición era ejercitable también cuando el demandado hubiera perdido con dolo la posesión de la cosa.

XI. Conclusiones

La referencia al *dolo desinere possidere* en la *intentio* de la fórmula de la *actio ad exhibendum* fue analizada por los juristas que comentaron el edicto del pretor, como Juliano en el libro noveno de sus digestos (D.10.4.8), Paulo, en el libro vigésimo sexto *ad edictum* (D.10.4.12.6), y Ulpiano en el libro vigésimo cuarto *ad edictum* (D.10.4.3.11, D.10.4.5.2, D.10.4.9pr-4).

después su atención al problema de la pérdida dolosa de la posesión en donde la acción de exhibición puede considerarse el medio de tutela adecuado.

[147] Sobre tal punto ver mi investigación Y. González Roldán, "La subrogación del precio a las cosas hereditarias en la perspectiva del senatoconsulto Juvenciano", cit., 241 ss.

La jurisprudencia del I al III siglo d. C. trató de determinar en qué casos pudiera ser considerada existente o bien excluida la intención dolosa de perder la posesión, identificándose diferentes ejemplos.

Con referencia a los juristas de edad augustea y del siglo I d. C. podemos observar que Labeón excluía el ejercicio de la *actio ad exhibendum* del titular de un *thesaurus* en contra del propietario de un fundo en el que se encontraba escondido, porque este último, como no había procedido al cambio de lugar del tesoro, no lo poseía ni había hecho en modo de no poseerlo (D.10.4.15). El jurista sin embargo habría admitido el ejercicio de la *actio ad exhibendum,* si el *dominus fundi* hubiera cambiado de lugar el tesoro. En este modo para considerar la existencia de la pérdida dolosa de la posesión, se habría requerido previamente por Labeón, el *loco movere* por parte del titular del fundo.

El jurista identifica además un claro ejemplo de pérdida dolosa de la posesión en la siguiente situación: un acreedor pignoraticio restituye la cosa dada en prenda al deudor, que debería pagarle la cantidad debida apenas le fuera restituida la *res,* y por el contrario no solamente no paga, sino que además arroja la cosa por la ventana para permitir que otra persona la cachara y se la llevara (D.13.7.3). El hecho de haber permitido que otra persona obtuviera la *res* se habría constituido como un modo de perder la posesión.

También Labeón concede la *actio ad exhibendum* al propietario de un esclavo, presunto responsable de haber cometido un hurto, en contra del ofendido que, en lugar de haber evaluado la responsabilidad del *servus* en una *quaestio,* lo entrega al *praefectus vigilum,* que lo condena con la muerte como si hubiera sido sorprendido al cometer el delito, porque tal entrega puede ser considerada como una pérdida dolosa de la posesión; sobre este punto Próculo acepta la posición de Labeón solamente en el caso en que el *dominus* no hubiera transmitido la propiedad del esclavo a la víctima del delito (D.12.4.15).

Tenemos poco conocimiento sobre la posición de Sabino respecto al ejercicio de la *actio ad exhibendum*, vimos solamente que el jurista concedía tal acción, si alguno hubiera exhibido una cosa deteriorada (D.10.4.9.3); de tal dato textual podemos deducir que para Sabino presentar una *res* en tales condiciones sería como no exhibirla, y por esto el demandado sería responsable por una pérdida dolosa de la posesión, si el daño hubiera sido causado intencionalmente.

En la jurisprudencia del siglo II d. C. observamos la posición de Juliano según el cual la *actio ad exhibendum* podría ser ejercitada en contra del comprador del fundo que no restituye los *ruta caesa* que posee o que dejó de poseer con dolo (D.10.4.5.2); en contra del heredero que, después de una *translatio iudicii,* se encontraba en la posición del *de cuius,* que no poseía o había hecho en modo de no poseer, pero había obtenido la posesión de la cosa (D.10.4.8); en contra de la esposa o ex esposa, la cual hizo con dolo en modo que ya no existiera la cosa que le donó el marido (D.24.1.37). Además, el mismo jurista identifica una serie de ejemplos de pérdida dolosa de la posesión: el asesinato del esclavo o la transmisión de su posesión a otra persona, la destrucción de la cosa con la precisa finalidad de evitar que el demandado tuviera la posesión al momento en que venía ejercitada la acción (D.10.4.9pr) y la cancelación de la escritura de las tablillas testamentarias (D.9.2.42).

Pomponio considera otros casos en donde se puede considerar dolosa la pérdida de la posesión: la del marido que con pleno conocimiento que no era suyo el dinero que le donó la esposa lo había utilizado para comprar una cosa (D.10.4.14) y aquella de la introducción dolosa de los animales en un fundo por parte del propietario con la finalidad que los animales se comieran los frutos ajenos (D.10.4.9.1).

Marcelo asimila a una pérdida dolosa de la posesión el caso en que un testador hubiera legado *per vindicationem* diez monedas a dos legatarios, a uno bajo condición y al otro dándole el usufructo sin condición, y el heredero antes de verificarse la condición hubiera entregado la totalidad de la cantidad al usufructuario sin haberse hecho prometer mediante una *cautio,* que si el legatario hubiera cumplido la condición, el usufructuario habría sido obligado a entregar cinco. El heredero habría hecho 'como si' hubiera dejado de poseer con dolo, porque, no pidiendo la *cautio* al usufructuario, se perdía el legado (que se encontraba bajo condición), y el primer legatario ya no habría podido exigir las monedas (D.10.4.9.4 e D.36.3.1.17).

Entre los juristas del siglo III d. C. podemos notar que Papiniano excluye que pueda ser considerada una pérdida dolosa de la posesión aquella de un acreedor, el cual, inducido por un error de orden hubiera vendido bienes dejados en prenda en daño de un segundo acreedor (D.20.5.1).

Calistrato no asimila a una pérdida dolosa de la posesión la utilización del heredero de una cosa que había sido dejada en legado para el funeral del testador si no tenía conocimiento de tal disposición testamentaria (D.31.63).

Paulo niega que pueda ser ejercitada la *actio ad exhibendum* en contra del propietario de un esclavo, que ignoraba de poseer una cosa y, antes de tener conocimiento de tal hecho, el *servus* hubiera perdido la posesión en modo doloso (D.10.4.16); por el contrario admite el ejercicio de la acción de exhibición en contra del heredero que hubiera tenido un enriquecimiento con base en la pérdida dolosa de la posesión hecha por el *de cuius* (D.10.4.12.6). Si una persona intencionalmente unió la plata ajena a la suya (probablemente de calidad superior), puede ser obligada *ad exhibendum,* porque tal confusión es equiparada a una pérdida dolosa de la posesión (D.6.1.4).

Ulpiano incluye en la idea del *dolo desinere possidere* una pluralidad de situaciones. Antes que nada excluye que al demandado que hizo en modo de no poseer pudiera a su vez concederse el ejercicio de la *actio ad exhibendum,* ya que, si bien tiene interés a la exhibición, éste no puede ser considerado una justa y aceptable causa por la que pueda pedir que se le exhiba la cosa (D.10.4.3.11); afirma después que los herederos y los otros tipos de sucesores pueden ser obligados a la acción de exhibición de la cosa robada por el *de cuius,* si poseen o con dolo hubieran hecho en modo de no poseerla (D.47.1.1pr) . La pérdida dolosa de la posesión consiste en hacer llegar la cosa a otro, cuando se hubiera hecho intencionalmente (D.10.4.9.2), en arrojar vino o aceite con la misma finalidad (D.10.4.9pr), en transformarla en otra cosa en modo doloso, por ejemplo, si una copa se convierte en una masa metálica (D.10.4.9.3), en dejar de poseer intencionalmente las monedas ajenas (D.12.1.11.2), en consumir la cosa si el poseedor tenía conocimiento que la cosa pertenecía a otra persona (D.16.3.1.32); y también inserir un *tignum furtivum* en una construcción ajena podría ser asimilada a tal situación (D.47.3.1.2).

Del análisis de los textos puede observarse que la jurisprudencia identificó diferentes casos de pérdida dolosa de la posesión que seguramente existían en todo el periodo clásico y probablemente eran aceptados por todos: entregar la cosa a otro intencionalmente para

evitar tener la posesión al momento del ejercicio de la acción (Labeón, Sabino?, y Pomponio en D.13.7.3, Juliano y Ulpiano en D.10.4.9pr, Ulpiano en D.10.4.9.2); homicidio del esclavo (Juliano y Ulpiano en D.10.4.9pr.), ruptura (Juliano y Ulpiano en D.10.4.9pr.) y destrucción de la cosa (Juliano en D.24.1.37), derramar vino o aceite con la misma finalidad (Juliano y Ulpiano en D.10.4.9pr.); consumo de la *res* sabiendo que es ajena (Sabino? y Pomponio en D.10.4.14, Pomponio y Ulpiano en D.10.4.9.1, Ulpiano en D.12.1.11.2 y D.16.3.1.32).

Ciertos juristas consideraron como pérdida dolosa de la posesión casos que no fueron aceptados por todos; por ejemplo, la tesis de Sabino, que incluía la exhibición de la cosa deteriorada como pérdida dolosa de la posesión, no fue seguida por Ulpiano, el cual requería que con el deterioro la *res* se hubiera transformado en otra cosa (D.10.4.9.3); además, si bien Juliano había aplicado la tesis de Sabino al caso de la cancelación de la escritura de las tablillas testamentarias porque el depositario había restituido o exhibido la cosa alterada (D.9.2.42), su posición permanece aislada al admitir la aplicación de la *actio ad exhibendum* en tal situación. Paulo veía en la confusión de la plata hecha intencionalmente una pérdida dolosa de la posesión (D.6.1.4), pero no tenemos pruebas que tal posición hubiera sido aceptada por otros juristas.

En los casos tomados en examen hasta este momento puede observarse una intención precisa del demandado de perder la posesión de la cosa, pero la jurisprudencia, a partir del siglo I d. C. comienza a comprender otros, en donde la intención del demandado de perder la posesión pasa a un segundo nivel, así por ejemplo, Labeón identifica una pérdida dolosa de la posesión, si el ofendido en un delito, en lugar de haber procedido a la *quaestio* del esclavo que recibió de su *dominus* lo entrega al *praefectus vigilum* como si hubiera sido sorprendido en el acto y es condenado a muerte (D.12.4.15). La posición de Labeón que concede al titular del esclavo la *actio ad exhibendum* es fundada en un dato objetivo: el demandado había hecho en modo de no proceder a la exhibición; tal tesis fue aceptada por Próculo, si el *dominus* no hubiera transmitido la propiedad del esclavo al ofendido, y probablemente también por Pomponio. La misma situación puede verse en Marcelo, el cual considera '*quasi*' una pérdida dolosa de la posesión aquella del heredero que no hubiera pedido una *cautio* al usufructuario con la cual se hubiera obligado a entregar cinco monedas, en el caso en que el otro legatario hubiera cumplido la condición (D.10.4.9.4 e D.36.3.1.17). También tal caso es asimilado al *dolo desinere possidere* con fundamento en un dato objetivo: la falta de la *cautio* que habría podido evitar la pérdida del legado a favor del legatario que no había todavía cumplido la condición al momento de la entrega de las diez monedas.

El dolo como presupuesto en la *actio ad exhibendum* de la responsabilidad del demandado que dejó de poseer permaneció inmutado en el curso de la edad clásica, sin que la jurisprudencia hubiera incorporado el criterio de la culpa; porque como puede observarse en las fuentes no existen referencias a casos de pérdida 'culposa' de la posesión. Si el actor hubiera logrado demostrar en juicio que el demandado había perdido con dolo la posesión de la cosa, el juez habría emitido el *iussum de exhibendo* y en el caso que no hubiera exhibido la *res,* habría sido obligado a una condena pecuniaria.

El demandado que había perdido la posesión podría cumplir la orden del juez de exhibir la cosa en ciertos casos, así por ejemplo si hubiera transmitido la posesión de la *res* a otra persona, habría podido recuperarla y proceder a la *exhibitio*, por ejemplo, el propietario de un fundo en que se encontraba un tesoro ajeno (D.10.4.15), una vez cambiando de lugar la *res* y transmitida la posesión a otra persona, habría podido recuperarla; al mismo modo el deudor pignoraticio que tiró la cosa por la ventana (D.13.7.3), habría podido también recuperar la cosa de la persona que la había cachado; los herederos o los otros sucesores del difunto que había robado la cosa, si hubieran perdido con dolo la posesión de la misma (D.47.1.1pr), habrían podido recuperarla y exhibirla, como prevé el mismo pasaje de Ulpiano, cuando dice que ellos se encuentran obligados *ad exhibendum,* si poseen o con dolo hayan hecho en modo de no poseer: *attamen ad exhibendum actione teneri eos oportet, si possideant aut dolo fecerint quo minus possideant*, e inmediatamente después menciona la referencia a la exhibición: *sed enim...re exhibita.*

En el caso de la pérdida dolosa de la posesión de las cosas fungibles que hubieran sido consumidas (D.10.4.9.1), del vino o del aceite que hubiera sido arrojado (D.10.4.9pr), del dinero que hubiera sido usado para comprar una cosa (D.10.4.14) o que simplemente ya no se

poseía (D.12.1.11.2), no vemos razones por las que el demandado no hubiera podido exhibir cosas de la misma calidad y cantidad.

El problema se refiere a la destrucción de cosas infungibles, su transformación en otra cosa, el homicidio del esclavo o la pérdida de su posesión; en estas situaciones, el demandado no habría podido aun queriendo cumplir la orden del juez de exhibir la cosa. En D.10.4.5.2 (*supra* §3a) observamos que, si él no procedía a la exhibición de los *ruta caesa,* se encontraba condenado al valor de los mismos que el actor habría jurado *in litem* produciéndose efectos jurídicos idénticos a los del demandado que tuviera todavía la posesión de la cosa y no hubiera procedido a su exhibición, en otras palabras, sería obligado a una condena pecuniaria.

Quien mata un esclavo (D.10.4.9pr) o lo entrega al *praefectus vigilum* para ser punido a la más alta pena (D.12.4.15), quien rompió o destruyó la cosa (D.10.4.9pr, D.24.1.37), quien canceló la escritura de las tablillas testamentarias (D.9.2.42), quien transformó la cosa en otra distinta (D.10.4.9.3), quien incorporó un *tignum furtivum* en un edificio (D.47.3.1.2) se encuentra en la imposibilidad jurídica de obedecer la orden del juez de exhibir la cosa, y por este motivo la condena pecuniaria no podía ser evitada, debiéndose considerar en la medida mencionada por Juliano en D.10.4.5.2: el valor de la cosa que el actor habría jurado *in litem.*

En el texto de Paulo en D.6.1.4 (*supra* §8b) hemos observado que el que había hecho la confusión de la plata respondía por el precio del material; tal afirmación no se encuentra en contradicción con el pensamiento de Juliano en D.10.4.5.2, porque la condena a la *litis aestimatio* sería el precio de la plata que se incorporó con el metal (probablemente de menor valor) del demandado.

Paulo en D.10.4.12.6 (*supra* §8c) presenta el problema si pueda ejercitarse la *actio ad exhibendum* en contra del heredero de una persona que dolosamente había perdido la posesión de una *res*. También si el *heres* no posee la cosa y no hizo en modo de no poseer, el titular de la misma puede demandarlo con la finalidad de que entregue el precio de la cosa vendida que se encontraba en la herencia, porque la pérdida dolosa de la posesión efectuada por el *de cuius* le provocó un enriquecimiento en su patrimonio consistente en el *pretium*.

La utilización de la *actio ad exhibendum* en contra del que *qui dolo desiit possidere* produce los mismos efectos jurídicos previstos

del que no perdió la posesión de la cosa; él será obligado como si tuviera todavía la posesión, y en la condena pecuniaria se deberá incluir no solamente el valor de la cosa, sino también la estimación del interés que tenía el actor a la exhibición. Si bien es cierto la intención dolosa de perder la posesión en la *actio ad exhibendum* no produce consecuencias mayores en la evaluación de la *condemnatio* respecto a las establecidas a cargo del que todavía poseía, tal intención no excluye que el titular de la cosa pueda demandar también con base en una acción de delito, produciéndose una 'concurrencia cumulativa' como puede observarse en D.13.7.3, donde, además de la acción de exhibición se concede la acción de hurto, en D.9.2.42, que prevé también la *actio legis Aquiliae* y en D.47.3.1.2, en donde se incluye la acción *de tigno iuncto*.

EL SUPREMO PODER CONSERVADOR EN LA PERSPECTIVA DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

Ramón HERNÁNDEZ CUEVAS

"Un lunar oscurísimo veremos siempre en el derecho constitucional que estableció entre nosotros, 'el Supremo Poder Conservador', con una superioridad inconcebible, respecto del Poder Judicial, del Ejecutivo y aun del Legislativo, pues autorizado estaba para suspender a la Alta Corte de Justicia, para declarar la incapacidad física o moral del Presidente de la República y hasta para suspender por dos meses las sesiones del Congreso General".[1]

Isidro Antonio Montiel y Duarte

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Objetivo*. III. *El momento histórico del surgimiento de la Constitución Centralista de 1836*. IV. *Los proyectos de Sieyés y Benjamin Constant*. V. *Integración del Supremo Poder Conservador y sus miembros*. VI. *Facultades del Supremo Poder Conservador*. VII. *Resoluciones del Supremo Poder Conservador*. VIII. *Los Tribunales Constitucionales en el mundo contemporáneo*. IX. *Funciones sustanciales del Supremo Poder Conservador en comparativa con los Tribunales Constitucionales actuales*. X. *Opinión personal*. XI. *Conclusiones*.

[1] Montiel y Duarte, Isidro Antonio, *Derecho público mexicano*, t. III, introducción, p. IV, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1a. ed. en facsimilar 1998.

I. Introducción

El Supremo poder conservador mexicano producto de la segunda ley constitucional de la carta federal centralista de 1836, en su momento, objeto de gran encomio por los juristas y diputados constituyentes triunfantes en esa ocasión, cuya intención, quizá, fue la de dotar al sistema jurídico mexicano de *un cuerpo colegiado excepcional*, para ocuparse de dirimir los conflictos suscitados entre los poderes tradicionales *el ejecutivo, el legislativo y el judicial*; dicha Constitución fue una obra magna de talentosos juristas quienes figuraron como diputados, entre ellos, Miguel Valentín, José Ignacio Anzorena, José María Cuevas, Antonio Pacheco Leal y Francisco Manuel Sánchez de Tagle.[2]

En opinión de Afonso Noriega, las siete leyes constitucionales constituyen el momento estelar y único del *conservadurismo mexicano* y a él se ligan en primer lugar, el nombre y la obra de Lùcas Alamán y el de un grupo de distinguidos mexicanos, con Sánchez de Tagle a la cabeza, que hicieron posible el intento en nuestra nación, de un gobierno oligárquico conservador.[3]

La creación del *Supremo Poder Conservador* en aquella fase de la historia constitucional de nuestro país, fue vista por el grupo opositor (federalistas) como algo denigrante, pues pensar en un "cuarto poder" distinto de los típicos, el cual pudiera ocuparse de invalidar actos de los tres poderes restantes, significaba algo irracional.

Hoy, al recorrer ese pasaje de la historia y observar nuestro presente, nos damos cuenta, que al menos aquellos juristas no se equivocaron de manera rotunda, es más, ahora mismo pudiera encontrarse (concediendo a su pensamiento el beneficio de la duda) que su sentido común fue visionario e incluso adelantado para su tiempo; para ello habría que recurrir a la obra del gran jurista austriaco Hans Kelsen, a quien se reconoce, "merced a la inclusión en la Constitución de Austria de 1920", como el insigne creador del tribunal constitucional, máximo representante de la jurisdicción constitucional concen-

[2] Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-2002*, Porrúa, México, 2002, 23a. ed., p. 201.

[3] Noriega, Alfonso, *El pensamiento conservador y el conservadurismo mexicano*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1972, t. II, p. 292.

trada, que en realidad entraña el surgimiento de un poder distinto a los tradicionales, es decir, un cuarto poder, encargado de dirimir los conflictos de constitucionalidad, esencialmente de normas.

II. Objetivo

Nuestra pretensión es tratar de exponer cuáles eran las principales funciones del *supremo poder conservador,* su integración, algunos de los fallos emitidos, una breve reseña de algunos tribunales constitucionales modernos, comparándolos con aquel histórico tribunal, para reflexionar, si en la especie pudiera resultar congruente su ubicación como antecedente formal y material de un incipiente tribunal constitucional en México e Iberoamérica.

Es pertinente señalar, como lo expone David Pantoja en su obra, que el Supremo Poder Conservador se creó dentro de un periodo histórico en el cual en nuestro continente existieron otros órganos de manufactura parecida, como son: el Senado previsto en la Constitución de Bayona del 6 de julio de 1808; el Senado de Censura y Protección creado en la Constitución colombiana del 30 de marzo de 1811; el poder moral o Areópago propuesto por Bolivar para la Constitución de Venezuela de 1819; el Senado Conservador de la Constitución Peruana de 1823; la Cámara de Censores de las constituciones de Bolivia y Perú de 1826; el Poder Moderador de la Carta Brasileña de 1824; el Poder Moderador de la Carta de Portugal de 1826; y la Comisión Conservadora de la Constitución Chilena de 1833.[4]

III. El momento histórico del surgimiento de la Constitución Centralista de 1836

La situación de la República Mexicana hacia el año de 1834, era en realidad preocupante y, para variar, al borde de un nuevo movimiento revolucionario, el general Antonio López de Santa Anna se encontraba solo ejerciendo el poder, tratando de mantener a la federación a

[4] Pantoja Morán, David, *El Supremo Poder Conservador (el diseño institucional en las primeras constituciones mexicanas)*, El Colegio de México y El Colegio de Michoacán, México, 2005. Una vasta información acerca de los senados conservadores señalados en este artículo y datos relacionados pueden consultarse en la obra, pp. 270-297.

toda costa y atacando al grupo de los centralistas; la idea que en esos meses manejaba Santa Anna y el gobierno, *no era la de una constitución con reformas* y cuando en octubre, los centralistas hablaban abiertamente de un cambio en la forma de gobierno, el general jalapeño fue tajante en precisar; "se juzgará como traidores y reos de lesa nación, a las autoridades, corporaciones o personas, que atacaren las bases fundamentales del artículo 171 de la Constitución, aun cuando para esto abusen del nombre del respetable pueblo".[5]

Al convocarse a elecciones para formar un nuevo congreso, los comicios se realizaron en un clima de aparente tranquilidad, se eligió a un número considerable de federalistas o liberales moderados; y también a un grupo importante de santannistas y casi la mitad de los elegidos pertenecían al Partido del Orden.[6] Los centralistas constituían una cuarta parte del nuevo congreso, a decir de Reynaldo Sordo:

> "El centralismo siempre fue apoyado por una minoría, en la Ciudad de México y en los estados. Lo interesante de este proceso es como una minoría inteligente, decidida y audaz, tras una serie de compromisos políticos, logró sacar adelante a su proyecto aprovechando las circunstancias que se le fueron presentando y avanzando paso a paso. Más interesante resulta el hecho de que por primera y casi única vez, en la primera parte del siglo XIX no se hacía uso de la fuerza militar para imponer un cambio político importante".[7]

Este pasaje de la historia nacional, pone al descubierto que en realidad el grupo centralista no era el mayoritario en el nuevo congreso de 1835, sino sólo conformaban la cuarta parte del total de los miembros de sus integrantes, pero constituía un grupo de legisladores y juristas de gran talante, quienes con una serie de maniobras políticas alcanzaron sus objetivos y, máxime, imponer la forma de gobierno más conveniente para ellos (la república central frente al régimen federal) incluso, sobre grupos mayoritarios como eran los propios seguidores de Santa Anna y los liberales moderados, con quienes

[5] Sordo Cedeño, Reynaldo, "Bases y leyes constitucionales de la República Mexicana, 1836", en *México y sus constituciones*, Fondo de Cultura Económica, México, 2003, 2a. ed., p. 99.
[6] Sordo Cedeño, Reynaldo, *op. cit.*, p. 99.
[7] *Ibidem*, p. 99.

tuvieron que realizar alianzas, pues no puede avisorarse otra forma de haber alcanzado el triunfo.

A decir de Manuel González Oropeza, las razones para rechazar al sistema federal e imponer el régimen central, fueron las siguientes:

a) Que los vicios y males sufridos por el país, sean o no imputables al sistema, se han dado dentro del ámbito federal.
b) Que hay un clamor por la variación del sistema y adopción del centralismo.
c) Que el federalismo desestabilizó la unidad nacional, provocando división y debilidad, así como una bancarrota y un sinnúmero de contribuciones.[8]

De esta suerte, entre julio y septiembre de 1835, se arribó a la conclusión entre los integrantes del Congreso, de contar con plenos poderes otorgados por la nación para cambiar la forma de gobierno; el 23 de octubre de ese mismo año, se aprobaron las Bases de Reorganización de la Nación Mexicana, documento que se presentó en contra del acta que instrumentó el sistema federal.

A partir de septiembre de 1835 y hasta mayo de 1837, las cámaras de senadores y la de diputados, sesionaron como una sola equiparándose a un congreso constituyente. Los diversos grupos políticos se conformaron en el Congreso de la siguiente forma:[9]

- Los federalistas moderados, 16%.
- Los santannistas, 18%.
- Los moderados del partido del orden, 27%.
- Los centralistas, 25%.

Sin embargo, como lo dice Alfonso Noriega, fue el 29 de diciembre de 1836 cuando apareció el bando promulgatorio de las siete leyes y de inmediato se procedió a la elección de individuos que habrían

[8] González Oropeza, Manuel, *El Federalismo*, UNAM, 1995, p. 38 (razones tomadas a su vez del Dictamen de la Comisión Especial de la Cámara de Diputados nombrada para darlo sobre las manifestaciones relativas al cambio de sistema de gobierno, México, Imprenta de Luis Abadiano y Valdés, 1835, Fondo Lafragua, 757, LAF).
[9] *Ibidem*, p. 101.

de ocuparse de los supremos poderes constitucionales y al efecto, resultó electo Presidente de la República , en el mes de abril del mismo año don Anastacio Bustamante.[10]

En cuanto a la instalación de un poder controlador de los actos de los tres tradicionales, los conservadores se mostraron favorables al principio del orden, pero este principio no debería ser un poder arbitrario y debería existir una base de equilibrio entre las autoridades, sus actos y los derechos de los gobernados; por ello podría explicarse pensando en la existencia del citado equilibrio entre los derechos consagrados en la Constitución respecto a los actos de autoridad, el grupo centralista implícitamente ideó que de nada serviría la existencia de ciertas prerrogativas en favor de los habitantes de la República, sin un poder que pudiera hacerlos efectivos, por ello la creación del *Supremo Poder Conservador* el cual fielmente respondía al principio del orden. Sobre ello, es importante la opinión de Sordo Cedeño, quien al respecto señala: "Este cuarto poder tendría la función principal de mantener el orden en las relaciones entre los tres poderes clásicos".[11]

Asimismo, al respecto, José Barragán Barragán manifiesta que la segunda ley constitucional de la correspondiente a 1836, se ocupó de la organización del "famoso y mal entendido" Supremo Poder Conservador, de quien apunta, si bien es cierto tomó algunas decisiones bastante drásticas, y a su modo de ver, violentó la propia Constitución; empero, también destaca, hoy en día después de valorar la importancia de los tribunales que conocen de la constitucionalidad de los actos de todas las autoridades de un Estado, *no debe parecernos sino que el Supremo Poder Conservador fue el primero en la historia de estos tribunales constitucionales, lo cual lejos de ser objeto de vituperio, fue un gran adelanto.*[12]

En relación con la denominación del tribunal, el propio Barragán, señala: "se le llamó conservador no para remarcar el triunfo del Partido Conservador, sino porque era el encargado de *mantener intangible el texto constitucional de 1836 y las Bases de 1835*; como su nombre lo precisa, sería el indicado de vigilar la constitucionalidad de los actos de los demás poderes y autoridades civiles que establecieran las leyes".[13]

[10] Noriega, Alfonso, *op. cit.*, p. 308.

[11] Sordo Cedeño, Reynaldo, *op. cit.*, p. 105.

[12] Barragán Barragán, José, "Breve comentario sobre las leyes constitucionales de 1836", en *México y sus constituciones*, *op. cit.*, p. 120.

Aquí considero necesario relacionar dos opiniones contrarias, acerca de la naturaleza del Supremo Poder Conservador, pues recordemos que había quienes estaban a favor, pero también había otros en contra de su funcionamiento.

Así, Juan Wenceslao Barquera, quien en la opinión de Ernesto de la Torre del Villar, "formó parte de la generación nacida al calor de la guerra insurgente", entre Hidalgo (1753), Primo Verdad y Ramos (1760), Fray Servando (1763), Morelos (1765), Allende (1769), y entre los más jóvenes se localizaba a Abasolo (1780) y Andrés Quintana Roo (1787), casi coetáneo de Carlos María de Bustamante (1774) y de José María Cos (1774), de Miguel Ramos Arizpe (1775) y de Fernandez de Lizardi (1776).[14] Al respecto, el mencionado Juan Wenceslao Barquera, estimó lo siguiente:

Del poder conservador

Algunos publicistas modernos, deseosos de asegurar el equilibrio de los poderes referidos, como un punto tan esencial a su permanencia, sin pasar a la tiranía de muchos, más temible aun, que la de uno solo, quieren también que se adopte un tribunal conservador, que viene a ser como la clave de la bóveda en el edificio social.

Porque en efecto, como el Poder Ejecutivo propende al despotismo por un vicio de la naturaleza humana, y el Poder Legislativo a la democracia; lo que se desea es un gobierno libre de estas propensiones tan perjudiciales a la sociedad; esto se consigue con un poder intermedio, que contenga los extremos y los conserve en el feliz contacto.

Parece que cuando nosotros explicamos el influjo de un monarca moderado, conduciendo a un cuerpo de ministros, que bajo su res-

[13] Barragán Barragán, José, *op. cit.*, p. 120.

[14] Barquera, Juan Wenceslao, "Lecciones de política y derecho público para instrucción del pueblo mexicano", UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991, prólogo de Ernesto de la Torre Villar, p. IX.

ponsabilidad ejercen el Poder Ejecutivo, considerado el monarca como una divinidad reguladora, que a un mismo tiempo influye en la acción templada de los otros poderes; constituimos este poder conservador que anima y conserva la gran máquina social; pero si aun se quieren multiplicar los resortes de firmeza y seguridad, sin embargo de los principios simples que hemos indicado y que deben adoptarse en una constitución; puede este tribunal conservador componerse de un número proporcional con los representantes de la nación, escogidos entre los demás, probidad, sabiduría y buen nombre, de edad madura y que hayan dado pruebas de un decidido amor a la patria, en el sentido riguroso de esta palabra, que no consiste en la ansia de empleos, honores y recompensas.

Así es que los que sirven a la patria con este interés u otros más sórdidos y bastardos, no son más que unos esclavos miserables, que venden sus servicios y sus pretendidas virtudes, por un empleo en que poder fungir, y tal vez dominar con orgullo y altanería, como solían hacerlo, aun los dependientes más íntimos de una oficina en el gobierno de los déspotas.

Los individuos de este senado conservador no podrán aspirar a otros empleos, ni recibir honores, pensiones, ni títulos; las plazas serán vitalicias y los sueldos tales, que les hagan independientes en un rigor de prudencia filosófica; pues a los hombres virtuosos que aman a su patria, y están penetrados del dulce fuego que lleva los héroes al templo de la gloria patricial, la moderación los hará incorruptibles; pero a las almas rastreras que no encuentran satisfacción, sino en los objetos sensuales y revoltosos de lujo y la ostentación, no les bastará ni todo el oro del mundo.

Para el nombramiento de estos hombres escogidos, no debe haber pretensiones directas, ni indirectas, ni influjos que anularán las elecciones por una ley expresa: los que se nombren para la primera instalación, serán elegidos por la asamblea o Congreso constituyente, pero en las vacantes sucesivas los nombrarán las juntas electorales a propuesta del cuerpo legislativo y el ejecutivo, por una lista que se circulará al efecto.

Las atribunciones de este cuerpo respetable serán: 1o. Verificar las elecciones para el Congreso legislativo, en los términos y épocas que señale la Constitución. 2o. Intervenir en los nombramientos que haga el monarca, tanto de los secretarios del despacho, como de los demás

magistrados superiores de justicia, hacienda, guerra y relaciones exteriores, embajadas, unas veces aconsejando, otras proponiendo, y otras consultando sobre la idoneidad, sin pasar nunca de una mera insinuación que deje en libertad al monarca. 3o. Decidir, a petición del cuerpo legislativo, si ha lugar o no a la acusación contra los ministros. 4o. Declarar la infracción de la Constitución en los actos legislativos o ejecutivos, o si alguno de estos poderes se excede de los límites constituidos, ya sea que los advierta, o ya que se le denuncien por la imprenta, o insinuaciones verbales, previa justificación legal. 5o. Declarar suficientes los procedimientos judiciales o formalidades establecidas por la ley, cuando ha lugar a la revisión del acta constitucional, pudiendo convocar una asamblea *ad hoc*.

Esta exposición no es un apoyo, pues a nuestra nación toca meditar por medio de sus representantes, siempre, atendiendo a las fuerzas generales de subsistencia, porque si por conseguir nuestra independencia, nada se disminuye nuestra situación económica, los sueldos de los empleados públicos podían ser superiores a las fuerzas de nuestro convaleciente Imperio, y nada aventajamos respecto de la masa común.

En efecto, este senado conservador se ha creído perjudicial por ser necesario darle un poder superior a los designados, o por lo menos inútil, puesto que sobre todo vela la opinión pública. Esta sería nuestra opinión si no tuviésemos presente que unos hombres entresacados de la más pura porción de la sociedad, nada ganarían, y sí perderían mucho en una revolución suscitada por ellos; mucho más cuando no podían disponer de la fuerza pública. Y en efecto, si se supone un ambicioso que sea capaz de corromper al senado conservador, haría lo mismo con el Poder Legislativo, sin que por eso se diga que éste es inútil.[15]

En contraposición, don Isidro Antonio Montiel y Duarte, al opinar sobre el Supremo Poder Conservador, al respecto señaló:

> "Un lunar oscurísimo veremos siempre en el derecho constitucional que estableció entre nosotros, 'el Supremo Poder Conservador', con una supe-

[15] Barquera, Juan Wenceslao, *op. cit.*, pp. 197-202 (la trascripción respeta el texto original del autor).

rioridad inconcebible, respecto del Poder Judicial, del Ejecutivo y aun del Legislativo, pues autorizado estaba para suspender a la Alta Corte de Justicia, para declarar la incapacidad física o moral del Presidente de la República y hasta para suspender por dos meses las sesiones del Congreso General".

Un poder tan monstruoso, fue creado con el fin de sostener el equilibrio constitucional entre los poderes y el de mantener o restablecer el orden constitucional en los casos en que fuere turbado; y aunque no pudo ser más plausible el propósito; de seguro que el medio fue completamente inadecuado, porque la eficacia de la acción de un poder tan exorbitante, no pudo derivarse sino de un profundo y religioso respeto al principio de autoridad; y este respeto quedó completamente relajado desde el momento en que se vio levantada una entidad enteramente desconocida, cuyas plantas podían hollar impunemente la Supremacía de nuestros altos Poderes aun en su existencia colectiva.

De esta manera, si se hubiera logrado establecer sólidamente la supremacía del "Poder Conservador," todo lo que se hubiera conseguido, habría sido crear, no el poder moderador autorizado en el Imperio de Brasil, sino un poder despótico que nos hubiera oprimido con toda la fuerza del viento de las pasiones políticas que hubieran agitado a los hombres en cuyas manos se ponía un arma tan formidable.[16]

A decir de Alfonso Noriega, se puede afirmar que en verdad no ha existido en México sino un breve periodo de nuestra historia en donde se pueda aceptar con certeza, que ha tenido primacía teórica y realidad política el conservadurismo y este periodo es, precisamente, el señoreado por la Constitución de 1836, en sus antecedentes, en el pensamiento y en los hechos históricos; en su realización jurídico-política, con la vigencia de las siete leyes constitucionales y en sus consecuencias jurídico-políticas con la aparición de la ley fundamental de 1843 y más tarde de las tendencias monárquicas, las cuales culminaron en el imperio.[17]

En su opinión son tres los aspectos que muestran el pensamiento conservador en toda su magnitud:[18]

[16] Montiel y Duarte, Isidro Antonio, Introducción, *op. cit.*, p. IV.
[17] Noriega, Alfonso, *op. cit.*, p. 290.
[18] *Ibidem*, pp. 290 y 291.

a) La primera un conjunto de doctrinas, de ideas generales de linaje y decididamente conservador, en las que Burke tiene una influencia primordial y determinante. Para Noriega, basado en las ideas de Lucas Alamán, en especial, y de Sánchez de Tagle, se pone de manifiesto, sin duda posible, esta afirmación. Asmismo, la influencia de otros escritores políticos como Locke, Blackstone y, en general de los representantes del pensamiento inglés derivado de la revolución de 1678, así como el del español, realizado en las cortes de Cádiz, se reconoce en el mundo intelectual de los hombres que forjaron la Constitución de 1836 y, al igual de quienes le dieron vigencia, todo el acervo de *ideas-fuerza* propias o peculiares del conservadurismo. Por último, la influencia del liberalismo de Constant, así como de su antidemocratismo, aunado al ejemplo de España en los liberales ilustrados, primeras promociones de conservadores en su mayor parte, vienen a completar este cuadro de influencias en las ideas generales en los principios teóricos de los conservadores mexicanos.
b) En segundo lugar, el conservadurismo mexicano, estuvo animado por un conjunto de ideas religiosas que podían compendiarse en una firme, granítica adhesión a la iglesia católica, y en consecuencia, en una decidida política de defensa de sus intereses tanto estrictamente religiosos como económicos.
c) Por último, en nuestro conservadurismo existieron una serie de motivaciones como hoy día se acostumbra decir, de carácter social, político y aun económico. Al igual que todos los auténticamente conservadores, los nuestros fueron defensores decididos del derecho de propiedad y de sus privilegios y sin poder eludir la consecuencia lógica de esta tendencia, fueron, asimismo, partidarios entusiastas del gobierno de un grupo selecto o bien privilegiado de una oligarquía como reacción en contra de una democracia pura, fincada esencialmente en el sufragio popular universal. Por supuesto que como instrumento de gobierno, los conservadores mexicanos propugnaron su adhesión más ferviente y devota al centralismo y su repulsa definitiva por el sistema federal.

IV. Los proyectos de Sieyés y Benjamin Constant

En esta parte, haremos referencia de manera breve a las ideas de dos importantes pensadores, quienes también coincidieron en sus respectivos proyectos, en la creación de un tribunal distinto, externo a los tres poderes existentes el cual tendría esencialmente la facultad de salvaguardar la Constitución y los derechos previstos en ella.

Así, nos explica David Pantoja, la Asamblea Constituyente de 1789 a 1791 (en Francia), sólo previó una sanción moral para proteger a la Constitución, una especie de compromiso "de honor y corazón" como garantía de la misma. Así se confió el cuidado de la Constitución a la fidelidad del cuerpo legislativo, a la del rey y de los jueces, a la vigilancia de los padres de familia, a las esposas, a las madres, al afecto de los jóvenes ciudadanos y al valor de todos los franceses, según reza al final del Acta Constitucional.[19]

Asimismo, nos revela que Sieyés criticó duramente el proyecto de la comisión de los Once y en especial, por la ausencia de una garantía, a la cual calificó de indispensable y esencial, en el órgano encargado de dar a la ley y que había sido olvidada, según él, en todos los proyectos, queriendo decir, se había soslayado la garantía de la Constitución mediante *una institución especial*.

Por su parte, Girondino Kersaint propuso en 1792 la creación de un Tribunal Constitucional, el cual se colocaría entre el Legislativo y el Ejecutivo, y desempeñaría el papel de conservador del pacto social; igualmente, en 1793 durante los debates por la Constitución, Hérault Séchelles propuso un "Gran Jury National", elegido por el pueblo para precaver a los ciudadanos de toda opresión.[20]

En lo concerniente a la *Jury Constitutionnaire*, significaría la concepción capital con la que Sieyés culminaría su obra.

Las funciones que Sieyés atribuiría finalmente a su *Jury Constitutionnaire*, son las siguientes:[21]

a) Que vele fielmente por la guarda del depósito constitucional; es decir, la considera como un tribunal de casación del orden constitucional.

[19] Pantoja Morán, David, *op. cit.*, p. 199.
[20] *Ibidem*, p. 201.
[21] *Ibidem*, p. 208.

b) Que se ocupe, al abrigo de las pasiones funestas, de todos los pareceres que puedan servir para perfeccionar la Constitución; en otras palabras, debería servir como taller de proposiciones para las enmiendas que el tiempo pudiera exigir en la Constitución.
c) Por último, que ofrezca a la libertad civil un recurso de equidad natural en ocasiones graves, en las que la ley tutelar haya olvidado su justa garantía.

Por otro lado, como también lo precisa David Pantoja, en lo tocante a Benjamin Constant, la idea central para coronar el edificio constitucional lo era un *Poder neutro*, capaz de arbitrar de manera pacífica los conflictos que inevitablemente existen en todo Estado; para él, los poderes eran: el real, el ejecutivo, el representativo y el judicial, añadiendo el municipal.[22]

Sin embargo, en su concepción era necesario la creación de un poder distinto del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo, pero con una combinación tal que creara en él la necesidad de no anular a esos dos rivales eternos, sino de mantener entre ellos la concordia y el equilibrio. Ese fin se alcanzaría con la integración de un poder intermediario al que Constant denominaría "Poder Preservador", el cual se formaría por hombres, quienes no siendo gobernantes, tuvieran el mismo interés en la libertad del pueblo que los gobernados, y por consiguiente, en la dignidad del Poder Legislativo que los representa, y quienes no obstante gozar de ciertas prerrogativas resultantes de la forma de gobierno e independientes del pueblo, tuvieren el mismo interés que los gobernantes en la estabilidad del gobierno, base de su existencia política.[23]

Según Constant, el fin del Poder Conservador sería el de proteger al gobierno de la división de los gobernantes y el de proteger a los gobernados de la opresión del gobierno; pero, para alcanzar este fin, debería tener los medios para romper la coalición del Poder Ejecutivo y el Legislativo, cuando se formare y debería poder calmar las divisiones que se plantearan, ya fuera entre estos dos poderes, ya en el interior mismo del Poder Ejecutivo. Para este efecto, dos atribu-

[22] *Ibidem*, p. 216.
[23] *Ibidem*, p. 222.

ciones le serían necesarias: *la facultad de disolver las asambleas legislativas y la de destituir a los depositarios del Poder Ejecutivo*.[24]

Constant también concibió a los miembros del Poder Conservador inelegibles para otros puestos y al mismo tiempo este Poder estaría facultado de cinco prerrogativas distintas:[25]

1. Podría disolver la representación nacional.
2. Podría destituir al Poder Ejecutivo.
3. Tendría el derecho de gracia.
4. Detentaría el derecho de llamar la atención al Poder Ejecutivo sobre las reclamaciones de los individuos.
5. Sancionaría las modificaciones a la Constitución, pero no podría hacerlo sino con la propuesta y concurso de otras autoridades.

V. Integración del Supremo Poder Conservador

La conformación de este poder se constituía por cinco miembros, de los cuales se renovaría uno cada dos años, saliendo primero cada vez (de la primera a la cuarta) las personas que así lo determinase la suerte; sin embargo, para la quinta vez y en lo sucesivo, tendría que abandonar el más antiguo en el cargo, el sorteo lo realizaba el Senado y en los recesos, el Consejo de Gobierno con el auxilio de las juntas departamentales y se aceptaba la reelección. También existían tres suplentes por faltas temporales de los propietarios.[26]

Para ser miembro del Supremo Poder Conservador, además de ser mexicano por nacimiento, se requerían los siguientes requisitos:

a) Ser ciudadano y tener cuarenta años cumplidos al día de la elección.
b) Una renta anual no menor a 3 000 pesos.
c) Haber desempeñado alguno de los cargos de Presidente de la República, Senador, Diputado, Secretario del Despacho o Magistrado de la Suprema Corte.[27]

[24] *Ibidem*, p. 224.
[25] *Ibidem*, p. 225.
[26] Barragán Barragán, José, *op. cit.*, p. 121.
[27] *Idem*.

La integración del Supremo Poder Conservador se contempló en el primero de los artículos de la segunda Ley Constitucional, asimismo, conforme al artículo noveno sus miembros deberían de rendir un juramento ante las dos cámaras del Congreso de la forma siguiente:

> "¿Jurais guardar y hacer guardar la Constitución de la República, sosteniendo el equilibrio entre los poderes sociales manteniendo o restableciendo el orden constitucional en los casos que fuere turbado, valiéndose para ello del poder y medios que la Constitución pone en vuestras manos?"[28]

Ante lo cual y habiendo existido una respuesta afirmativa, se contestaba:

> "Si así lo hiciereis, Dios os lo premie, y si no os lo demande".[29]

A este respecto, Manuel Herrera y Lasso, al referirse a las críticas formuladas por Rabasa, en torno al Supremo Poder Conservador, reproduce lo que puede calificarse, como la idea generalizada que se tuvo de dicho poder en esa época en los términos siguientes:

> "Intérprete infalible de la voluntad de la Nación cuyos miembros, poseídos del furor sagrado de los profetas, declararían la verdad suprema para obrar el prodigio de la felicidad pública... era el Poder Conservador 'tribunal de superhombres', impecables, desapasionados y de sabiduría absoluta, que podía deponer presidentes, suspender congresos, anular leyes, destruir sentencias. A él se acudía para que escudriñase en las entrañas del pueblo la voluntad de la Nación y en cambio no era responsable sino ante Dios, como que apenas lo sufría por superior jerárquico y debía ser obedecido sin réplica ni demora, so pena de incurrir el rebelde en crimen de alta traición".[30]

Sin embargo, precisamente Herrera y Lasso, se encargaría de desmitificar las razones sustentadas por Rabasa para fustigar al Po-

[28] Mateos Santillán, Juan José, "El Supremo Poder Conservador, Primer Tribunal de Constitucionalidad Mexicano en 1836", *Revista Jurídica Jaliscience*, año 5, núm. 2, mayo-agosto de 1995, p. 268.
[29] *Ibidem*, p. 268.
[30] Herrera y Lasso, Manuel, "Centralismo y Federalismo 1814-1843", en *Los derechos del pueblo mexicano (México a través de sus constituciones)*, t. I, Historia Constitucional 1812-1842, p. 630.

der Conservador, la realidad fue el inminente peligro para la inestabilidad de los otros tres poderes, Santa Anna se encargaría de postular su desaparición; también apunta que, el maestro Rabasa no vislumbró como otrora lo hicieran diversos personajes como José María Lozano, José María Gamboa y Rojas y García en sendas obras, que la extinta institución tuvo el mérito de ser el intento inicial de lo que en el léxico de hoy llamaríamos *el control de la constitucionalidad*; de la misma forma, el jurista en comento, llama la atención en cuanto a que la llamada "responsabilidad ante Dios", no otorgaba prestancia divina a sus miembros ni les infundía soberbia de ángeles rebeldes ni exaltaba su furor profético.

De la misma suerte, tal autor expresa se omitió el estudio de lo dispuesto en el artículo 14, en cuanto a que "toda declaración que haga el supremo poder conservador, toda resolución que tome, no siendo de las especificadas en el artículo 12, y aunque sea de ellas, si la toma por sí y sin la excitación que respectivamente se exige para cada una en dicho artículo, es nula y de ningún valor"; como también se omitió la limitación impuesta al arbitrio de nulificar los actos de la Corte procedente sólo en el caso de usurpación de facultades.[31]

Sobre lo anterior Jorge Gaxiola hace el señalamiento de que en ese tiempo circulaba en el territorio mexicano, un libro de Benjamin Constant titulado *Curso de política constitucional*, el cual tuvo mucha influencia en algunos destacados miembros de la sociedad mexicana, y realmente sirvió para la instauración del Supremo Poder Conservador; destaca que Constant perseguía la idea de crear un poder independiente de los tres clásicos conocidos hasta entonces, superior a la envergadura del Ejecutivo, Legislativo y el Judicial, cuya función no sólo debería estribar en hacer efectivos los derechos del hombre contra los abusos del poder, sino también la de mantener el equilibrio entre los altos poderes, los cuales deberían ser si se expresara en términos norteamericanos "coextensos".[32]

La intención de Constant era mantener la incolumidad de la carta fundamental y de esta manera proteger al hombre contra los actos

[31] Herrera y Lasso, Manuel, *op. cit.*, p. 631.

[32] Gaxiola, F. Jorge, "Los Tres Proyectos de Constitución de 1842", en *Los derechos del pueblo mexicano (México a través de sus constituciones)*, t. I, Historia Constitucional 1812-1842, p. 647.

arbitrarios del poder público, altísima función, la cual se confiaba a un órgano político, el cual debería ser neutral y cuya acción obrare en todas partes donde fuere necesario y sin hostilidad preservar o reparar el equilibrio constitucional. Por último, tal designación, debería atribuírsele al monarca constitucional, quien era superior a la diversidad de opiniones y no tendría más empeño que conservar el orden y la libertad.[33]

Sin embargo, pese a lo promisorio de las ideas y la base constitucional que lo sustentó, el Supremo Poder Conservador tuvo una efímera existencia, pues el 24 de mayo de 1837 abrió sus puertas, para cancelarse el 30 de septiembre de 1841, al triunfo del plan de Tacubaya, cuartelazo que dejó sin efectos la legalidad que introdujo la Constitución de 1836,[34] es decir, cuatro años y cuatro meses duró su existencia.

Los miembros del Poder Conservador

Propietarios
José Justo Corro: mayo de 1837 a diciembre de 1838.
Rafael Mangino: mayo de 1837 a julio de 1837.
Ignacio Espinosa Linán: mayo de 1837 a enero de 1838.
Melchor Múzquiz:* mayo de 1837 a octubre de 1841.
Francisco Manuel Sánchez de Tagle:* mayo de 1837 a octubre de 1841.
Carlos María de Bustamante:* noviembre de 1837 a octubre de 1841.
Manuel Peña y Peña: enero de 1839 a octubre de 1841.
José María Tornel: mayo de 1838 a diciembre de 1840.
Cirilo Gómez Anaya:* enero de 1840 a octubre de 1841.

Continúa...

[33] Gaxiola, F. Jorge, *op. cit.*, p. 647.

[34] Soberanes Fernández, José Luis, "El primer constitucionalismo mexicano", en *El Primer Constitucionalismo Iberoamericano*, Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 43.

...continuación

Suplentes
Carlos María de Bustamante: mayo de 1837 a noviembre de 1837.
Cirilo Gómez Anaya: mayo de 1837 a diciembre de 1840.
José María Bocanegra: mayo de 1837 a diciembre de 1840.
Miguel Valentín:* enero de 1839 a diciembre de 1840.
Juan Gómez Navarrete: enero de 1840 a octubre de 1841.
José María Cuevas: enero de 1840 a octubre de 1841.
Joaquín Lebrija: enero de 1840 a octubre de 1841.[35]

* Fueron diputados al Sexto Congreso Constitucional Ordinario, que inició labores el 4 de enero de 1835, y que se declarara Congreso Constituyente en mayo del mismo año.[36]

VI. Facultades del Supremo Poder Conservador

De acuerdo con el artículo 12 de la Segunda Ley Constitucional de la Constitución Centralista de 1836, las facultades del Supremo Poder Conservador, eran las siguientes:

I. *Declarar la nulidad de una ley o decreto*, dentro de dos meses después de su sanción, cuando sean contrarios a artículo expreso de la Constitución, y le exijan dicha declaración, o el supremo Poder Ejecutivo, o la alta Corte de Justicia, o parte de los miembros del Poder Legislativo, en representación que firmen dieciocho por lo menos.
II. *Declarar, excitado por el Poder Legislativo o por la Suprema Corte de Justicia, la nulidad de los actos del Poder Ejecutivo*, cuando sean contrarios a la Constitución o a las leyes, haciendo esta declaración dentro de cuatro meses contados desde que se comuniquen esos actos a las autoridades respectivas.

[35] Pantoja Morán, David, *op. cit.*, p. 374.
[36] *Ibidem*, p. 374.

III. *Declarar en el mismo término la nulidad de los actos de la Suprema Corte de Justicia*, excitado por alguno de los otros dos poderes, y sólo en el caso de usurpación de facultades. Si la declaración fuere afirmativa, se mandarán los datos al tribunal respectivo para que sin necesidad de otro requisito, proceda a la formación de causa, y al fallo que hubiere lugar.
IV. Declarar, por excitación del congreso general, *la incapacidad física o moral del presidente de la República*, cuando le sobrevenga.
V. *Suspender a la alta Corte de Justicia, excitado por alguno de los otros dos poderes supremos*, cuando desconozca alguno de ellos, o trate de trastornar el orden público.
VI. Suspender hasta por dos meses (a lo más) las sesiones del congreso general, o resolver se llame a ellas a los suplentes, por igual término, cuando convenga al bien público, y lo excite para ello el supremo Poder Ejecutivo.
VII. Restablecer constitucionalmente a cualquiera de dichos tres poderes, o a los tres, cuando hayan sido disueltos revolucionariamente.
VIII. Declarar, excitado por el Poder Legislativo, previa iniciativa de alguno de los otros dos poderes, cuál es la voluntad de la nación, en cualquier caso extraordinario en que sea conveniente conocerla.
IX. Declarar, excitado por la mayoría de las juntas departamentales, cuándo está el presidente de la República en el caso de renovar todo el ministerio por bien de la nación.
X. Dar o negar la sanción a las *reformas de constitución* que acordare el congreso, previas las iniciativas, y en el modo y forma que establece la ley constitucional respectiva.
XI. Calificar las elecciones de los senadores.
XII. Nombrar, el día 1o. de cada año, dieciocho letrados entre los que no ejercen jurisdicción ninguna, para juzgar a los ministros de la alta Corte de Justicia y de la marcial, en el caso y previos los requisitos constitucionales para esas causas.[37]

[37] Tena Ramírez, Felipe, *op. cit.*, pp. 210 y 211.

VII. Resoluciones del Supremo Poder Conservador

Sobre este punto, cabe señalar, como bien lo apuntala Juan José Mateos Santillán, "es común la creencia de que el Supremo Poder Conservador jamás emitió resolución alguna lo cual es incorrecto," por ello, a continuación, rescataremos los puntos esenciales de algunos de los fallos emitidos.

La resolución de 31 de julio de 1839, dictada por el Supremo Poder Conservador excitado por el Congreso General de la Nación, en la que declaró:

> Con arreglo al párrafo 2o., del artículo 12 de la 2a. Ley Constitucional, ha venido a declarar y declara: Que como las autorizaciones dadas por el *poder legislativo*, en 19 de abril y 27 de enero de 1838, no facultaban para emitir bonos mexicanos, ni para hipotecar productos de aduanas marítimas, sin acuerdo del consejo procedió el gobierno contra esas leyes y sin autorización en el contrato que celebró para proporcionarse 130 000 libras esterlinas en Londres, y por lo mismo es nulo dicho acto, por contrario a esas leyes, y a los párrafos 6o., artículo 44 de la 3a. ley constitucional y 29, artículo 17 de la 4a.[38]

Una segunda determinación del tribunal conservador mexicano se pronunció el 8 de abril de 1839, en donde el gobierno instrumentaba el modo de proceder contra los autores y cómplices de impresos en que se abusara de la libertad de imprenta, al efecto se determinó:

> Se ha llegado a convencer S. E. De que mientras no se reprima con mano fuerte el procaz libertinaje que se ha apoderado de la prensa, será imposible restablecer el equilibrio de la mutua confianza, seguridad y respeto que debe existir entre las autoridades y los ciudadanos, ni las leyes y la justicia podrán recobrar y ejercer libremente su imperio.

Asimismo, después de continuar con una serie de argumentos semejantes, el Ejecutivo Federal consideró:

> "...dispone que no conviniendo en las actuales críticas circunstancias á la policía, tranquilidad y orden, de las poblaciones donde se están cometiendo esos abusos de imprenta que los autores y cómplices continúen residiendo en ellas y soplando desde su arresto el fuego de la anarquía que devora a la nación, sean trasladados luego que se arresten a las fortalezas de San Juan de Ulúa ó Acapulco...".[39]

[38] Mateos Santillán, Juan José, *op. cit.*, p. 287.

En opinión de Mateos Santillán, dicha disposición del Ejecutivo resultaba contraria a la Constitución de 1836, razón por la cual la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con fundamento en el 2o. párrafo del artículo 12 de la 2a. Ley Constitucional, ocurrió ante el Tribunal Constitucional a efecto de que éste emitiera su veredicto sobre el traslado de los reos que habían sido presos por abuso de autoridad a las cárceles de Acapulco y San Juan de Ulúa para obtener una resolución con efectos de nulidad general.

Como resultado el 2 de agosto de 1839, se publicó con carácter de ley la resolución del Poder Conservador en la que se sostuvo:

> "Haber sido nula la circular expedida *por el supremo gobierno* en 8 de abril del presente año, relativa á abusos de la libertad de imprenta, por contrariar el párrafo 7o., artículo 2o. de la primera ley constitucional y al 8o., artículo 18 de la cuarta".[40]

El autor en comento expresa que en el año de 1839 el Ejecutivo envió una iniciativa para solicitar al Congreso General se reformaran las Siete Leyes Constitucionales, el cual, a su vez, con fundamento en el artículo 12, fracción 8, de la Segunda Ley Constitucional, excitó al Supremo Poder Conservador para conocer su opinión y solicitar su autorización a fin de reformar la Constitución, antes del tiempo prefijado en ella para tal efecto.

De esta forma el 11 de noviembre de 1839, se publicó la correspondiente declaración del Supremo Poder Conservador, en los siguientes términos:

> "Se puede proceder ya a las que se estimen convenientes, especialmente a las relativas al arreglo de la hacienda, a la administración de justicia y a la

[39] *Ibidem*, p. 288.
[40] *Idem*.

subsistencia de los departamentos y de sus autoridades respectivas; pero con las dos precisas cualidades siguientes:

1. Que en las que se intenten se ha de proceder por las vías, del modo y con total arreglo a lo que prescribe la Séptima Ley Constitucional.
2. Que se respetarán y guardarán como hasta aquí, invariablemente, estas bases cardinales de la actual Constitución: Libertad e Independencia de la patria; su religión; el sistema de gobierno republicano, representativo popular; la división de los poderes que reconoce la misma Constitución, sin perjuicio de ampliar o restringir sus facultades según se crea oportuno; y la libertad política de imprenta".[41]

VIII. Los tribunales constitucionales en el mundo contemporáneo

Para estar en condiciones de analizar, si al *Supremo Poder Conservador* se le puede localizar en la perspectiva de los tribunales constitucionales, al menos como un antecedente histórico, es menester conocer algunas de las potestades desempeñadas por este tipo de órganos en la actualidad; analizando las facultades constitucionales de algunos de este tipo de altos cuerpos colegiados en Europa y nuestro continente americano.

Alemania

De conformidad con el artículo 93 de la actual Constitución alemana, la Corte Constitucional puede conocer básicamente de las siguientes cuestiones:

1. Sobre la interpretación de la Constitución, relacionada con las controversias acerca del alcance de los derechos y deberes de un órgano supremo de la federación.
2. Sobre controversias que se susciten acerca de la compatibilidad formal y material de la normativa federal o de los *lander* con la Constitución Federal.

[41] *Ibidem*, p. 289.

3. Sobre controversias acerca de los derechos y deberes de la federación y de los *lander*, en especial tratándose de la ejecución del derecho federal por los *lander* y del ejercicio del control federal.
4. Sobre controversias de derecho público entre la federación y los *lander*, entre los *lander* o dentro de un *land,* siempre que no esté abierta otra vía judicial.
5. Sobre recursos de amparo que pueden ser interpuestos por:

   a) Personas que se crean lesionadas en alguno de sus derechos fundamentales o en otros derechos señalados de manera concisa.
   b) Municipios cuando, a través de una ley, se viole su autonomía municipal.[42]

Francia

Las atribuciones del Consejo Constitucional francés están claramente definidas en la Constitución (artículos del 58 al 61), y son:

1. Interviene en la materia contencioso-electoral. El Consejo Constitucional es competente en:

   a) La elección presidencial.
   b) Las elecciones de los diputados y de los senadores.
   c) Los referéndums, en los que realiza una doble función:

      - Consultiva. La que lleva a cabo de forma previa.
      - Jurisdiccional. Conoce y examina reclamaciones impugnaciones relativas al desarrollo del escrutinio.

2. Realiza el control de la constitucionalidad de las leyes, esta facultad tiene dos vertientes:

[42] Uribe Arzate, Enrique, *El Tribunal Constitucional*, UNAM, 2002, pp. 202 y 203. En este apartado, en donde referimos algunas de las facultades de los Tribunales Constitucionales contemporáneos, nos apoyaremos en la obra magna de este autor, pues en su ilustración describe con claridad las funciones de los órganos constitucionales que se citan en este trabajo.

a) El control obligatorio. A través del cual se verifica la conformidad de las leyes orgánicas y de los reglamentos con el texto de la Constitución.
b) El control facultativo. Relativo a la constitucionalidad de las leyes ordinarias y de los tratados o compromisos internacionales.

3. El Consejo Constitucional está facultado para comprobar algún eventual impedimento del Presidente de la República.
4. El Consejo Constitucional debe ser consultado antes de que le sean otorgados al Presidente de la República, los poderes excepcionales previstos en el artículo 16 de la Constitución.[43]

España

El artículo 161 de la Constitución española establece la competencia del Tribunal Constitucional que de acuerdo con la propia Carta Magna de ese país y la Ley Orgánica 2/1979 (3 de octubre de ese año), es competente para conocer de los siguientes asuntos:

1. Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de ley.
2. De la cuestión de inconstitucionalidad sobre normas con rango de ley.
3. Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53.2 de la Constitución española.
4. De los conflictos de competencia entre el Estado y las comunidades autónomas o de los de éstas entre sí.
5. De los conflictos entre las órganos constitucionales del Estado (Congreso, Senado, Gobierno y Consejo General del Poder Judicial).
6. De la declaración sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales.
7. De la impugnación por el Estado de las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las comunidades autónomas.

[43] Uribe Arzate, Enrique, *op. cit.*, pp. 205 y 206.

8. De las demás materias que le atribuyen la Constitución y las leyes orgánicas.[44]

Italia

La Corte Constitucional realiza una serie de actividades previstas en el Título VI (denominado "Garantías Constitucionales") de la Parte ll, relativa al "*Ordinamento della Republica*", de la Constitución italiana del 22 de diciembre de 1947.

Según el artículo 134 de la Constitución, la Corte Constitucional tiene competencia para conocer:

a) Sobre las controversias relativas a la legitimidad constitucional de las leyes y de los actos del Estado y de las regiones.
b) Sobre los conflictos de atribuciones suscitados entre los poderes del Estado, entre el Estado y las regiones, y de éstas entre sí.
c) Sobre las acusaciones promovidas contra el Presidente de la República y sus ministros.

La Corte Constitucional Italiana se integra con quince jueces; cinco son designados por el Presidente de la República; cinco son nombrados por el Parlamento y los otros cinco por la Suprema Magistratura Ordinaria y Administrativa.

La duración de su cargo es de nueve años y no pueden ser nombrados para un segundo periodo.

Es interesante señalar que los integrantes de la Corte Constitucional también están sujetos al régimen de incompatibilidades similar al de España e igualmente son designados de entre los magistrados, profesores universitarios en derecho y abogados con veinte años de ejercicio.

El artículo 136 de la Constitución de Italia dispone que la ilegitimidad constitucional de cualquier ley o disposición con fuerza de ley deja sin eficacia a éstas al día siguiente de la publicación de la decisión de la Corte.

[44] *Ibidem*, pp. 208 y 209.

Asimismo, cabe señalar que contra las decisiones de la Corte Constitucional no se admite medio de impugnación alguno (artículo 137).[45]

Bolivia

El Tribunal Constitucional de Bolivia conoce de las siguientes materias:

a) Control de la constitucionalidad de las normas jurídicas

- Recursos directos o abstractos de inconstitucionalidad de leyes, decretos y resoluciones de cumplimiento general no vinculadas a un proceso judicial o administrativo.
- Recursos de inconstitucionalidad contra tributos, impuestos, tasas, patentes, derechos o contribuciones de cualquier naturaleza, creados, modificados o suprimidos en contravención a la Constitución.

b) Reformas constitucionales

- Demandas respecto a procedimientos contrarios de reforma a la Constitución.

c) Tratados

- Revisión de la constitucionalidad de tratados o convenios con gobiernos extranjeros u organismos internacionales.

d) Conflictos de competencia

- Conflictos de competencia y controversias que se susciten entre los poderes públicos, la Corte Nacional Electoral, los departamentos y los municipios.

[45] *Ibidem*, p. 212.

e) Control difuso de la constitucionalidad de las normas jurídicas

- Los recursos indirectos o incidentales de inconstitucionalidad de leyes, decretos y cualquier género de resoluciones no judiciales.

f) Proyectos de normas jurídicas

- Consultas del Presidente de la República, del Presidente del Congreso Nacional y del Presidente de la Suprema Corte de Justicia, sobre la constitucionalidad de proyectos de ley, decretos o resoluciones.

g) Control de actos administrativos

- Impugnaciones del Poder Ejecutivo a las resoluciones camarales, prefecturales y municipales contrarias a la Constitución.
- Recursos directos de nulidad contra los actos o resoluciones de quienes usurpen funciones que no les competen o ejerzan jurisdicción, potestad o competencia que no emane de la Ley.
- Recursos contra resoluciones del Poder Legislativo o de una de sus cámaras, cuando tales resoluciones afecten uno o más derechos o garantías concretas, cualesquiera que sean las personas afectadas.[46]

Chile

Las funciones que realiza el citado Tribunal se dividen en tres grupos:

a) Funciones relativas al control de constitucionalidad de las normas jurídicas.

[46] *Ibidem*, pp. 214 y 215.

a.1. Control preventivo de la inconstitucionalidad de las leyes de reforma constitucional

Este control previo de constitucionalidad es ejercido mediante el análisis que el Tribunal Constitucional realiza de los proyectos de reforma constitucional, en cuanto a su fondo y forma.

a.2. Control preventivo de constitucionalidad de los tratados internacionales sometidos a la aprobación del Congreso Nacional

Esta facultad está relacionada con una característica que guarda la Constitución chilena, y es que la misma no señala cuál es la jerarquía de los tratados en el marco del *universum iuris*; por esta razón, la incorporación de los tratados al derecho interno tiene que seguir un procedimiento singular, en el que se llega al extremo de considerar que los tratados válidamente incorporados no pueden ser afectados ni siquiera por medio de la reforma de la Constitución. Esta situación tiene, por supuesto, algunos argumentos en contra; sin embargo, el criterio que se ha estimado predominante es el principio favor *libertatis* o *pro cives* que no puede pasar desapercibido por los países democráticos de nuestro tiempo.

De esta forma, el catálogo de libertades y derechos de los ciudadanos, tiende a ensancharse.

a.3. Control de la constitucionalidad de preceptos legales o con jerarquía de ley

Este control se realiza a través de los siguientes mecanismos:

- Control preventivo de las leyes interpretativas de la Constitución y de las leyes orgánicas constitucionales antes de su promulgación.
- Control preventivo facultativo de las leyes ordinarias antes de su promulgación.

- Control facultativo represivo en relación con los decretos con fuerza de ley.

b) Funciones relativas a la competencia sancionadora, por vulneración del sistema constitucional democrático.

Corresponde al Tribunal Constitucional, declarar la inconstitucionalidad de las organizaciones que no respeten los principios fundamentales del Estado chileno. Esta facultad del Tribunal tiende al fortalecimiento de las instituciones democráticas; sin embargo, vale la pena considerar con cautela sus alcances reales; sobre todo, porque dentro de estas organizaciones están incluidos los partidos políticos, lo cual no deja de plantear un interesante esquema jurídico-político.

c) Funciones relativas a la competencia en materias de organización institucional

Con todo esto, el Tribunal Constitucional tiende a cumplir dos funciones elementales que se inscriben en el ámbito del Estado de Derecho necesariamente democrático. Por un lado, el control previo de la constitucionalidad (precontrol constitucional) y, en segunda instancia, el control *a posteriori* de la constitucionalidad.

De acuerdo con el artículo 32 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional (Ley Na 17.997): "Contra las resoluciones del Tribunal no procederá recurso alguno. El Tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá modificar sus resoluciones sólo si se hubiere incurrido en algún error de hecho que así lo exija".

Indudablemente, que el Tribunal Constitucional chileno está empeñado en la defensa de la Constitución, así como en el control vertical y horizontal del poder público; a pesar de ello, en su legislación no están incluidas acciones de primer orden que se podrían ejercitar para mejorar el escenario de las complejas relaciones interorgánicas, así como para fortalecer el régimen constitucional en ese país.[47]

[47] *Ibidem*, pp. 216-218.

Colombia

Las funciones de la Corte Constitucional colombiana pueden ser contempladas bajo los siguientes grandes rubros:

a) Cuestiones de constitucionalidad relacionadas con:

a.1. Convocatorias a referéndum o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución.
a.2. Referéndums sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos de orden nacional.
a.3. Decretos legislativos que dicte el gobierno con fundamento en la declaratoria de estados de excepción.
a.4. Proyectos de ley que hayan sido objetados por el gobierno por inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias.

b) Demandas de inconstitucionalidad:

b.1. Las que promuevan los ciudadanos contra los actos reformatorios de la Constitución.
b.2. Las que presenten los ciudadanos contra las leyes.
b.3. Las que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el gobierno.

c) Revisión de las resoluciones judiciales relacionadas con la acción de tutela.
d) Decidir sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben.[48]

Ecuador

En términos generales, puede explicarse esquemáticamente que el Tribunal Constitucional de Ecuador tiene competencia para:

[48] *Ibidem*, p. 220.

a) Conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de:

a.1. Leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, ordenanzas, estatutos, reglamentos y resoluciones y suspender total o parcialmente sus efectos.
a.2. Los actos administrativos de toda autoridad.

b) Dictaminar sobre las objeciones de constitucionalidad que haya formulado el Presidente en el proceso de formación de leyes.
c) Conocer y resolver sobre las resoluciones que denieguen el *Habeas Corpus*, el *Habeas Data* y el amparo.
d) Dictaminar de conformidad con la Constitución, tratados o convenios, previo a su aprobación por el Congreso Nacional.
e) Dictaminar conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución.[49]

Perú

En el caso de Perú, el artículo 202 de su Constitución Política señala que corresponde al Tribunal Constitucional conocer:

1. En instancia única, la acción de inconstitucionalidad.
2. Las resoluciones denegatorias de *Habeas corpus*, amparo, *Habeas data* y de la acción de cumplimiento.
3. Conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución.[50]

IX. Funciones sustanciales del Supremo Poder Conservador en comparativa con los tribunales constitucionales actuales

Desde nuestro punto de vista, los antecedentes proporcionados en este trabajo, dan cuenta acerca de las funciones actuales de los tribu-

[49] *Ibidem*, pp. 225 y 226.
[50] *Ibidem*, p. 228.

nales constitucionales modernos, que en suma podemos señalar, son las siguientes:

a) Se constriñen a resolver sobre el control constitucional de las leyes, tanto *a priori* (preventivo), como *a posteriori*, por medio de los recursos legales expresamente contemplados para ello.
b) La interpretación del texto constitucional.
c) La resolución de las controversias constitucionales.
d) Las acciones de inconstitucionalidad.
e) Los impedimentos del Presidente de la República.
f) El control de los tratados.

Como puede observarse, este tipo de tribunales tienen a su cargo el "control constitucional" y quizá, lo que es más importante, la solución de conflictos políticos que se generan entre los distintos niveles de gobierno o, lo que es lo mismo, aquellos producidos cuando acontece una intromisión en la distribución de competencias que la Constitución confiere a cada uno de ellos "en el caso de México, los que se suscitan genéricamente entre la federación, los estados, los municipios y el Distrito Federal".

A decir de Miguel Carbonell, para llegar al modelo de juez constitucional, resulta necesario despejar y rebatir tres de las principales ficciones existentes en México sobre el Poder Judicial: a) la primera falacia es que el juez no crea derecho sino que se limita a aplicar las leyes hechas por el legislador; b) la segunda es que el juez no resuelve controversias políticas y que, por tanto, no participa en la lucha política nacional (aquí se confunde de forma notable lo político con lo partidista), y c) la tercera falacia, producto de las dos anteriores, es que el juez es axiológicamente neutro con respecto a los casos que resuelve y en relación con el resto del entramado político y social.[51]

Así, puede considerarse las facultades esenciales enunciadas, son las conformantes del núcleo de la materia constitucional sobre las que resuelven este tipo de órganos de control constitucional. Los tribunales más avanzados conocen de los resultados de los procesos electorales, los procedimientos de reformas a la Constitución, las

[51] Carbonell, Miguel, *La Constitución pendiente*, UNAM, 2004, p. 116.

consultas realizadas por diversos órganos legitimados sobre la constitucionalidad de una determinada ley, etcétera. A continuación haremos una breve comparación de este tipo de facultades, particularmente de las contempladas constitucionalmente por aquel antiguo tribunal mexicano.

1. La interpretación constitucional

Al hablar de la interpretación constitucional que realizan los tribunales constitucionales, a través de sus resoluciones, no es posible soslayar la importancia que revisten, pues dichas sentencias "terminales" que aquellos realizan como decisiones jurisdiccionales de última instancia, su importancia es obvia desde un punto de vista jurídico, como práctico por el impacto político que producen, sus decisiones indefectiblemente se refieren a la máxima norma del Estado como tal, lo que de suyo torna diferentes este tipo de resoluciones a las que en la generalidad de los casos de su competencia emiten los tribunales ordinarios; aunado a que, *las sentencias que emiten los tribunales de la jurisdicción constitucional determinan el sentido y alcance de los valores, y principios constitucionales, además de que determinan el contenido de aquellas normas de contenido infraconstitucional*.[52]

Bajo este contexto, como se desprende de las prerrogativas sobre las cuales gozaba, se puede distinguir que, el Supremo Poder Conservador, en realidad dispuso de la facultad de *declarar la nulidad de una ley o decreto, después de dos meses de su sanción,* pues así se previó en la fracción I, del artículo 12 de la Segunda Ley Constitucional; de ello, es posible inferir, para estar en aptitud de emprender la declaración de inconstitucionalidad, *implícitamente* tenía la potestad de interpretar la Constitución, pues de cualquier otro modo no se entendería cómo podría llevar a cabo su labor, pues a fin de determinar la constitucionalidad de una norma de la legislación ordinaria tildada de inconstitucional o de alguno de los actos de los otros poderes, es inobjetable tendría que realizar una *función interpretativa*

[52] Nogueira Alcalá, Humberto, "Consideraciones sobre las sentencias de los tribunales constitucionales y sus efectos", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 2, julio-diciembre de 2004, Porrúa, p. 71.

tal y como ahora lo hacen la totalidad de este tipo de órganos al encargarse de esa tarea, pues a ellos corresponde dilucidar en última instancia como tribunales terminales "el sentido y alcance de la ley constitucional".

2. La declaración de nulidad de leyes o decretos

La declaración de nulidad de normas generales es otra de las funciones promordiales de los tribunales constitucionales hoy en día. Dicha declaración, en realidad opera en última instancia, pues lo que se busca es tratar de salvar su constitucionalidad, mediante la vigilancia del principio de la conservación constitucional en conjunción con otro principio denominado, presunción de constitucionalidad de la norma; así pues, el Tribunal Constitucional al examinar la constitucionalidad de la ley, ante todo, se abstiene de declararla inconstitucional si dentro de la gama de interpretaciones jurídicamente posibles, hay una que haga a esta norma general "conforme a la Constitución", así el criterio sobre este tipo de interpretaciones es de algún modo connatural al control jurisdiccional de las normas generales; este criterio constituye uno de los principios que han regido el actuar de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, pues si una norma general es razonablemente objeto de interpretaciones distintas, una de las cuales la haría inconstitucional y la otra válida, es su deber adoptar la interpretación que deja a salvo su constitucionalidad.[53]

El *Supremo Poder Conservador* también contó con la facultad específica para hacer la declaración de nulidad de una ley o decreto, pues así se estableció en la fracción I, del artículo 12, ya señalado, la función en comento es de las primordiales y ordinarias tareas que en la actualidad emprenden la mayoría de los tribunales constitucionales, inclusive, *de facto* (como ya se señaló con anterioridad) declaró la inconstitucionalidad de las autorizaciones dadas por el Poder Legislativo, el 19 de abril y 27 de enero de 1838.

[53] Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *Hacia una nueva ley de amparo*, Porrúa, México, 2004, p.126. Opinión del autor refiriéndose a la obra de Evans Hughes, Charles, *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1971.

3. Las controversias constitucionales

Hoy en día entendemos que las controversias constitucionales, como lo explica el ministro Juventino V. Castro, son procedimientos planteados en forma de juicio ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, accionables por la Federación, los estados, el Distrito Federal o cuerpos de carácter municipal *y que tienen por objeto solicitar la invalidación de normas generales o de actos no legislativos de otros entes oficiales similares, alegándose que tales normas o actos impugnados no se ajustan a lo constitucionalmente ordenado*; o bien reclamándose la resolución de diferencias contenciosas sobre límites de los estados; con el objeto de que se declare la legal vigencia o la invalidez de las normas o actos impugnados o el arreglo de los límites entre estados que disienten, todo ello para preservar el sistema y la estructura de la Constitución Política.[54]

Al otrora *tribunal conservador mexicano*, en las fracciones II, III y V, del artículo 12, de la Segunda Ley Constitucional, se le dotó con las facultades para declarar excitado por el Poder Legislativo o por la Suprema Corte de Justicia, *la nulidad de los actos del Poder Ejecutivo, cuando fueran contrarios a la Constitución o a las leyes*, haciendo esta declaración dentro de cuatro meses contados desde que se comunicaran esos actos a las autoridades respectivas; asimismo, para declarar en el mismo término *la nulidad de los actos de la Suprema Corte de Justicia, excitado por alguno de los otros dos poderes, y sólo en el caso de usurpación de facultades;* y para *suspender a la Alta Corte de Justicia*, excitado por alguno de los otros dos poderes. Aspectos que en su conjunto bien pueden equipararse a la facultad de resolver una controversia constitucional (en los supuestos expresamente contemplados), como ahora la realizan los tribunales constitucionales de Alemania, Italia y Chile, o incluso, nuestra Suprema Corte de Justicia mexicana.

[54] Baltazar Robles, Germán E., *Controversia constitucional y acción de inconstitucionalidad*, Ángel Editor, México, 2002, p. 45.

4. Las acciones de inconstitucionalidad

Esta facultad no estaba expresamente concedida al tribunal mexicano, entendida como un conflicto vertical, pero como se ha mencionado, sí gozaba de la facultad para declarar la nulidad de una ley o decreto.

5. La declaración de impedimento del Presidente de la República

Esta función sí la contempló el Supremo Poder Conservador, para ello basta remitirnos a la fracción IV, del artículo 12, en donde se le asignó la prerrogativa de declarar "la incapacidad física o moral del presidente", al igual como ahora lo hacen los tribunales constitucionales de Francia y España.

6. La revisión de las reformas a la Constitución

Las modificaciones a la Ley Fundamental es otro de los grandes temas de los cuales conocen algunos de los tribunales constitucionales actuales; aunque pudiera parecer un contrasentido; sin embargo, es factible que una reforma a la Constitución de un determinado país pudiera no ser apegada, ya fuera al procedimiento para reformarla (forma), o bien, que la materia de la reforma resultara inconstitucional (fondo), de esta manera, en el caso específico de los tribunales de Bolivia, Chile y Colombia, se encuentran facultados por su propia norma máxima para conocer del procedimiento de reformas a la Constitución, lo cual de algún modo la convierte en una facultad típica de un tribunal constitucional. Por ello, llama la atención, que en la fracción X, del artículo 12, de la Segunda Ley Constitucional en comento, se haya incluido como facultad del Supremo Poder Conservador, *el dar o negar la sanción a las reformas de constitución que acordare el congreso, previas las iniciativas, y en el modo y forma que establece la ley constitucional respectiva,* por lo que también estaríamos en aptitud de pensar que dicho órgano sí podía pronunciarse, bajo los requisitos previos y por agotar, ya fuera para aprobar o denegar una reforma al texto de la Constitución.

X. Opinión personal

Lo hasta aquí analizado pone de manifiesto que *el Supremo Poder Conservador* al menos fue creado con las facultades elementales de las cuales ahora disponen los tribunales constitucionales, por lo cual no se puede soslayar, constitucionalmente, por un lado, era un órgano autónomo, separado de los otros tres poderes, encargado de ejercer actos propios del control constitucional, como lo era declarar la nulidad de leyes, decretos y actos de los otros tres poderes restantes, y aun conocer de las reformas a la Constitución cuando fuera requerido.

Bajo esta óptica, quizá ha prevalecido un "mal entendido" sobre el delicado trabajo y la prematura labor realizada por aquel incipiente tribunal encargado de dirimir los conflictos de constitucionalidad presentados en esa época. A lo mejor, debimos acuñarlo y dejarlo madurar y crecer con la experiencia de las resoluciones que hubiese llegado a pronunciar, bien fuera invalidando los actos de los otros tres poderes o declarando la inconstitucionalidad de las leyes ordinarias; puesto que sabemos, sólo el trabajo y la experiencia ordinaria y cotidiana del quehacer jurisdiccional es lo que puede ir puliendo el criterio de los juzgadores y depurando los puntos de vista y, aún más, definiendo los criterios por medio de la jurisprudencia. Por ello, pensamos, al *Supremo Poder Conservador* (tanto desde un punto de vista formal como material), es factible pretender ubicarlo *en la perspectiva de los tribunales constitucionales*, máxime si se toma en consideración que mediante sendas sentencias de 31 de julio de 1839 y 2 de agosto del mismo año (ya señaladas), invalidó actos del Poder Ejecutivo (supremo gobierno), por lo cual en la práctica sí ejerció sus funciones constitucionales, lo cual refuerza su actuación en nuestra historia constitucional.

Sobre este particular, como lo menciona Eduardo Ferrer, sobre el Tribunal Constitucional "es el órgano jurisdiccional situado dentro o fuera del Poder Judicial, independientemente de su denominación, cuya función material esencialmente consiste en la resolución de los conflictos o litigios derivados de la interpretación o aplicación directa de la normativa constitucional y proteger los derechos de las minorías.[55]

[55] Ferrer MacGregor, Eduardo, *Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, Fundap, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2002, p. 59.

Conforme a este criterio, los tribunales constitucionales se pueden entender desde dos puntos de vista, a saber: *formal y material*.

a) *Formal*. Corresponde a la concepción tradicional, la cual identifica al tribunal constitucional como "el órgano creado para conocer especial y exclusivamente de los conflictos constitucionales situado fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tando de éste como de los poderes públicos". Aquí encontramos al modelo de tribunal constitucional europeo.
b) *Material*, Esta noción atribuye el concepto de tribunal constitucional "al órgano jurisdiccional de mayor jerarquía que posee la función especial o exclusivà de establecer la interpretación final de las disposiciones de carácter fundamental, por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de México.

En este tenor, bien se puede hacer hincapié en el reconocimiento del lugar que merece en el contexto doctrinal la obra de Hans Kelsen (el tribunal constitucional incorporado en la Constitución austriaca de 1920),[56] lo cual dio pauta al sistema denominado *concentrado*, debido a que la inaplicación de las normas se encomendó únicamente a este tribunal, de ahí, que para el propio Kelsen, el Poder Legislativo se había dividido en dos órganos: el Parlamento, titular de la iniciativa política, "el legislador positivo"; otro, el Tribunal Constitucional, que elimina para mantener la coherencia del sistema las leyes que no respetan el marco constitucional (legislador negativo).[57]

Sin embargo, creo, en el ámbito latinoamericano y quizá en el iberoamericano, pieza fundamental y precedente importante lo merece *el Supremo Poder Conservador Mexicano*, el cual si bien algunos estudiosos de este tema precisan, su obra tuvo precedente en la ideología de Emmanuel Constant y, algunos otros, en la de Sieyes, por aquello del "jurado constitucional francés", si bien en ello correspondiera alguna razón; al mismo tiempo resulta injustificado pretender su desconocimiento histórico, pero sobre todo, la perspectiva

[56] García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, 3a. ed., 1983, p. 57.
[57] *Ibidem*, pp. 59 y 61.

ideológica adoptada en su creación, es decir, si bien fungiría como un cuarto poder "no se le debería considerar como una entidad devastadora como lo destacan sus detractores", sino imaginarlo como un árbitro constitucional el cual operaría hacía el futuro; por tanto, si en esa época (1836), podría pensarse, más que una obra jurídica visionaria, se instituyó como un arma política del grupo conservador al arribar al poder; empero, aunque no se puede desconocer esta hipótesis, nosotros preferimos compartir una diferente, como lo adelantamos en la introducción de este trabajo, consistente en que la idea no era mezquina, sino bien intencionada, cuenta de ello, es la redacción constitucional de la Segunda Ley de la Constitución Centralista de 1836, la cual no fue una obra singular sino plural de un congreso constituyente.

La reivindicación del Supremo Poder Conservador como un antecedente del Tribunal Constitucional, es de suma importancia, pues la trascendencia de este tipo de órganos, se ve orientada por sus sentencias; Así, Joan Picó I. Junoy, respecto de las sentencias constitucionales, opina:

> "La indudable trascendencia de las resoluciones del tribunal constitucional, ha llevado a algún autor a considerar que el juez se encuentra en una pirámide de normativa, en la que ya no ocupa la ley el escalafón superior, porque por encima del texto legal puede situarse la interpretación constitucional que de él haga el Alto Tribunal con su doctrina. Así, las sentencias del tribunal constitucional adquieren valor normativo cuando anulan la ley –casos de las sentencias estimatorias del recurso o la cuestión de inconstitucionalidad– con eficacia *erga omnes* y también cuando no la anulan pero imponen una determinada interpretación de la misma –sentencias estimatorias– ya que la ley es declarada constitucional a condición de que se interprete en el sentido que el tribunal constitucional establece".[58]

Tal es pues la importantísima labor de los tribunales constitucionales, la cual proporciona la base para tratar de reivindicar, desde nuestro punto de vista, al que, con algunas salvedades, podría ubicársele como el primer tribunal constitucional mexicano.

[58] Picó I. Junoy, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, J. M. Bosch, Barcelona, 1997, p. 37.

XI. Conclusiones

Primera. Desde el surgimiento del *Supremo Poder Conservador,* contó con algunas de las facultades de las que ahora gozan los tribunales constitucionales contemporáneos, cuenta de ello lo proporciona la redacción del artículo 12 de la Segunda Ley Constitucional de la Carta Centralista de 1836.

Segunda. Su creación fue auspiciada por el grupo dominante con la creencia de convertirse a futuro, en un árbitro imparcial entre los otros tres poderes, o al menos, esa es la intención advertida de sus ideas.

Tercera. Podria pensarse que el Supremo Poder Conservador estaba destinado a convertirse en el controlador de la constitucionalidad de los actos y de las leyes en el sistema jurídico mexicano.

Cuarta. El Supremo Poder Conservador se suprimió a la luz de las pugnas revolucionarias entre federalistas y centralistas.[59]

Quinta. Por sus facultades, su diseño e ingeniería constitucional, e incluso, por las resoluciones dictadas, estaríamos en posibilidad de considerarlo como un antecedente de los tribunales constitucionales en el mundo moderno, dado que tuvo una vigencia práctica al haber invalidado mediante sendas sentencias, actos de un poder distinto, como lo fue el Poder Ejecutivo.

Sexta. En honor a la verdad, dentro de nuestra historia se debería reivindicar el lugar del *Supremo Poder Conservador*, como un antecedente fidedigno del tribunal constitucional, fuera de los poderes clásicos, incluso dentro de un grupo de tribunales anteriores al ideado por Kelsen.

[59] A decir de Alfonso Noriega, el ordenamiento federalista fue muy superior al código político centralista, respecto de la realidad mexicana. La Constitución de 1824, transigía hábilmente con las fuerzas viejas, con el poder de la tradición, y en cambio, la ley de 1836, era sin disputa intransigente con las fuerzas nuevas; negadora absoluta de las tendencias renovadoras, y esta característica provocó que en la realidad histórica la Constitución Conservadora jamás pudiera tener una vigencia eficaz y, por el contrario, desató la tormenta en la forma de una ininterrumpida guerra civil, durante los cinco años que rigió como ley fundamental al país, *op. cit.*, p. 308.

REFLEXIONES JURÍDICAS EN TORNO AL DINERO

David HERNÁNDEZ GONZÁLEZ

"El dinero es un término usado con tanta frecuencia y de tal importancia que tendemos a olvidar sus dificultades inherentes y el hecho de que la diversidad de sus funciones ha generado muy diversos significados".

F. A. Mann[1]

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Dinero y persona*. III. *Funciones económicas y función jurídica del dinero*. IV. *Características económicas y jurídicas del dinero*. V. *El dinero, un medio de justicia*. VI. *Conceptos jurídicos del dinero*. VII. *Dinero y moneda*. VIII. *A modo de conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

Si ponemos atención a la realidad, nos daremos cuenta que el dinero desempeña un papel importante en nuestra vida. Cuando queremos adquirir cualquier cosa o contratar algún servicio, necesariamente utilizamos dicho bien. En ese sentido, resulta inevitable señalar que el dinero, además de ser consecuencia natural de la vida social de las personas, se presenta como el eslabón que conecta sus activida-

[1] F. A. Mann, *El aspecto legal del dinero. Con referencia especial al derecho internacional privado y público*, Banco de México-Fondo de Cultura Económica, México, 1986, p. 27.

des económicas y que define así la mayor parte de sus relaciones, constituyéndose como uno de los pilares fundamentales de la cultura moderna.

El uso del dinero se confirma como una práctica universal y necesaria: en principio, todos pagamos por cosas y servicios con dinero.

Pero, ¿qué es el dinero? La respuesta, debido a la importancia del tema, puede provenir de diversas disciplinas. En ese sentido, economistas, financieros, contadores, administradores, historiadores, numismáticos, todos, hablan del dinero, el cual suele ser definido acentuando el punto de vista a partir del cual resulta estudiado.

Ante tal situación, lógicamente resulta válido preguntar: ¿qué decimos los abogados sobre el particular? Desafortunadamente, revisando la doctrina jurídica mexicana, debemos contestar que poco se ha escrito sobre el dinero a la luz del derecho.

El tema del dinero es comúnmente tratado en el derecho civil, particularmente en la materia de los Bienes y Derechos Reales, al hablar de la clasificación de los propios bienes. Asimismo, también es estudiado como consecuencia de su vinculación con la materia de las Obligaciones y no podemos desconocer que se revisa al estudiar la economía política.

No obstante lo anterior, junto a las explicaciones técnicas que cotidianamente se dan sobre el dinero al amparo de dichas disciplinas, consideramos que para un cabal entendimiento del tema en su perspectiva jurídica, falta desarrollar su vínculo con los conceptos jurídicos fundamentales propios de todo jurista, y que nos proporcionan otras disciplinas, tales como la historia general del derecho y la filosofía del derecho.

En ese sentido, estimamos que el dinero también debe ser relacionado con la justicia y con la concepción clásica del derecho que lo ve como lo justo practicable, ya que consideramos que la vinculación del dinero con dichos conceptos nos da la pauta para construir una sana teoría jurídica del dinero, que a su vez puede cimentar el desarrollo de una novedosa rama del derecho poco estudiada en nuestros días, que es el derecho monetario.

[2] Véase Eduardo Turrent Díaz, *El dinero en los Estados Unidos Mexicanos*, Nostra Ediciones, 2007, p. 8.

El tema del dinero es apasionante e interesante, y como señala Alejandro Dumas: "El dinero es una de las más grandes creaciones del hombre, quien sabe manejarlo es un artista".[2]

Consecuentemente, ante la importancia que reviste –y ha revestido– dicho bien y con el afán de precisar su noción a la luz del derecho, a continuación desarrollaremos una serie de reflexiones jurídicas en torno al mismo, para lo cual partiremos de la relación existente entre el propio dinero y la persona, señalaremos sus funciones y características, tanto económicas como jurídicas, y lo vincularemos con la justicia, procurando con ello sentar las bases para presentar un concepto jurídico que reconozca su trascendencia en nuestra realidad.

II. Dinero y persona

La persona es un ser en el mundo, un ser con otros y un ser en sí mismo, es decir, puede ser considerada con las cosas, con sus semejantes y consigo misma.

A partir de dicha premisa debemos identificar el orden existente entre el dinero y la persona, bajo dos perspectivas: 1) cuando a la persona se le considera en sociedad (persona con sus semejantes), y 2) cuando a la persona se le considera en sí misma (persona consigo misma).

1. El dinero y la persona considerada en sociedad

La persona, gracias a su naturaleza racional, tiene la posibilidad de vivir con otros y para otros. Es decir, tiene la propiedad de ser social. De ahí que, cuando un grupo de personas se une permanentemente para la conquista de un bien común, conceptualmente se nos dice que estamos en presencia de la sociedad. Y, si esta última se organiza jurídica y políticamente, se nos habla del Estado.[3]

[3] Manuel Herrera y Lasso en sus *Estudios constitucionales* (Ed. Jus, México, 1964, pp. 21 y 22) indica: "...el Estado es la máxima comunidad humana a la cual denominamos también sociedad, pueblo y nación". En ese sentido, dicho jurista señala: "Cuando digo sociedad, estoy pensando en el vínculo esencial, en 'la conciencia de la especie', que liga a los hombres en la convivencia natural. Cuando digo pueblo, pienso en los individuos que integran el grupo y que puedo sumar, uno a uno, hasta alcanzar el total. Cuando digo

Ahora bien, la persona como ser social tiene la capacidad para actualizar diversas relaciones con sus semejantes y dichas relaciones, a decir del jurista Jorge Adame Goddard,[4] pueden ser clasificadas, en general, en dos grandes grupos, a saber: 1) Relaciones bilaterales (establecidas entre dos personas), y 2) Relaciones multilaterales (establecidas entre varias personas).

Dentro de las relaciones bilaterales se suelen ubicar a las relaciones de intercambio de bienes y servicios, y a las relaciones interpersonales. Por su parte, dentro de las relaciones multilaterales se habla de las relaciones que dan lugar a grupos de conformación natural o comunidades naturales, por ejemplo, la familia, así como de las relaciones que originan grupos de conformación voluntaria o asociaciones voluntarias, como es el caso de las asociaciones de derecho público (creadas por la voluntad política y para servicio de fines públicos), o las asociaciones de derecho privado (creadas por la voluntad de los particulares para fines privados o también públicos).

Por la importancia que ameritan para entender el orden que surge entre la persona y el dinero en sociedad, nos vamos a detener en las relaciones de intercambio de bienes y servicios.

En ese sentido, podemos comentar que en las sociedades primitivas, dichas relaciones tienen su principal manifestación a través del

nación, se impone a mi pensamiento la idea de un conjunto dotado de espíritu colectivo, con tradiciones y anhelos comunes. Y, cuando digo Estado, prepondera en mi mente el concepto de autoridad que divide a los hombres, jerárquicamente, en gobernantes y gobernados. Así, el Estado es la sociedad políticamente organizada; es el pueblo dividido en las dos categorías de gobernantes y gobernados; es la nación regida en el interior y representada en el exterior por sus órganos de autoridad política". Por su parte, Pascual Alberto Orozco Garibay ("Introducción al estudio de la teoría del Estado y su aplicación a México", en *Estudios jurídicos en homenaje al XC Aniversario de la Escuela Libre de Derecho*, Escuela Libre de Derecho 1912-2002, México, 2002, pp. 1034 y 1035) precisa: "El Estado lo podemos definir como el poder que tiene una colectividad de personas, asentadas en un territorio, el cual depositan en un ordenamiento jurídico, del cual emana una autoridad encargada de garantizar y promover los valores históricos, culturales y económicos de esa comunidad y los derechos fundamentales de sus integrantes. De este concepto se desprenden los elementos del Estado que son: a) el elemento humano o población; b) el elemento geográfico o territorio; c) la autoridad o gobierno; d) el derecho o elemento jurídico".

[4] Jorge Adame Goddard, *Filosofía social para juristas*, UNAM, McGraw-Hill, México, 1998, p. 102.

trueque, pues las personas, en principio, intercambiaban directamente entre sí bienes y servicios que les representaban un menor valor, por otros que fueran de mayor valor. Con el paso del tiempo, al aumentar las necesidades de las sociedades por la división del trabajo y por la especialización en la producción, fue difícil que unas personas necesitaran lo que otras ofrecían y, a la vez, que tuvieran lo que éstas querían. Como consecuencia de ello, el trueque se volvió obsoleto, presentando como inconvenientes la dificultad de coincidencia en los deseos respectivos de quienes truecan y la dificultad de concordancia en el valor de los bienes susceptibles de trueque.

A partir de las dificultades señaladas, las personas vieron la conveniencia de intercambiar los bienes y servicios por unas cosas que no iban a satisfacer sus necesidades directamente, sino que iban a servir para ser intercambiadas por aquello que posteriormente se pudiera necesitar. Surgió así la referencia a ciertas cosas como instrumentos o medios de cambio en las transacciones comerciales; los que, con el paso del tiempo, también fueron considerados por los miembros de la comunidad para calcular el valor de las cosas; para ahorrar, conservar y atesorar riqueza, así como para pagar servicios, deudas y tributos.

La existencia de esos instrumentos o medios de cambio –que en la relación de intercambio de bienes necesariamente representan un "tercer bien" con un alto grado de aceptabilidad en la comunidad–, originó la referencia al concepto de dinero y a su expresión formal, la moneda, lo que provocó, en la realidad, la natural vinculación en la sociedad, entre persona y dinero.

Sobre esto último, trayendo a colación las palabras de Manuel Monteagudo Valdez, debemos precisar:

> "Hay que anotar que la aparición de la moneda no fue precisamente un acto espontáneo, sino el resultado de una práctica que poco a poco logró una habitualidad. Y es que, sin pretender hacer un análisis antropológico, la invención de la moneda muy probablemente está ligada a la aparición del lenguaje. La moneda constituye un medio de interrelación o comunicación que sólo se explica en la vida comunitaria. Es decir en la interrelación de los individuos de una o de diferentes tribus, ciudades, polis, reinos o Estados. Y como la moneda permite formarse una idea de un bien o un servicio, en relación con todo el universo de bienes y servicios (contra los que yo puedo trocar mi bien o servicio), la moneda en cierto sentido es también un medio

de comunicación colectivo. Cuando hablamos de una sociedad o una colectividad de individuos que utiliza una moneda, tenemos que concluir necesariamente que la moneda es un medio de cohesión social".[5]

Finalmente, cabe comentar que la importancia que representa el dinero para la persona en sociedad fue claramente plasmada por Aristóteles en sus obras *Ética Nicomaquea* y *Política*. En la *Ética Nicomaquea*, el Estagirita consideró:

> "...todas las cosas entre las cuales hay cambio deben de alguna manera poder compararse entre sí. Pues para esto se ha introducido la moneda, que viene a ser en cierto sentido un intercambio. Todas las cosas son medidas por ella, y por la misma razón el exceso que el defecto. Todas las cosas, por tanto, deben ser medidas por una, como se ha dicho antes. En realidad de verdad esta medida es la necesidad, la cual mantiene unidas todas las cosas. Si de nada tuviesen los hombres necesidad, o las necesidades no fuesen semejantes, no habría cambio, o el cambio no sería el mismo. Mas por una convención la moneda ha venido a ser el medio de cambio representativo de la necesidad. Por esta razón ha recibido el nombre de moneda (*nómisma*) porque no existe por naturaleza, sino por convención (*nómoi*), y en nosotros está alterarla y hacerla útil".[6]

Por su parte, en la *Política*, Aristóteles precisó:

> "...para efectuar sus cambios, los hombres convinieron en dar y recibir entre ellos algo [la moneda] que, siendo útil de suyo, fuese de fácil manejo para los usos de la vida, como hierro, plata u otro metal semejante. En un principio determinóse su valor simplemente por el tamaño y el peso, pero al fin hubo de imprimirse un sello en el metal, a fin de eximirse de medirlo, y este sello se puso como signo de valor".[7]

[5] Manuel Monteagudo Valdez, "Aspectos jurídicos sobre la moneda y la banca central en la economía contemporánea", en *Panorama internacional de derecho mercantil. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, Elvia Arcelia Quintana Adriano (coord.), México, 2006, t. I, p. 458.

[6] Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, versión de Antonio Gómez Robledo, 19a. ed., Porrúa, "Sepan cuantos...", núm. 70, México, 2000, lib. V, cap. V, p. 64.

[7] Aristóteles, *Política*, versión de Antonio Gómez Robledo, 19a. ed., Porrúa, "Sepan cuantos...", núm. 70, México, 2000, p. 166.

2. El dinero y la persona considerada en sí misma

En otro sentido, para entender el orden existente entre el dinero y la persona en sí misma, debemos comentar que, si consideramos individualmente a la persona (tanto física como moral), encontraremos en ella, desde el punto de vista jurídico, una serie de cualidades que permiten distinguirla de los demás miembros de la sociedad, toda vez que ayudan a identificarla, ubicarla y darle operatividad a su actuar. Esas cualidades son los llamados atributos de la persona, los que pueden ser clasificados de la siguiente forma: 1) atributos de identificación, que se refieren al nombre; 2) atributos de ubicación, que son el domicilio y –en el caso de las personas físicas– el estado (político y civil), y 3) atributos operativos, que son la capacidad y el patrimonio.[8]

De esos atributos, el que nos interesa desarrollar, para encontrar otro vínculo de la persona con el dinero, es el atributo operativo denominado patrimonio.

Consecuentemente, debemos mencionar que, el patrimonio es el "conjunto de derechos y obligaciones apreciables económicamente",[9] lo que se traduce en un conjunto de relaciones jurídicas activas

[8] Véase Fausto Rico Álvarez, Patricio Garza Bandala y Claudio Hernández de Rubín, *De la persona y de la familia en el Código Civil para el Distrito Federal*, Porrúa, México, 2006, pp. 23 y 24.

[9] Véase Fausto Rico Álvarez y Patricio Garza Bandala, *Teoría general de las obligaciones*, 2a. ed., Porrúa, México, p. 23. Por su parte, José Arce y Cervantes (*De los Bienes*, 6a. ed., Porrúa, México, 2005, pp. 9-11) en relación con el tema del patrimonio señala: "El patrimonio no está definido en el Código Civil. Es más bien un concepto doctrinal y abstracto para poder entender determinadas relaciones". Hay dos *teorías principales* sobre el patrimonio: I. *La clásica o subjetivista* (Auby y Rau) que considera el patrimonio como reflejo de la personalidad y que es una noción distinta de los elementos que lo componen y que comprende derechos y obligaciones y la aptitud para adquirirlos. Según esto: 1o. Solamente las personas pueden tener patrimonio. 2o. Toda persona tiene patrimonio. 3o. Nadie puede tener más de un patrimonio. 4o. El patrimonio es inseparable de la persona [...] II. La *objetiva o económica* (Brinz) o de los patrimonios sin sujeto, porque consideran el patrimonio con individualidad propia sin tomar en cuenta que esté unido o no a una persona o "sea la afectación social protegida de una cierta cantidad de riqueza a un fin determinado" (Duguit). Ambas teorías son incompletas porque toman en consideración sólo un aspecto del patrimonio. Tomando en cuenta estos dos aspectos define Castán Tobeñas el patrimonio como "conjunto de derechos, o mejor, aún, de relaciones jurídicas activas y pasivas, que pertenecen a una persona y son susceptibles de estimación pecuniaria".

y pasivas susceptibles de valoración pecuniaria, situación que implica el que puedan ser estimables en dinero. El patrimonio, jurídicamente entendido, se expresa en términos monetarios.

Contablemente, el patrimonio se integra por dos elementos: uno activo y otro pasivo. Jurídicamente, el activo está compuesto por derechos reales y derechos personales o de crédito, mientras que el pasivo comprende las obligaciones. Tanto el elemento activo como el pasivo, desde el punto de vista jurídico, conforman una universalidad jurídica, esto es, una unidad abstracta distinta a los elementos que la integran, protegida por el derecho.

En relación con el elemento activo del patrimonio, cabe comentar que los derechos reales[10] y los derechos personales o de crédito[11] son derechos subjetivos privados.[12]

[10] El derecho real: "Es el que concede a su titular un poder inmediato y directo sobre una cosa y que puede ser ejercitado y hecho valer frente a todos" (Puig Peña, citado por Arce y Cervantes, *op. cit.*, p. 14).

[11] Por derecho personal o de crédito entendemos la relación jurídica en virtud de la cual, una persona llamada acreedor tiene la facultad para exigir de otra llamada deudor, una prestación o una abstención de carácter patrimonial. Sus elementos son 1) la relación jurídica; 2) los sujetos, y 3) el objeto, que en el derecho moderno es de carácter patrimonial, esto es, estimable en dinero.

[12] Véase Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, 43a. ed., Porrúa, México, 1992, p. 201. El derecho personal, a pesar de compartir la naturaleza de derecho subjetivo privado con los derechos reales, se distingue de estos últimos. Tan es así, que existen diversas doctrinas al respecto. En ese sentido, se nos habla de la teoría clásica o dualista, de la teoría monista o unitaria y de la teoría ecléctica. La teoría clásica o dualista cuyos principales exponentes son Aubry y Rau y Baudry Lacantinerie, considera que los derechos reales y los derechos personales tienen naturaleza y efectos jurídicos diferentes. El derecho real implica una relación jurídica entre un individuo y una cosa, mientras que el derecho personal una relación jurídica entre un individuo y otro. La teoría monista o unitaria trata de asimilar a los derechos reales y personales. Tiene dos vertientes: la personalista, apoyada por Ortolán, Planiol –en una primera etapa–, y Demogue, que considera que los derechos reales son idénticos a los derechos personales, señalando que el derecho real es una relación entre un individuo y un sujeto pasivo universal, mientras que el derecho personal es una relación entre un individuo y un sujeto pasivo determinado. La vertiente objetivista, apoyada por Gaudemet y Gazin, considera que los derechos personales son iguales a los derechos reales. Derecho real implica una relación entre un individuo y un bien, mientras que el derecho personal se refiere a una relación entre un individuo y el patrimonio de otro (es un patrimonio el que le debe a otro patrimonio). Por su parte, la teoría ecléctica, seguida por Planiol –en una segunda etapa–, señala que hay que distinguir un aspecto externo y un aspecto interno en los derechos reales y en los derechos personales. En el derecho real el aspecto externo implica la relación jurídica entre un individuo y un sujeto pasivo universal (ejecución sobre un bien), y el aspecto interno que es el poder jurídico que tiene una persona sobre una cosa. Por otro lado, en el derecho personal, el aspecto externo implica la relación jurídica entre un individuo y otro (ejecución sobre su patrimonio), y el aspecto interno es la facultad que tiene el acreedor de exigir del deudor el cumplimiento de determinada prestación. Finalmente, al lado de dichas teorías, podemos sintetizar las diferencias entre derechos reales y personales en el siguiente sentido: 1) los derechos reales son *numerus clausus* (no puede haber más derechos reales que los reconocidos por la ley), mientras que los derechos personales son *numerus apertus* (admiten una gama ilimitada de posibilidades); 2) el sujeto pasivo de los derechos reales es indeterminado (todos), mientras que el sujeto pasivo de los derechos personales es determinado; 3) el titular del derecho real tiene un poder jurídico sobre una cosa, mientras que el acreedor en un derecho personal tiene la facultad de exigir a un deudor una determinada conducta; 4) procesalmente, los derechos reales están respaldados por una acción real persecutoria de la cosa, mientras que los derechos personales están respaldados por una acción personal, que puede ejercitar el acreedor en contra del deudor o sus causahabientes; 5) en los derechos reales el titular de dicho derecho lo goza sin la intervención de nadie, mientras que en los derechos personales, el acreedor requiere de la conducta del deudor, esto es, que cumpla su obligación. Las anteriores distinciones han sido criticadas tomando en consideración la realidad, y para entender el alcance de dichas críticas recomendamos la lectura del libro de Miguel Alessio Robles, *Temas de derechos reales*, Porrúa, México, 2004.

En ese sentido, debemos comentar que el derecho subjetivo es "una relación jurídica en virtud de la cual, una persona llamada acreedor puede exigir de otra llamada deudor, una prestación o una abstención".[13] El derecho subjetivo implica una facultad. Consecuentemente, cuando esa facultad la tiene un particular frente al poder público y representa una serie de limitaciones que el Estado se impone a sí mismo –en aras del bien común–, se habla de un derecho subjetivo público. Así, por ejemplo, dentro de los derechos subjetivos públicos encontramos a los derechos de libertad, de petición, de acción y políticos. Por otro lado, si la facultad la tiene un particular frente a uno o varios particulares, o incluso frente al propio Estado, sin que éste intervenga como entidad soberana, y representa un interés particular ejercido con libertad de juicio y de voluntad, estaremos en el ámbito de los derechos subjetivos privados.

Cabe señalar que, frente a los derechos subjetivos existen siempre, necesariamente, deberes jurídicos, y, si esos deberes jurídicos son estimables en dinero, nos ubicamos en el campo de las obligaciones.

[13] Véase Miguel Ángel y Jorge Hernández Romo, "Reflexiones en torno a la noción de obligación", en *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, julio de 1973, p. 288.

La obligación es el elemento pasivo del patrimonio, y tradicionalmente puede ser conceptuada como "la relación jurídica entre dos personas en virtud de la cual una de ellas, llamada deudor, queda sujeta para con otra, llamada acreedor, a una prestación o a una abstención de carácter patrimonial que el acreedor puede exigir al deudor".[14]

Con base en lo expuesto, debemos señalar que los derechos subjetivos y las obligaciones que integran el patrimonio tienen como elementos comunes: 1) la relación jurídica; 2) los sujetos (acreedor y deudor); 3) el objeto, y 4) su carácter patrimonial. Asimismo, tienen como elementos diferenciales: 1) la vinculación entre el acreedor y deudor con la pre-eminencia de aquél sobre éste en el derecho subjetivo y, 2) la vinculación entre el deudor y acreedor con la sujeción de aquél a éste en la obligación. Derecho subjetivo y obligación son así términos correlativos y, consecuentemente, son distintos.

Al hablar del objeto de los derechos subjetivos y de las obligaciones que integran el patrimonio, suele distinguirse el objeto directo (o inmediato) del indirecto (o mediato). El objeto directo (o inmediato) es un dar, un hacer o un no hacer, mientras que el objeto indirecto (o mediato) es la cosa, la acción u omisión que se debe dar, hacer o no hacer.

De los tres tipos de objeto indirecto enunciados, en relación con el dinero, destaca principalmente la cosa y esto por lo siguiente.

Por cosa debemos entender "todo lo que tiene entidad, ya sea corporal o espiritual, natural o artificial, real o abstracta",[15] es decir, "el concepto de cosa se refiere a todo aquello que existe".[16] Ahora bien, dentro de las cosas encontramos a los bienes.

Desde el punto de vista económico, los bienes son las cosas que son útiles al hombre, y que satisfacen directa o indirectamente una necesidad. Los bienes así considerados pueden provenir espontáneamente de la naturaleza (bienes naturales), ser el resultado de la actividad creadora del hombre (bienes humanos), o pueden implicar ambas situaciones (bienes mixtos).

[14] Manuel Borja Soriano, *Teoría general de las obligaciones*, 19a. ed., Porrúa, México, 2004, p. 71.

[15] Véase *cosa*, en Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 22a. ed., Madrid, Espasa Calpe, 2001, t. I, p. 671.

[16] Alessio Robles, *op. cit.*, p. 75.

Por su parte, desde el punto de vista jurídico, los bienes son aquellas cosas, corpóreas o incorpóreas, que pueden ser adquiridas (o apropiadas). En ese sentido, para los particulares, sólo son susceptibles de adquisición, las cosas que no están excluidas del comercio.

Sobre esto último, es importante traer a colación los artículos 747, 748 y 749 del Código Civil Federal, que disponen lo siguiente:

> "Artículo 747. Pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio.
> Artículo 748. Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley.
> Artículo 749. Están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular.

Tomando en consideración lo dicho, debemos señalar que el dinero, desde el punto de vista económico, es un bien humano, pues representa algo útil para las personas ya que les satisface directa o indirectamente una necesidad, siendo además producto de la propia actividad creadora del hombre. Por otro lado, desde el punto de vista jurídico, también es un bien, puesto que representa algo que puede ser susceptible de apropiación ya que no está excluido del comercio ni por su naturaleza ni por disposición de la ley.

Con base en lo expuesto, podemos concluir que, si consideramos a la persona –física o moral– en sí misma, veremos que, jurídicamente, tiene una serie de atributos, entre los que se encuentra el patrimonio, el cual comprende relaciones jurídicas activas y pasivas: 1) que son susceptibles de valorarse en dinero, y 2) que pueden tener como objeto directo la entrega de dinero y, consecuentemente, como objeto indirecto, al propio dinero.

En ese sentido, siguiendo a Bonet Correa, podemos afirmar: "...el dinero es el bien al que pueden reducirse todos los demás bienes, cosas y servicios, es decir, todo lo que sea útil, o ser traducido en términos de valoración económica; por el dinero se hace posible hablar de un patrimonio, en cuanto implica un conjunto de cosas, bienes y derechos susceptibles de estimación pecuniaria íntimamente ligados entre sí por su afectación a los fines generales de una persona (titularidad) y que constituye, por una parte, un ámbito de poder so-

bre esas relaciones y, por otra, un ámbito de responsabilidad sobre las mismas".[17]

III. Funciones económicas y función jurídica del dinero

Explicada brevemente la relación entre el dinero y la persona, considerada esta última tanto en sociedad como en sí misma, en el siguiente orden de ideas vamos a detallar cuál es el papel del dinero en sociedad, es decir, para qué sirve. En ese sentido, a continuación se hará referencia al estudio de las funciones del dinero.

Para la mayoría de los autores, las funciones del dinero son cuatro, a saber: 1) ser medio de cambio; 2) ser medida de valor; 3) ser reserva de valor, y 4) ser instrumento general de pago. De esas funciones, podemos decir que las tres primeras son económicas y la última, si bien deriva de una función económica, se presenta como jurídica.[18] Desarrollando brevemente dichas funciones, podemos comentar lo siguiente:

1) *El dinero como medio de cambio*. Considerar al dinero como medio de cambio significa que es un bien ("tercer bien") que se utiliza para intercambiar bienes y servicios entre las personas en sociedad. Para que el dinero sea un eficaz medio de cambio requiere que la sociedad lo acepte como instrumento general de pago.

[17] José Bonet Correa, *Las deudas de dinero*, Civitas, España, 1981, p. 225.

[18] Respecto de las funciones económicas del dinero, véase Fundación Pedro Barrié de la Maza, *Esto es dinero. De los orígenes al Euro*, Banco Pastor, Madrid, 2001, p. 15; Ernesto Ramírez Solano, *Moneda, banca y mercados financieros. Instituciones e instrumentos en países de desarrollo*, Pearson, México, 2001, pp. 21 y 22; Óscar Luis Ortiz Soto, *El dinero. La teoría, la política y las instituciones*, UNAM, Facultad de Economía, México, 2001, pp. 25 y 26; Luis Pazos, *Ciencia y teoría económica*, Diana, México, 2004, p. 228; Pedro Astudillo Ursúa, *Elementos de teoría económica (para los estudiantes de derecho)*, 10a. ed., Porrúa, México, 2006, p. 124, y Turrent Díaz, *op. cit.*, pp. 12 y 13. Sobre la función jurídica del dinero recomendamos el artículo de Francisco Borja Martínez, "El sistema monetario mexicano", en *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, t. 16, México, 1984, pp. 187 y 188.

2) *El dinero como medida de valor*. El ser medida de valor significa que el dinero sirve para calcular, medir y expresar el valor de todos los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado. Esto nos lleva a vincularlo a la unidad monetaria.
3) *El dinero como reserva de valor*. La función del dinero como reserva de valor significa que debe ser capaz de conservar su valor en el transcurso del tiempo, lo cual permite el ahorro y el atesoramiento de la riqueza. Con esta función, el dinero es portador de un valor en el tiempo. Es un almacén de valor, es decir, debe tener la capacidad para conservar su poder de compra a lo largo de periodos prolongados.
4) *El dinero como instrumento general de pago*. La función jurídica del dinero, esto es, como instrumento general de pago, implica considerarlo como un medio idóneo para cumplir las obligaciones (así como sus correlativos derechos) y, consecuentemente, para extinguirlas. En ese sentido, recuérdese que, conforme al artículo 2062 del Código Civil Federal: "Pago o cumplimiento es la entrega de la cosa o cantidad debida, o la prestación del servicio que se hubiere prometido".

Para que el dinero pueda cumplir con la función de ser medio de cambio y, con ello, instrumento general de pago, debe ser elástico, es decir, si existe una mayor producción de bienes y servicios, el dinero debe ser susceptible de una adecuada elasticidad en cuanto al monto de su circulación se refiere: debe existir un equilibrio entre los bienes y servicios disponibles en el mercado y la cantidad de dinero que se encuentra en circulación. Si no existe ese equilibrio se presenta la inflación (aumento de circulante) o la deflación (reducción de circulante).

Por otro lado, para que el dinero pueda cumplir con las funciones de medida y reserva de valor, debe ser estable; esto es, su valor debe sufrir las menos fluctuaciones posibles. Así, fluctuaciones imprevistas o de gran magnitud en el valor del dinero minan su aceptación general como medida y reserva de valor.

IV. Características económicas y jurídicas del dinero

Comprendidas las funciones del dinero, toca reflexionar sobre los rasgos distintivos o peculiaridades que hacen que los bienes conside-

rados como dinero, sean diferentes de todos los demás bienes existentes. En ese sentido, trataremos las características económicas y jurídicas del dinero.

Así, el dinero, desde un punto de vista económico y práctico, es un bien que debe ser portátil, estable en su valor, uniforme u homogéneo, durable, divisible y reconocido por el público. En ese sentido, tomando en consideración lo dicho por Eduardo Turrent encontramos lo siguiente: "a) *Portabilidad.* Las monedas modernas y los billetes deben ser diseñados de modo que sean fácilmente transportables y manejables. b) *Estabilidad en su valor*. Una moneda cuyo poder de compra desciende continuamente no puede cumplir satisfactoriamente con sus funciones como unidad de cuenta, almacén de valor o patrón de pagos diferido. Lo mismo vale para una moneda cuyo valor fluctúa en forma impredecible. c) *Uniformidad u homogeneidad.* En la modernidad, un billete de cien dólares es exactamente equivalente a todos los demás de esa denominación emitidos por la Reserva Federal (el banco central de Estados Unidos). Lo mismo sucede en México, para todos los billetes y las monedas en circulación. d) *Durabilidad.* Las piezas circulantes tienen que ser perdurables físicamente. No se concibe la posibilidad de un billete que en una semana se marchite en la cartera de un ciudadano o de una moneda metálica que al mes de permanecer en una alcancía se convierta en polvo. e) *Divisibilidad.* Las monedas deben ser divisibles en unidades más pequeñas sin que esto destruya su valor. f) *Reconocimiento público*. Los billetes y monedas de un país tienen que ser ampliamente reconocidos por sus habitantes".[19]

Desde un punto de vista jurídico, el dinero como bien, genéricamente se caracteriza por ser mueble, corpóreo, fungible y consumible,[20] y específicamente, se distingue de los bienes con dichas características, por ser de mediación,[21] relacionado con una determinada unidad ideal,[22] y con curso legal.[23]

Desarrollando brevemente cada una de las características mencionadas, encontramos lo siguiente.

1) *El dinero como bien mueble*. El dinero es un bien mueble por su naturaleza, al ser una cosa que puede trasladarse de un lugar a otro. En ese sentido, recordemos que los artículos 752, 753 y 754 del Código Civil Federal disponen lo siguiente:

> "Artículo 752. Los bienes son muebles por su naturaleza o por disposición de la ley".
> "Artículo 753. Son muebles por su naturaleza, los cuerpos que pueden trasladarse de un lugar a otro, ya se muevan por sí mismos, ya por efecto de una fuerza exterior".
> "Artículo 754. Son bienes muebles por determinación de la ley, las obligaciones y los derechos o acciones que tienen por objeto cosas muebles o cantidades exigibles en virtud de acción personal".

2) *El dinero como bien corpóreo*. El dinero es un bien corpóreo, pues materializado en la realidad como moneda (moneda metálica o billete), ocupa un lugar en el espacio y puede ser apreciado por los sentidos, siendo así tangible.

Sin perjuicio de afirmar que el dinero es un bien mueble y corpóreo, debemos comentar que en la actualidad, gracias a los avances tecnológicos, se llega a hablar del llamado "dinero electrónico" (*electronic money*), el cual es definido como el "valor almacenado de forma electrónica en dispositivos tales como una tarjeta, *chip* o un disco duro en una computadora personal";[24] y que por su propia na-

[19] Turrent Díaz, *op. cit.*, p. 23.

[20] Sobre el dinero como bien mueble, corpóreo, fungible y consumible véase en términos generales a Felipe de la Mata Pizaña y Roberto Garzón Jiménez, *Bienes y derechos reales*, Porrúa, México, 2005, p. 86; Jorge Alfredo Domínguez Martínez, *Derecho civil. Parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*, 10a. ed., Porrúa, México, 2006, p. 316; Jesús Torres Gómez, *El dinero. Algunas consideraciones jurídicas*, Porrúa, Colegio de Notarios del Distrito Federal, México, 2004, pp. 10 y 11; y Álvaro d'Ors, *Nueva introducción al estudio del derecho*, Civitas, España, 1999, pp. 134 y 135.

[21] Véase Bonet Correa, *op. cit.*, *loc. cit.*

[22] Véase Arthur Nussbaum, *Derecho monetario nacional e internacional. Estudio comparado en el linde del derecho y de la economía*, Ed. Arayú, Buenos Aires, 1954, p. 18.

[23] Véase Borja Martínez, *op. cit.*, p. 188 y Torres Gómez, *op. cit.*, p. 19.

[24] Véase "Glosario de términos utilizados en los sistemas de pago y liquidación", del Comité de Sistemas de Pago y Liquidación (CPSS) del Banco de Pagos Internacionales, Basilea, Suiza, 2003, p. 19. Sobre el dinero electrónico debemos comentar que por una analogía impropia, "se consideran como dinero electrónico las tarjetas de crédito y de débito, así como las cuentas electrónicas en línea y los monederos electrónicos". Véase

turaleza, podríamos decir que es un dinero "invisible" y por lo tanto "intangible". Consecuentemente, en este caso en particular, y como excepción a lo señalado en el párrafo que precede, se podría decir que el dinero es un bien incorpóreo.

Considerado así al llamado "dinero electrónico", confirmamos su carácter de bien mueble en última instancia por la aplicación del artículo 759 del Código Civil Federal que dispone lo siguiente:

> "Artículo 759. En general, son bienes muebles, todos los demás no considerados por la ley como inmuebles".

En ese sentido, el artículo 750 del referido Código Civil Federal dispone:

> "Artículo 750. Son bienes inmuebles:
>
> I. El suelo y las construcciones adheridas a él.
> II. Las plantas y árboles, mientras estuvieren unidos a la tierra, y los frutos pendientes de los mismos árboles y plantas mientras no sean separados de ellos por cosechas o cortes regulares.
> III. Todo lo que esté unido a un inmueble de una manera fija, de modo que no pueda separarse sin deterioro del mismo inmueble o del objeto a él adherido.
> IV. Las estatuas, relieves, pinturas u otros objetos de ornamentación, colocados en edificios o heredados por el dueño del inmueble, en tal forma que revele el propósito de unirlos de un modo permanente al fundo.
> V. Los palomares, colmenas, estanques de peces o criaderos análogos, cuando el propietario los conserve con el propósito de mantenerlos unidos a la finca y formando parte de ella de un modo permanente.

Federico Rubli Kaiser (coord.), *La distribución de moneda en México*, Banco de México, México, p. 239. Sobre esto último, Eduardo Turrent Díaz (*op. cit.*, p. 47) señala: "...El cambio es el signo de nuestra época. Así, durante las últimas cuatro décadas el mundo entró de lleno a la era de los medios de pago electrónicos. Estos nuevos medios de pago se clasifican en tres categorías: 1) Tarjetas de crédito, con las cuales se hacen los pagos que se liquidan posteriormente. 2) Tarjetas de débito, con las cuales se hacen liquidaciones contra un saldo disponible. 3) Tarjetas de prepago o "monederos electrónicos", con las que el tenedor puede hacer liquidaciones hasta un límite predeterminado. Los mecanismos descritos no son propiamente dinero, tan sólo medios de pago".

> VI. Las máquinas, vasos, instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la finca directa y exclusivamente, a la industria o explotación de la misma.
> VII. Los abonos destinados al cultivo de una heredad, que estén en las tierras donde hayan de utilizarse, y las semillas necesarias para el cultivo de la finca.
> VIII. Los aparatos eléctricos y accesorios adheridos al suelo o a los edificios por el dueño de éstos, salvo convenio en contrario.
> IX. Los manantiales, estanques, aljibes y corrientes de agua, así como los acueductos y las cañerías de cualquiera especie que sirvan para conducir los líquidos o gases a una finca o para extraerlos de ella.
> X. Los animales que formen el pie de cría en los predios rústicos destinados total o parcialmente al ramo de ganadería, así como las bestias de trabajo indispensables en el cultivo de la finca, mientras están destinadas a ese objeto.
> XI. Los diques y construcciones que, aun cuando sean flotantes, estén destinados por su objeto y condiciones a permanecer en un punto fijo de un río, lago o costa.
> XII. Los derechos reales sobre inmuebles.
> XIII. Las líneas telefónicas y telegráficas y las estaciones radiotelegráficas fijas".

3) *El dinero como bien fungible*. El dinero es un bien fungible o, mejor dicho, ultrafungible o de fungibilidad absoluta, ya que es el común denominador de los demás bienes en la vida de las relaciones jurídicas patrimoniales de las personas. Puede sustituir a todas las cosas, bienes y servicios. Sobre el particular, resulta prudente recordar que el artículo 763 del Código Civil Federal señala lo siguiente:

> "Artículo 763. Los bienes muebles son fungibles o no fungibles. Pertenecen a la primera clase los que pueden ser reemplazados por otros de la misma especie, calidad y cantidad.
> Los no fungibles son los que no pueden ser sustituidos por otros de la misma especie, calidad y cantidad".

4) *El dinero como bien consumible*. El dinero es un bien consumible o, mejor dicho, gastable, toda vez que su destino es el dejar de tenerlo, implicando un acto de disposición. Sobre esto, Álvaro d'Ors comenta: "...el dinero... es... consumible, pero no ya materialmente consumible, como son los alimentos, sino tan sólo jurídicamente

consumible, pues su destino es el dejar de tenerlo, es decir, gastarlo, y generalmente a cambio de otra cosa consumible, o no consumible".[25]

5) *El dinero como bien de mediación*. El dinero es un bien de mediación porque es un medio de cambio y una medida de valor de los bienes y servicios que son objeto de las relaciones jurídicas patrimoniales. Esto se encuentra vinculado con las características del dinero como bien ultrafungible. Lo anterior implica que el dinero sea considerado como el bien económico y jurídico por excelencia capaz de resumir los bienes y servicios que son objeto de las relaciones jurídicas patrimoniales.[26] A partir de esta característica, se abre la posibilidad de considerar al dinero como un transporte de un valor.

6) *El dinero como bien relacionado a una determinada unidad ideal*. El dinero es un bien relacionado con una determinada unidad ideal, pues es un bien, que independientemente de la forma material de expresión que tenga, es dado y recibido por el uso corriente, como una fracción, equivalente o múltiplo de una unidad abstracta e ideal que calcula, mide y expresa el valor de las cosas. Esa unidad abstracta o ideal a menudo es llamada unidad monetaria, unidad de cuenta o unidad de valor.[27]

7) *El dinero como bien con curso legal*. El dinero es un bien con curso legal. Curso legal es el poder liberatorio, la obligación de aceptación para el pago de deudas pecuniarias, que el Estado confiere a la moneda.[28] Asimismo, puede ser conceptuado como la aptitud que el Estado confiere, generalmente mediante ley, a determinados billetes y monedas metálicas, para que puedan cumplir su función como medios generales de pago, y que con ellos se convengan y cumplan las obligaciones en dinero, mismo que faculta a los deudores a pagar con tales signos monetarios e impone a los acreedores el deber de aceptarlos, extinguiendo dichas obligaciones.[29] No hay que confundir el curso legal con el poder liberatorio. Poder liberatorio es la facultad que posee un determinado bien (dinero o no) que permite a un deudor liberarse de sus obligaciones respecto de un acreedor. Curso legal es poder liberatorio obligatorio conferido por el Estado.

[25] Álvaro d'Ors, *Derecho y sentido común. Siete lecciones de derecho natural como límite del derecho positivo*, 2a. ed., Civitas, Madrid, 1999, p. 66.
[26] Bonet Correa, *op. cit.*, pp. 225 y 252.
[27] Nussbaum, *op. cit.*, pp. 18-23.
[28] Borja Martínez, *op. cit.*, p. 188.
[29] Ignacio Javier Estévez González, *Curso legal de la moneda*, tesis para obtener el diploma del posgrado en Obligaciones y contratos, Escuela Libre de Derecho, 2000, p. 9.

El curso legal ayuda a distinguir al dinero de otros bienes, tales como las tarjetas de crédito, las tarjetas de débito y las tarjetas de prepago o "monederos electrónicos", las cuales no son dinero propiamente hablando, pues si bien pueden servir como instrumentos generales de pago, no tienen poder liberatorio obligatorio (curso legal), siendo así de aceptación voluntaria.

Al considerarse el curso legal como una característica fundamental del dinero, debemos hacer referencia a las teorías societaria y estatal del mismo. Esto, por lo siguiente: 1) la teoría societaria del dinero (Savigny, Geny, Bonet Correa, Diez Picasso y Vallet de Goytisolo) indica que en el fenómeno dinero, es fundamental la actitud de la sociedad en oposición a la del Estado: la sociedad le da un valor determinado al dinero. Para esta teoría, el atributo esencial del dinero es el de ser un medio de cambio y un instrumento general de pago, de aceptación general; 2) la teoría estatal del dinero (Knapp, Hawtrey y Nussbaum) señala que el dinero se caracteriza por ser lo que el Estado dispone que constituya liberación satisfactoria de una obligación; es decir, dinero es lo que el Estado declara como tal. Para esta teoría, el atributo esencial del dinero es el curso legal, esto es, el poder liberatorio otorgado por el Estado al dinero.

Es lógico pensar que en la Modernidad, inmersos en el absolutismo jurídico,[30] en donde el derecho se reduce a un fenómeno del poder, la teoría estatal sea considerada como el aspecto jurídico del dinero y, consecuentemente, se le vea como la adecuada para solucionar los problemas jurídicos relacionados con el dinero. No obs-

[30] El término "absolutismo jurídico", característico del jurista italiano Paolo Grossi, lo entendemos como una época y un modo de ser del derecho. En ese sentido, es una época dentro de la historia del derecho de la Modernidad que abarca desde inicios del siglo XIX hasta nuestros días. Asimismo, es un modo de ser del derecho porque este último, al amparo del absolutismo, se reduce a un fenómeno del poder o, mejor dicho, a un conjunto de reglas imperativas provenientes de los que ejercen el poder político (Paolo Grossi, "Absolutismo jurídico y derecho privado en el siglo XIX", en *Doctor Honoris Causa. Paolo Grossi*, Barcelona, Universidad Autónoma de Barcelona, 1991, pp. 9-26).

tante ello, consideramos que la teoría societaria y estatal del dinero deben tener armonía, pues la realidad nos enseña que el derecho no solamente es un simple orden normativo, y por lo tanto, la ley como expresión de dicho orden, no es el único medio para considerar dinero a cualquier bien. Asimismo, no debemos desconocer que existe una autoridad estatal que interviene en los aspectos de la vida social, y que la actitud de la sociedad debe ser acorde, hasta cierto punto, con ciertas formas, para lograr el fin del Estado que es el bien común.

V. El dinero, un medio de justicia

Analizadas las funciones y características del dinero, estimamos oportuno hacer referencia a su causa formal[31] jurídica, esto es, a aquello que hace que el dinero, a la luz del derecho, sea tal cosa y no otra. Consecuentemente, debemos explicar la relación existente entre el dinero y la justicia. Para tales efectos, resulta necesario hacer una breve referencia al derecho como lo justo practicable, para luego analizar a la justicia y, en ello, encontrar el orden que guarda con el dinero.

En ese sentido, debemos señalar que, a lo largo de la historia, el derecho ha sido concebido de diversas formas. Así, los juristas romanos clásicos (s. I a. C.-s. III d. C.) y los juristas bajomedievales (s. XII d. C.-s. XV d. C.), consideran al derecho como el orden justo, es decir, como la ciencia de lo justo practicable, lo que se conoce como el concepto clásico del derecho. Por su parte, en los juristas filósofos del absolutismo jurídico (s. XIX d. C.-s. XX d. C.), predomina la idea del derecho como el orden normativo, esto es, como un conjunto de normas jurídicas que rigen la vida social. Esto lógicamente sería visto como un concepto moderno del derecho.[32]

[31] Causa es todo aquello que influye en el ser de otro. La causa puede ser de cuatro tipos: 1) causa eficiente, que es todo aquello que hace algo; 2) causa material, que es aquello de lo cual se hace algo, 3) causa formal, que es aquello por lo cual una cosa es tal y no otra cosa, y 4) causa final, que es aquello a lo cual tiende naturalmente un ser: es la meta que tiene un ser.

[32] Sobre la distinción de las dos concepciones sobre el derecho recomendamos la lectura del artículo del jurista mexicano Jorge Adame Goddard: "La objetividad de las proposiciones jurídicas", en *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, Enrique Cáceres, Imer B. Flores, Javier Saldaña y Enrique Villanueva (coords.), UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005, pp. 1-15.

Ahora bien, tomando en consideración la concepción clásica del derecho, es decir, el derecho como orden justo, debemos precisar que, bajo dicha concepción, el derecho es objeto de la justicia.

¿Qué es la justicia? Ulpiano nos dice que justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho (*constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*).[33] Por su parte, para Santo Tomás de Aquino, la justicia es el hábito según el cual uno, con constante y perpetua voluntad, da a cada uno su derecho.[34] En ese sentido, por justicia entendemos la virtud y el criterio según el cual, uno con constante y perpetua voluntad da a cada uno lo suyo, es decir, lo que le es debido, su derecho.

Javier Hervada liga lo anterior, al señalar: "...el objeto primero o inmediato de la justicia es la acción justa. Y como ésta tiene por objeto una cosa –lo que se da: el derecho– la cosa dada es el objeto mediato o segundo de la justicia. En este sentido se puede decir que el derecho es objeto de la justicia".[35]

La justicia como virtud es un hábito operativo bueno que implica la repetición de conductas adecuadas a la acción justa. Asimismo, como criterio en nuestros días, debe implicar principios que puedan incrustarse en el orden normativo existente, para el bien de la comunidad.

Dar a cada uno lo suyo, esto es, su derecho, es una necesidad social y en la medida en que se cumple es una acción deseada y, consecuentemente, buena.

La justicia implica alteridad, es decir, una relación entre dos personas distintas, cuyo núcleo está dado fundamentalmente por el derecho, lo que se ajusta, lo justo, que a su vez se identifica con lo que es debido.

Aunado a lo anterior, usualmente se dice que hay tres clases de justicia: conmutativa, distributiva y legal.[36]

[33] D, 1, 1, 10, pr.

[34] *Suma Teológica*, C. 58, art. 1.

[35] Javier Hervada, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, 2a. ed., Eunsa, Pamplona, 1995, p. 200.

[36] Sobre los tipos de justicia, véase Javier Hervada, *Introducción crítica al derecho natural*, Eunsa, Pamplona, 1981, pp. 52 y 53. Sin perjuicio de acudir a la *Suma Teológica* de Santo Tomás de Aquino.

La justicia conmutativa es lo debido entre personas. Sus actos principales son las conmutaciones o intercambios, debiendo existir una igualdad en la proporción entre las cosas cambiadas.[37]

La justicia distributiva es lo debido por la colectividad al individuo, y como tal regula la participación que corresponde a cada uno de los miembros de la sociedad en el bien común. Debe existir una igualdad en la proporción entre las cosas y personas, no entre las cosas. Como señala Javier Hervada: "El criterio de la distribución proporcional podemos resumirlo en esta fórmula: a cada cual según su condición, sus capacidades, su aportación a la sociedad y sus necesidades".[38]

La justicia legal es lo debido por el individuo a la colectividad. Es el cumplimiento de las leyes, debiendo existir una igualdad entre lo mandado por las leyes y lo efectivamente cumplido.[39]

Expuestas estas breves notas sobre la justicia, debemos preguntarnos, ¿qué papel juega el dinero frente a ella? La respuesta nos la da Santo Tomás de Aquino, al señalar: "...el valor de las cosas que están destinadas al uso del hombre se mide por el precio a ellas asignado, para lo cual se ha inventado la moneda como se dice en V *Ethic*. Por consiguiente, si el precio excede el valor de la cosa o, por el contrario, la cosa excede en valor al precio, desaparecerá la igualdad de justicia".[40]

Consecuentemente, el dinero, pudiendo delimitar y medir la cosa debida (lo suyo de cada quien), atribuyéndole para ello un valor y con ello, una regulación, se presenta como una vía, un camino para que una persona pueda dar a otro la cosa debida, esto es, su derecho y practicar así la virtud de la justicia.

En ese sentido, el dinero, al ser una medida de valor, indubitablemente se presenta como un medio para procurar la justicia en los cambios. El dinero así entendido, es un medio de justicia.

Lógicamente, el desarrollo del dinero como medio de justicia se acentúa en el ámbito de la justicia conmutativa.

[37] *Ibidem*, p. 53.
[38] *Ibidem*, pp. 54 y 58.
[39] *Ibidem*, p. 62.
[40] *Suma Teológica*, C. 77, art. 1.

En otro orden de ideas, estimamos que señalar al dinero como un medio de justicia, puede ser uno de tantos ejemplos que nos proporciona la realidad para entender que el derecho, al final del camino, es lo justo practicable y no la simple norma jurídica.

VI. Conceptos jurídicos del dinero

En torno al dinero existen diversos conceptos jurídicos dados por la doctrina jurídica, tanto nacional como extranjera. Con el afán de aclarar el camino para el concepto que propondremos posteriormente, consideramos oportuno citar los siguientes:

> "En realidad, el dinero es sólo una medida de valor" (Álvaro d'Ors).[41]
> "...dinero son aquellas cosas que en el comercio se entregan y se reciben como fracción, equivalente o múltiplo de la unidad" (Arthur Nussbaum).[42]
> "Se sugiere que, en el campo del derecho, la calidad de dinero debe atribuirse a todos los bienes que, emitidos por la autoridad de la ley y denominados con referencia a una unidad de cuenta, deberán servir como medios universales de intercambio en el Estado emisor..." (F. A. Mann).[43]
> "...se puede definir el dinero como un bien jurídico sancionado normativamente por una comunidad social en cuanto moneda que se intercambia como una unidad de cuenta con poder adquisitivo y de pago en las relaciones patrimoniales" (José Bonet Correa).[44]
> "Dinero es el conjunto de objetos que contienen una expresión numérica con referencia a una unidad de valor fijada por el Estado, y, destinados por éste para servir de medio general de cambio" (Germán Fernández del Castillo).[45]
> "El dinero es un instrumento de pago para intercambiar bienes y servicios, emitido por el Estado, cuya cuantía se determina aritméticamente mediante

[41] Álvaro d'Ors, "*Nueva introducción al estudio del derecho...*", p. 135.
[42] Arthur Nussbaum, citado por Francisco Borja Martínez, *Derecho monetario*, McGraw-Hill-UNAM, México, 1997, p. 3. Asimismo, véase Roberto Palazuelos Bassols, *La moneda y su legislación en México*, UNAM, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, México, 1943, p. 11.
[43] Mann, *op. cit.*, p. 32.
[44] Bonet Correa, *op. cit.*, p. 227.
[45] Germán Fernández del Castillo, "Notas para la teoría jurídica del dinero en México", en *Jus. Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, vol. 11, núm. 61 (agosto de 1943), p. 167.

unidades monetarias, como el peso, el dólar, etc., y que consiste en un bien fungible, que sirve como unidad de medida del valor de los satisfactores; además, tiene poder liberatorio cuando su curso es legal y forzoso en el territorio donde ejerce soberanía el Estado que lo emitió" (Joaquín Martínez Alfaro).[46]

"Jurídicamente, el dinero es un bien mueble denominado en referencia a una unidad de cuenta, que se materializa en billetes y monedas para fungir como medida de valor y medio general de cambio, cuya emisión se efectúa conforme al orden jurídico de un Estado determinado, que le confiere curso legal, tanto en su ámbito espacial como temporal de validez" (Jesús Torres Gómez).[47]

VII. Dinero y moneda

Expuestas las anteriores concepciones jurídicas sobre el dinero, nos queda hacer una precisión terminológica, y es que, en nuestra realidad los términos "dinero" y "moneda" se utilizan indistintamente, ya que psicológicamente muchas veces, por una analogía, identificamos varias cosas, no del todo diversas, no del todo iguales, bajo una misma idea.

En ese sentido, consideramos que, desde el punto de vista teórico, entre los términos dinero y moneda existen diferencias: dinero es sapiencia (es abstracción), moneda es praxis (es concreción). Asimismo, desde el punto de vista práctico, no existe distinción entre dichos términos, pues por una analogía de participación, dinero y moneda son considerados con los mismos alcances.

Para entender las anteriores aseveraciones, resulta necesario hacer una breve referencia a lo siguiente.

Etimológicamente la palabra Dinero proviene del vocablo latino "*denarius-a-um*", que significa "lo que contiene el número diez".[48] El *denarius* era una moneda de plata romana que originalmente valía

[46] Joaquín Martínez Alfaro, *Teoría de las obligaciones*, 9a. ed., Porrúa, México, 2003, p. 9.

[47] Torres Gómez, *op. cit.*, pp. 10 y 11.

[48] Julio Pimentel Álvarez, *Diccionario Latín-Español. Español-Latín. Vocabulario clásico, jurídico y eclesiástico*, 7a. ed., Porrúa, México, 2006, p. 214.

diez ases y que con el paso del tiempo valió cinco sestercios.[49] Por su parte, la palabra Moneda proviene del vocablo latino "*moneta*", que significa "quien advierte".[50] En ese sentido, "*moneta*" a su vez, deriva del verbo latino "*moneo-es-ere-ui-itum*", que significa "advertir, amonestar".[51] ¿Por qué la peculiaridad de dicho nombre? La respuesta la encontramos en lo siguiente: Moneta (quien advierte) fue el sobrenombre que se le dio a la diosa Juno (Hera para los griegos), toda vez que cuenta la leyenda que advirtió a los romanos de un ataque de los galos. En ese sentido, algunos historiadores señalan que, hacia el siglo IV a. C., los intensos graznidos de los gansos sagrados y el batir de sus alas en torno al templo de Juno en el Monte Capitolio, advirtieron a los romanos de un inminente ataque nocturno de los galos conducidos por Brenus. Ahora bien, hacia el siglo III a. C., en el templo de Juno Moneta se instaló una Ceca (fábrica de moneda) que acuñaba monedas con la imagen de la diosa Juno y su sobrenombre Moneta, situación que, con el paso del tiempo, provocó la identificación de dicho nombre con las piezas que allí se acuñaban, trascendiendo hasta nuestros días tal situación, de tal forma que en el castellano utilizamos el término *moneda*, en inglés el de *money*, en francés el de *monnaie* y en portugués el de *moeda*.[52]

[49] En la Roma Antigua la unidad monetaria o *nummus* es el sestercio (*sestertius*) que aparece como moneda de plata de dos ases y medio (símbolo HS) y después de cuatro ases, convirtiéndose en la época del Principado en moneda de cobre. Antes del sestercio los instrumentos de cambio que se utilizaron fueron la cabeza de ganado (*pecus*, de la raíz *peku* que significa el patrimonio mobiliario), posteriormente las barras de cobre (*aes ruda*), las cuales podían fraccionarse en *rauduscula*; las barras debían pesarse con una balanza de platillos llamada libra y cada barra pesada constituía una unidad o libra que era de unos 273 gramos. La libra era el *as libralis* y sus doce fracciones las *unciae*. En el siglo III a. C. se procede a la acuñación de la primera moneda en bronce y se crean los *triumviri monetales* ocupados de la emisión de la moneda. (véase Álvaro d'Ors, *Derecho privado romano*, 9a. ed., Eunsa, Pamplona, 1997, pp. 183 y 184, y Manuel Jesús García Garrido, *Derecho privado romano. Casos. Acciones. Instituciones*, 13a. ed., Ed. Académicas, Madrid, 2004, p. 207).

[50] Roberto Martínez Le Clainche, *Curso de teoría monetaria y política financiera*, UNAM, México, 1996, p. 9, y Jack Weatherford, *La historia del dinero. De la piedra arenisca al ciberespacio*, Ed. Andrés Bello, Santiago de Chile, 1997, p. 78.

[51] Martha Patricia Irigoyen *et al.*, *Latín jurídico*, McGraw-Hill, México, 2005, p. 210, y Pimentel Álvarez, *op. cit.*, p. 465.

[52] Martínez Le Clainche, *op. cit.*, p. 9; Weatherford, *op. cit.*, p. 78; Fundación Pedro Barrié de la Maza, *op. cit.*, p. 17, y Terminología del FMI. Glosario multilingüe contenido

Para el *Diccionario de la Lengua Española* el primer significado de la palabra Dinero es el de "moneda corriente".[53] Asimismo, por Moneda se entiende la "Pieza de oro, plata o cobre u otro metal, regularmente en forma de disco y acuñada con los distintivos elegidos por la autoridad emisora para acreditar su legitimidad y valor y, por ext. Billete o papel de curso legal. // 2.coloq. Dinero, caudal...".[54] El maestro Ramón Sánchez Medal señala:

> "en el dinero hay dos elementos, a saber: un elemento abstracto o intelectual, que es un poder de cambio indiferenciado, es decir, el poder patrimonial o económico de servir como unidad de cambio y que proporciona al tenedor la posibilidad de disponer del valor expresado en el valor nominal; y otro elemento material constituido por la pieza metálica o el billete de banco o papel moneda al que se incorpora aquel primer elemento".[55]

Por su parte, el maestro Fernando Alejandro Vázquez Pando indica: "Parece importante empezar por distinguir entre el dinero como concepto abstracto y las concreciones específicas de éste que, para evitar confusiones ulteriores, podemos denominar moneda".[56] En ese sentido, el propio maestro Vázquez Pando señala:

> "...es suficiente considerar moneda al signo o símbolo que por disposición de algún derecho concreta a la unidad de un sistema monetario, o múltiplos o submúltiplos de ésta; el cual tiene poder liberatorio para solventar obligaciones pecuniarias, por lo que el acreedor está obligado a recibirlo en pago

en http://www.imf.org. Asimismo, cabe comentar en relación con el origen del término moneda, que hay autores que dicen que lo que advirtieron los gansos fue un terremoto y *Moneta* es el nombre del templo de Juno donde se acuñaba moneda. En ese sentido, véase la voz "Moneda" en el *Diccionario jurídico mexicano I-O*, del Instituto de Investigaciones Jurídicas, 11a. ed., UNAM, Porrúa, México, 1998, p. 2150 y Pimentel Álvarez, *op. cit.*, p. 465.

[53] Véase *dinero* en Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 22a. ed., Madrid, Espasa Calpe, 2001, t. I, p. 826.

[54] Véase *moneda* en Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 22a. ed., Madrid, Espasa Calpe, 2001, t. II, pp. 1527 y 1528.

[55] Ramón Sánchez Medal, *De los Contratos Civiles*, 21a. ed., revisada y actualizada por Jaime Inchaurrandieta Sánchez Medal, Porrúa, México, 2004, p. 91.

[56] Fernando Alejandro Vázquez Pando, *Derecho monetario mexicano*, Harla, México, 1991, p. 4.

> dentro de los límites establecidos por tal derecho. La definición descriptiva propuesta permite destacar algunos rasgos de la moneda tal como actualmente se entiende desde un punto de vista jurídico. En primer lugar, la moneda se presenta como un signo o símbolo, el cual puede materializarse en una pieza de metal acuñado, o en un billete de banco o en cualquier sustrato material, como podría ser incluso una simple cifra asentada en un registro. Ese signo lo es de una unidad de valor, la unidad del sistema monetario, o bien múltiplos o submúltiplos de ella. La unidad de valor es fijada por un ordenamiento jurídico, el cual suele regular también a los signos que la concretan".[57]

Asimismo, el maestro Francisco Borja Martínez, comenta:

> "Es importante precisar...si el término dinero es susceptible de distinguirse del de moneda. La cuestión ha suscitado planteamientos tendientes a distinguir ambos conceptos; se ha señalado que dinero es sólo la expresión numérica de unidades abstractas, en tanto moneda es un bien existente en el tráfico. Otros publicistas sostienen que moneda comprende piezas que tuvieron curso legal, siendo sólo dinero aquellas que mantienen vigente tal carácter. Ambas teorías carecen de bases objetivas para sustentarse, pues nuestro derecho positivo vigente no establece distinción alguna entre ambos conceptos. En la legislación mexicana las palabras dinero y moneda se emplean como sinónimos y referidas ambas a aquellos bienes cuyo curso legal esté vigente en México o en el extranjero".[58]

Por ello, el maestro Borja Martínez señala, sin distinguir entre dinero y moneda, que esta última "es la unidad de valor creada por el Estado para que, a través de los signos que la representen, funja como medio general de pago en su territorio; a ese propósito el orden jurídico confiere a tales signos 'curso legal', esto es, poder liberatorio de obligaciones pecuniarias".[59]

La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación parece confirmar la sinonimia de los términos "Dinero" y "Moneda", al sostener el siguiente criterio:

[57] *Ibidem*, pp. 133 y 134.

[58] Borja Martínez, "*Derecho monetario...*", pp. 3 y 4.

[59] Borja Martínez, "*El sistema monetario mexicano...*", pp. 187 y 188.

"No. Registro: *239,858.* Jurisprudencia. Materia(s): Civil. Séptima época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, vols. 217-228. Cuarta Parte. Tesis, p. 373. Genealogía: Informe 1987, Segunda Parte, Tercera Sala, tesis 9, p. 11. Apéndice 1917-1988, Tercera Sala, jurisprudencia 656, p. 1095. DINERO, COMPRENDE A TODA UNIDAD MONETARIA EN CURSO LEGAL DENTRO DEL SISTEMA PECUNIARIO DE UNA NACIÓN. *El concepto dinero utilizado por el legislador no debe entenderse en el sentido restringido de 'moneda nacional' sino en la amplia significación que comprende toda unidad monetaria en curso legal dentro del sistema pecuniario de una nación,* con calidades de metal, ley, peso, cuño, diámetro, etcétera, que le asignan a un valor definido, de suerte que si el dólar cumple con esas características, será una especie del género dinero. Séptima época. Cuarta Parte, vols. 205-216, p. 119. Amparo directo 6519/85. Infratec, S. A de C. V. 27 de octubre de 1986. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Victoria Adato Green de Ibarra. Secretario: Luis Pérez de la Fuente, vols. 217-228, p. 110. Amparo directo 11910/84. Constructora y Perforadora Tláloc, S. A. 16 de febrero de 1987. Cinco votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretaria: María de Lourdes Delgado Granados, vols. 217-228, p. 110. Amparo directo 11911/84. Constructora y Perforadora Tláloc, S. A. 16 de febrero de 1987. Cinco votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretaria: María de Lourdes Delgado Granados, vols. 217-228, p. 110. Amparo directo 8003/85. Geohidrológica Mexicana, S. A. 13 de abril de 1987. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Ernesto Díaz Infante. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretario: Agustín Urdapilleta Trueba. Vols. 217-228, p. 110. Amparo directo 393/86. Grutec, S. A. de C. V. 13 de abril de 1987. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Ernesto Díaz Infante. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretario: Agustín Urdapilleta Trueba. Nota: En el *Semanario Judicial de la Federación*, la referencia de la votación y de la página del amparo directo 6519/85 es incorrecta, por lo que se corrige, como se observa en este registro".

VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN

Buscando armonizar lógica y jurídicamente los elementos desarrollados, y dejando a un lado la unidad práctica existente en nuestro medio entre los términos "Dinero" y "Moneda", estimamos prudente concluir las presentes reflexiones jurídicas, señalando que el dinero, a la luz del derecho, puede ser conceptuado como *un bien del hombre que económicamente funge como medio de cambio, medida y reserva de valor de bienes, así como de servicios, y que, jurídicamente, además de encontrarse legalmente vinculado a una unidad de tipo ideal (unidad monetaria) creada por un Estado determinado, y, asimismo, conferírsele formalmente la aptitud de ser un instrumento general de pago, de aceptación forzosa para todo acreedor, se dimensiona en la sociedad y en su realidad como un medio para procurar la justicia en los cambios.*

Por su parte, reservamos el término de "Moneda" para la *expresión formal o concreción del dinero a través de signos o símbolos que representan a la unidad monetaria, a sus múltiplos y submúltiplos, y que generalmente se materializa en nuestra realidad en una pieza de metal acuñada (moneda metálica) y en un papel (billete).*

O DIREITO ADMINISTRATIVO COMO EMERGÊNCIA DE UM GOVERNO ACTIVO (C. 1800-C. 1910)

António M. HESPANHA

SUMARIO: I. *O aparecimento do direito administrativo*. II. *A nova emergência do Estado*. III. *O ensino do direito administrativo do "Estado liberal"*. IV. *Da exegese legislativa aos "princípios"*. V. *A teoria do acto administrativo*.

I. O APARECIMENTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O direito administrativo oitocentista construiu-se contra duas concepções. A primeira era a do Estado de polícia (*Polizeistaat*); a segunda, a do liberalismo político. Contra a primeira, impôs a ideia de incluir, não apenas uma regulação "interna" da actividade do Estado, mas também, normas regulando as prerrogativas da administração em relação aos particulares. Contra a segunda, atribuiu um estatuto diferenciado para as relações em que o Estado administrador fosse parte em oposição ao complexo das relações jurídicas entre privados.[1]

O direito de polícia surgira como forma de regulamentar a nova administração activa, característica das monarquias pós-corporati-

[1] Este artigo deve ser complementado, para abordagens que não são as mesmas, mas que esclarecem muito do que aqui não é tratado, sobretudo pelo livro de Maria da Glória Garcia, *Da justiça administrativa em Portugal. Sua origem e evolução*, Lisboa, Universidade Católica, 1994. O meu livro *Guiando a mão invisível*, *cit.*, esclarece outros pontos.

vas. E, nessa medida, desenvolveu um por vezes imponente complexo de normas dirigidas aos agentes administrativos, que substituíam, explicitavam e sistematizavam as anteriores providências que regulavam a vida em comum nas pequenas comunidades (*posturas, Policeiordnungen*), agora que o Estado se vinha encarregando dessas matérias. O direito administrativo distingue-se, fundamentalmente, do direito de polícia, na medida em que enquanto este constituía um conjunto de regulamentos da administração, dirigidos a ela mesma, o direito administrativo, sem deixar de contemplar o primeiro aspecto, incorpora também normas relativas às relações da administração com os particulares.

Porém, apesar de todo o *pathos* liberal vivido na Europa nos inícios da época contemporânea, estas novas normas visavam, sobretudo, a defesa das prerrogativas do Estado face ao aparecimento da ideia de direitos civis na era pós-revolucionária. Nesta altura, a agenda dos administrativistas era sobretudo "defensiva", procurando preservar um espaço autónomo de actuação para a administração, acossada pela vaga anti-estatalista e protectora dos direitos dos cidadãos (administrados) da primeira fase da Revolução. Assim, as linhas de força desta primeira fase do direito administrativo são:

- na sequência dos cameralistas, a regulamentação jurídica das actividades administrativas, de acordo com a ciência da polícia;
- a construção de um regime jurídico que excepcionasse o direito administrativo do regime geral de restrições às actividades do poder motivadas pela proeminência dos direitos individuais. Isso tinha a ver com questões de direito substantivo (por exemplo, a viabilização da expropriação, do licenciamento de actividades, da imposição de normas "de polícia" restritivas das liberdades), com questões de direito adjectivo (como a isenção das autoridades administrativas em relação à jurisdição ordinária, instituindo uma jurisdição administrativa, mais controlada pela administração ou pelo executivo), bem como questões de natureza política (como uma certa autonomia da administração em relação à lei, parlamentar ou governamental, nomeadamente com fundamento na variabilidade das situações a tratar);

- a construção de uma doutrina administrativa baseada mais em princípios doutrinais do que em estritas regras legais, que permitisse escapar ao estrito controlo governamental-parlamentar, construindo um poder administrativo por cima das contingências da política.

II. A NOVA EMERGÊNCIA DO ESTADO

Num segundo momento, que coincide com a segunda metade do século, a agenda dos administrativistas torna-se mais agressiva. O conceito de Estado vai-se tornando hegemónico,[2] ou por resíduos das ideias de prerrogativa régia ou de princípio monárquico, vindas do Antigo Regime, ou por influência comtiana, ou na sequência da ideia da anterioridade da solidariedade à individualidade (Émile Durkheim), pela urgência prática das tarefas ligadas ao progresso tecnológico ou, simplesmente, pelo desencanto com os resultados do apoderamento do interesse público pelos interesses corporativos. Neste contexto, sem por vezes filosofarem muito acerca dos seus pressupostos, os administrativistas procuram quebrar todos os laços com a tradição garantista –em parte representada pela construção das matérias administrativas à maneira das matérias civis, nos quadros da pandectística. Isto consiste, nomeadamente:

- Numa construção particular dos contratos administrativos, que se traduzia, nomeadamente, numa sua revogabilidade mais fácil por parte da administração;
- Numa restrição automática à propriedade privada perante as exigências do interesse público, ao mesmo tempo que se adoptava uma construção da propriedade pública liberta de algumas das características enfraquecedoras da propriedade privada (por exemplo, a sua prescritibilidade);
- Numa teoria especial do emprego público, que o isentava da regulação de natureza social que começara a envolver o con-

[2] Cf. A. M. Hespanha, *Guiando a mão invisível [...]*, p. 289 ss.; Pierre Rosanvallon, *Le modele politique français [...] max.* p. 197 ss.; L. Mannori, *Storia del diritto amministrativo, cit., max.* p. 395 ss.

trato de trabalho e que privava o funcionário público de direitos conferidos aos restantes trabalhadores;

- Numa teoria do acto administrativo não como um acto de natureza contratualista, mas de natureza hegemónica (como acto de poder), de modo a que as pretensões dos cidadãos não configuravam direitos subjectivos, mas apenas umas expectativas a que alguns autores ainda dão o nome de "direitos subjectivos", acrescentando-lhe, porém o adjectivo "públicos";
- Numa completa autonomia da administração em relação aos tribunais, quer pelo reforço do carácter administrativo dos tribunais contenciosos, quer pela antecessão obrigatória da fase contenciosa de uma fase graciosa de recurso, quer pela restrição dos actos recorríveis; ao que se poderia ainda acrescentar a existência de garantia administrativa para os funcionários, correlativa a um dever de obediência que os eximia de responsabilidade ("ordens são ordens").

No plano político:

- Na substituição da ideia de direitos individuais pela ideia de deveres sociais definidos pelo Estado;
- Na anteposição da lógica da economia nacional à economia doméstica;[3]
- Na ênfase na função unificadora do Estado, frente ao aparente risco de uma sociedade que, atomizada em grupos particulares de interesses, pudesse explodir;[4]
- Na substituição da legitimidade do Estado em função de uma soberania de origem democrática por uma legitimidade a partir da ideia do Estado como "serviço público" (*function publique, Leistungstaat*), do qual os cidadãos pretendiam prestações e não direitos políticos, não faltando quem, explicitamente, estivesse disposto a sacrificar os segundos às primeiras.

[3] Ver bibliografia citada na nota seguinte.

[4] Sobre esta obsessão, ver Pierre Rosanvallon, *Le modèle politique français* [...] , pp. 81 ss. e 140 ss.

III. O ENSINO DO DIREITO ADMINISTRATIVO DO "ESTADO LIBERAL"

Surgido em França como disciplina universitária em 1819, o direito administrativo corresponde então à descrição das novas instituições de governo e administração da época napoleónica e pós-napoleónica, geralmente referidas pela doutrina francesa como um instrumento que tinha restituído à administração "une virilité[!] dont l'assemblée constituante l'avait laissée dépourvue" (Auguste Vivien, *Études administratifs*,[5] 64). Realmente, passado um período de legislação dispersa e, em geral, reactiva em relação aos privilégios da administração (cf. Bonnin, *Príncipes* [...], I, "Introduction", 26 ss.), a legislação sistemática e estadualista do consulado, do Império e da Restauração, bem como a crença em que as matérias administrativas obedeciam a uma lógica que tinha mais de ciência do que de vontade política, vem facilitar uma sistematização de acordo com princípios gerais.

O seu expositor mais destacado é Charles Jean Baptiste Bonnin,[6] que, traçando o panorama das insuficiências da doutrina do direito administrativo do seu tempo, as relacionava com o desconhecimento da especificidade dos actos da administração (ou "das leis administrativas", como ele diz), que "não consideram os indivíduos na família ou no Estado, nem no exercício dos seus direitos políticos, mas como membros da sociedade nas suas relações públicas, relações necessárias à manutenção dessa mesma sociedade", (*ibidem*, "Préface", VII),[7] bem como com a despreocupação em ultrapassar o casuísmo puramente descritivo das leis, para se elevar aos princípios que as enformavam (*ibidem,* X), em vista da formação de um código administrativo, cujo projecto[8] ou, ainda mais fundamental, da fixação,

[5] Paris, Nève, 1833.

[6] 1772-?; *Príncipes d'administration publique*, 1808; ed. util., Paris, 1812.

[7] "[...] a acção [administrativa] tem sempre por fim manter a harmonia entre todos os membros do Estado e de os fazer a todos cooperar na coisa pública. Obra prima da instituição social, estas relações, sem as quais a sociedade não poderia existir, ligam cada indivíduo ao Estado [formando] uma cadeia imensa de relações, de que as leis administrativas formam os diferentes anéis, para impedir a ruptura dos quais é instituída a administração pública" (*ibidem*, p. 27).

[8] Que ele mesmo propõe e esboça, na sua edição de 1812.

antes de mais, "dos princípios gerais sobre a matéria, pois são eles os elementos das leis. Que são as leis, com efeito, senão coisas de experiência tornadas obrigatórias por uma forma legal, logo que os princípios aí sejam reconhecidos ou que sejam estabelecidos por um uso constante?" (*ibidem*, XIII).

Cumprindo a sua função de descritor, Bonnin toca a generalidade das novas instituições: As leis, os agentes, a organização, as relações administrativas (a acção sobre as pessoas e sobre a sua propriedade), a polícia (ou aspecto coactivo) da administração, os aspectos regulamentares de vários ramos administrativos (desde as obras públicas às finanças, à higiene, aos incentivos e aos prémios que galardoem a promoção da utilidade pública), para terminar com a justiça administrativa. Mas, tendo descrito o fundamental da nova armadura regulamentar da administração, Bonnin afronta o problema da *construção*. Assim –afirma– "Não se encontrará neste Tratado as leis em vigor, mas os princípios que delas se podem tirar, mas em harmonia com essas leis [...] . Muito menos se trata de um comentário sobre as leis [...] Eu dediquei-me particularmente a demonstrar que a administração pública é o princípio de toda a ordem no Estado, e a garante da segurança das pessoas e da propriedade" (*ibidem*, XXXII-XXXIII). Bonnin pronuncia-se, a certa altura com clareza, sobre a hierarquia da lei, dos princípios e da prudência administrativa, matéria central num período em que o império da lei democrática era ainda um dogma para os políticos (se bem que, não tanto [*et pour cause* ...] para os juristas): "O administrador não deve seguramente agir senão em virtude da lei" (*ibidem*, XXXIII). Mas, feita esta vénia às conveniências, prossegue: "todos os dias se apresentam, na gestão dos negócios públicos, casos em que o administrador parece poder afastar-se, no interesse do próprio Estado, da lei que rege esse mesmo interesse. Porquê? É que é preciso, antes do mais, que a administração não pare e que o interesse público não seja comprometido pelas próprias regras que o garantem [...] Se, portanto, muitas coisas devem ser deixadas à prudência e à sagacidade do administrador, é porque a acção dele, incidindo muitas vezes sobre coisas essencialmente variáveis, deve variar ela mesma quando o interesse público assim o exige" (*ibidem*, XXXIX). Os princípios da ciência da administração, de que Bonnin se pretende ocupar, fornecerão justamente esse critério de delimitação entre a ilegalidade proscrita e a legalidade necessária,

entre o arbítrio e a prudência do administrador. Teria sido justamente esse o mérito da experiência adquirida, tanto sob a Revolução, como sob o Império: "A administração, tornada mais circunspecta pelo conhecimento das suas obrigações e da situação positiva do Estado, calcula as suas forças e os seus recursos com o seu emprego, temendo ultrapassar os limites dos seus direitos, sendo a primeira a perceber os males que daí derivariam" (Bonnin, *Principes* [...] , "Introduction", 46).

A obra de Bonnin é resumida para português logo em 1822 (Francisco Soares Franco, *Extracto dos Principios fundamentaes do sistema administrativo de França por Mr. Bonnin, e sua comparação com os de Portugal*, Lisboa, Typographia Rollandiana, 1822); mas dela apenas se selecciona a parte descritiva ("Não julgamos necessário seguir o autor nos princípios gerais, que desenvolve neste primeiro livro [...]", 6), explicando (muito mais brevemente do que no original) o conjunto das instituições administrativas francesas, comparando-as depois com o que ficara estabelecido na Constituição de 1822, com relevo para o relativo à administração periférica e local.

Os primórdios do ensino do direito administrativo em Portugal. Do legalismo estrito aos anseios pela "autonomia da administração"

Em Portugal, a criação de um ensino específico de direito administrativo ocorreu em 1836.[9]

Então, o direito administrativo aparece ainda como a descrição do conglomerado de matérias que fazem parte da actividade administra-

[9] 1836 (5.12), "Direito publico português pela constituição, direito administrativo pátrio, princípios de política e direito dos tratados de Portugal com os outros povos" (art. 78) (3o. ano); 1840 (9.7): reunido com o direito constitucional na 10a. cadeira (4o. ano); 1843 (29.7): reunido com o direito penal e colocado no 5o. ano. As informações concretas sobre o ensino do direito administrativo são, quase sempre, extraídas dos vários artigos que Manuel Paulo Merêa dedicou à história da Faculdade de Direito de Coimbra e do seu ensino; dados suplementares, Mário Reis Marques, "Références françaises et allemandes dans la formation du droit administratif portugais", *Jahrbuch fur Europäische Verwaltungsgeschichte*, vol. 2, 1990, Baden-Baden, 1990, pp. 235-255; Paulo Otero, *Direito administrativo. Relatório de uma disciplina apresentado ao concurso para professor associado na Faculdade de Direito de Lisboa*, Lisboa, 1998.

tiva do Estado: "O Direito Administrativo compreende na sua esfera os mais graves interesses da sociedade, a religião; a instrução, a segurança, a higiene, a propriedade, a agricultura, e o comércio, em uma palavra, todos os interesses mais respeitáveis da sociedade têm direito à protecção do governo, e pertencem de certo modo ao Direito Administrativo. Regulando a acção e a competência do Poder executivo Central, e de todos os poderes locais da mesma natureza, e fixando as atribuições dos seus respectivos conselhos" [(Livro de actas da Faculdade de Direito, 1847-1856, *cit.* Maria de Fátima da Cunha de Moura, *A institucionalização do saber jurídico na Monarquia Constitucional* [...], *cit.*, I, 174)]. Anos mais tarde, ainda José Frederico Laranjo haveria de considerar existir, afinal, um contínuo entre o direito constitucional e o direito administrativo, decorrendo a distinção apenas da relevância dos interesses tocados por uma e outra das duas disciplinas.[10]

A criação desta nova cadeira correspondia, afinal, à transcrição no ensino universitário de uma realidade insofismável. Desde os finais do séc. XVIII, a administração vinha, incessantemente crescendo. E, sobretudo com a restauração da Carta e com os subsequentes decretos ditatoriais de Mouzinho e de Passos Manuel, isso tinha-se tornado gritante. Nem o conservadorismo do corpo académico coimbrão, reactivo a abandonar o elenco das matérias legadas pela reforma pombalina e –muito menos– em admitir que era a lei do legislador e não a doutrina dos lentes que fazia direito,[11] podia desconhecer que, correspondendo à crescente hegemonia adquirida pela actividade do Estado, o direito administrativo tem que ser considerado como "superior em categoria ao direito civil, ou particular, mais difícil, e talvez mais vasto, e de mais frequente aplicação".[12] Ora, a esta crescente importância da administração e do seu direito não correspondia "uma cadeira, aonde se ensine e desenvolva este ramo da ciência" (*ibidem*), apesar de o direito administrativo ter sido mandado ensinar, primeiro (1836), juntamente com o Direito Publico e

[10] *Princípios* [...], *cit.*, p. 10.

[11] Maria de Fátima da Cunha de Moura Ferreira, *A institucionalização do saber jurídico na Monarquia Constitucional, a Faculdade de Direito de Coimbra*, tese de doutoramento da Univ. do Minho, 2004.

[12] *Livro de actas da Faculdade de Direito, 1847-1856, ibidem*, vol. I, p. 174.

das Gentes e, mais tarde (1843), com o Direito Criminal. Esta hoje incongruente combinação justificava-se porventura justamente pelo facto de as três disciplinas constituírem desvios à dogmática-modelo do direito privado, relacionada com as relações entre particulares, por todas elas se ocuparem das funções do Estado, em alguma das suas diversas vertentes.[13] Isto explica ainda a inclusão neste grupo, mais tarde, do direito eclesiástico.

Compêndio também não havia: "Desgraçadamente nenhum compêndio da ciência, nenhuma compilação possuímos ou colecção de leis administrativas, além do código em vigor, que só contém parte delas"[14] (realmente, a parte relativa à administração local).

Na sua primeira fase, o ensino do direito administrativo orientou-se para a descrição de todas as matérias que constituíam objecto de acção por parte do Estado, na esteira da orientação que era seguida nos manuais de ciência da polícia e no já referido resumo de Bonnin feito por Soares Franco. Basílio Alberto de Sousa Pinto, o primeiro lente da cadeira de *Direito púbico português, pela constituição, Direito administrativo pátrio, princípios de política e direito dos tratados de Portugal com outros povos*, segue a obra de Bonnin.[15] A síntese do programa[16] confirma que se tratava de um texto sobretudo exegético do Código Administrativo de 1842, do género dos que o mesmo lente produziu para direito constitucional.[17] Basílio Alberto que, no seu curso de direito constitucional, era um leitor de M.

[13] A criação de uma cadeira de direito administrativo autonomizada do direito penal é proposta pelo Conselho de Faculdade em 1850, 1851 e 1852, sendo rejeitada [(Livro de actas da Faculdade de Direito, 1847-1856, *cit.* Maria de Fátima Moura Ferreira, *A institucionalização [...]*, vol. I, p. 174)]. A sua criação acaba por ser autorizada por CL de 13.8.1853.

[14] Livro de actas da Faculdade de Direito, 1847-1856, *cit.* Por Maria de Fátima Ferreira, *A institucionalização* [...], *cit.*, vol. I, p. 174).

[15] Cf. Lopo José Dias de Carvalho; Francisco d'Albuquerque Couto, *Apontamentos de Direito administrativo com referencia ao Codigo Administratvo Portuguez de 18 de Março de 1842 redigidos segundo as prelecções oraes do Illustrissimo Senhor Basilio Alberto de Sousa Pinto, feitas no anno de 1844 a 1845*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1849.

[16] Publicada, entre outros, por Paulo Otero, *Direito administrativo. Relatório* [...], *cit.*, p. 46.

[17] Cf. António M. Hespanha e Cristina N. Silva, *Fontes para a história do direito consitucional* [...].

Macarel, não podia ainda utilizar, neste curso de direito administrativo, o importante *Cours de droit administratif*, que este autor publicava em Paris, entre 1844 e 1846.[18]

Criada a cadeira autónoma em 1853 (13.8.),[19] Justino António de Freitas é despachado para seu lente. Como Justino de Freitas estava ausente no parlamento, Bernardo de Serpa Pimentel, seu lente adjunto, preparou, para 1853-54, um programa para a cadeira.[20] Basicamente, era um programa que combinava a descrição das instituições administrativas portuguesas com um exame mais detalhado –ao que parece– da administração local. Justino António de Freitas, regressado, adoptou como compêndio as obras de Emile

[18] Paris, Gustave Thorel, 1844-1846. Insistindo (na parte final do texto) na contiguidade entre direito administrativo e direito constitucional, M. Macarel escreve, na introdução do seu manual: "J'ai divisé mon enseignement en trois parties. Dans la première, j'expose l'organisation administrative de la France, et les attributions diverses des nombreuses autorités dont nos lois l'ont formée. Je tracerai, dans la seconde, les principes généraux des matières administratives, c'est-à-dire les règles de l'exercice des droits et de l'accomplissement des devoirs de l'administration et des citoyens, dans leurs rapports réciproques. La troisième sera consacrée à l'exposition des formes essentielles de ces rapports, c'est-à-dire de la procédure administrative en matière non contentieuse et contentieuse; j'y ajouterai les règles de la compétence, suit des autorités administratives entre elles, soit de l'autorité administrative et de l'autorité judiciaire en conflit. J'ai l'espérance de parvenir à embrasser ainsi, dans son ensemble, la science du droit administratif de notre pays, et d'offrir, aux jeunes hommes que j'ai la mission d'instruire, la connaissance exacte d'un vaste champ d'études qu'il leur importerait, comme citoyens, d'aborder résolument, alors même que sa culture ne leur serait pas prescrite par les règlements universitaires". São muito interessantes as considerações de Macarel sobre a especificidade dos textos que se dirige ao ensino, como complementos das lições orais – os "manuais" - (*ibidem*, p. VI ss.), por oposição aos tratados. Nos primeiros, a finalidade principal era "vulgarizar", num andamento (*allure*) "rápida" e numa "demonstração sucinta". Note-se que foi este manual de M. Macarel que desencadeou a ira de Tocqueville, ao verificar como os administrativistas iam, paulatinamente, construindo, por via doutrinária, o Estado forte que Tocqueville queria impedir por via constitucional e legislativa (cf. L.-A. Macarel, *Cours de droit administratif*, 1844-1846 (ver L. Mannori, *Storia [...]*, p. 273; "Tocqueville critico di Macarel", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 18, 1989, p. 607 ss.).

[19] Lembremos que a criação de uma cadeira de direito administrativo, autonomizada do direito penal, é proposta pelo Conselho de Faculdade, sucessivamente, nos três anos antecedentes, sendo rejeitada [(Livro de actas da Faculdade de Direito, 1847-1856, cit. Maria de Fátima da Cunha de Moura, *A institucionalização do saber jurídico na Monarquia Constitucional* [...], *cit.*, vol. I, p. 174)].

[20] Publicado em *O Instituto. Jornal scientífico e literário*, vol. 3, 1855, p. 283 ss.

Vauvilliers, *Manuel de droit administratif*, 2a. ed. 1855 (1854);[21] e M. F. Pradier Foderé, *Précis de droit administratif*, Paris, 1853 (1855-1856),[22] embora se note ainda a lição de A. Vivien.[23] Tendendo, depois, para o ensino meramente anotativo do código administrativo de 1842.

Em 1859 (14.10), separa-se a "administração geral", que é anexada ao direito eclesiástico português[24] (já assim aparece em 1859-1860) (5o. ano). Passando o direito administrativo a ser ensinado sob esta designação. Entretanto, Justino António de Freitas publicara o seu próprio compêndio, que conheceu várias edições.[25]

[21] Émile Vauvilliers, *Manuel de droit administratif*, 2 éd., Paris, Cotillon, 1855 (usada: 2a. ed.). Obra descritiva da administração francesa, pouco atenta às questões de teoria.

[22] Ed. consultada (Paris, 1872, 7a. ed.). Também este autor -escrevendo, na ed. consultada, já depois da deposição de Napoleão III–, se queixa da "mania inovadora que não tem em conta alguma as situações adquiridas ou as expectativas legítimas, brincando com as leis novas sem ouvir os murmúrios da nação apavorada por este prurido legislativo" (p. VII); concluindo o prefácio – depois de frases grandiloquentes sobre a relação entre a contenção legislativa e o amor da pátria, que "os destinos da França não estão na utopia, dependendo antes da sabedoria da sua evolução moral, política e legislativa" (p. VII). Para este autor, o estudo do direito administrativo distinguia-se da ciência da administração, pois não pretende elaborar normas sobre a boa condução das actividades da administração, tendo apenas por objecto preciso e limitado esclarecer os administrados sobre os seus direitos e obrigações" (p. 14), ao mesmo tempo que insiste na rigorosa separação entre a política –activa, electiva de fins e de meios, emanadora de normas– e a administração, passiva, obediente, reservada a uma função de disciplinada execução (p. 18). O esquecimento disto conduziria, mormente num país como a França, a uma situação de despotismo administrativo. O livro, no seu plano, consiste justamente nisso a que aspirava o seu autor no prefácio: criar administradores competentes e administrados submissos às leis do seu país.

[23] Auguste Vivien (*Etudes administratives*, Paris, Guillaumin, 1859) professa uma orientação legalista: "Si l'on n'admettait pas qu'avant d'obéir au gouvernement ses agents doivent obéir à la loi, l'organisation, dont les principaux linéaments viennent d'être tracés, constituerait la plus redoutable machine de despotisme [...] Le personnel administratif ne formerait plus qu'une ligne de prétoriens au service du pouvoir assez criminel pour l'employer à la destruction de nos droits" (p. 76), seguindo-se manifestações de preocupação pela maneira francesa de discutir todas as leis ("On s'est ainsi habitué à discuter la loi, à la juger, à mesurer la fidélité qui lui est due", *ibidem*).

[24] Correspondente a uma outra tarefa administrativa do Estado, no regime da Carta.

[25] Justino António de Freitas, *Instituições de direito administrativo português*, Coimbra, 1857, 351+64 pp.; comentário: Augusto Guilherme de Sousa, *Ensaio sobre as Instituições de Direito Administrativo Português do Excelentíssimo Justino António de Freitas*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1859; *Instituições de direito administrativo português*, Coimbra, 1861, 2a. ed., 351+64 p.; *Instituições de direito administrativo português*, 1857.

O seu objectivo era eminentemente prático e descritivo: "ensinar os princípios gerais da ciência e da nossa organização administrativa, mas ao mesmo tempo apresentar em dia as mais importantes providencias de administração ate agora publicada" (*Instituições* [...], III), na dupla intenção de "instruir os alunos da Faculdade de Direito, e de patentear ao público por ordem sistemática os princípios e as Leis que regem a administração portuguesa" (*ibidem*, VIII). Essa tarefa de divulgação ter-se-ia tornado mais importante porque, com a revolução francesa [*de facto*, com o Estado de Polícia],[26] "Pela primeira vez também a administração fora elevada à altura de uma função social [...]" (*ibidem*, XIII). Também a criação de órgãos administrativos separados dos judiciais fora decisivo, embora aqui, ao contrário do que acontece em Montesquieu, esta separação seja valorizada –como já se sugeriu– enquanto autonomização da administração e não enquanto autonomização da justiça ("Pela primeira vez finalmente a administração foi separada da justiça com que antes se achava confundida, com manifesta ofensa daș prescrições da ciência e grave detrimento dos interesses dos povos" (*ibidem*, XIII); tanto mais que o aparecimento de instituições administrativas fora acompanhado da criação de um contencioso próprio, destinado a julgar as causas entre estas e os particulares, "para dar mais vigor e energia às suas deliberações" (*ibidem*, XIV) e que "a independência das autoridades administrativas em relação às judiciárias, acha-se garantido por diferentes meios [...]".[27]

Justino de Freitas não ignora, porém que, instaurados os regimes constitucionais, com a sua preocupação pelos direitos, a questão que se deverá tornar central é a da compatibilização da antiga "polícia"

[26] Este realce dado à função administrativa do Estado não é nenhuma espécie de antecipação do "Estado social"; é antes uma sobrevivência do "Estado de polícia".

[27] Pelo art. 301 do Cod. Pen., que pune toda a ingerência das autoridades nos assuntos políticos; pelo art. 356 do Cod. Adm. de 1842 que estabelece, que nenhum magistrado ou funcionário administrativo possa ser perturbado no exercício das suas funções pela autoridade judicial, ou por qualquer outra; porque pertence ao Conselho d'Estado resolver os conflitos, que se derem entre a autoridade administrativa e a judiciária, Dec. de 16.7.845, e 10.01.1850; e pela proibição de a autoridade judiciária de intentar acção civil ou criminal contra a autoridade administrativa, por factos relativos às suas funções sem autorização prévia do Governo. (*Cod. Adm. 1842*, art. 357) (*ibid*em, pp. 11-12).

com "a nova ordem revolucionária": "Não se deve confundir a ciência [a antiga ciência cameralística, ou de polícia, ou os seus prolongamentos oitocentistas] com o direito administrativo; aquela indaga, discute e proclama os princípios que podem assegurar o bem-estar e prosperidade da sociedade, este trata dos direitos privados, tem a sua fonte nas leis positivas, e proclama as regras que determinam a sua aplicação" (*ibidem*, 3).

Todavia, os contra-venenos estavam achados: esta sujeição da administração à lei tinha que ser modulada pela necessidade de uma ampla discricionariedade da acção administrativa: "A lei, destinada para uma longa existência, deve por isso ter um carácter permanente e durável; à administração porém pertence regular a forma, o tempo e o modo de a executar, prescrevendo os regulamentos necessários para aquele fim, acompanhando os costumes e as variações sucessivas dos povos [...]". Mas, em consonância com o o seu espírito mais legalista do que liberal, o único ponto comum que encontra "entre a lei e os regulamentos da administração [...] consiste na prescrição de regras e deveres, que todos os cidadãos têm obrigação de respeitar e de prestar obediência" (*ibidem*, 9). Ou seja, os "direitos originários" nem contra os regulamentos estavam expressamente defendidos. Seja como for –e nisto se foi distinguindo do poder judicial– "a administração goza em certos limites de um direito de iniciativa, obra quando julga útil, prescreve medidas obrigatórias para os cidadãos, pode dispor para o futuro, tomar decisões que lhe não são pedidas, e todas as medidas de conservação e prevenção; o poder judiciário pelo contrário não decide, nem prescreve nada: *julga,* as suas decisões são soberanas [...] tudo isto, porque 'o interesse público é que constitui o domínio próprio da administração, e o interesse privado o da justiça'" (*ibidem*, 10).

A garantia da autonomia da administração estende-se mesmo em relação ao poder executivo: "Em todas as medidas gerais a administração deve obedecer à política; mas fora disto deve trabalhar na sua esfera de acção, não para contrariar o poder político, mas para se conservar nas suas condições respectivas [de apreciação técnica casuística], quando se trata da execução das leis [...]", (*ibidem,* 12). Se não se trata de um simples tópico de estilo, realçando o carácter casuístico da actividade administrativa, tratar-se-ia de um afloramento da ideia de uma administração independente das flutuações da políti-

ca, o que, até certo ponto, fora uma das ideias condutoras do Estado de direito alemão, tal como fora entrevisto por, por exemplo, von Mohl.[28]

O programa de Justino de Freitas cumpre o ritual –habitual nos manuais franceses– de prometer um tratamento dos princípios da nova ciência; mas acabava por se ficar, muito mais modestamente, na exposição das instituições administrativas vigentes, como já anunciara no prefácio: "Seguindo a divisão da maior parte dos escritores, depois de estabelecermos os princípios gerais do direito administrativo, tratámos nesta 1a. parte da organização dos serviços públicos desde o Chefe de Estado até à última circunscrição territorial, e reservámo-nos em outro volume tratar da administração geral" (*ibidem*, XV-XVI). Um rumo que se tornou corrente nos administrativistas estava traçado: intenção descritiva e focada na administração periférica e local.

Em 1864-1865, por deliberação da Faculdade, a cadeira passa a ter a designação de *Princípios gerais e legislação portuguesa sobre administração pública, sua organização e contencioso administrativo* (7a. cadeira). Dada a restrita organização do contencioso administrativo em Portugal, de acordo com a lei de 3.5.1845 (que só admitia recurso dos actos dos conselhos de distrito para baixo),[29] a parte jurídica do estudo dos actos administrativos resumia-se, de facto, –tal como tendencialmente no ensino de Basílio Alberto– à administração local, tanto mais que ainda não existia uma disciplina uniforme para outros aspectos da função administrativa, como a questão do estatuto dos funcionários.[30] É, de facto, da administração local que tratam os sucessivos códigos (1836, 1842, 1870, 1878, 1886,1895-96, 1900).[31]

[28] Aí, o Estado –basicamente, a administração, ocupada por juristas e técnicos– era o ponto médio entre o arbítrio do monarca e o arbítrio democrático.

[29] Cf. Mário Reis Marques, "Sur l'histoire de la justice administrative au Portugal", Milano, Giuffrè Editore, 1990, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero guiridico moderno. Hispania: entre derechos, propios y derechos nacionales*, vol. 2, 1989, pp. 867-883 mais resumidamente, A. M. Hespanha, *Guiando a mão invisível*, p. 218 ss.

[30] Cf. Marcello Caetano, *Manual de direito administrativo*, Coimbra, Almedina, 1998, vol. I, p. 167.

[31] Cf. Marcello Caetano, "A codificação administrativa em Portugal – um século de experiência: 1836-1936", *RFDC*, vol. 2, 1935.

IV. Da exegese legislativa aos "princípios"

Entretanto em França, inicia-se o pontificado de um dos mais notórios administrativistas franceses –M. Firmin Laferrière–[32] que, tal como alguns dos anteriores, se propõe reduzir a atomização das normas administrativas a "uma exposição de princípios e de legislação, em que se procura sobretudo coordenar e vivificar os princípios da ciência" (*Cours* [...], 2). Acrescentando, "no estado actual dos estudos e dos trabalhos de direito administrativo, pareceu-me que o objecto mais importante era ainda o método e o estabelecimento de princípios" (*Cours* [...], 2). No prefácio dos seus *Principes généraux de droit administratif* (Paris, Girard, 1911), Gaston Jèze –um dos mais influentes administrativistas franceses (e mundiais) do primeiro quartel do séc. XX– destaca a obra de Laferrière como um ponto de inflexão decisivo no sentido construtivo; antes dele, a doutrina não passaria "na sua parte propriamente jurídica, de um amontoado mais ou menos confuso de soluções incoerentes, arbitrárias, de práticas empíricas [...] o direito administrativo constituía um ramo de direito, obscuro, cujo conhecimento supunha mais memória do que inteligência, sobre o qual não se podia escrever senão 'a golpe de textos'" (*ibidem*, VII). O fim deste estado atribui-o Gaston Jèze –como se disse– a Laferrière ("enfin Laferrière vint!"), que teria sido o primeiro a "trazer ordem e método, a explicar as soluções da prática [...] por meio de ideias gerais, de princípios gerais que se encontravam por detrás de todas as soluções" (*ibidem*, VII). Realmente, idênticos propósitos se encontram já em Bonnin e, mais ou menos nitidamente, em qualquer dos predecessores de Laferrière.[33] Talvez este ensaio

[32] Morre em 1901; *Cours de droit public et administratif*, Paris, Cotillon, 1841-1846 (3a. ed., 1850).

[33] Que ele próprio enumera: "Cormenin e Macarel foram os primeiros a dirigir a prática (*Príncipes de droit administratif par M. Cormenin*, 1818; Macarel, *Éléments de jurisprudence*, 1818); Gerando, Proudhon e Foucart abriram plenamente a via ao ensino deste ramo do direito (Gérando, *Programme du dours de droit public positif et administratif*, 1818; *Institutions de droit administratif français*, 1830; Proudhon, *Traité du domaine public*, 1833; Foucart, *Éléments de droit public et administratif*, 1841; agradecimento a Troplong e a von Mohl (que considerara o seu livro "um manual sistemático de direito público positivo", *Cours* [...], pp. 4-5).

construtivo tenha sido mais vincado, porventura, pela influência que sobre ele possa ter exercido a doutrina alemã; mas, sobretudo, como celebrado membro do *Conseil d'État* (1841-1901), Laferrière fez extravasar esta preocupação pela sistematização para fora dos círculos académicos, nomeadamente para a alta jurisprudência administrativa. Assim, a doutrina administrativa dos finais do século abandonou de vez os traços de descritivismo e empirismo da do Segundo Império, passando a interessar-se sobretudo pelas grandes construções dogmáticas. Anselme Batbie[34] é a outra grande figura do período,[35] representando uma orientação mais atenta à realidade social do direito administrativo e, com isto, aproximando-se mais do realismo sociológico seu contemporâneo, representado, nomeadamente, por Léon Duguit.[36]

1. De novo, em Portugal. A crítica do individualismo e a auto-confiança na função administrativa

Em Portugal, o ensino segue estreitamente os moldes franceses, procurando valorizar a prática jurisprudencial do Conselho de Estado (administrativo) (cujos acórdãos eram, entretanto, coleccionados, com anotações interessantes, por José Silvestre Ribeiro: *Resoluções do Conselho de Estado na secção de contencioso administrativo*, 1849-1858) e burocrática, abundando na descrição dos actos da administração e, eventualmente, tocando pontos de natureza doutrinal.[37]

Entretanto, a influência sociologista –que iniciara um período de domínio quase indisputado na academia coimbrã– manifesta-se no

[34] 1827-1887; *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, Paris, 1861-1868, 8 vols.

[35] Outros autores importantes: Léon Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, Paris, Dunod, 1867-1870 (3 vols.); Théophile Ducrocq, *Cours de droit administratif*, Paris, Fontemoing, 1862.

[36] Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Boccard, 1924-1928; Maurice Hauriou, *Précis administratif et de droit administratif et de droit public*, Paris, Sirey, 1892); Henri Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, Rouseeau, 1933.

[37] Sobre um paralelo aparecimento de periodismo especializado, de divulgação das práticas e da jurisprudência administrativa, ver Mário Reis Marques, "Références [...]", *cit.*, p. 244 ss. Sobre a justiça administrativa neste período, ver Maria da Glória Garcia, *Da justiça administrativa*, p. 379 ss., *max.* 390 ss.

projecto de programa de curso de Manuel Emídio Garcia (1867)[38] e, depois, nas lições de J. F. Laranjo (*Princípios e instituições de direito administrativo*, editadas em 1888, e que serviram de compêndio, já que ele era então o professor).[39]

Da época de Barjona de Freitas –que sucede a Laranjo– não se conhecem lições; mas daquele que, nesse mesmo tempo, exerceu praticamente as tarefas lectivas –Manuel Emídio Garcia– conhece-se um texto –o *Relatório e voto especial* sobre *a organização do curso administrativo*, de 1867.[40] Embora não doutrinário, por ele já

[38] Que pretende incluir na disciplina uma série de conhecimentos oriundos das ciências não jurídicas e, sobretudo, exactas. O que também se justificaria por razões meramente técnicas. O ensaio de Garcia é suscitado pelo projecto governamental de criar um curso de administração, de carácter não predominantemente jurídico, contra o qual a Faculdade de Direito sempre reagiu fortemente, sobretudo por razões de política institucional (Maria de Fátima Ferreira, *A institucionalização* [...], 2005). "Não convém que do quadro das disciplinas, que devem constituir o referido curso administrativo, se eliminem os ramos das ciências naturais e de aplicação, estabelecidos na legislação citada para dele fazerem uma parte interessante; pelo contrário, se fosse possível, lhes adicionaria a química orgânica. Os motivos, que determinaram o legislador a introduzir no curso administrativo aqueles importantes ramos das ciências naturais e tecnológicas, sem que lhe parecessem estranhas ou de mui arredado parentesco e pelos quais eu ouso timidamente aventar opinião, em parte diversa daquela de que a maioria da Faculdade parece estar possuída, são bem patentes para carecerem de ser lembrados. Como porém no bem elaborado relatório se lhes não dá a necessária importância, suposto não sejam de todo esquecidos, tendo sido este, por minha iniciativa, um dos pontos mais debatidos no Conselho da Faculdade, pois no primeiro parecer da respectiva comissão eram eles de todo excluídos, havendo ainda quem em boa fé o pretende e quer persuadir [...], *ibidem*, p. 4. [...] Tratando-se pois de organizar um curso especialmente destinado para servir de habilitação científica e profissional aos que pretendam dedicar-se à carreira da administração pública, a cuja acção imediata, ou pelo menos vigilância e inspecção, estão por lei sujeitos e confiados tão caros interesse dos povos e do estado, há-de autorizar-se a ignorância dos ramos da ciência e das regras tecnológicas que lhes dizem respeito, eliminando ou reduzindo no quadro dos seus estudos o que o legislador tão sabia e prudentemente estabeleceu, palpitando as necessidades da vida prática, que lhe pareceram dignas de ser atendidas, pondo em relação com elas as habilitações científicas dos candidatos a magistratura administrativa?, *ibidem*, p. 5. [...]. Depois de descartar uma série de matérias jurídicas, de natureza mais ou menos filosófica, destaca a importância da tradicional "polícia", do contencioso administrativo ("enquanto existisse"), de alguns pontos de direito civil, do direito eclesiástico, dadas as funções administrativas que incumbiam aos párocos (*ibidem*, p. 12).

[39] Guimarães Pedrosa, *Sciencia* [...] , p. 16, nota 1.

[40] Sobre esta tentativa de criar um ensino universitário visando a formação de funcionários, ver Maria de Fátima Moura Ferreira, *A institucionalização do saber jurídico* [...], *cit.*

se deduz qual seria a sua orientação pedagógica e científica. O próprio autor a explicita, no prefácio a um trabalho de estudantes seus: "na qualidade de professor de ciência da administração e direito administrativo, temos, vai em doze anos, aproveitado uma grande parte do tempo lectivo na exposição das doutrinas sociológicas segundo os princípios da filosofia positivista de A. Comte", professando, ainda, como um dever de consciência "iniciar as novas gerações, que frequentam a Faculdade de Direito da Universidade, no método e aplicações da nova filosofia, e prepará-los com os princípios gerais da sua doutrina" (*Estudo sociológico para a 7a. cadeira da Faculdade de Direito* [...] *por uma comissão eleita pelo curso do terceiro anno da mesma Faculdade* [...], Coimbra, Imprensa Académica, 1880, pp. X-XI).[41]

Discutindo –sem grande originalidade– as lições correntes em França, Laranjo salienta a já referida inovação representada pelo direito administrativo em relação ao garantismo da dogmática civilista, como explicação para a dificuldade e atraso do desenvolvimento do direito público, fundado, pelo contrário, na prerrogativa estadual (*ibidem*, 7). A fraqueza do direito administrativo resultava justamente de que a dogmática do direito privado capitalizava a estabilidade doutrinal do direito da sociedade corporativa e, depois, da sociedade liberal, baseado na garantia dos direitos e na estabilidade das situações, enquanto que "o direito administrativo é obra dos governos, que muitas vezes se determinaram mais por influências arbitrarias de momento", impedindo a consolidação doutrinal e fomentando aquela dispersão dogmática de que muitos juristas se queixavam (*ibidem*, 16), tanto mais que o *Policeyrecht* nunca fora objecto de uma elaboração dogmática semelhante ao da tradição romanística. Talvez por isso mesmo, as matérias administrativas eram desprovidas de

[41] As lições de Laranjo têm, como era comum então, uma história bibliográfica confusa. Publicou, litografadas, umas *Lições de direito administrativo para o curso de 1882 a 1883*, Coimbra, Lyth. Académica (com um âmbito mais vasto do que a obra citada, pois esta, conforme o seu autor, se encontrava, ainda, em elaboração, segundo o habitual sistema dos fascículos). Merêa anota ainda a existência de uma "sebenta" de 1888/1889, existente na Biblioteca Municipal da Figueira da Foz, que não pude consultar.

uma dignidade própria, sendo, em contrapartida, para as matérias de direito civil que se encaminhavam os "cérebros de elite".[42]

E, no entanto –salienta-o também–, haveria boas razões para libertar o direito administrativo dos estritos limites da lei, dando-lhe critérios mais permanentes e doutrinalmente averiguáveis, ao mesmo tempo que se lhe permitiria uma maior ductibilidade da sua aplicação prática. Na verdade –explica– "além da parte importante que tem na função política, o poder executivo tem duas outras funções muito distintas dela: uma, que se pode dizer reflexa, determinada pelo exercício do poder legislativo –a da aplicação das leis de interesse público– aplicação que, como diz Blunstchli, nem sempre é uma simples execução, porque muitas vezes a lei só marca o quadro dentro do qual a administração se move livremente; outra de iniciativa própria, a de velar pela manutenção do direito e do interesse social, mesmo quando a lei é omissa, por isso que esta, por sua natureza geral, não pode prever tudo, e é muitas vezes necessário prevenir ou reparar acidentes" (*ibidem*, 8).[43]

Não é preciso realçar a importância da porta que com isto se abre. A doutrina administrativa vai poder, mais uma vez, mas em termos novos, substituir-se ao legislador, remetendo para um direito que está por cima da lei e que Laranjo define como "manutenção do direito e do interesse social". Na verdade, anuncia-se aqui aquele jusnaturalismo paradoxal que caracterizará a escola realista: por cima do direito, está a realidade das coisas –nomeadamente o princípio da solidariedade social em que a sociedade se fundaria, e que será abundante e eficazmente teorizado por Durkheim.[44] Por via diversa, renovava-se a situação que escandalizara Tocqueville, ao constatar, justamente na sua recensão ao administrativista Macarel,[45] que, fossem quais fossem os constrangimentos, de sentido liberal, postos pelos "direitos"

[42] Cf. Marnoco e Sousa, Alberto dos Reis, *A Faculdade de Direito e o seu ensino*, Coimbra, F. França Amado, 1907.

[43] Anoto, de passagem, como o destaque atribuído a esta mobilidade das coisas públicas e a necessária ductilidade da decisão administrativa, confirmavam, *a contrario*, o mito da estrita vinculação do juiz –um outro aplicador do direito legislado– à lei.

[44] Emile Durkheim (1858-1917), *De la division du travail social*, p. 893.

[45] Cf. Nota 18.

ao crescimento do poder executivo –ao Estado, digamos–, os juristas, só por si, nos seus artigos doutrinais, mas sobretudo nessas máquinas de produção dogmática industrial que são os manuais e os códigos comentados, se iam encarregando de construir o direito administrativo invasivo de que os círculos governamentais necessitavam. As razões para isso não eram obscuras: muitos juristas participavam tanto do ambinete académico como, enquanto membros de comissões legislativas ou consultivas da administração, do ambiente burocrático.

Esta necessidade de flexibilidade em relação aos cânones do direito escrito era ainda reforçada pela imensidão da função administrativa: vasta e muito de discricionária, agrupando diversíssimas funções. A "função jurídica ou de polícia, que consiste em a administração vigiar ou limitar a liberdade dos indivíduos no uso das suas faculdades e das coisas, harmonizando-a com o direito e o interesse de todos" (a "polícia de segurança, secreta e pública, de pessoas e propriedades, e a polícia higiénica, de estabelecimentos, de boticas, portos, ruas, fábricas, minas, etc."). A "função económica ou de gestão, que consiste em realizar "aqueles serviços e obras que, por serem de utilidade comum, não podem ou não devem ser feitos pelos particulares [...], [compreendendo] ainda os serviços relativos a impostos". A "função moral ou do auxílio, que consiste em [...] auxiliar, em virtude da solidariedade social que existe entre os membros todos de uma nação, aqueles que [...] não podem sustentar-se sem esse auxilio. Compreende a beneficência pública [...] nos seus diversos ramos: expostos, abandonados, enfermos, inválidos, inundações, incêndios, tremores de terra, etc.". A "função do progresso ou de iniciativa e direcção, que consiste em a [...] iniciar e atrair a sociedade para todos os melhoramentos intelectuais necessários e compatíveis com as suas forças [...]. Compreende a instrução nas suas diversas formas: escolas, academias, museus, teatros, exposições, conferências, etc." (*ibidem*, 12).

O plano de estudos de José Frederico Laranjo é predominantemente descritivo das instituições centrais e locais (*ibidem*, 20). A bibliografia indicada inclui as lições dos anteriores regentes, os códigos administrativos e alguma literatura nacional mais evidente.[46]

[46] O livro de Joaquim Thomaz Lobo d'Avila, *Estudos de administração*, Lisboa, Typographia Universal, 1874, algumas revistas, as *Resoluções do Conselho de Estado na Secção do Contencioso Administrativo*, de José Silvestre Ribeiro, bem como a principal bibliografia francesa (Bonnin, Vivien, Durocq, Aucoc, Pradier-Fodéré) e espanhola (Manuel Colmeiro, Marcelo Martinez Alcobilta) e belga (A. Giron) [...]: J. F. Laranjo, *ibidem*, p. 21).

A questão da centralização polariza uma parte significativa da exposição (cf. *ibidem*, 29 ss.). Correspondentemente ao novo rumo que o direito público estava a tomar –mais atento à eficácia do que à representatividade–, a descentralização é apresentada como um corolário daquela imediação e presteza que deveriam caracterizar a acção administrativa, e não tanto como uma maneira de fomentar a representatividade democrática das instituições (*ibidem*, 26). O mesmo descuido pela democraticidade da acção administrativa –agora no aspecto do estabelecimento de controlos e garantias dos administrados– revela-se na forma tíbia como aparece proposta a doutrina do contencioso –a que o autor dá também um certo desenvolvimento–, já que se considera suficiente que os tribunais administrativos de segunda instância não tenham propriamente jurisdição, "formando simplesmente consultas e projectos de decreto, que o poder executivo pode ou não aprovar [...]".[47] E justifica: "Pode parecer à primeira vista que o tribunal administrativo de segunda instância sem jurisdição própria é o mesmo que não existir; [porém,] a consulta do tribunal exerce sobre o governo uma autoridade moral, que ele raras vezes se atreverá a contrariar, e que, quando a contrariasse, esclareceria o parlamento e o público para perguntarem os motivos por que a consulta não se homologara, mas se reformara" (*ibidem*, 35).[48]

2. O apogeu do estadualismo

Em 1901 (dec. 24.12), a designação da cadeira passa a *Ciência da administração e direito administrativo* (3o. ano, 9a. cadeira), separada da 13a. cadeira do 4o. ano, para a qual Guimarães Pedrosa prepara um manual (desde 1904-1905), que se converte em livro em 1908-

[47] Era essa a legislação em França até 1872 e, em Portugal, até 1878, ano em que, lentamente, as decisões do STA começam a ter força executória definitiva, deixando de estar sujeitas a homologação governamental, situação que só terminará em 1924 (cf. Guimarães Pedrosa, *Curso* [...], *cit.*, "Apêndice. Contencioso administrativo", p. 31).

[48] Sobre a história da justiça administrativa, Mário Reis Marques, "Sur l' histoire de la justice administrative [...]".

1909 (*Curso de sciencia da administração e direito administrativo. I. Introdução e Parte I (Parte geral)* e *Parte II. Serviços administrativos*.[49]

O autor começa por realçar o crescente envolvimento do Estado na vida social, tornando patente que a primitiva agenda do direito administrativo e da ciência da administração entretanto mudara profundamente. Não se tratava mais de compatibilizar a acção do Estado com os direitos dos indivíduos; tratava-se, sim, de encontrar novas fórmulas jurídicas compatíveis com esta aparentemente inexorável ingerência do Estado na sociedade, expressa, nomeadamente, numa "multiplicidade assombrosa de serviços públicos": "Fica indicado o título da disciplina de que nos ocupamos –ciência da administração e direito administrativo–, fórmula simples, mas vastíssimo e complexo o objecto que ela abraça. A administração atingiu importância culminante na vida dos Estados modernos com a sucessivamente crescente intervenção dos poderes públicos nas variadíssimas relações sociais, e nenhum outro dos ramos jurídicos tem multiplicado e desenvolvido mais os aspectos das suas aplicações práticas. Não só muitos institutos administrativos são de origem recente, mas ainda muitos deles estão sujeitos a mudanças contínuas por virtude das agitações sociais do actual momento histórico" (*ibidem*, 18).

Este é, agora, um traço estrutural com que o direito administrativo terá que contar e cujas consequências –mesmo dogmáticas– serão de primeira importância:

- diversificação da forma de organizar a realização das funções administrativas – avultando, nomeadamente, a concessão de serviços a entidades privadas;[50]

[49] Coimbra, Imprensa da Universidade, 1908, 359 p.+ (Parte II), 141 p.+ (Apêndice. Contencioso administrativo, 32 p.) (ed. utilizada). Novamente, uma história intrincada de edições: Existem (ou há notícia de terem existido): *Direito administrativo*, lições coligidas por José Moura e A. Portocarrero, 1894/1895; *Lições de direito administrativo*, coligidas por Ferreira Gomes e Daniel Rodrigues, 1896-1897. Por sua vez, a primeira edição do *Curso de sciencia administrativa* é de 1904-1905.

[50] Que merece, poucos anos depois, um tratamento monográfico: João Tello de Magalhães Collaço, *Concessão de serviços públicos*, 1914.

- importância crescente do regime dos funcionários, cada vez mais numerosos, e cujo estatuto tem que ser regulado sistematicamente e tendo em consideração a sua especificidade de trabalhadores ligados ao Estado (ao interesse público) por uma especial relação de dependência;[51]
- aparecimento de novas formas de valorização do domínio público, em função de inventos tecnológicos como os aproveitamentos hidro-eléctricos, o uso do espaço hertziano, etc.;
- diversificação do estatuto dos entes encarregados de funções públicas, alguns com estatutos personalizados (institutos públicos), outros obedecendo a regimes administrativos especiais (empresas públicas, fundações públicas), outros participados ou integralmente compostos por privados (órgãos de coordenação económica, consórcios mistos, entes privados de interesse público), outros, ainda, dotados de pronunciada autonomia (órgãos autárquicos).

Tudo isto constituía um novo mundo a regular juridicamente, envolvendo complicados problemas de dogmática, sobretudo se se tentasse manter os quadros das teorias clássicas, quer do direito público, quer do direito privado.

Na Itália e na Alemanha –de onde agora vem a principal inspiração doutrinal, no segundo caso por via italiana ou de alguma tradução francesa, como a de parte da obra de Otto Mayer–[52] as consequências doutrinais desta constatação do significado estrutural do crescimento da administração tinham sido enormes, tocando pontos centrais da dogmática publicística.

Assim, a autonomização do Estado pela publicísitca tardo-oitocentista[53] transfere de novo a soberania para o Estado, como uma

[51] Ao assunto já é dada uma desenvolvida atenção por parte de Guimarães Pedrosa; mas será monograficamente tratado por Fezas Vital, *A situação dos funcionários*, 1915 e Martinho Nobre de Melo, *O Estado dos funcionários – Estatuto legal*, 1915.

[52] *Le droit administratif allemand*, avec une préf. de H. Berthélemy, ed. française par l'auteur, Paris, Girard, 1905.

[53] Em Itália, a partir de Santi Romano, *Principi di diritto amministrativo*, 1901. Segundo um estudo que tenho em curso, é também por estes anos que as referências bibliográficas das bibliotecas da Universidade de Coimbra –até aí quase exclusivamente

"estrutura original", não dependente do contrato da sociedade civil: "É aqui que a administração pública é chamada a desenvolver o seu papel decisivo [...] sob a forma de 'administração',[54] de um acto de império original. Sobre este núcleo essencial vêm a sobrepor-se, depois, a legislação e a jurisdição, que acrescentam e complicam a estrutura e as funções do Estado, mas não determinam a sua essência, que é e continua a ser *administrativa* [...]. Esta parece ser a versão do Estado de direito que prevalece desde os finais do séc. XIX até aos nossos dias; e esta é, nas suas linhas fundamentais, a *doutrina do Estado administrativo*",[55] em que, portanto, a administração acaba por desempenhar o papel de uma verdadeira constituição.

Se assim é, o advento do Estado administrativo não se limita a reforçar o conceito de "poder governamental" – de que alguma doutrina publicística portuguesa começa a estar consciente pelos finais do séc. XIX, inícios do seguinte;[56] este deslocamento do lugar da soberania provoca, do mesmo passo, a deslocação do lugar da cidadania e dos respectivos direitos que a tutelam. E, assim, também o lugar da constituição (cujo papel passa a residir também –ou principalmente, como defende M. Fioravanti– no direito administrativo). Esta situação foi, segundo sugere M. Fioravanti numa obra modelar sobre estes autores,[57] a do Estado Italiano do período giolittiano (1896-1914; Giovanni Giolitti, 1842-1928), em que a permanência e papel condutor da administração, fortalecida e renovada com um leque alargado de instrumentos de intervenção pública

francesas– começam a ser complementadas por bibliografia italiana. Nomeadamente, o *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, de V. E. Orlando, é adquirido em fascículos a partir de 1898.

[54] A expressão alemã *Verwaltung* (*walten* significa "dominar", "reinar") tem conotações imperiais que se perdem na tradução.

[55] Maurizio Fioravanti, *La scienza del diritto publico. Dottrine dello Stato e della costituzione tra otto e novecento*, p. 561; mais desenvolvidamente sobre o conceito e a sua génese "Stato di diritto e Stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano", em Maurizio Fioravanti, *La scienza* [...], *cit.*, pp. 405-449.

[56] Cf. José Tavares, *O poder governamental no direito constitucional português*, Coimbra, 1909.

[57] *La scienza del diritto publico. Dottrine dello Stato e della costituzione tra otto e novecento*, Milano, Giuffrè, 2001, 2 vols.; sempre a acompanhar com o tratamento, mais sintético, mas igualmente muito impressivo, de L. Mannori e B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, *cit.*

–sob a guia de um político liberal que, ele mesmo, viera das fileiras da alta administração– compensou a ausência de projectos ao nível da alta política do governo, permitindo a ampla transformação de uma Itália rural na Itália industrial. Como escreve M. Fioravanti, "o próprio governo, na nossa [italiana] doutrina do Estado administrativo, é bem confinado ao papel de um executivo dominado pela presença institucional da administração, de modo a configurar os seus poderes de direcção mais no plano de uma espécie de alta administração que no de uma verdadeira e própria direcção política apoiado pelas forças da maioria" (*ibidem*, 563). Ainda hoje, para muitos, a Itália continua a ser o exemplo de um país[58] em que o êxito social e económico não é comprometido pela instabilidade e vazio da política, à custa da permanência de uma administração forte, relativamente autónoma, tanto frente ao parlamento como aos próprios governos.[59]

A cidadania é agora, antes de mais, a pertença a um mundo político (bem) organizado. Os seus direitos não se relacionam mais com a participação no contrato ou com a defesa dos direitos dele decorrentes, mas antes devem garantir que a organização político-administrativa seja boa: benéfica, eficaz, transparente. A existência destes direitos diferencia, afinal, o Estado administrativo do Estado de polícia, cujo ideal de fazer a felicidade de todos era idêntico, mas que não incorporava o direito de todos a participarem na definição dessa felicidade nem, sobretudo, o controlo dos meios estaduais de a realizar. O Estado, que se poderia classificar de totalitário em face das suas finalidades e âmbito de acção, teria deixado agora de o ser em face do reconhecimento dos novos direitos de cidadania. Estes, todavia, têm que ser concebidos como algo mais do que exigências de cumprimento das leis que o Estado edita para regular a sua actividade – como no Estado de Direito; antes, sobretudo, como direito

[58] Como o é também a IV República francesa.

[59] A experiência portuguesa do mesmo período parece divergir substancialmente disto, justamente pela debilidade de uma "constituição administrativa", não tanto por uma relativa instabilidade do pessoal administrativo dirigente, mas pelo deficiente equipamento da administração para uma função administrativa realmente dirigente. Embora faltem ainda estudos empíricos que comprovem esta hipótese, os resultados sugerem-na. O Estado administrativo virá mais tarde, embora não autónomo, antes tutelado por um Estado politicamente autoritário. O que, em termos de modelo, o descaracteriza.

ao cumprimento de cânones materiais de bom governo definidos pelo grande curador do bem público.[60] A aferição do cumprimento destes desígnios pode estar entregue a mecanismos de recurso administrativo (nomeadamente gracioso ou quase contenciosos [ou seja, de um contencioso interno à administração]) ou mesmo ao parlamento; mas a função destes órgãos ficava limitada à apreciação de questões de eficácia governativa e não aos grandes princípios jurídico-constitucionais – que, esses, "não se discutem" (totalitarismo dos Estados de bem-estar não democráticos). Daí que seja preciso chegar a meados dos anos '20 do séc. XX para que o governo se tenha que vergar às decisões dos tribunais administrativos. Mas as coisas vão, ainda, regredir com os Estados autoritários que hão-de vir. O exemplo típico poderia ser o do Estado corporativo português, sobretudo na sua fase "marcelista". O seu mentor, não por acaso, sai das fileiras dos professores de direito administrativo, sendo mesmo sensível à necessidade de garantias administrativas; aparentemente, estas eram mesmo mais importantes do que as garantias políticas, com cuja ausência as primeiras poderiam bem conviver.

Em Itália, a primeira consequência que se tirou desta transformação estrutural do Estado quanto à reforma da correspondente dogmática foi a da necessidade de uma refundação da dogmática publicística, no sentido, desde logo, de a autonomizar da que dominava a pandectística do direito privado. O passo não era nem pequeno, nem pouco traumático. Na verdade, embora sentindo que isso era exigido pela natureza mesma do seu objecto de estudo, os publicistas viviam desde há décadas na nostalgia da ciência jurídica dos privatistas, essa enorme mole doutrinal aparentemente homogénea, certa e segura, que se estabelecera já com o direito romano. O esforço de a rejeitar e refazer –de construir uma ciência própria, mas que a imitasse na sua majestosa permanência– justificava-se para levantar a hipoteca de trabalhar numa elaboração doutrinal que estivesse sempre dependente, ou de considerandos filosófico-políticos, ou dos dados efémeros da

[60] Em sentido não muito diferente – embora salientando mais a importância da "estabilidade" (e, logo, de uma certa justiça, como neutralidade), O. Mayer, *Deutches Verwaltungsrechts*, vol. I, pp. 172-173.; também, M. Fioravanti, *La scienza* [...], *cit.*, vol. I, pp. 479.

legislação e da sua exegese. V. E. Orlando punha o problema dramaticamente, logo em 1889, ao perguntar-se se seria alguma vez possível construir "um direito público", sem que a ideia de, por exemplo, "personalidade do Estado" –uma noção por ele perseguida como pedra basilar de uma construção jus-publicística que emancipasse o Estado dos pressupostos doutrinais contratualistas– "esteja tão clara, seja tão habitual, como pode ser o conceito de obrigação para o direito privado?"[61]

De um ponto de vista externo ao discurso dogmático dos juristas, parece-me que, por detrás desta nostalgia pela certeza da privatística, estão duas questões mais profundas. Uma –de natureza filosófica– é a crença numa lógica material do direito, que faria com que, antes das considerações filosófico-políticas –mas, sobretudo, antes das leis–, estavam "entidades [jurídico-conceptuais] reais, cuja existência e cuja genealogia se tornaram conhecidas [dos juristas; no caso, dos juristas romanos] por meio de um longo e íntimo trato, sendo por isso que o seu procedimento tem uma segurança que não se encontra senão na matemática, podendo dizer-se sem qualquer exagero que eles fazem um verdadeiro cálculo com os seus conceitos".[62] Mas, depois, ocorre também meditar –seguindo as pisadas de P. Bourdieu nos seus clássicos ensaios sobre as lutas pela hegemonia simbólica nos campos do saber e sobre os caminhos entre o saber e o poder–[63] que a recondução do direito a uma ciência liberta da filosofia política, da política *tout court* e da vontade dos políticos reunidos em parlamento, representava uma estratégia decisiva (geralmente interiorizada e frequentemente consciente) para os juristas académi-

[61] *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, 1889, cit. por M. Fioravanti, *La scienza* [...], *cit.*, p. 25.

[62] A frase é de Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814.

[63] La force du droit. pour une sociologie du champ juridique , *Actes de la recherche en sciences sociales* (1986-09) n. 64, pp. 3-19; "Los juristas, guardianes de la hipocresía colectiva", http://www.ub.es/dptscs/textos/BOURDIEU%20-%20Los%20juristas.pdf. Cf. "*Espíritus de Estado. Génesis y estructura del campo burocrático*", em (http://www.politica.com.ar/Filosofia_politica/Espiritus_de_Estado_bourdieu.htm). Para uma bibliografia mais geral, http://www.massey.ac.nz/~nzsrda/bourdieu/pierre.htm; http://www.iwp.uni-linz.ac.at/lxe/sektktf/bb/HyperBourdieu.html; http://www.homme-moderne.org/societe/socio/bourdieu/.

cos; estratégia que, levada a cabo com êxito, os traria de novo, para o proscénio do poder político.

A personificação do Estado foi um desses dogmas novos de direito público, perseguido –nomeadamente por V. E. Orlando– como um objectivo teórico fulcral: permitia, por um lado, libertar o Estado da natureza de um mero reflexo da Nação ou do povo; e, por outro lado, dissimulava as impuras origens (psicológicas, sociológicas, mitológicas, irracionais) da vontade do poder, dando-lhe uma natureza jurídica e, por isso, lógico-racional, axiomática, meramente pensada. Para além de que, tratar o Estado como uma "pessoa" era adoptar uma categoria familiar à doutrina estabelecida, permitindo colher daí sugestões para uma construção dogmática (autonomia, capacidade, requisitos da vontade e da declaração, responsabilidade, distinção em relação a um património, etc.); salvas, sempre, as inevitáveis especificidades de esta nova e grande Pessoa.[64] Por isso, a doutrina da personalidade jurídica do Estado foi tão facilmente aceite pela juspublicística alemã (de Gerber ou de Laband).[65]

Porém, ainda aqui, a proximidade civilística constituiu um obstáculo para alguns. Foi também por este excessivo conúbio com a pandectística civilizante da "teoria geral do Estado" (a *Allgemeine Rechtslehre* que se instituíra em juspublicística oficial dos juristas do *Reich*), que Otto Mayer dela se distancia, recusando esta sua categoria básica, a da personificação do Estado. Porque, para ele, mais do que os elementos *estáticos*, antes referidos, que a civilística tinha valorizado ao tratar do conceito de pessoa, a O. Mayer[66] –consciente das novas funções activas, freneticamente fabricantes do Estado (Estado-*Unternehmer*, Estado-*Maschine*, expressões que também ocorrem na jus-publicística portuguesa dos finais do séc. XIX [Marnoco e Sousa, Guimarães Pedrosa])–, lhe interessavam antes elementos activos (como "objectivos", "finalidades", "funções", "processos e técnicas", "não homogeneidade", "ligação [e não separação] funcional e essencial a um património", etc.). Pela mesma razão "realista" –somada a um outro realismo quanto ao problema de saber quem manda sob a veste do Estado– é que, em França, pela mesma época, Léon Duguit segue os mesmos caminhos, desreificando o Estado, despromovendo-o de uma pessoa jurídica a uma "função" (administrativa) de poder, desagregada numa multidão heterogénea de "actos jurídicos", como expressões tópicas e variadas dessa vontade unilateral e impositiva de poder. Pessoa, isso era demais; apenas função, desagregável numa série de actos, embora conjunturalmente unidos pela sua natureza de manifestações de poder (de um grupo dirigente). Tudo o resto de que os juristas dogmáticos se ocupavam parecia, a um e a outro, "constructions métaphysiques" ou "Luftgebäude" [construções aéreas, moinhos de vento]. Se o Estado é "de direito", não é por ser uma pessoa jurídica (e, por isso, essencialmente racional, coerente e monótona nas suas decisões); será mais (e na justa medida em que o possa ser) por necessitar do direito para se organizar internamente de forma durável, como já acontecera com o Estado de polícia.[67]

[64] Para uma descrição detalhada e profunda do *iter* de Orlando até ao conceito de personalidade jurídica do Estado, ver Maurizio Fioravanti, "Popolo e Stato negli scritti giovanili di Vottorio Emanuelle Orlando (1881-1897)", em M. Fioravanti, *La scienza* [...], vol. I, p. 118 ss.

[65] Cf. E.-V. Heyen, "Positivistische Sttaatsrechstehre und politische Philosophie. Zur philosophischen Bildung Otto Mayers, *Quaderni fiorentini per la Storia del Pensiero Politico Moderno*, vol. 8, 1979, p. 275 ss.; Maurizio Fioravanti "Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo", *La scienza* [...] , p. 451 ss.

[66] "Die juristische Person und ihre Verwertbarkeit im öffentlichen Recht", em *Festschrifit für Paul Laband zum fünfzigsten Jahrestag der Doktor-Promotion*, vol. I, Tübingen, 1908, p. 1 ss.

3. O método sociológico no direito administrativo

O método de Guimarães Pedrosa –que já escreve depois de quase toda esta doutrina italiana, alemã e francesa se ter manifestado–,[68] sendo bastante apto para a observação e o diagnóstico das disfunções

[67] Cf. Maurizio Fioravanti, *La scienza del diritto publico* [...], vol. I, p. 461.

[68] O grande tratado *Deustsche Verwaltungsrecht*, de Otto Mayer, foi publicado em 1895/1896; o *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, dirigido por V. E. Orlando, começa a ser publicado em 1897, sendo comprado pela Biblioteca Geral da Universidade de Coimbra, a partir de 1898; os manifestos de Léon Duguit "Des fonctions de l'Etat moderne", *Rev. intern. de sociologie*, 1894; *L'Etat, le droit positif et la loi positive*, Paris, 1901, também já tinham aparecido; o seu *Manuel de droit constitutionnel* aparece em 1911.

e das realidades, não era o mais adequado para a terapêutica normativa. De facto, a sua inspiração metodológica de raiz era, fundamentalmente, de origem naturalista ou sociológica. Que, evidentemente, era fundamental para diagnosticar, com base nos factos e não em teorias ou hipóteses simplesmente ideadas, o que se estava a passar. Mas que não desenvolvera uma metodologia dogmática, construtiva, conceitual, que pudesse satisfazer os juristas clássicos. Realmente, não se tratava tanto de uma impossibilidade, em absoluto, de encontrar soluções razoáveis; tratava-se, antes da impossibilidade de poder justificar essas soluções nos quadros de um discurso essencialmente formalista, conceitualista, normativista, tal como o que a pandectística tinha tornado (exclusivamente) aceitável nas escolas de direito. Ou seja, as suas dificuldades relevavam de uma questão que dizia sobretudo respeito à sociologia dos saberes.

A influência sociológica (propugnada na própria lei de reforma dos estudos jurídicos de 24.12.1901) é notória, logo desde o início. Pedrosa começa o curso por anunciar que se afastará de uma estéril atitude exegética e que se orientará por uma sólida armadura doutrinal:[69] "procurando principalmente apresentar um sistema de princípios e fugindo da subordinação ao critério exegético, pois que a exegese só pode ser útil, se for esclarecida por uma robusta preparação de princípios; não deixaremos entretanto de expor o estado actual da legislação e até mesmo as soluções da jurisprudência, quando a oportunidade o pedir" (*ibidem*, 18). O ponto estava em que, ao falar de princípios, Pedrosa se referia agora, sobretudo, aos "têm sido estudadas pelas ciências sociais" (*ibidem*, 22). A questão era essa: os princípios não eram apenas (ou principalmente) os do direito. Do que se tratava era, antes, da "vantagem, e até necessidade, de firmar noções fundamentais, de indicar princípios e leis sobre a natureza e estrutura da sociedade e do Estado, de conhecer a razão da

[69] Obras-teóricas inspiradoras: Meucci, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, Fratelli Bocca, 3a. ed., 1892; Loria, *Diritto anmministrativo*, Milano, Ulrico Hoepli, 1891; Punturo, *Diritto amministrativo*, Caltanissetta, 1891; Persico, *Principii di diritto amministrativo*, Napoli, Giuseppe Marghieri, 1872; V. E. Orlando, *Primo trattato completo de diritto amministrativo italiano*, Milano, Società Editrice Libraria, t. 1, 1900; Brunialti, *Diritto amministrativo*, 1904; Hauriou, *Précis de droit administratif*, Paris, L. Larose & Forcel, 2a. ed., 1893.

sua existência e o seu aspecto jurídico, de atender aos fundamentos e modos de ser do seu poder soberano, de estudar as formas ou manifestações da sua actividade, de percorrer enfim matérias, que, com quanto não estejam compreendidas nos limites precisos do ramo científico que nos ocupa [o direito] e antes constituam conteúdo próprio de outras ciências, são todavia, além de antecedente lógico, preliminar conveniente em um curso regular de ciência da administração e direito administrativo" (*ibidem*, 23).

A obra de Guimarães Pedrosa refere, com alguma rapidez e superficialidade, toda esta polémica conceptual que se desenvolvia na Europa ocidental, a propósito dos conceitos básicos da doutrina do direito público. Mas tudo aparece, em geral, pouco problematizado, desenhado a traço grosso, não sendo claro que as implicações, para cima e para baixo, de cada uma das posições estejam presentes no espírito do autor. Ou, pelo menos, que ele ache importante transmitilas ao público no âmbito de um "manual" destinado fundamentalmente ao ensino.[70] Ao lado dos conceitos sociológicos a que antes se refere, ele parece incorporar também modelos dogmáticos de origem privatista – por exemplo quando esboça uma teoria das relações administrativas (*ibidem*, 201 ss., *max*. 219 ss.), abrangendo os agentes (p. 223 ss.); [mas não o objecto] e a garantia (se é que a isso poderia corresponder a secção dedicada ao contencioso, III parte). Porém, este modelo parece ter mais a ver com uma mera sistematização da apresentação das matérias, do que de uma implicação metodológica profunda. E, por outro lado, a questão da difícil compatibilidade deste modelo construtivo de inspiração civilística com a nova natureza eminentemente "pública" do Estado tão pouco aparece claramente salientada.[71] É, porém, verdade, que alguma preocupação jurídico-dogmática se nota, nomeadamente no tratamento das matérias relativas aos funcionários, que –despoletado por questões que se prendiam com o movimento sindical dos funcionários públicos em França– aí vinham ganhando um apreciável investimento dogmático,[72] tendo

[70] Lembremos as considerações de Macarel sobre a manualística (cf. Nota 18).

[71] Ao discutir muito brevemente a questão da personalidade do Estado, o proscénio é ocupado pela discussão da sua compatibilidade com as teorias sociológicas (e não com os modelos dogmáticos de construir a relação de poder, cf. p. 70 ss.).

[72] Cf. H. S. Jones, *The French State in question* [...], *cit.*

levado, nomeadamente, ao aparecimento da importante noção dogmática de "serviço público", como destaca H. S. Jones.[73]

4. Da soberania ao serviço público

Esta noção de "serviço público" virá substituir a de "interesse público" ou "interesse geral" na definição da natureza do acto administrativo:[74] o primeiro critério (interesse geral, interesse público) foi rejeitado como demasiadamente vasto e *out of date*. Pois os actos de gestão –que para Laferrière caíam [ainda] na jurisdição dos tribunais ordinários– passaram a ser definidos como 'aqueles em que a administração realiza na qualidade de gestora e de intendente dos serviços públicos e como depositária de uma parte da soberania'".

É assim que a concepção privatística dos actos administrativos de gestão começou a ser atacada no início do século, apesar de continuar a ter alguns notáveis defensores, desconfiados deste alargamento da intromissão do Estado nos domínios da sociedade civil.[75] Ao mesmo tempo que se reagia também contra a despromoção do conceito de soberania do lugar de atributo distintivo do Estado para algo que também cobria actividades de muito menor dignidade. Foi, de facto, em 1903 que o *Conseil d'État* se julgou competente para decidir um recurso relativo a uma indemnização a pagar a um funcionário encarregado –veja-se!– de apanhar cobras (o caso *Terrier*), o que não era, naturalmente, uma manifestação tradicional da autoridade soberana do Estado. No entanto, em 1904, já Jean Romieu (1858-1953) adopta a ideia de serviço público, compreendendo também os actos de mera gestão do Estado, como critério definidor da natureza do acto administrativo: "Quer se trate de interesses nacionais ou de interesses locais, no momento em que se está em presença de necessidades colectivas a que as pessoas públicas devem acorrer, a gestão destes interesses não pode ser considerada como regida necessariamente pelos princípios do direito civil que regem

[73] H. S. Jones, *The French State* [...], *cit.*, p. 86.

[74] Cujo defensor mais autorizado era Laferrière.

[75] Mesmo que esta recusa da generalização do carácter administrativo (público) os obrigasse a ter que admitir que, em princípio, também os funcionários públicos "de gestão" deveriam ter direito à greve, como os empregados privados.

os interesses privados; pelo contrário, em si mesma, ela tem um carácter público, constituindo um ramo da administração pública em geral e, nesta medida, deve pertencer ao contencioso administrativo".[76]

O que estava em causa, quando se desliga a actividade do Estado do conceito de soberania era, paradoxalmente, dignificar *toda a actividade do Estado*, qualquer que ela fosse, conferindo a toda ela um regime jurídico que a distinguisse da actividade dos privados. Era esta a grande virtualidade da noção de serviço público.

O novo conceito fez fortuna, sendo já ele que organiza claramente a estrutura de alguns manuais muito lidos em Portugal, mesmo por estudantes, no início do século XX; típico disso é o manual de direito administrativo de Gaston Jèze.[77]

Já outro jurista, altamente influente em Portugal, tinha dúvidas sobre o conceito de "serviço público" como central no direito administrativo, aparentemente pela erosão que causava a uma certa visão majestática do Estado. Refiro-me a Maurice Hauriou, cujo impacto – também em Portugal– se deve à sua maior imunidade a uma rígida concepção sociológica.[78] Hauriou (*La science sociale traditionelle*, 1896) era um católico politicamente activo, desconfiado do Estado, como foi típico de doutrina política da Igreja desde a Revolução Francesa; daí a sua insistência no pluralismo normativo, numa certa desvalorização da lei, na proposta do conceito de instituição – não necessariamente como entidade sociológica (naturalista), mas também como entidade meramente ideológica, ou valorativa,[79] o que lhe permitia incorporar muitos elementos doutrinais oriundos da Escola

[76] Citada por Jones, *ob. cit.*, p. 90; que destaca a influência lateral que o surgir do conceito de serviço público teve em conceitos vizinhos como o de "domínio público", tema também tratado pela doutrina portuguesa nos inícios do século XX (José Carlos Moreira, *Do domínio público*, 1931).

[77] Do qual possuo um exemplar que pertenceu a um estudante, sendo, aparentemente, por ele usado no estudo da cadeira de direito administrativo. Sobre Gaston Jèze, uma (demasiado) pequena nota em H. S. Jones, *The French State* [...], p. 92.

[78] Cf. H. S. Jones, *The French State* [...], p. 180 ss.

[79] "Uma organização social estabelecida em relação com a ordem geral das coisas, cuja permanência é assegurada por um equilíbrio de forças ou por uma separação de poderes e constitui, em si mesma, um estado de direito"; neste sentido, a autoridade de uma lei parlamentar não provinha, nem da vontade dos deputados, nem da autoridade do Estado, mas da força de uma instituição existente, estabelecida, aceite, habitual, para os governados.

do direito natural tomista. Em nome do realismo, não simpatizava com grandes inovações, nem sociais, nem doutrinais; era (como o seu discípulo português, Oliveira Salazar) um homem do "viver habitualmente". Daí a sua oposição às tentativas de uma completa renovação da ciência do direito público por L. Duguit, a quem ainda acusava de dissolver autoridade do Estado na mera força, quando atacava a ideia de personalidade jurídica (ou moral) do Estado, "o qual necessitava não apenas de poder coercivo, mas também de um elemento ideal, 'o empreendimento da coisa pública', a concepção do bem público".[80]

De novo em Portugal. O sucessor de Guimarães Pedrosa é Alberto da Cunha Rocha Saraiva, que publica lições em 1912-1913, 1913-1914 e 1914-1915.[81] Beneficiando de elementos novos, provenientes, nomeadamente, do ensino de L. Duguit e de G. Jèze, Rocha Saraiva é um autor de transição, muito mais liberto da herança sociológica "naturalista" que moldara a perspectiva de Guimarães Pedrosa e mais atento aos desenvolvimentos dogmáticos do "segundo realismo" francês (M. Hauriou, R. Saleilles, G. Jèze), no sentido de uma superação da pandectística alemã de cunho privatista, mas também do "naturalismo" durkheimiano de Duguit.[82]

A verdade, porém, é que a adaptação da doutrina pandectística ao mundo do direito público passava por uma sua completa reformatação.[83] Desde logo, porque se tornara indiscutido que a desigualdade

[80] H. S. Jones, *The State* [...], *cit.*, p. 191. Os problemas de Hauriou com Duguit decorriam também da oposição do pensamento católico à sociologia naturalista, que negava o livre arbítrio, e ao cientismo, que punha em causa o valor cognitivo da fé; daí, a aproximação a várias formas de anti-intelectualismo, como o do *normalien* judeu Henri Bergson (que, pobre dele, acabou por entrar para o *Índex* em 1914, por causa do seu "modernismo").

[81] Ambrósio Neto, Martinho Simões e José Fortes, *Direito administrativo segundo as prelecções do Ex.mo Sr. Dr. Rocha* Saraiva [...], *1912-1913*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1913, 304 pp. + 40 pp. ("protecção e garantias contra a administração"); Augusto Oliveira, *Lições de direito administrativo, coligidas em harmonia com as prelecções do Ex.mo Sr. Dr. Rocha Saraiva* [...] 1914-1915, Coimbra, Livraria Neves, 377 pp. Cf. ainda Domingos Simões Trincão, *Resumo de direito administrativo*, Coimbra, Livraria Neves, 1916.

[82] O seu enquadramento teórico explicita-se no seu livro *A construção jurídica do Estado*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1912.

[83] Sobre o tema, L. Mannori, *Storia del diritto* [...], *cit.*

estava inscrita na matriz do próprio acto administrativo, como acto de autoridade, ao passo que toda a pandectística, provinda do direito privado, se fundava no equilíbrio (*Ausgleich*) entre as partes. E isto, como dissemos, tocava todos os institutos administrativos, desde o contrato à propriedade, desde a concessão de exploração às garantias e à jurisdição, bem como ao processo que a materializava.

São estas vias que a nova dogmática do direito administrativo vai percorrer. Tal como por detrás da pandectística se perfilava a *Weltanschaung* do mundo burguês, povoado de proprietários, teoricamente quase livres da intervenção estadual, o pano de fundo da nova doutrina administrativa é, pelo contrário, a de uma comunidade holística, ligada entre si não apenas por laços de solidariedade que se fundam na divisão social de trabalho e na mutualidade de serviços, mas também pela partilha de valores correspondentes a esta visão do mundo. E, sintetizando este estado das relações sociais, um mundo de serviços públicos, de que o administrado indispensavelmente carece e na teia dos quais se move. Realmente, as coisas sempre tinham sido muito mais assim do que tinham crido os liberais clássicos. Mas, agora, além da hegemonia no plano da prática, o Estado ganhara-a definitivamente também no domínio da ideologia, consumando um processo que se vinha a desenvolver logo desde o início do séc. XIX. E que explica porque é que, numa época tão tingida de liberalismo, de anti-estadualismo, de ideias descentralizadoras, federalistas e, até, anarquistas, nunca ninguém tenha tentado, a sério e consequentemente, desmontar a máquina do Estado.[84]

V. A TEORIA DO ACTO ADMINISTRATIVO

Um exemplo paradigmático da reformatação da pandectística de direito privado exigida por esta mudança do pano de fundo ideológi-

[84] Ver, sobre este paradoxo, Pierre Rosanvallon, *Le modele politique français. La société civile contre le jacobinisme de 1789 à nos jours*, Paris, Seuil, 2004, *max.* p. 199 ss.; sobre a construção teórica do estadualismo pelos juristas da 3a. república, ver H. S. Jones, *The French State in question* [...] , cit. Modelar, na nitidez da nova caracterização do direito público, é a obra de Léon Duguit (1859-1928), *Les transformations du droit public*, Paris, A. Colin, 1913. De realçar, todavia, que L. Duguit, un dreyfusard discreto e tido como um "républicain de gauche", se recusou a aceitar –na esteira da doutrina alemã do "Estado de

co é constituído pelos esforços de reconstruir a dogmática do *acto administrativo*, no sentido de o libertar dos pressupostos privatísticos.

Segundo Marcello Caetano, a primeira vez que a expressão "acto administrativo" aparece na doutrina portuguesa é nos *Apontamentos de direito. Legislação e jurisprudência administrativa e fiscal*, Lisboa, 1883 (I, 38);[85] trata-se, porém, de uma expressão ainda desprovida do alcance dogmático que depois virá a ter. Aparece novamente nas *Lições* de Guimarães Pedrosa, de acordo com o seu curso de 1911,[86] aqui já por sugestão, seguramente, de Léon Duguit, que inaugurara o tema, em moldes novos –como diremos– em 1911. No seu afã de desmontar tudo quanto pudesse evocar e voluntarismo individualista, procura criar uma noção central que permitisse ligar todas as situações jurídicas a um acto de vontade do poder e, feito isto, distinguir os vários tipos de actos ("funções") pelos quais o poder se impunha;[87] para isto, como ele recusava a noção de tradicional "poder" –entendido como "um fragmento de soberania",[88] atribuído a

direito"– que o Estado fosse mais do que uma forma simplificada de designar "os que governam". "Je parlerai d'État pour faciliter l'exposition, mais le lecteur veuille bien se rapeller que, pour moi, l'État ce sont les gouvernants" (*Traité de droit constitutitonnel*, 2a. ed., vol. I, p. 547 (*cit.* Por H. S. Jones, *The French State* [...], p. 163. Nisto, permaneceu sempre fiel –sem desdouro do seu brilho como jurista– ao sociologismo das suas origens.

[85] Marcello Caetano, *Manual de direito administrativo* [...], *cit.*, vol. I, p. 426.

[86] Paulo Otero, *Direito administrativo* [...], *cit.*, p. 75.

[87] Explicação: Léon Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, 1923, p. 86 ss. (funções do Estado como tipologias de actos do poder): "Par la fonction *législative* l'Etat formule le droit objectif ou le met en oeuvre; par la fonction *administrative* l'Etat crée une situation de droit subjectif ou conditionne par un acte individuel la naissance d'une situation légale; par la fonction *juridictionnelle* l'Etat constate l'existence et l'étendue d'une règle de droit ou d'une situation de droit, au cas de violation ou de contestation, et ordonne les mesures nécessaires pour en assurer in respect", p. 101 ss. (o acto administrativo como critério de definição da função administrativa): "Il faut déterminer le caractère de la fonction administrative, comme nous l'avons fait pour la fonction législative, au point de vue purement *matériel*, c'est-à-dire au point de vue de la nature juridique interne de l'acte administratif, sans considérer le caractère de l'organe ou de l'agent qui fait l'acte. [...] L'acte juridique *stricto sensu* est toute manifestation de volonté conforme au droit objectif, donnant naissance à une situation de droit subjectif ou conditionnant la naissance d'une situation de droit objectif. Par suite, notre conception de la fonction administrative se résume en ceci: c'est la fonction par laquelle l'État fait des actes juridiques, c'est-à-dire exprime une volonté a l'effet de faire naître une situation de droit subjectif ou de conditionner une situation de droit objectif».

[88] Conceito este que Duguit recusava como metafísico.

um órgão "de soberania"– e como não aceitava tão pouco a noção de personalidade jurídica do Estado –o que permitiria uma identificação *sub specie subjecti*–, Duguit necessitava de uma definição intrínseca (ou seja, não orgânica, não processual, não funcional). Assim, o acto administrativo seria "a declaração de vontade de um agente administrativo, conforme com a lei, e feita com o objectivo de criar uma situação subjectiva ou como condição de aplicação a um indivíduo de certos poderes ou de um estado legal".[89] Note-se o cúmulo de evocações do interesse público e do seu titular na gestação de uma situação jurídica individual (eventualmente, puramente privada, já que Duguit recusa a noção de direitos subjectivos auto-criados).

Este filão é recebido, em Portugal, por Ludgero Neves,[90] por António Pinto de Meirelles Barriga,[91] por Fezas Vital[92] e por Magalhães Colaço.[93] Mais tarde, Marcello Caetano afina a doutrina, definindo a essência do acto administrativo como "a conduta voluntária[94] de um órgão da administração que, no exercício de um poder público e para prossecução de interesses postos por lei a seu cargo, produz efeitos jurídicos num caso concreto".[95]

Esta nova orientação de dogmatizar, sob a égide da teoria de um Estado eminente, aquilo que já estava bem descrito pelo sociologismo, surge com pretensões dominantes em 1914, preparando já uma nova

[89] Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 1911, vol. I, p. 233.

[90] *Direito administrativo (2o. ano jurídico)*, Lisboa 1916, col. por Artur de Campos Figueira.

[91] *Nova técnica e construção jurídica do Estado: acto administrativo*, 1921. *Da validade dos actos administrativos e regulamentares*, Tese de doutoramento, Lisboa, Livraria Férin, 1921.

[92] *Direito administrativo*, Coimbra, s. d.

[93] *Direito administrativo português*, Porto, 1924, lições coligidas por Carlos Moreira.

[94] O autor esclarece que não se tratará de uma vontade psicológica, mas de uma vontade *funcional*, uma vontade coerente com a lei e os objectivos públicos visados, o que – levando as coisas ao extremo, faz com que André Gonçalves Pereira, *Erro e ilegalidade no acto administrativo*, Lisboa, Ática, 1962, acabe por prescindir totalmente da noção de vontade, mesmo do agente ou órgão administrativo, reduzindo o estatuto jurídico do acto administrativo a uma pura consequência da lei: "a vontade é a reunião de todos os seus elementos, ou seja, uma competência imputada pela lei", pp. 105-106]. Esta conclusão, que corresponde à ideia de um funcionário que se torna na simples *longa manus* da lei, abre, em contrapartida, um maior campo à doutrina do abuso de poder e do desvio de poder.

[95] Marcello Caetano, *Manual de direito administrativo* [...], *cit.*, vol. I, p. 428.

geração de administrativistas (João Telo de Magalhães Collaço, *Concessão de serviços públicos*, 1914; Domingos Fezas Vital, *O acto jurídico*, 1914; *A situação dos funcionários*, 1915; Martinho Nobre de Melo, *O estatuto dos funcionários*, 1915; Marcelo Caetano, *Do poder disciplinar no direito administrativo português*, 1932; e, sobretudo, *Manual de direito administrativo*, 1936-1937). É que o direito público, em geral, e, por consequência, o direito administrativo, tinham levado uma grande volta, a que já nos referimos. Todos devem muito ao realismo francês, nomeadamente a Léon Duguit e a Gaston Jèze[96] e –embora reneguem alguns dos seus pais-fundadores (o sociologismo comtiano e pós-comtiano, de que os realistas franceses eram tributários;[97] mas com o qual os seus discípulos portugueses em geral se amofinam bastante)– todos reagem, no plano ideológico e no plano conceitual, contra o contratualismo da pandectística oitocentista.

Mas a pandectística –com a pretensão de puro tecnicismo e de neutralidade social e político-ideológica– tinha as suas vantagens. É por elas que, doravante, todos tentarão fazer as pazes com a pandectística, adoptando o chamado "método jurídico", procurando reduzir as questões da sociedade e da política a questões estritamente dogmáticas, fundadas na lei ou na elaboração conceitual que ela permitia. Para alguns, isto constitui uma espécie de redenção espiritualista, depois de uma geração (pelo menos) de redução naturalista dos valores a factos brutos. É claro, por isso, que as construções dogmáticas nasceram de agendas sociais concretas e têm pré-compreensões político-ideológicas, às vezes muito claras.[98] Mas têm também uma lógica específica que, frequentemente, condiciona as soluções práticas e produz distorções nos pressupostos ideológicos.

[96] "A missão do teórico –escreve Jèze– vem completar a do prático [a teoria é, antes do mais, a sistematização dos dados da prática [...] qualquer teoria que não quadre com os factos leva em si mesma a sua condenação, os germes da sua morte" (Gaston Jèze, *Les principes généraux de droit administratif*, Paris, M. Giard & E. Brière, 1914).

[97] Sobre as concepções mais profundas de Duguit (nomeadamente sobre a influência de Henry Maine e Émile Durkheim), *v.* H. S. Jones., *The French State in question* [...], *cit.*, p. 149 ss.

[98] Ver A. M. Hespanha, "L'histoire juridiques [...]", *cit.*; Mário Reis Marques, "Références françaises et allemandes [...]", *cit.*

Nos termos destas concepções organicistas, solidaristas, estatalistas, é natural que a construção contratualista do direito administrativo tenda a ser substituída por uma outra, em que o carácter unilateral e autoritário dos actos administrativos seja realçada, em que a noção de *serviço público*, a cargo de um poder público e soberano, diferente dos outros, se sobreponha à antiga ideia de divisão de poderes e de *checks and balances*; em que o Estado seja avesso ao reconhecimento de verdadeiros direitos dos administrados e, muito mais, a assumir a responsabilidade civil pela violação destes; em que os conflitos entre o Estado e os administrados sejam degradados a uma mera adjudicação pelo Estado de uma resposta unilateral e graciosa; e por aí adiante.[99]

A evolução não será nem linear, nem unânime. Mas constituirá uma tendência contínua, que só verá o seu termo, já depois da II Guerra, com um novo cuidado com os direitos dos administrados, não sem que antes estes tenham suportado intromissões gravíssimas do Estado (dos "governantes", para recuperar saudavelmente a realista maneira de ver de L. Duguit) na liberdade dos cidadãos-administrados.

[99] Para um elenco das muitas consequências desta evolução, ver L. Mannori *et al.*, *Storia [...]*, p. 374 ss..

LA DECONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO DE PROPIEDAD. UNA APROXIMACIÓN INTERCULTURAL A LOS DERECHOS TERRITORIALES INDÍGENAS

Asier MARTÍNEZ DE BRINGAS

SUMARIO: I. *Precisiones terminológicas y pluralidades semánticas: el difícil consenso de los conceptos.* II. *Irrupción de los Acuerdos Ambientales Multilaterales en relación con los pueblos indígenas. Una mirada crítica.* III. *El elemento discriminado por las políticas ambientales: la territorialidad indígena.* IV. *Avances en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos para la construcción de una interculturalidad-normativa de la territorialidad indígena.*

> "Emplear el aparato coercitivo del Estado con el objeto de mantener instituciones manifiestamente injustas, constituye, de por sí, un uso ilegítimo de la fuerza que las personas en su debido curso tienen el derecho de resistir".
>
> J. Rawls, *Teoría de la justicia.*

Los tiempos globales resultan propicios para solazarse en el vitral de las recreaciones "post o trans", como el posestructuralismo, la posmodernidad, la poscolonialidad, la transmodernidad, o incluso lo que se viene denominando el *giro decolonial*.[1] Estos enclaves de frac-

[1] Santiago Castro-Gómez y Ramón Grosfoguel (eds.), *El giro decolonial. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2007.

tura, de liquidez[2] y de nomadismo constituyen normalmente armazones teóricos con una contextura rígidamente abstracta; una especie de paradoja respecto a aquello que pretenden criticar: el trascendentalismo huero y el universalismo sin atributos. Sin embargo, en nombre de la concreción y especificación, irrumpen con una plétora de articulaciones retóricas, conceptuales y categoriales que encuentran poca materialidad e identificación en la vida concreta. El sujeto real de los pueblos indígenas constituye una de las dramáticas encarnaciones de eso que se viene denominando desde la exquisitez teórica como sujeto epistémico. Los pueblos indígenas no sólo inauguraron la temporalidad moderna con la "conquista de América", sino que instituyeron la espacialidad no reconocida del capital que posibilita y alimenta su expansión exponencial en otras geografías, parajes y cartografías.

Como bien estableció Schmitt, no existe derecho sin tierra (la *iustissima tellus*), ya que todo derecho se apoya sin excepción sobre presupuestos-fundamentos de adquisición territorial y de ordenamiento espacial. La fundación de la Modernidad y, por tanto, del derecho moderno, viene configurado por la "conquista de América" en cuanto nuevo territorio que exige ser domeñado física, psíquica y normativamente. La víctima implícita y explícita, ayer y hoy, de la colonialidad del poder, son los pueblos indígenas. El desorden americano resulta disciplinado desde la potencialidad del término *nomos*, que en la acepción schmittiana viene configurado como tomar/conquistar, repartir/dividir, cultivar/producir.[3] La política de la espacialidad es importante para el derecho ya que a través de ella, y de manera soterrada, se fagocitan territorios y sujetos a partir del patrón de la racialidad; se delimitan fronteras en la edad de la proterva modernidad como mecanismo privilegiado para demarcar jurisdicciones y comunidades políticas nacionales diferentes;[4] y se configuran ciudadanías en la globalización a partir de unos patrones de inclusión/

[2] Z. Bauman, *Modernidad líquida*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001.

[3] Carl Schmitt, *El nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del Jus Publicum Europaeum*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979.

[4] *Cfr.* El interesante ensayo de Will Kymlicka, *Fronteras territoriales*, Trotta, Madrid, 2006.

exclusión fundados originariamente en la conquista, evento fundador de la colonialidad.

El objetivo de este trabajo va a ser diseñar los contornos y asomar los contenidos de la tríada *pueblos indígenas-hábitat-territorio* que, desde una perspectiva decolonial, irrumpe como una unidad inescindible arraigada a su sentido cosmovisional y, desde este lugar de enunciación y aparición, se arroja y se somete al difícil reto del diálogo intercultural. Para dar medida de nuestra pretensión, estructuraremos el escrito en cuatro momentos: un *primer momento*, donde procederemos a establecer una serie de aclaraciones terminológicas en torno al objeto de la discusión, es decir, qué se entiende por territorialidad, recursos naturales, biodiversidad, en el marco de sentido de los pueblos indígenas, y cómo estos mismos tropos son divergentemente asumidos por el derecho occidental; un *segundo momento*, propulsado desde la provocación conflictiva de otorgar luz sobre los conceptos, en donde procederemos a desarrollar un balance crítico de la irrupción de las exigencias indígenas en los acuerdos medioambientales multilaterales, pero desde el vector metodológico de los derechos de los pueblos indígenas, lo que nos lleva a abrazar una pretensión descolonizante, descentrada y desterritorializada en la manera de entender la universalidad y los derechos humanos; un *tercer momento*, apoyado en los basamentos anteriores que aúpan la voz de las conclusiones de este escrito, en donde abordaremos los elementos centrales y polémicos de este excitante diálogo intercultural, como es el de Territorialidad indígena; un *cuarto momento*, en donde trataremos de condensar muchas de las hipótesis anticipadas en la jurisprudencia que ha venido desarrollando los últimos años la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), llamando la atención sobre la importancia de la misma, ya que nos encontramos en la antesala de lo que pueda ser un derecho intercultural, latente en los informes y sentencias de estas dos instituciones jurídicas.

I. Precisiones terminológicas y pluralidades semánticas: el difícil consenso de los conceptos

La primera clarificación importante en materia de categorías y conceptos es asumir como axioma la imposibilidad de la universalidad

real. En este ámbito de consideraciones no se puede aspirar al consenso liberal de ensoñaciones trascendentales, sino al polémico y antagónico encuentro de pluralidad de bienes y valores, alérgicos a la conformidad uniformizante. Sólo cabe, por tanto, el solapamiento de antagonismos, de cuya conectividad y dimensión secante, es posible tener acceso a acuerdos políticos. La irrupción de los pueblos indígenas en la arena internacional-global, exhibiendo el discurso de derechos humanos, constituye el ejemplo más paradigmático de este debate. No es posible, por tanto hablar de derechos humanos ni de *Derecho Internacional del Medio Ambiente* como universalidad abstracta sancionada por el consenso y la aceptación. Hablaremos por tanto de visiones antagónicas de derechos –derechos humanos *versus* derechos de los pueblos indígenas–, así como de visiones antagónicas del Medio Ambiente –derecho internacional medioambiental *versus* territorialidad indígena–. El conjunto inescindible trabado como *pueblos indígenas-hábitat-territorio* ubica en el centro de la discusión y de nuestras reflexiones la idea de Territorio, escorando consideraciones ambientalistas occidentales apasionadas por y focalizadas en los recursos naturales, genéticos o la biodiversidad. La táctica indígena enarbolada en el discurso de los derechos humanos pretende pergeñar un conjunto de medidas especiales que reconozcan sus vínculos fundamentales con el hábitat y el territorio, así como los derechos específicos derivados de esta matriz de imbricaciones. Dando un paso más, la dimensión táctica pretende depositar esas garantías especiales en el *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, así como en el *Derecho Internacional Ambientalista*, complementando así la clausurada universalidad occidental. Se trata, por tanto, de reformar, completar y aderezar textos internacionales de derechos humanos a partir de la irrupción de la diferencia indígena, mediante la metodología relacional de la interculturalidad que no conoce de clausuras, de textos canónicos o de universalismos construidos. El resultado final será una nueva síntesis: los derechos de los pueblos indígenas orientados prioritariamente al disfrute del medio natural como condición para poder reproducir la cultura, y la vida individual y colectiva de estos pueblos.

La importancia del Territorio para los pueblos indígenas es multidimensional. De los territorios se derivan conocimientos tradicionales: conocimientos, innovaciones y prácticas orientadas a la

conservación y utilización sostenible del medio ambiente, la biodiversidad y las generaciones futuras. Los conocimientos tradicionales son, sin embargo, ese residuo, ese resto que no es tenido en cuenta por las políticas ambientalistas al olvidar en su diseño, proyección y ejecución, las cuestiones sociales y culturales de los pueblos indígenas como si fuesen elementos accidentales. Aquí reside uno de los puntos nodales en que instituir el diálogo intercultural, evitando que se proceda, como hasta ahora, a la construcción del "medio ambiente" de acuerdo con las exigencias de las sociedades posindustriales del norte.

La ausencia de metodologías interculturales ha conllevado la construcción de un eco-capitalismo que pivotaba sobre la idea de desarrollo, primero, y de desarrollo sostenible, después. Con ello se pretendía hacer conciliar la dinámica del crecimiento económico del capital, con los límites de los sistemas biofísicos, construyendo el desarrollo sostenible para la conciliación taumatúrgica de tal imposibilidad (ese fue el supuesto de Estocolmo 1972, o la Comisión Brundtland). Por tanto, el "medio ambiente" resulta conceptualizado a partir de la representación propia de los contextos sociales de opulencia en que se maneja y vive el Norte. La degradación ambiental en el Sur resultaba justificada como una deficiencia en el crecimiento económico de esta región; como la ausencia de educación y avance tecnológico; o como falta de planificación social suficientemente disciplinada para poder disciplinar tales sociedades. En este sentido, superar la escasez pasaba por la combinación sincronizada de estas deficiencias de indicación, cuya activación, se esgrimía, no conllevaría degradación ambiental. Los grados de complejificación en la construcción y justificación de una naturaleza ambientalizada se han ido complejificando con soportes ideológicos más espectaculares y mediáticos, pasando por Kyoto hasta llegar a los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), en donde lo ambiental aparece como una cláusula retórica de difícil factibilidad por ausencia de voluntades políticas.[5] El ODM núm. 7, que hace referencia a la sostenibilidad

[5] Agencia Española de Cooperación Internacional, *Visiones indígenas sobre desarrollo y cooperación*, Madrid, 2005; *Integrar la biodiversidad en la Cooperación europea para el desarrollo. Adoptado por los participantes de la Conferencia de Biodiversidad en la Cooperación Europea al Desarrollo*, París, 19 a 21 de septiembre de 2006.

del medio ambiente, pone excesivo énfasis en la adopción de medidas cuantitativas –como el establecimiento de áreas protegidas y cubierta forestal– en lugar de orientar su interés hacia los mecanismos necesarios para poder implementar dichas medidas. Una vez más se enfatizan criterios socioculturales del norte como patrones a universalizar, lo que se traduce en suerte de taxonomía de especies y lugares a proteger, obviando las dimensiones de interés estratégico de acuerdo con los patrones socioculturales de las comunidades locales del sur. En este sentido se olvida la existencia de sociedades comunitarias entreveradas por prácticas tradicionales que se expresan en formas propias de vida, alimentación, caza, pesca, reproducción cultural, etcétera.

Por contraposición a estas consideraciones semánticas y a la construcción de conceptos ambientales en la órbita occidental de poder, vamos a partir, como hipótesis fundamental, de una consideración de la biodiversidad tal y como ésta es concebida, a modo de proposición, por los pueblos indígenas:

> "Biodiversidad es armonía entre el hombre y la naturaleza de manera espiritual. Es el manejo que se da por el pensamiento, la palabra y la obra. El pensamiento es el anciano que es la fuerza espiritual de la palabra. La palabra es la autoridad. Lo que obra es la fuerza que es la juventud. *Hay que conservar lo que no se puede tocar. Hay que preservar lo que se puede tocar*".[6]

II. Irrupción de los Acuerdos Ambientales Multilaterales en relación con los pueblos indígenas. Una mirada crítica

La inserción disruptiva de los pueblos indígenas en los marcos de discusión de los *Acuerdos Ambientales Multilaterales* se produce a partir de la Cumbre de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo. Esta inserción controlada y regulada supone un avance respecto a la situación de insignificancia y falta de representación que los pueblos indígenas venían ocupando en la esfera internacional, en relación con los Acuerdos Medioambientales. La Cumbre de Río constituye un activador del significado y consideración de los pueblos indígenas en cuestiones ambientales de vital importancia para la producción, reproducción y desarrollo de su identidad individual y colectiva. Su presencia resulta pertinentemente aludida y concitada en textos como la *Declaración de Principios de Río*, la *Agenda 21* (en su capítulo 24), el *Convenio Marco de Naciones Unidas para prevenir el cambio climático*, la *Declaración de Principios sobre Bosques* o el *Convenio de Diversidad Biológica*. Los pueblos indígenas, en cuanto nuevos actores, son aludidos de manera genérica como "guardianes de la tierra", haciendo referencias constantes a sus "sistemas propios de sostenibilidad".

Sin embargo, entre las limitaciones fundacionales hay que hay considerar está el hecho de que los pueblos indígenas no fueron convocados como sujetos protagónicos a la Cumbre de Río, lo que forzó a la creación de una reunión y declaración paralela, como la *Declaración de Kari Oka. La Cumbre de Río* sí supuso la apertura de nuevas vías de negociación y participación por parte de los pueblos indígenas, lo que se tradujo en diálogos de carácter multilateral. En un sentido optimista, supuso la instauración en el ámbito internacional de una nueva manera de comprender la relación a tres bandas entre pueblos indígenas, derechos humanos y derechos ambientales, lo que implicaba construir un discurso de derechos cargado de exigencias y reivindicaciones indígenas, modulado por demandas medio-ambientales, cuyo corazón de significación era la territorialidad indígena. Es decir, supuso el primer peldaño para avanzar hacia una lógica intercultural para la re-construcción de los derechos humanos y los derechos medio-ambientales.

Ello se concretaría en la constitución de pequeños y tímidos espacios de representación indígena, como fue la *Comisión de Desarrollo Sostenible,* orientada a la negociación de cuestiones tan fundamentales para los pueblos indígenas como: el cambio climático, la diversidad biológica, el Foro intergubernamental de Bosques, la Cumbre Mundial de Desarrollo Sostenible, etcétera.

Tres serían, sin embargo, los espacios normativos que resultaron más permeables y receptivos para recoger y ubicar las demandas de

[6] Testimonio de Claudino Pérez, vocero de la mesa indígena en la Agenda Regional de Biodiversidad llevada a cabo en Leticia (Colombia), junio de 2005.

la emergencia indígena: el *Convenio Marco para prevenir el Cambio Climático*, especialmente a través del Foro Intergubernamental sobre Bosques; y el *Convenio de Diversidad Biológica*.

En relación con el Convenio Marco para prevenir el Cambio Climático, se empieza a producir una tímida participación de los pueblos indígenas en las reuniones preparatorias. Esto, aunque evidente desde nuestra contemporaneidad, constituía un gran avance teniendo en cuenta el tratamiento político y normativo que los pueblos indígenas estaban teniendo en la esfera internacional.

En lo que respecta al *Foro Intergubernamental sobre Bosques*, la presencia indígena empezó teniendo un bajo perfil negociador y una escueta participación, además que no se consiguió que fuera un instrumento vinculante para los Estados. Para avanzar en las negociaciones y poder tener en cuenta la presencia de los pueblos indígenas en todas estas cuestiones, se constituyó la *Alianza Mundial de Pueblos Indígenas y Tribales de los Bosques Tropicales*. Lamentablemente no se ha podido conseguir que estos encuentros fueran más allá de meras reuniones de expertos.[7]

El *Convenio de Diversidad Biológica*, que entra en vigor en 1993, constituye, sin embargo, el instrumento donde mayor repercusión ha tenido la presencia, participación y *lobby* indígena. Supone un paso adelante en la inserción dignificada de los pueblos indígenas en la negociación y participación de los acuerdos ambientales multilaterales.[8] Los objetivos que enmarcaban este Convenio eran la conservación de la diversidad biológica, el uso sostenible de la misma, así

[7] *Cfr.* Lola García y Patricia Borraz, "La participación indígena en los Foros internacionales: Lobby político indígena", en M. Berraondo (ed.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 236 y ss.

[8] *Cfr.* Patricia Borraz (coord.), *La participación indígena en el Convenio sobre Diversidad Biológica*, Watu, Madrid, 2000; "El Convenio sobre Diversidad Biológica y el conocimiento tradicional de los pueblos indígenas", mimeo; Claudia Ituarte Lima, *Derechos indígenas y medio ambiente a la luz del derecho internacional*, tesis de licenciatura en derecho, Universidad Iberoamericana, 2003; "Conocimientos tradicionales de la biodiversidad y derechos de los pueblos indígenas", en versión electrónica, Instituto Nacional de Ecología, México; P. Darrel y G. Dutfield, *Beyond Intellectual Property: towards traditional resource rights for indegenous peoples and local communities*, International Development Research Center, Ottawa, 1996; Eleazar Loa Loza y Leticia Durand Smith, "Hacia la estrategia mexicana de biodiversidad", en *México y el Convenio de Diversidad Biológica*.

como el reparto equitativo de los beneficios, lo que suponía un aspecto de especial relevancia para los pueblos indígenas. El Convenio ha dado pasos importantes de cara al reconocimiento de los pueblos indígenas como actores privilegiados y fundamentales para la conservación de la diversidad biológica, al reconocerlos como poseedores de conocimiento tradicional. También ha facilitado su participación informal a través de mecanismos como el Fondo Internacional Indígena sobre Biodiversidad, que constituye un espacio paralelo a las sesiones oficiales para discutir los derechos de los pueblos indígenas y poder presionar para adoptar una perspectiva indígena en el seno oficial de las negociaciones. Sin duda, uno de sus grandes logros ha sido la creación de un Grupo de Trabajo *ad hoc* para la discusión del artículo 8j, que reconoce el carácter protagónico de los pueblos indígenas en cuestiones de biodiversidad. Sin embargo, este tipo de afirmaciones quedan contrapuntadas y oscurecidas con el principio de soberanía de los Estados sobre los recursos biológicos (art. 3), en lugar de haber procedido a reconocer a la Humanidad como depositaria de este patrimonio. La primacía absoluta de los Estados sobre los recursos biológicos constituye una merma importante de las posibilidades que conllevaba reconocer a los pueblos indígenas como poseedores y portadores de conocimiento tradicional. Ello ha supuesto, en última instancia, una imposición de los intereses de los Estados sobre los recursos biológicos y genéticos existentes en los territorios indígenas. El avance que suponía inicialmente el *CDB* en todas estas cuestiones, queda todavía más mermado si se tiene en cuenta la inexistencia de mecanismo de obligatoriedad y sanción que obligue a las partes a cumplir con los compromisos asumidos. A ello habría que añadir la falta de reconocimiento del derecho territorial indígena, o las reticencias a reconocer del derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas para la instrumentación de las exigencias del *CDB*.

De manera sumaria se podría hacer un balance de elementos positivos y negativos como consecuencia de la irrupción de los pueblos indígenas facilitada por estos instrumentos normativos. Entre las cuestiones positivas estarían: el reconocimiento del valor del conocimiento tradicional; la creación de un Grupo de Trabajo específico para las discusiones del artículo 8 j; el reconocimiento del consentimiento previo, libre e informado en cuestiones de biodiversidad; el

reconocimiento de derechos indígenas para la creación y gestión de áreas protegidas; o el vínculo del *CDB* con organismos especializados de Naciones Unidas en relación con temáticas indígenas, como el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas o el Foro Permanente sobre las Cuestiones Indígenas. Sin embargo, también se puede hacer un acopio de elementos negativos como: el no reconocimiento de unos principios básicos para la participación real de los pueblos indígenas en la esfera internacional, lo que viene adjetivado por una participación condicionada a la financiación existente y aderezada por barreras idiomáticas, o la exigencia de currículas académicas para poder garantizar la participación indígena; el principio de soberanía estatal, máxima que atraviesa y permea todo el Sistema Internacional de Derechos Humanos y, muy especialmente, el Sistema de Naciones Unidas; la fuerte tecnificación y burocratización con la que se construyen y desarrollan estos espacios internacionales de carácter multilateral; la desviación de cuestiones claves sobre materias de biodiversidad a organismos que abrazan la ideología neoliberal del capitalismo global, como es el caso de la Organización Mundial de Comercio (OMC) o la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

III. El elemento discriminado por las políticas ambientales: la territorialidad indígena

La discriminación de la perspectiva indígena en la consideración de las cuestiones ambientales y de biodiversidad, tiene su localización originaria en la centralidad con la que se impone el concepto de *propiedad* occidental. La lógica de este derecho patrimonial tiene su arraigo y proyección sobre toda la práctica discursiva y dogmática del derecho internacional de los derechos humanos. Es, por tanto, este elemento el que ocluye un debate intercultural en materia de derechos humanos, cuando tanto a un lado como a otro del diálogo, poseemos concepciones antagónicas y bien pertrechadas de cómo entender este derecho: por un lado, la *propiedad privada*, en su concepción lockeana; por otro lado, la *territorialidad indígena*, en cuanto concepto estructural que encierra una dimensión trans-propietaria.

El derecho de propiedad occidental se fundamenta en dos ideas claves que lo sustentan: por un lado, la libertad de acceso a la propiedad; por otro lado, la individualización del trabajo en la tierra en que arraiga esta institución jurídica.[9] Estas dos ideas marco coloran el sentido y contenido de la propiedad, por lo que, cualquier interposición en la libre proyección de sus fundamentos, incurre en vulneración de este derecho. A su vez, los basamentos de esta institución jurídica permiten desgranar analítica y prácticamente una serie de efectos, como son: la divisibilidad de la tierra; la alienabilidad; la circulación mercantil y la seguridad crediticia. Estos fundamentos, junto con los efectos aditivos a los mismos, totalizan y clausuran el sentido en la manera y las formas de entender la propiedad en cuanto categoría expuesta al debate intercultural.

> El otro lado del pacto cultural, el indígena, procede a una interpretación intercultural de las potencialidades que se derivan de esos fundamentos y de sus efectos. Dicha hermenéutica permite rescatar tácticamente ciertas posibilidades para la construcción de una concepción propia de territorialidad e insertarlo, de esta manera, en el discurso del derecho internacional de los derechos humanos.[10] Entre las posibilidades que se destilan de la concep-

[9] Entre algunas de las referencias bibliográficas de la que nos hemos nutrido, proponemos las siguientes lecturas: Pedro García Hierro, "Territorios indígenas: tocando a las puertas del derecho", en A. Surrallés y P. García Hierro (eds.), *Tierra adentro. Territorio indígena y percepción del entorno*, IWGIA, Documento núm. 39, Copenhague, 2004; Víctor Toledo Llancaqueo, "Políticas indígenas y derechos territoriales en América Latina 1990-2004, ¿las fronteras indígenas de la globalización?, *mimeo*; "Todas las aguas. Notas sobre la (des)protección de los derechos indígenas sobre las aguas, el subsuelo, las riberas, las tierras", en *Anuario Liwen*, núm. 3, Temuco, CEDM LIWEN, 1997; R. Roldán, "Territorios colectivos de indígenas y afroamericanos en América del Sur y Central. Su incidencia en el desarrollo", en *Banco Interamericano de Desarrollo*, Washington, 2002; Gerardo Zúñiga, "La dimensión discursiva de las luchas étnicas. Acerca de un artículo de María Teresa Sierra", en *Alteridades*, 10 (19), 2000, pp. 55-67; "Los procesos de constitución de territorios indígenas en América Latina", en *Nueva Sociedad*, núm. 153, enero-febrero de 1998, pp. 141-155; "Territorios indígenas: lugares de la etnicidad y la política en América Latina", en *Cuadernos de Trabajo sobre América Latina*, núm. 1, París, Ecole des Hautes Etudes en Sciencies Sociales, 1998, pp. 60-104; Coica, "El territorio y la vida indígena como estrategia de defensa de la Amazonia", en *Primer Encuentro Cumbre entre Pueblos Indígenas y Ambientalistas*, Coordinadora de Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazonia, Iquitos, 2000; Mikel Berraondo, "El derecho indígena al medio ambiente", tesis doctoral, 2007, mimeo.

[10] No desdeñamos, desde estas afirmaciones, el ingente esfuerzo intercultural que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos viene realizando en la protección de los derechos territoriales indígenas. Es más que evidente una práctica intercultural del dere-

ESCUELA LIBRE DE DERECHO
BIBLIOTECA

ción occidental de propiedad están: el carácter absoluto, exclusivo y permanente de la propiedad, lo que transmuta en una consideración absoluta, exclusiva y permanente de la territorialidad como mecanismo de protección.

El problema que se plantea de fondo es que la propiedad dispone de un régimen legal propio que expresa determinados valores culturales; el fundamento y las consecuencias que se derivan del mismo, responden a un patrón cultural determinado. Por ello, la propiedad privada es una institución jurídica que *a priori* presenta serios problemas de compenetración con el sentido indígena de hábitat. Existe una disfuncionalidad de raíz en este debate intercultural puesto que la apropiación táctica de ciertos sentidos y consecuencias de la pro-

cho en estas cuestiones. Ejemplos recientes de protección y preservación de los derechos de los pueblos indígenas a sus territorios ancestrales son, por ejemplo: la Resolución núm. 12/85, caso de los Yanomami, núm. 7615, Brasil, 5 de marzo de 1985; el Informe de Fondo núm. 75/02, caso 11.140, Mary y Carrie Dann, Estados Unidos, 27 de diciembre de 2002; las Medidas Cautelares, De Verenining van Saramakaanse (Suriname), 8 de agosto de 2002. En lo que respecta a la cuestión que venimos tratando, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala*, del año 1993, ya expresaba: "Desde el punto de vista de los derechos humanos en tanto propiedad de una persona, un pequeño plantío de maíz merece el mismo respeto que una cuenta bancaria o una fábrica moderna". Con esta afirmación la Comisión quería apercibir que una perspectiva de derechos exige otorgar la misma relevancia a la territorialidad indígena que a la propiedad no-indígena. Sin embargo, los matices aquí son importantes para comprender y construir qué se entiende por territorialidad indígena. Por ello, es interesante ubicar cuál es el *locus* jurídico del que se parte: si éste es originario o derivado; si negociamos desde un *corpus* jurídico propio y constitutivo, o arrastrado y derivado de otro; si se considera los sistemas normativos indígenas como constituyentes, originarios y autónomos, o no. Por ello el objeto de debate no es sólo que se reconozcan derechos territoriales a los pueblos indígenas, sino que se abra un debate intercultural-normativo sobre qué entiende cada pueblo por derechos territoriales, y cómo dialoga desde el antagonismo con el derecho estatal. Como veremos posteriormente, en este aspecto también el Sistema Interamericano ha caminado hacia una comprensión e interpretación evolutiva del derecho de propiedad, al reconocer dentro de éste "los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal", tal y como se recoge en el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos humanos. *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni *vs.* Nicaragua, Sentencia de 31 de agosto de 2001, serie c, núm. 79, párrafo 148. En el caso de las hermanas Carrie y Mary Dann *vs.* Estados Unidos, la Comisión establece el sugerente y prolífico término, ya en una lógica intercultural, de un "cuerpo más amplio de derecho internacional [que] incluye la evolución de las normas y principios que rigen los derechos humanos de los pueblos indígenas", en Informe de Fondo núm. 75/02, de 27 de diciembre de 2002, párrafo 124.

piedad por parte de los pueblos indígenas, supone forzar los sentidos de una institución hasta su desvirtuación y deformación, lo que invierte y hace problemático el pacto intercultural. Así, mientras el derecho occidental construye el concepto de propiedad a partir de las posibilidades que otorga el derecho civil, los sistemas normativos indígenas construyen el concepto de territorio intrínsecamente adosado al concepto de pueblo (indígena), pero desde las posibilidades que otorgan derechos políticos públicos, como la autonomía, condición de posibilidad para gestionar soberanamente los territorios indígenas.

Las consecuencias de todo ello, como ya se ha anticipado, son constantes correcciones y adulteraciones de una institución jurídica –la propiedad privada, tal como es construida en occidente– para poder encajar, aunque sea a contrapelo, la concepción indígena de territorialidad. Este ejercicio de manierismo jurídico constituye una adulteración del diálogo intercultural al sustraer los fundamentos más radicales de una institución jurídica, con un arraigue sociocultural concreto, para implantarlos en otra cosmovisión bajo la adjetivación de diálogo intercultural. Sin embargo, en este proceso se olvida cómo se entiende originariamente la cuestión territorial indígena y, a partir de ahí, como se podría concitar un pacto transcultural entre dos instituciones antagónicas, más que adaptarse deformando un sistema normativo con raigambres culturales propias y poco porosa a la flexibilidad. Un pacto así, está condenado al fracaso ya que siempre se aducirá por una de las partes –occidental liberal– que el resultado altera molecularmente la composición originaria de una institución jurídica como la propiedad, limitando, por tanto, un derecho fundamental. Con ello, el diálogo intercultural quedará condenado a una práctica de recortes e implantes, más que a un difícil contraste de puntos de vista y cosmovisiones.

Así, del concepto liberal occidental de "disponer libremente" de la propiedad, se infiere por deformación, la inalienabilidad, lo que en sí mismo es incompatible con la institución de la propiedad. Del concepto de "seguridad jurídica", se deduce la inembargabilidad. De las relaciones individuales que se producen entre el sujeto y el objeto de apropiación, se destila espuriamente el concepto de comunidad. Todo este compendio de asimétricas y violentas adaptaciones lleva a concebir un concepto de propiedad colectiva indígena como una institu-

ción que se desprende, por derivación, del concepto de propiedad occidental, instituyendo la territorialidad indígena con las cualidades de la subordinación, la jerarquía y la complementariedad. Sin embargo, la propiedad colectiva indígena, tal y como se está manejando en el ideario del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, no supone co-propiedad, en cuanto traslación analógica del concepto de propiedad liberal. Supone, de manera simultánea, una consideración individual, comunitaria y supracomunitaria. Implica espacios de todas las personas y a su vez de ninguna. Comprende derechos de las antiguas y de las futuras generaciones. La propiedad indígena nunca es estrictamente absoluta o exclusiva; existen siempre un conjunto de mediaciones que actúan como restricciones o limitaciones a esa absolutez o totalidad, como son las familiares, las comunitarias, las supra-comunitarias, etc. La determinación de exclusividad, absolutez e inalienabilidad no son más que derivaciones otorgadas a partir de los fundamentos de una institución jurídica como la propiedad. Estas adjetivaciones resultan alérgicas y ajenas a la cosmovisión indígena, mucho más si son utilizadas con carácter instrumental para mediatizar un diálogo intercultural. Ello nos pone frente a la verdadera complejidad que el antagonismo intercultural encierra y supone.

Una vez ubicado lo que consideramos el núcleo de la conflictividad intercultural en la cuestión tierra *versus* territorio, presente en toda su intensidad en el Convenio 169 de la OIT,[11] pasaremos a desarrollar cómo es comprendido y construido el concepto de territorio desde la perspectiva de los pueblos indígenas. Se trata no sólo de reconocer los derechos territoriales indígenas, desde un plano normativo, sino de expresar qué se entiende por territorialidad indígena, cómo es construida, imaginada, asumida y proyectada desde la cosmovisión indígena, para, desde ese momento, poder tener acceso a un pacto intercultural. Para ello transitaremos por tres momentos que guardan unidad en la explicación: en primer lugar, estableceremos cuál es el alcance de la territorialidad indígena; en segundo lugar, sugeriremos cuál es el contenido simbólico de la misma (en su dimensión abstracta, ya que la concreción específica deberá hacerse desde cada imaginario indígena); en tercer lugar, desarrollaremos cuáles son los atributos que caracterizan jurídicamente al territorio indígena.

[11] El Convenio 169 de la OIT, titulado sobre *Pueblos indígenas y tribales en países independientes*, constituye, al día de hoy, el principal instrumento, en materia de derechos y obligaciones normativas para los Estados, teniendo en cuenta los derechos de los pueblos indígenas. En su artículo 14, atendemos a la siguiente formulación de tierras y territorios: 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 a 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 prestarse 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.

En relación con *el alcance de la territorialidad indígena* es necesario acercarse a cómo ésta queda incluido en el ámbito constitucional de algunos Estados-nación latinoamericanos. A ese respecto es interesante considerar cómo fluctúa entre diferentes acepciones, como Tierras Comunitarias de Origen (TCO), Municipios, Territorios étnicos, Resguardos, etc. La propiedad comunal indígena es el resultado del reconocimiento legal de las variadas y específicas formas de control, propiedad, uso y usufructo de los territorios y los bienes concomitantes a ellos.[12] En ese sentido, para definir su alcance, se han venido usando diferentes criterios y registros como: 1) *territorialidad originaria*, que referencia a los derechos previamente existentes a la creación de los Estados-nación en que quedaba inscrita la territorialidad indígena, lo que conferiría a estos pueblos títulos permanentes e inalienables; 2) *ocupación tradicional*, tal y como viene recogido

Como se ve, hay claramente una transposición del concepto y del contenido de tierras sobre el de territorio. Es decir, se procede a definir el concepto de territorio indígena a partir de una consideración civilista de tierra, produciéndose un reconocimiento formal de las categorías de tierras y territorios en el artículo 13, pero no material ni de contenidos de la territorialidad indígena. En el artículo 14, sin embargo, la referencia a los territorios indígenas desaparece, proyectando ya sobre éstos una comprensión deducida del concepto de propiedad privada occidental. En este artículo, por tanto, no hay si quiera un reconocimiento formal normativo del concepto de territorialidad indígena.

[12] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso Mary y Carrie Dann *vs.* Estados Unidos de Norteamérica, Informe de Fondo núm. 75/02 de 27 de diciembre de 2002, párrafo 130.

en el artículo 27 del *Proyecto de Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas*;[13] 3) *Ocupación actual*, como el caso de Chile;[14] 4) *Territorio como espacio de vida*, es decir como lugar para la producción, reproducción y desarrollo de los procesos vitales, individual y colectivamente considerados; 5) *Territorio como hábitat*;[15] 6) o la utilización de criterios integradores, fusionando muchos de los ya mencionados, como es el caso del Convenio 169 de la OIT, en donde se utiliza indistintamente territorios tradicionales, "ocupación o utilización", "hábitat de regiones que habitan", "necesidades" vinculadas con las relaciones espirituales, etcétera.

En relación con los *contenidos de la territorialidad indígena*,[16] es importante –para poder acercarnos desde una perspectiva intercultural y normativa– tener en cuenta la existencia de tres dimensiones: a) una base material de la territorialidad, que constituiría su sustento y arraigo biofísico, en donde quedaría simbólicamente ubicado todo lo que hace referencia a cuestiones de hábitat, recursos naturales, medio ambiente, biodiversidad, etc., es decir, las entrañas eco-físicas de la territorialidad; b) un espacio sociocultural, en donde se materializa la influencia histórica de cada pueblo indígena y desde donde se construyen unas especiales relaciones de estos pueblos con la base material de la territorialidad. Desde esta especial relación social y cultural de los pueblos indígenas con sus territorios se deriva la existencia de conocimientos tradicionales y patrimonios propios; c) un espacio político y geográfico que hace referencia a las posibilidades de control y gestión política del territorio a partir de la utilización de derechos políticos como la autonomía. Es propiamente el ámbito y el nivel de la jurisdicción indígena, en donde se confabulan, como una unidad inescindible, un bucle de derechos que completan la dimensión holística y estructural de la territorialidad en la cosmovisión indígena. Entre éstos estarían la territorialidad, la autonomía y la jurisdicción. Sólo un territorio autónomamente gestionado y con capacidad jurisdiccional sobre sus recursos biofísicos y sobre sus habitantes, puede dar medida de la territorialidad indígena como una unidad de vida completa.[17] Cuando hablamos de integralidad territorial indígena, este concepto equívoco y polisémico refiere a funciones económicas que estos pueblos realizan y desarrollan en el territorio; a las condiciones ecológicas en que la vida se desarrolla; a la percepción subjetiva que los sujetos que allí habitan tienen del propio territorio; a la naturaleza física del bien referido: elementos biofísicos, espirituales, culturales, simbólicos; es decir, a la fusión fértil y de difícil catalogación jurídica por el derecho occidental, de naturaleza y pueblo.

Todo este nivel abstracto que funciona como propedéutica para poder ejercer un pacto intercultural normativo en la manera de construir y considerar la territorialidad indígena, queda reflejado en las referencias y comentarios que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos realizó al artículo XVIII del Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, en el caso Mary y Carrie Dann. Allí se habla de

> "principios jurídicos internacionales generales que han evolucionado en el sistema interamericano y son aplicables dentro y fuera del mismo... la Co-

[13] E/CN.4/SUB.2/1994/2/Add.1 (1994). Art. 27: "Los pueblos indígenas tienen derecho a la restitución de las *tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma y que les hayan sido confiscados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento expresado con libertad y pleno conocimiento.* Cuando esto no sea posible, tendrán derecho a una indemnización justa y equitativa. Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual cantidad, extensión y condición jurídica".

[14] José Aylwin, "Pueblos indígenas de Chile: antecedentes históricos y situación actual", en *Instituto de Estudios Indígenas. Universidad de la Frontera*, Documento núm. 1, ; Víctor Toledo, "Las tierras que consideran como suyas. Reclamaciones mapuches en la transición democrática chilena", en *Asuntos Indígenas*, IWGIA núm. 4, 2005.

[15] *La Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas de la República Bolivariana de Venezuela* define el *hábitat indígena* como: "el conjunto de elementos físicos, químicos, biológicos y socioculturales, que constituyen el entorno en el cual los pueblos y comunidades indígenas se desenvuelven y permiten el desarrollo de sus formas tradicionales de vida. Comprende el suelo, el agua, el aire, la flora, la fauna y en general todos aquellos recursos materiales e inmateriales necesarios para garantizar la vida y desarrollo de los pueblos y comunidades indígenas".

[16] Un enfoque interesante en estas cuestiones puede verse en Víctor Toledo, *Pueblo Mapuche, derechos colectivos y territorio. Desafíos para la sustentabilidad democrática*, LOM Ediciones, Chile, 2006.

[17] Asier Martínez de Bringas, "El reto de hacer efectivos los derechos de los pueblos indígenas: la difícil construcción de una política intercultural", en *Pueblos indígenas y política en América Latina*, Salvador Martí (ed.), Barcelona, CIDOB, 2007.

misión considera que los principios jurídicos internacionales generales aplicables en el contexto de los derechos humanos de los indígenas incluyen: a) el derecho de los pueblos indígenas al reconocimiento legal de sus formas y modalidades variadas y específicas de control, propiedad, uso y usufructo de los territorios y bienes; b) el reconocimiento de su derecho de propiedad y posesión con respecto a tierras, territorios y recursos que han ocupado históricamente; c) en los casos en que los derechos de propiedad y uso de los pueblos indígenas deriven de derechos previamente existentes a la creación de sus Estados, el reconocimiento por los Estados de los títulos permanentes e inalienables de los pueblos indígenas y a que ese título sea modificado únicamente por consentimiento mutuo entre el Estado y el pueblo indígena respectivo cuando tengan pleno conocimiento y apreciación de la naturaleza o los atributos de ese bien. Esto también implica el derecho a una justa indemnización en caso de que esos derechos de propiedad y uso sean perdidos irrevocablemente".[18]

Sin embargo, todo ello plantea, como venimos viendo, serios conflictos a la construcción de un derecho internacional medioambiental capaz de integrar, desde una perspectiva de derechos, la dimensión de los pueblos indígenas. Para ello el derecho medioambiental internacional debería ser capaz de introducir en su corazón normativo valores socioculturales de los pueblos indígenas, que deberían ser interpretados de manera específica, adaptada a la realidad cosmovisional de cada pueblo, en cada realidad estatal. Ello tendría que venir acompañado, también, de principios de eficiencia para una correcta regulación de las relaciones humanas desde una perspectiva intercultural. Entre esos principios de regulación intercultural estarían todos aquellos necesarios para evitar una consideración estrecha y reductiva del territorio indígena, limitada, exclusivamente, a dimensiones occidentales centradas en espacios agrícolas y pecuarios.[19]

[18] CIDH, caso Mary y Carrie Dann *vs*. Estados Unidos, Informe de Fondo núm. 75/02, diciembre de 2002, párrafos 129 y 130.

[19] De nuevo la Corte Interamericana de Derechos Humanos vuelva a exhibir una lógica intercultural en la comprensión del territorio indígena cuando afirma: "Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que gozan plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras", Corte IDH, caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni *vs*. Nicaragua, Sentencia de 31 de agosto de 2001, serie C núm. 79, párrafo 149.

También conllevaría la introducción de criterios interculturales que faciliten una comprensión territorial que exprese la riqueza de la alianza *territorio-pueblos.* En definitiva, una comprensión intercultural de los derechos humanos nucleada en torno a una consideración holística, procesual, polifacética y progrediente del derecho a la vida[20] en los territorios indígenas. Ello implica que toda consideración de la territorialidad indígena no podrá nunca limitar lo que son funciones económicas de estos pueblos, interpretación que tiene que ser de nuevo trasportada desde una concepción solidificada de la relación territorio-pueblos. Por ello, la aplicación intercultural del derecho a la vida trasciende una mirada agropecuaria del territorio. La introducción de la dimensión sociocultural en la comprensión de la territorialidad indígena devalúa una mera consideración productivista de la misma, tan intrínsecamente vinculado, por otro lado, a la institución jurídica de la propiedad. La lógica de la divisibilidad del territorio vuelve a ser una perspectiva impuesta desde una interpretación cultural-occidental del territorio. En la amazonia indígena, el bosque tiene valor no por su suelo fértil –lógica productiva– sino por su estrato ecológico y su vuelo forestal, es decir, por toda la riqueza simbólica, espiritual y cultural que encierra el territorio, todo ello interpretado, necesariamente, desde una lógica consuetudinaria.[21]

[20] Resulta pertinente la siguiente afirmación de la Corte IDH en relación con el derecho a la vida, sentencia sobre el fondo, caso Niños de la calle, del 19.11.1999, Serie C, núm. 63, Párr. 144: "El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él".

[21] "El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carecen de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro", Corte IDH, caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni *vs*. Nicaragua, Sentencia de 31 de agosto de 2001, serie C, núm. 79, párrafo 151.

Finalmente, abordaremos los *atributos que caracterizan jurídicamente la territorialidad indígena*, desde una lógica intercultural. Para lograrlo, nos apoyaremos, en primer lugar, en las consideraciones previamente aludidas para caracterizar los derechos territoriales indígenas como derechos *absolutos, exclusivos y perpetuos*, para, de manera instrumental, establecer matizaciones y restricciones al carácter positivo y occidental que encierran esas expresiones, y poder acceder, así, al campo allanado de los imaginarios desde los que proceder a construir la interculturalidad.

Hablar de derechos territoriales indígenas absolutos y exclusivos supone contrapuntarlo con la necesidad de pacto y colaboración con otras lógicas, necesidades y derechos, como son derechos comunitarios, supracomunitarios o deberes colectivos, estos últimos escapan también a la lógica en que éstos son comprendidos en la cosmovisión occidental. Desde esta fina síntesis entrecruzada, podemos acercarnos al terreno condicionado para poder dialogar con las concepciones occidentales de propiedad. Sin embargo, el carácter hermético, positivo y totalizante que denotan términos como "absoluto y exclusivos", resultan poco útiles para dar medida de la perspectiva y dimensión de los derechos territoriales indígenas.

Respecto al término "permanente" éste debe ser entendido desde una perspectiva histórica y sociocultural, trascendiendo la consideración temporal de los derechos tal y como son comprendidos por el derecho occidental; por tanto, no vinculados a la duración de la vida humana o del portador del derecho referido. Es aquí donde la territorialidad muestra su doble rostro, individual y colectivo; así como su doble dimensión, trans-temporal (más allá de la temporalidad de la vida humana) y trans-espacial (más allá de la geografía occidental).[22]

[22] Corte IDH, caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni *vs.* Nicaragua, Sentencia de 31 de agosto de 2001, serie C, núm. 79. Voto Razonado Conjunto de los Jueces A.A. Cançado Trindade, M. Pacheco Gómez y A. Abreu Burelli, párrafos 9-10: "La preocupación por el elemento de la conservación refleja una manifestación cultural de la integración del ser humano con la naturaleza y el mundo en que vive. Esta integración, creemos, se proyecta tanto en el espacio como en el tiempo, por cuanto nos relacionamos, en el espacio, con el sistema natural de que somos parte y que debemos tratar con cuidado, y, en el tiempo, con otras generaciones (las pasadas y las futuras), en relación con las cuales tenemos obligaciones".

La perpetuidad, como condición para tener acceso a la negociación intercultural, debe ser aderezada con el carácter originario de los sistemas normativos indígenas, lo que nos inserta, de nuevo, en otra lógica tempo-espacial y nos lleva a la abdicación de los títulos de propiedad como única manera de reivindicar y garantizar estos derechos.

Todo ello debería ser complementado, en segundo lugar, con la radicalidad que implica la concesión de derechos territoriales a un sujeto colectivo como el de los "pueblos indígenas". Esa radicalidad supone situarse más allá de los estándares del derecho civil y privado en la manera de establecer y garantizar los derechos de propiedad.[23] La dimensión colectiva supone una elucidación prolífica de dimensiones y prismas jurídicos. De esta manera, la territorialidad tiene una dimensión trans-generacional (generaciones pasadas, presentes y futuras); trans-fronteriza, más allá de los estrechos marcos con los que se entienden los derechos de la ciudadanía en el ámbito del Estado-nación delimitado por fronteras; y trans-personal, implicando la dimensión pública del derecho en la manera de fundamentar titularidades y ofertar garantías. En definitiva, derivar las consecuencias de la territorialidad indígena a partir del hemistiquio inescindible de *pueblo-territorio*.

En tercer lugar, deberá poder convalidarse toda forma y modalidad de control, propiedad, uso y usufructo que define la relación socioeconómica del binomio *pueblo-hábitat*. Ello pasa por admitir la regulación de toda forma de control territorial indígena, abarcando en dicho control jurisdiccional la totalidad de hábitat: superficie, subsuelo, vuelo forestal, aguas, recursos genéticos, etc. Como se desprende de la lógica de territorialidad y de la jurisdicción, ello no podrá realizarse sin la concesión de derechos de autonomía que permitan un ejercicio real de la territorialidad y de la jurisdicción. La autono-

[23] Corte IDH, caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni *vs.* Nicaragua, Sentencia de 31 de agosto de 2001, serie C, núm. 79. Voto Razonado Conjunto de los Jueces A.A. Cançado Trindade, M. Pacheco Gómez y A. Abreu Burelli, párrafo 9: "...al elemento de la *conservación* sobre la simple explotación de los recursos naturales. Su forma comunal de propiedad, mucho más amplia que la concepción civilista (jusprivatista), debe, a nuestro juicio, ser apreciada desde este prisma, inclusive bajo el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a la luz de los hechos del *cas d'espèce*".

mía, en cuanto derecho político público,[24] incluye: control político y jurisdiccional de la territorialidad; autonomía de uso y explotación; control social y espiritual del territorio y sus recursos; libertad interna para una distribución de derechos intra-territorial; control económico del territorio; seguridad jurídica en el territorio. Todo ello implica un juego de tensiones, síntesis, solapamientos y negociaciones entre los sistemas normativos indígenas, desde una lógica consuetudinaria, y los sistemas normativos estatales, desde una lógica positiva y escriturística.

Esta danza intercultural se encuentra con los conflictos propios que la colonialidad del poder ha ido trazando sobre la identidad de los pueblos indígenas, como son: la tiranía de la soberanía estatal, tanto en el ámbito regional, internacional y global, en la manera de comprender y construir una dogmática de derechos humanos; las constantes reservas de dominio estatal sobre los territorios indígenas como proyección de la larga sombra del monopolio de la soberanía estatal; la exclusiva visión económica del territorio indígena, lo que ha supuesto arredrar la perspectiva sociocultural[25] de los pueblos in-

[24] Acuñamos esta expresión puesto que el ejercicio de la autonomía indígena tendrá consecuencias estructurales en la futura composición y distribución territorial del Estado. Es toda la compleja cuestión de la integración de la territorialidad indígena al Estado y la adaptación de éste a la lógica de la territorialidad indígena, pero desde una perspectiva intercultural, y no colonial-estatal, como hasta ahora. *Cfr.* Carlos Romero Bonifaz, *El proceso constituyente boliviano. El hito de la cuarta marcha de tierras bajas*, CEJIS, Bolivia, 2005; López Bárcenas, *Autonomía y derechos indígenas en México*, Cuadernos Deusto de Derechos humanos, núm. 39, Bilbao, 2006.

[25] Son más que fundamentadoras de todo un derecho intercultural las palabras del juez A. Cançado Trindade en el *voto razonado* de la sentencia de la comunidad indígenas Sawhoyamaxa *vs*. Paraguay, sentencia de 29 de marzo de 2006, párrafos 28, 30 y 32: "El derecho a la vida es, en el presente caso de la *Comunidad Sawhoyamaxa*, abordado en su vinculación estrecha e ineludible con la identidad cultural. Dicha identidad se forma con el *pasar del tiempo*, con la trayectoria histórica de la vida en comunidad. La identidad cultural es un componente o agregado del derecho fundamental a la vida en su amplia dimensión. En lo que concierne a los miembros de comunidades indígenas, la identidad cultural se encuentra estrechamente vinculada a sus tierras ancestrales. Si se les privan de estas últimas, mediante su desplazamiento forzado, se afecta seriamente su identidad cultural y, en última instancia, su propio derecho a la vida *lato sensu*, o sea, el derecho a la vida de cada uno y de todos los miembros de cada comunidad". (...) "El vivir en sus tierras ancestrales es esencial para el cultivo y la preservación de sus valores, inclusive para su comunicación con sus antepasados". (...) "En mi Voto Razonado subsiguiente

dígenas en su consideración, y la imposición de una dimensión exclusivamente productivista del territorio, en su diseño; el despliegue de políticas públicas multiculturales, con pretensiones integradoras y asimilacionistas, pivotadas sobre la vanidad estatal que se pavonea consciente de que una gran parte del movimiento indígena se plagará indefectiblemente y sin resistencia a los intereses estatales inherentes a las propuestas territoriales que éstos proponen en sus diseños de políticas multiculturales (territoriales), y que otra gran parte del movimiento quedará fragmentado por el disenso generado como consecuencia de la implementación de estas políticas.

IV. Avances en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos para la construcción de una interculturalidad-normativa de la territorialidad indígena

La reciente jurisprudencia de la Corte y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (IDH) ha venido creando un cuerpo jurídico garantista para la construcción, desarrollo y protección de los derechos de los pueblos indígenas, con una punzante proyección y potencialidad intercultural.[26] Del análisis de este novedoso compendio jurisprudencial pueden inferirse una serie de *principios jurídicos interculturales* que otorgan un marco político y normativo suficiente

(del 08.02.2006) en el (mismo) caso de la *Comunidad Moiwana* (Interpretación de Sentencia), insistí en la necesidad de reconstrucción y preservación de la identidad cultural (párrs. 17-24), de la cual *el proyecto de vida y de pós-vida* de cada miembro de la comunidad mucho depende".

[26] Nos referimos principalmente a la sentencia de la Corte IDH, caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni *vs*. Nicaragua, de 31 de agosto de 2001, serie C, núm. 79; informe de fondo de la Comisión IDH, caso Mary y Carrie Dann *vs*. Estados Unidos de Norteamérica, núm. 75/02, de 27 de diciembre de 2002; sentencia de la Corte IDH, caso Masacre de Plan de Sánchez *vs*. Guatemala (reparaciones), de 19 de noviembre de 2004, serie C, núm. 116; sentencia de la Corte IDH, caso comunidad Moiwana *vs*. Suriname, de 15 de junio de 2005; sentencia de la Corte IDH, caso comunidad indígena Yakye Axa *vs*. Paraguay, de 17 de junio de 2005; resolución de la Corte IDH, caso pueblo indígena de Sarayaku, medidas provisionales, de 17 de junio de 2005; sentencia de la Corte IDH, caso comunidad indígena Sawhoyamaxa *vs*. Paraguay, de 29 de marzo de 2006; sentencia de la Corte IDH, caso Yatama *vs*. Nicaragua, de 23 de junio de 2005.

para obtener, por derivación, derechos indígenas: aquellos que de alguna manera ya quedan reflejados en el Proyecto de Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Poblaciones indígenas, en el Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y, de manera mucho más suavizada y recortada, en el Convenio 169 de la OIT.[27]

Así, entre los principios que fundamentarían derechos indígenas y que darían materialidad y coloración intercultural a los mismos estarían:[28]

> *El carácter colectivo de la propiedad indígena*, que constituye el eje de interpretación y vector de sentido de la sentencia de la Corte IDH en el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni *vs*. Nicaragua.[29] La dimensión colectiva de los derechos irrumpe, desde la particularidad indígena, en la sentencia de un Tribunal Regional de derechos humanos, como es el caso de la Corte IDH. Una fina hermenéutica jurídica-intercultural en relación con este supuesto, lo que se ha venido expresando como una interpretación evolutiva del derecho de propiedad,[30] permite inferir una dimensión colectiva en la manera de fundamentar y construir los derechos humanos, perspectiva que complementa la raquítica perspectiva individualista sazonada con los aromas y especias de la manera occidental de entender el mundo y la vida. Esta dimensión colectiva, en cuanto principio hermenéutico para comprender el código internacional de los derechos humanos, otorga enormes pistas para la concreción de esta dimensión –la colectividad de los derechos– en parajes culturales diferenciados, con sujetos distintos, y en situaciones geopolíticas muy variadas. De esta sentencia se deriva toda una *ontología colectiva* de los derechos humanos que exige ser teorizada por especialistas del derecho y de las ciencias sociojurídicas, para poder deducir contenidos normativos concretos para situaciones específicas, pero cambiantes.

La especial relación de los pueblos indígenas con sus tierras y territorios, siendo esta íntima anudación la que otorga sustantividad propia a la identidad indígena. Este principio arroja un instrumental interesantísimo para construir una dogmática intercultural de los derechos humanos. Inextricablemente asociado al principio anterior –la dimensión colectiva de los derechos–, aquí se introduce el elemento de la territorialidad en un sentido corporal-colectivo, es decir, trascendiendo una dimensión patrimonialista, civilista y reductiva de la propiedad. Constituye, por tanto, el fundamento jurídico de todas las ideas que hemos venido relatando en este trabajo. Territorialidad en cuanto corporalidad identitaria de los pueblos indígenas, contenido inherente, a su vez, del derecho a la vida de los pueblos indígenas.[31]

[27] En relación con la consolidación de una perspectiva de derechos, objetivo para el cual esta jurisprudencia ha resultado de inestimable valor, es de vital importancia tener en cuenta la reciente Estrategia Sectorial de la Cooperación Española con los Pueblos Indígenas (ECEPI), desarrollada por la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI). El marco normativo internacional que sirve de inspiración para el desarrollo de este documento de política pública, incluye, entre algunos de ellos, los Proyectos y el Convenio arriba referidos. La ECEPI pretende ser un proyecto de cooperación pública impulsado desde una interpretación de derechos: la de los pueblos indígenas. Como hemos venido señalando a lo largo de este trabajo, no basta con el mero reconocimiento formal y programático de una herramienta de derechos redactada en los gabinetes gubernamentales de la política pública, pero con poca voluntad política de factibilidad; es necesario un enfoque intercultural, en donde el contenido de los conceptos, su materialidad y radicalidad, y la posibilidad de negociación en el ámbito internacional con otros actores (estados, organismos multilaterales, etc.), resultan fundamentales. Este es el gran reto de la ECEPI para poder aproximarse a un diálogo intercultural.

[28] *Cfr*. El magnífico artículo de Luis Rodríguez-Piñeiro, "El sistema interamericano de derechos humanos y los pueblos indígenas", en M. Berraondo (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 153-203; Isabel Madariaga, "Sistema interamericano de derechos humanos, pueblos indígenas y derecho de propiedad. Breves antecedentes", en Ch. Courtis, D. Hauser, G. Rodríguez (comps.), *Protección Internacional de Derechos Humanos. Nuevos desafíos*, Porrúa, México, 2005, pp. 209-228.

[29] Sentencia de 31 de agosto de 2001, serie C, núm. 79.

[30] Esta *interpretación evolutiva* constituye uno de los saltos cualitativos en la creación de una nueva manera de comprender el derecho, cuestión en la que venimos insistiendo, enconadamente, en todo el trabajo. *Cfr. Ibid*., párrafo 148: "Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención –que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos–, esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución política de Nicaragua".

[31] Corte IDH, caso Yakya Axa, *op. cit*., párrafo 135. Como bien ha insistido Agamben, la corporalidad (individual o colectiva), la *nuda vida* o vida desnuda y desamparada, es lo que constituye el fundamento de la soberanía política en la Modernidad: "sólo la *nuda*

El origen consuetudinario del derecho de propiedad comunal indígena, por contraste conflictivo con la intransigencia del derecho positivo occidental cuya carta de identidad viene precedida por la exigencia de formas escriturísticas para poder considerar un derecho como válido y legítimo. Como la propia Corte IDH vuelve a recalcar: "El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro".[32]

Los deberes del Estado en relación con la propiedad comunal indígena. El caso Awas Tingni vuelve a ser el rotor que distribuye el agua fresca para la creación de nuevos derechos y deberes. En ese sentido insiste en la necesidad de garantías efectivas para poder instrumentar y llevar a buen término las radicales disposiciones que incorpora la sentencia. Para ello, apela a la necesidad de titulación de las tierras indígenas, que aun siendo una exigencia propia del derecho occidental derivado de la institución de la propiedad, constituía, en su momento, una mediación instrumental para poder otorgar carne, tendones y huesos al derecho de propiedad comunal indígena. Sin embargo, este principio, aunque ortodoxamente utilizado todavía en esta sentencia, es decir, sin claras codas interculturales, exhibe una potencialidad que permite abrir corredores de vida en la angosta

vida es auténticamente política desde el punto de vista de la soberanía". Considérese y profundícese esta perspectiva teniendo en cuenta todo el aplomo específico de la colonialidad del Poder, no considerada por Agamben, pero que sin duda su análisis resulta valiosísimo para construir un pensamiento crítico compacto que tenga en cuenta las relaciones geopolíticas Norte-Sur, desde la perspectiva de la colonialidad. *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Pre-textos, Valencia, 2003, p. 138. Un intento de profundización en lo previamente sugerido puede verse en Asier Martínez de Bringas, "Pueblos indígenas no contactados. una realidad emergente entre la memoria pisoteada y los derechos perdidos", en Berraondo, M. (coord.), *Pueblos no contactados ante el reto de los derechos humanos. Un camino de esperanza para los Tagaeri y Taromenani*, Cicame y Cdes, Ecuador, 2005.

[32] Corte IDH, caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni *vs*. Nicaragua, *op. cit*., párrafo 151.

morfología del derecho clásico. El hecho de incidir expresamente en la especial responsabilidad del Estado, nos sitúa ante un nuevo plano de garantías para los derechos, trascendiendo una comprensión estrecha de las mismas que las reduce a garantías jurídicas, institucionales o legales.[33] Permite, además, asirnos a una dimensión descentrada y desubicada de las garantías sociales en el derecho, como las que puedan enunciarse desde la perspectiva de las comunidades y movimientos indígenas. Es toda la cuestión de nuevas estrategias de protección frente a nuevos derechos. Ello implica instaurar una nueva comprensión de la relación *derechos-deberes*, remitiéndonos, sincrónicamente, a una nueva consideración de las subjetividades-víctimas (en este caso, los pueblos indígenas, pero deducible a otros contextos y situaciones), así como a una nueva reformulación de los deberes públicos del Estado en la protección de los derechos humanos. Este principio supone una revisión integral de las garantías del derecho desde nuevos fundamentos reformulados a partir de las consecuencias que se derivan de la revisión de las relaciones *derechos-deberes*.

El conflicto entre propiedad comunal indígena y derechos de terceros. Esta es una cuestión complementaria del principio anterior, pero que dada su conflictividad real, exige un tratamiento específico. Es decir, el replanteamiento de la lógica de los derechos-deberes, a partir de la irrupción en escena de derechos indígenas emergentes, exige re-pensar los diagramas en que éstos se expresan como consecuencia de la entrada en escena de nuevos actores. No sólo es necesario pensar la relación víctima-Estado, desde un plano garantista, sino la potencialidad que terceros tienen en el corazón de la globalización neoliberal de vulnerar derechos indígenas en el epicentro de sus propios territorios. De nuevo, la territorialidad irrumpe como el alma de toda la corporalidad indígena. No sólo otorga ontología a la

[33] Para una profundización de los diferentes prismas y posibilidades que ofertan las garantías del derecho, puede consultarse, Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trota, 2007; Christian Courtis, *Derechos sociales, ambientales y relaciones entre particulares. Nuevos horizontes*, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, núm. 42, 2007, pp. 31-47.

identidad, sino que constituye el elemento nuclear en la espinosa cuestión de las multi-garantías, en un ámbito de confrontación intercultural tan polémica como es la territorialidad indígena. De nuevo la Corte IDH vuelve a hacer una exhibición de creatividad jurídica al llamar la atención sobre la importancia que la territorialidad indígena tiene en la conformación, reproducción y desarrollo de la subjetividad indígena. Este especial bien, que es la territorialidad, sin el cual la identidad queda destazada, exige una protección jurídica cualificada. La Corte desarrolla una hermenéutica intercultural de la que se deduce la primacía absoluta de la territorialidad en el *corpus* de valores indígenas. Ello supone el desplazamiento de otros bienes que puedan entrar en conflicto con la territorialidad indígena; con más motivo, si se trata de un bien como la propiedad privada de terceros.

En este caso, la interpretación intercultural no puede igualar, otorgando el mismo *estatus* a la territorialidad indígena y a la propiedad (tierra) de terceros.[34] Lo que es consustancial para garantizar el derecho a la vida de los pueblos indígenas, no guarda el mismo grado de cualidad cuando se trata de terceros no-indígenas. Por tanto, lo que constituye un bien fundamental en uno de los lados del proceso cultural, no puede ser evaluado con el mismo grado e importancia en el otro lado.

Una analogía intercultural tal resultaría profundamente asimétrica, produciendo una quiebra importante entre los diferentes procesos culturales en diálogo que se traduciría en violación de derechos. Por ello, la Corte permite un desplazamiento de los derechos de terceros cuando éstos entran en colisión con *derechos fundamentales indígenas*. Añade, además, que corresponde al Estado establecer las garantías pertinentes para proceder a una demarcación titulada de los territorios indígenas con el fin de ubicar dónde se produce la vulneración, respecto a qué bienes, y cuál es concretamente el conflicto que se plantea. Por tanto, la sentencia incrementa la responsabilidad del Estado, desplegada a partir de la lógica de derechos-deberes, para poder garantizar derechos fundamentales indígenas.

[34] *Cfr.* Caso Comunidad indígena Yakye Axa *vs.* Paraguay, *op. cit.*, párrafos 65 y ss, y 146-149; caso comunidad indígena Sawhoyamaxa *vs.* Paraguay, párrafos 153 y 164.

Extinción de los derechos de propiedad indígena. En este supuesto se trata de proceder a una interpretación intercultural de la prescriptibilidad de los derechos territoriales indígenas, teniendo en cuenta la existencia de múltiples actores en conflicto: pueblos, Estados, terceros, personas jurídicas, etc. De nuevo la Corte establece como criterio matriz para interpretar la duración de los derechos fundamentales (territoriales) indígenas, todo el tiempo en que perdure y se mantenga su relación íntima y única con los territorios que ocupan o hayan ocupado.[35] Este criterio fundante se despoja de su abstracción y considera que esa relación se mantiene *siempre* que se pueda fundamentar o alegar una *praxis* u *usos* indígenas con fines culturales y espirituales. En estos supuestos, se da una prioridad de la dimensión sociocultural de los pueblos indígenas, que se materializa en el territorio y en todas las posibilidades que éste abre. Ello está sólidamente ligado a nuevos derechos, puesto que la territorialidad, para ser esgrimida y ejercida, exige de un derecho político público como es la autonomía, que incluye la jurisdicción indígena sobre la territorialidad y el reconocimiento de los sistemas normativos indígenas. Por ello, en caso de producirse una conculcación del derecho a la territorialidad, éste tiene prioridad incluso frente a las disposiciones de derecho interno que deberán ceder en el supuesto de conflicto de jurisdicciones, teniendo en cuenta el carácter fundamentalísimo que la territorialidad tiene para los pueblos indígenas. Ello también es predicable si la desposesión indígena de sus territorios se ha producido como consecuencia de la utilización de la fuerza por parte de terceros.

[35] *Cfr.* Caso Comunidad Sawhoyamaxa *vs.* Paraguay, párrafo 131, entre otros.

LA LEY DE SOCIEDAD DE CONVIVENCIA PARA EL DISTRITO FEDERAL. INDICIO DE IGNORANCIA O DE INAPLICABILIDAD DELIBERADA DE LA TÉCNICA JURÍDICA LEGISLATIVA[1] POR PARTE DE UNA MAYORÍA DE DIPUTADOS DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL[2] QUE SUSCRIBIERON LA INICIATIVA CUERVO

Carlos MÜGGENBURG

SUMARIO: I. *Introducción*. II. Ratio Legis *y Exposición de Motivos*. III. *Hechos supuestos incomprobados*. IV. *Falacia conclusiva*. V. *Consideraciones históricas y sociológicas manipuladas*. VI. *Consideración final del autor a la primera parte*.

[1] "...tendremos que distinguir entre la *técnica de formulación* y la de *aplicación* de los preceptos del derecho. La primera a la que suele darse el nombre de *técnica legislativa*, es el arte de la elaboración o formulación de las leyes". García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, Porrùa, 36a. ed., México, 1984, p. 318, y "[a]rte es toda actividad práctica humana que implica elecciones valoradas en función del perfeccionamiento del hombre integral... [e]s preciso seleccionar entre los medios aptos para alcanzar el fin, aquel medio que se valora más oportuno y apropiado a las circunstancias... son requisitos del arte: 1) el conocimiento teórico de los principios y posibilidades científicas aplicables al caso; 2) el talento (o intuición artística) que permite valorar cada medio posible en función del fin propuesto; y 3) la prudencia en el seleccionar los medios de acuerdo con el fin y las circunstancias", Villoro Toranzo, Miguel, *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa, México, 1966, p. 135.

[2] Iniciativa de la Ley de Sociedades de Convivencia, que presenta la Coalición Parlamentaria Social Demócrata. Primer Periodo de Sesiones Ordinarias. Primer Año de Ejercicio. Versión estenográfica de la Sesión Ordinaria celebrada el día 26 de octubre de 2006. Por el Grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática, diputados

I. Introducción

En la Gaceta Oficial del Distrito Federal se publicó el 16 de noviembre de 2006 el Decreto de Ley de Sociedad de Convivencia para el propio Distrito Federal, la cual consta de 25 artículos de vigencia indeterminada y tres transitorios.

Los de vigencia indeterminada están subdivididos en 5 correspondientes al Capítulo I denominado Disposiciones Generales, 7 pertenecientes al Capítulo II titulado Del Registro de la Sociedad de Convivencia, otros 7 en el Capítulo III cuyo rubro se identifica como De los Derechos de los Convivientes y un último Capítulo IV llamado De la Terminación de la Sociedad de Convivencia.

El Primero Transitorio estableció un plazo de 120 días naturales para que al siguiente hábil al vencimiento de dicho plazo suponemos, entrara en vigor, pero remitió al Segundo Transitorio que estableció que dentro del plazo máximo mencionado, el jefe de gobierno y los órganos político administrativos deberían realizar "las adecuaciones jurídico-administrativas correspondientes", en un plazo que no excediera al de 120 días mencionado. El Tercero Transitorio solamente ordenó su publicación en la mencionada Gaceta y en el *Diario Oficial de la Federación* "para su mayor difusión".

De manera preliminar, sólo llamaremos la atención sobre la brevedad del articulado sustantivo de la ley, no obstante la complejidad del tema, y particularmente sobre la incertidumbre jurídica generada en cuanto a su iniciación de vigencia. Según se determinó por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, podría entenderse por una parte que entraría en vigor al día hábil siguiente a aquél en que el jefe de gobierno y los órganos políticos realizaran las mencionadas adecuaciones "jurídico-administrativas correspondientes", en cuyo caso habría sido necesaria una subsecuente publicación que informara de ello a los destinatarios de las normas o no podría entrar en vigor con certidumbre, aun cuando transcurrieran los 120 días naturales, si las mencionadas adecuaciones a cargo del Ejecutivo del Distrito Federal, no se hubieran hecho. Conociendo los antecedentes de gestación de esta ley, a algunos de los cuales nos referiremos posteriormente, no resulta creíble que el propósito hubiera podido ser "políticamente" de manera indefinida la iniciación de vigencia de la nueva ley, sino que ha sido la falta de capacidad técnica o en el mejor de los casos, de experiencia de los legisladores distritales, a costa de sus propios electores y destinatarios de la norma, la causa del incumplimiento de un fin fundamental del derecho que es la seguridad jurídica. Es decir, salvo que el Ejecutivo del Distrito Federal se esmerara y difundiera en la propia Gaceta suponemos, el cumplimiento de la encomienda que le hicieron los legisladores (hacer las adecuaciones jurídico-administrativas correspondientes), los mencionados destinatarios de la norma nunca habrían sabido si la ley finalmente habría entrado o no en vigor. Estrictamente, la nueva ley se apartó de lo previsto en el propio Código Civil para el Distrito Federal, pues no obstante que éste supone que cada ley pueda establecer el día de su iniciación de vigencia, expresamente establece que debe señalar "...el día en que debe comenzar a regir...",[3] y no lo hizo así técnicamente hablando. En el caso, los legisladores ignorantes del mandato legal de su propio Código Civil y de uno de los fines del derecho que es la seguridad jurídica, adicionalmente sujetaron la iniciación de vigencia a una condición, que fue la realización de las adecuaciones mencionadas.

Por último, resulta atípica la denodada pretensión del legislador local (pues no puede calificarse jurídicamente de otra manera) de

Víctor Hugo Círigo Vásquez, Agustín Guerrero Castillo, Isaías Villa González, Ricardo Benito Antonio León, Sergio Ávila Rojas, Juan Carlos Beltrán Cordero, Juan Bustos Pascual, Nancy Cárdenas Sánchez, Sergio Miguel Cedillo Fernández, Esthela Damián Peralta, María Elba Garfias Maldonado, Carlos Hernández Mirón, Ramón Jiménez López, Antonio Lima Barrios, Salvador Pablo Martínez Della Rocca, Avelino Méndez Rangel, Humberto Morgan Colón, José Luis Morúa Jasso, Nazario Norberto Sánchez, Daniel Ordóñez Hernández, Edy Ortiz Piña, Laura Piña Olmedo, Tomás Pliego Calvo, Leticia Quezada Contreras, José Cristóbal Ramírez Pino, Daniel Salazar Núñez, Arturo Santana Alfaro, Miguel Sosa Tan, Mauricio Alonso Toledo Gutiérrez, Enrique Vargas Anaya y Balfre Vargas Cortez. Por el Grupo Parlamentario del Partido Nueva Alianza, el diputado Xiuh Guillermo Tenorio Antiga. Por el Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional: diputados Jorge Federico Schiaffino Isunza, Marco Antonio García Ayala, Armando Tonatiuh González Case y Martín Carlos Olavarrieta Maldonado.

[3] Código Civil para el Distrito Federal. Artículo 4. Si la ley, reglamento, circular o disposición de observancia general para el Distrito Federal, fija el día en que debe comenzar a regir, obliga desde ese día, con tal de que su publicación haya sido anterior.

que se publicara en el *Diario Oficial de la Federación*, la nueva ley. El Ejecutivo Federal no está facultado para publicar leyes locales, es analógicamente (el Distrito Federal no es evidentemente un estado) a la inversa como opera el artículo 120 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ("los gobernadores de los estados están obligados a publicar y hacer cumplir las leyes federales").

II. *Ratio Legis* y Exposición de Motivos[4]

Dice el *Diccionario del Latín Jurídico* que *Ratio Iuris* es "La Razón del Derecho. Lo razonable para el derecho", pero dice también particularmente: "El motivo que tuvo en cuenta el legislador";[5] por su parte, Eduardo García Máynez distingue entre la *ratio juris* y la *ratio legis*,[6] siendo la primera "desde los romanos acá ...patrimonio común de nuestra conciencia jurídica", como principios generales del derecho que no sólo son válidos para cada pueblo en particular; y la segunda como fundamento axiológico de la premisa mayor, regla o principio que sirve de base a la inferencia legislativa, es decir exigencias, sigue diciendo el autor, de las que el mismo legislador obtuvo por vía de la determinación, el contenido de la norma menos amplia.

En la terminología de Rudolph von Ihering (citado por Eduardo García Máynez en su *Introducción al estudio del derecho*, pp. 189 y ss) son los intereses medios, es decir los predominantes en una sociedad como bien o interés que debe ser jurídicamente protegido, o regulado y no dejado más a la voluntad de los particulares solamente, sea de manera taxativa o supletoria de la voluntad de los particulares y descubrible fundamentalmente a través de la *exposición de motivos*, de los trabajos preparatorios o de las discusiones parlamentarias correspondientes a la legislación correspondiente.

Es pues la *ratio legis*, la consideración o consideraciones de hecho o fácticas, que como tales quedan reflejadas en el contenido de las hipótesis normativas para ser reguladas determinando los derechos y obligaciones que habrán de aplicarse automáticamente una vez actualizados tales hechos, porque el legislador, representante social, ha recibido el mandato público de ordenar tal situación y relación, de manera jurídica extraerla del campo de la mera relación social (aun no jurídica) y regularía específicamente al menos a partir de entonces. Será el resultado, diría Michel Villey (citado por Rodolfo L. Vigo en *El iusnaturalismo actual*, pp. 41 y 69), de la lucha de intereses contrapuestos o conflictos de interés o fines de individuos o grupos, según el mencionado enfoque de Ihering, acerca de los intereses jurídicos a proteger.

III. Hechos supuestos incomprobados

Cualquier iniciativa de ley debe tener como propósito modificar una realidad derivada de una práctica que se ha tornado injusta detectada ya como existente en la sociedad o inclusive mejor, debe evitar una previsible ruptura del orden derivada de una situación que también se ve venir como injusta y que por lo mismo amerita ser normada jurídicamente. En ambos casos, habrá que satisfacer los intereses que la visión quizá un tanto materialista, pero pragmática "Iheringniana" anticipó, resolver el conflicto de interés y dotar de protección primero a los intereses más generales sobre los particulares o protegerlos en todo caso si los de los mayoritarios no se ven afectados. Pero en todo caso, legislar con eficiencia, no desperdiciando recursos, incluyendo el tiempo que de no ser aprovechado de la manera adecuada y en beneficio de los intereses colectivos más generales, puede pretender estar resolviendo problemas de interés supuestamente más generales, y con ello desatendiendo lo que es verdaderamente esencial, la solución de los problemas sociales con trascendencia jurídica, que hacen urgente el mantenimiento del propio orden jurídico. Los intereses políticos partidistas de los triunfadores electorales (siempre menos generales que los de la colectividad general, incluyendo a los primeros) pueden ser satisfechos pero no a costa de otros intereses

[4] La Segunda Parte de este artículo se referirá ya no a la exposición de motivos de la Ley de Sociedad de Convivencia, sino al análisis jurídico de su articulado sustantivo y se propone el autor publicarla en el siguiente número de la *Revista de Investigaciones Jurídicas* de la Escuela Libre de Derecho.

[5] Nicoliello Nelson, *Diccionario del Latín Jurídico*, José María Bosch, Barcelona, 1999, p. 251.

[6] García Máynez, Eduardo, *Lógica del raciocinio jurídico*, Fontamara, 3a. ed., 1999, pp. 31 y 62.

más generales, pues el político electo, debe atender a los intereses generales y no sólo a las promesas de campaña, particularmente cuando su elección responda sólo a una mayoría relativa, del universo ciudadano incluyendo en éste también al que optó por no votar.

El conflicto que se le presenta a ese político electo, que ha dejado de estar en campaña y de depender de la plataforma política de su partido para representar intereses más amplios, lo resuelve conociendo la realidad; no puede, al igual que cualquier ser humano, tomar decisiones sin conocer, pues se equivocará e irresponsablemente (sin conocimiento pleno o al menos el más amplio a que estaría obligado a tener acceso), aprobará normas de contenido más particular que general, y con ello se expondrá mayormente a ser un legislador injusto. Es pues aún más grave para ese político decidir no sólo ya sobre intereses cercanos, e inclusive de sus partidarios, sino sobre los de la mayoría del pueblo, del Estado, de la nación, cuya solución de la problemática, resulta a ese nivel de sociedad ampliada, de la mayor trascendencia y responsabilidad.

El político electo debe, pues, buscar obtener el mayor conocimiento posible antes de resolver legislar o regular de una u otra forma una situación jurídica, antes de decidir restringir normativamente la libertad de la sociedad. Es peor legislar sin conocimiento de causa que legislar solamente para cumplir el expediente. Transformar legalmente un *statu quo*, que mal que bien sobrevive con estabilidad, implica no sólo un desperdicio de recursos, sino el riesgo de resolver mal lo que merece una atención responsable.

1. No existen registros estadísticos oficiales. Reconocimiento de ello en iniciativas "Enoé" (2001) y "Cuervo" (2006)

Tanto la iniciativa de Ley de Convivencia presentada por la diputada Enoé Uranga Muñoz del Partido de la Revolución Democrática, el 26 de abril de 2001 (en lo sucesivo la "Iniciativa Enoé"), como su parangón, la de la Ley de Sociedades de Convivencia del diputado del Partido Alternativa Social Demócrata, Jorge Carlos Díaz Cuervo, presentada el 26 de octubre de 2006 (en lo sucesivo, "Iniciativa Cuervo"), reconocen que "no existe registro estadístico oficial, ni las investigaciones sociodemográficas, ni los censos de población ni vivienda oficiales

toman en cuenta este tipo de relaciones sociales".[7] La primera refiriéndose, en un contexto más retórico que dialéctico a "...la realidad irrefutable de parejas del mismo sexo..." y la segunda, sin tanta retórica (pero reiterativa y carente también de una estructura lógica contundente como lo demanda un proceso legislativo serio) refiriéndose entre otros a "...la falta de reconocimiento de derechos civiles y sociales por causa de preferencia sexual y afectiva de las personas".

Específicamente, el Dictamen (sobre la Iniciativa Cuervo) con propuesta de Ley de Sociedad de Convivencia de las Comisiones Unidas de Derechos Humanos y de Equidad y Género de la propia Asamblea, prefiere ignorar la inexistencia de estadísticas reales o al menos confiables, reconocida por ambas iniciativas, pero además estableció el mencionado Dictamen que "...se estima que la legislación debe ser un reflejo de la realidad social y de sus transformaciones y de las necesidades que se generan de dichas realidades..." y opta entonces, hay que reconocer con un menos deficiente criterio político, por una ley más prospectiva impulsora de cambios sociales que resolutoria de una problemática social que, por cierto, no encuentra cómo soportar y propone entonces tomar en cuenta que "...la función de las leyes es ser motor de cambios sociales que contribuyan a la inclusión social y fomenten una cultura de respeto por la vía del reconocimiento de una institución autónoma en la que tengan cabida parejas del mismo o distinto sexo".

2. Sociedad Mexicana de Sexología Humanista Integral. "20% de la población tiene o ha tenido parejas del mismo sexo [según] numerosas investigaciones a escala internacional"

Ante la carencia de datos reales, haya sido por no existir éstos o por no haber habido voluntad política de enfrentar una realidad mucho

[7] Exposiciones de motivos de las iniciativas de Ley de Sociedad de Convivencia y de Sociedades de Convivencia presentadas a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal por la diputada Enoé Uranga Muñoz el 26 de abril de 2001 y por el diputado Jorge Carlos Díaz Cuervo el 26 de octubre de 2006, visibles en Diario de los Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal del 26 de abril de 2001 (año 1, núm. 16), la primera, y Dictamen con Propuesta de la Ley de Sociedad de Convivencia por el Distrito Federal de la IV Legislatura, Comisiones Unidas de Derechos Humanos y de Equidad y Género, la segunda.

menos abrumadora que la que "exaltan", las iniciativas Enoé y Cuervo prefieren remitirse a la Sociedad Mexicana de Sexología Humanista Integral (SOMESHI), sin dar mayor información sobre su origen, su función ni su autoridad moral social o credenciales, y arrebatando más que fundamentando argumentos de legitimidad, le atribuyen a esa Sociedad, coincidencia con "...numerosas investigaciones a escala internacional..." (incluyendo nombres como Kinsey, Master y Jonson, Bell y Weinberg, Charlotte Wolf, Marina Castañeda y Karla Jay, "y otros" agrega la Iniciativa Enoé), pero sin citar las fuentes consultadas y consultables que supuestamente fundamenten su propio y temerario argumento, según las cuales, "...alrededor de 20% de la población tiene o ha tenido parejas del mismo sexo".

3. Consejo Nacional de Población. 6.7 millones de hogares formados por dos o más parientes o no parientes (hogares no nucleares)

El único dato objetivo, de la realidad, que finalmente tanto la Iniciativa Enoé como la Cuervo utilizan para pretender justificar la necesidad de reconocer y respetar "la diversidad, la voluntad y la forma de relacionarse de las personas" como dice el propio Dictamen de esta última, o "la realidad irrefutable de las parejas del mismo sexo en la sociedad mexicana" o la constitución de "un marco jurídico que contemple y proteja las diversas formas de convivencia, erradique y prevenga la discriminación y promueva una cultura de respeto a la diversidad social", según se lee en la propia Iniciativa Cuervo, lo constituyen las estadísticas del Consejo Nacional de Población (CONAPO). La manera como utilizan ese dato de la realidad estadística es materia de análisis subsecuente.

Se refieren a datos tales como que de los 26.6 millones de hogares, 2.1 millones están conformados por personas sin parentesco, y que sólo 17.8 millones lo constituyen lo que denominan hogares nucleares, es decir una pareja con o sin hijos o un padre o una madre con uno o más hijos, en tanto que 6.7 millones de hogares se forman por dos o más parientes o por personas sin parentesco. Sin embargo, la Iniciativa Enoé supuestamente partiendo de la misma información del CONAPO, concluye que "una tercera parte de los hogares mexicanos (32.7%) no son nucleares". Sobre el mismo particular, la Iniciativa Cuervo, no obstante calificar los datos del CONAPO como "estimaciones", a diferencia de la Iniciativa Enoé, sus conclusiones matemáticas (que no necesariamente de contenido), sí parecieran coincidir con las del CONAPO.

IV. Falacia conclusiva

Dice Manuel Atienza,[8] refiriéndose a su atinadamente contributiva práctica concepción del derecho en sentido argumentativo que, tal concepción permite también "...detectar las falacias, esto es, la existencia de malos argumentos que parecen buenos". Conforme a su vez, al *Diccionario de la Lengua Española*, de la Real Academia Española,[9] podemos afirmar que desde un punto de vista objetivo, falacia es engaño, fraude o mentira, independientemente del propósito que con ello pueda perseguirse. Por su parte, hablando de la falsedad lógica, afirma Walter Brugger,[10] que "...sólo cabe hablar de conceptos falsos, en la medida en que por juicios desacertados, [los conceptos] son relacionados con los objetos". Encauzar predeterminativamente una conclusión con el ánimo de satisfacer un postulado de campaña política para ganar adeptos, o inclusive de alcanzar un objetivo personal o de grupo, que no esté apoyado en datos reales sociales que requieran satisfacer una necesidad fundamental general (como lo es de la esencia de cualquier ley) e inclusive la "exaltación" de la limitada información disponible, no responde al criterio ético y aún menos al social y de eficiencia, con que debe conducirse un representante social, no está de manera alguna justificado. No hay tiempo, esfuerzo ni dinero que pueda ser utilizado en el desarrollo de la función pública legislativa de intereses más particulares, cuando los más generales y apremiantes, como son la seguridad, la educación y salud verdaderamente públicas (entre otros), no reciben la atención que requieren. Menos aun, cuando tales intereses menos generales contaban ya de antemano, con solución jurídica, mediante la utilización de los esquemas legales ya existentes. Como ha dicho Miguel

[8] *El sentido del derecho*, Ariel, Barcelona, 2004, p. 261.
[9] Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1970, p. 604.
[10] *Diccionario de Filosofía*, Ed. Herder, Barcelona, 16a. ed., 1995, p. 240.

Villoro Toranzo,[11] cuando explica la crítica que sobre el conocimiento hacía Kant a Hume, "los datos sensoriales por sí mismos no son experiencia (y menos aun los recogidos intencional o no intencionalmente de manera parcial agregaríamos), para serlo requieren de la actividad organizadora del pensamiento, la cual los unifica y da sentido".

1. "Parejas del mismo sexo", ¿todos los que comparten vivienda u hogar?

La Iniciativa Enoé deduce con lógica falaz, de la información de la que el CONAPO a su vez toma de la Enadid 97 (Encuesta Nacional de la Dinámica Demográfica), no obstante que reconoce la iniciativa que no existe registro estadístico oficial, "la realidad irrefutable de las parejas del mismo sexo", pues el porcentaje de los hogares no nucleares, incluidos los jefaturados por una mujer, creció de 19% a 20.6%. Asume igualmente dicha iniciativa, "profundas transformaciones" en los modelos de convivencia y las atribuye igualmente a la conquista de los derechos civiles y sociales de las mujeres, a los cambios en la cultura sexual, al descenso del número de hijos por mujer, al aumento del número de mujeres profesionales, al incremento del desempleo masculino y el ascenso del empleo femenino; y con un insidioso análisis histórico instantáneo, determina que el desechamiento por las sociedades contemporáneas a los arreglos sociales de convivencia basados en la unión de linajes y patrimonios y el reclamo de la convivencia moderna de "la felicidad, la libre elección, el compromiso amoroso y la satisfacción de los afectos, ha renovado el pensamiento ético de las prácticas sexuales, lo que según la Iniciativa Enoé lleva a cuestionar la legalidad que ha banalizado los contenidos y significados de la experiencia sexual, "al codificar los actos sexuales en función de identificar mecánicamente de qué formas y entre qué personas suceden las relaciones sexuales". Luego de sus afirmaciones infundadas (pues no hace mención de investigación alguna distinta al dato estadístico indirecto del CONAPO), hace un

[11] Villoro Toranzo, Miguel, *Teoría general del derecho*, Porrúa, 1989, p. 37.

"salto dialéctico" al derecho fundamental a ejercer la sexualidad libre de coerción, discriminación y violencia, sin referir siquiera a las normas jurídicas que le daban tal tratamiento negativo a su alegado derecho, ni a las investigaciones sociológicas fácticas que hayan llevado a los legisladores, a tal conclusión.

Finalmente argumenta que en la década de los noventa, un buen número de países europeos –diez en total incluyendo a cuatro nórdicos–, a Brasil, Estados Unidos y Canadá, aprobaron leyes a favor de "relaciones sociales", ya existentes que carecían de un marco jurídico adecuado. Por último, sólo resta mencionar que, ante el riesgo de reacciones desfavorables a un análisis jurídico e investigación fáctica sociológica tan pobre, la Iniciativa Enoé argumenta que no se interferirá con el matrimonio, ni competirá con el concubinato, no modificará las normas vigentes relativas a la adopción. No obstante toda la enunciación anterior, matiza el propósito de la iniciativa señalando que la sociedad de convivencia podrá ser suscrita por personas del mismo o diferente sexo con capacidad jurídica plena con deseos de vivir en un hogar común y con voluntad de permanencia y ayuda mutua.

La iniciativa Cuervo parte de la misma supuesta información estadística del CONAPO, reconoce que con respecto a las parejas del mismo sexo "no existe registro estadístico oficial, ni las investigaciones sociodemográficas ni los censos de población ni vivienda oficiales toman en cuenta este tipo de relaciones sociales" y le basta con repetir que la Sociedad Mexicana de Sexología Estadística Integral y numerosas investigaciones internacionales, como su fuente para concluir con otro salto dialéctico no sólo acrobático, sino circense que, no habiendo fundamento jurídico alguno que sustente la falta de reconocimiento de derechos civiles y sociales por causa de preferencias sexuales y afectivas de las personas, pero con base en la Primera Encuesta Nacional Sobre Discriminación que según esto revela que 94% de las personas homosexuales o lesbianas, afirman que hay falta de oportunidades, así la iniciativa da por un hecho la violación a sus derechos humanos, políticos, sociales, económicos y culturales, incluso afirma que son frecuentemente víctimas de crímenes de odio. Por "todo ello", la Iniciativa Cuervo propone, inspirada en "los más altos valores de solidaridad humana y el altruismo", la protección y el alentamiento por el Estado, de otras formas de convivencia.

Las iniciativas Enoé y Cuervo, aunque dicen proteger otras formas de convivencia distintas a las de las lesbianas y homosexuales, como las propias iniciativas los llaman, no explican las características de las mismas ni la problemática a resolverles, como sí lo hace para las demás formas de convivencia, y entonces pareciera que habiéndoselas arrogado para su solo propósito cuantitativamente (no les dedican más de dos o tres párrafos de los más de sesenta de la Iniciativa Cuervo y treinta y cinco de la Enoé) integrista sexual, suponen que no hay hogares no nucleares extensos, compuestos por no familiares como los llaman, formados por personas que ni son lesbianas ni homosexuales, sino heterosexuales que corresponden a matrimonios sin hijos (porque no los han tenido o no viven más con ellos), o de aquéllas que viven juntas para compartir gastos, amistades no sexuales, ayuda, y otros intereses de exclusiva solidaridad, objetivos de trabajo, culturales y educativos e inclusive religiosos.

Las iniciativas Enoé y Cuervo suponen de manera descaradamente anticientífica, sin razonamiento alguno válido, y en forma contraria al desempeño de su función representativa de los intereses mayoritarios que los eligieron, ni datos estadísticos independientes, que esa quinta parte de la población que dicen las iniciativas que constituyen hogares no nucleares, son una "realidad irrefutable de parejas del mismo sexo" y más aun que su convivencia obedece a razones de "compromiso amoroso y de satisfacción de afectos", cualquiera que sea el sentido que pretendan dar a esa terminología.

2. Transformación social. "Auge" (¿comparado con qué?) de convivencia irreversible, de nuevas formas de convivencia

La iniciativa Enoé inicia su supuesta exposición de motivos, exaltando nuevas formas de convivencia de las que según ella hemos sido testigos "en las últimas décadas" consistente en el "auge irreversible" de éstas. Posteriormente usa también su prestidigitadora lógica de la manipulación de los conceptos y las cifras que de ella, dada por la identidad del lenguaje, seguramente tomó al menos en parte la Iniciativa Cuervo.

La Iniciativa Cuervo, aunque en forma menos imprudente y con astuto (que no audaz) oficio político, prefiere solamente hacer el

mismo "malabar lógico" de la iniciativa Enoé, y tomando la información estadística del CONAPO, que señala que los 6.7 millones de hogares, no nucleares o llamados "hogares extensos", están formados por dos o más parientes dice, incluso por personas sin parentesco. Luego, con un razonamiento lógicamente contradictorio, define a los hogares extensos o por cuanto a su género, como aquéllos que no están constituidos por al menos uno de los padres y algún hijo o hijos, y de esa manera al hacer una aseveración negativa, que no un juicio, ignorando la implicación del carácter lógico universal de una aseveración de esta naturaleza y pretendiendo manipular la información para integrar entre otros en éstos, por ejemplo, a todos los hogares de padres cuyos hijos por razones de matrimonio o de emancipación real han dejado la casa paterna, los excluye de los nucleares y los encajona "con diferentes formas de convivencia ....en las que tengan cabida las parejas del mismo o distinto sexo y que no están en la estructura del matrimonio". Y todavía haciendo más evidente su ilógico razonar, les atribuye en cuanto a su diferencia específica, los vínculos de solidaridad, apoyo mutuo y afecto, solamente acompañada de "la determinación de la voluntad de permanencia en torno al hogar".

Resulta evidente que la Iniciativa Enoé "cargada emocionalmente" afirma, sin el más elemental análisis comparativo, el llamado "auge" de las parejas del mismo sexo, a través del "salto cualitativo", de "una vida más plena", de "la renovación del pensamiento ético" y de cuestionar la banalización que la ley ha hecho de la experiencia sexual codificada mecánicamente y entonces concluye diseccionadamente, sin entender que el sentido lógico de la conclusión es la demostración de una aseveración y sin probar (lo haya habido o no) ni el crecimiento mayúsculo ni la irreversibilidad de las parejas del mismo sexo, en la nueva forma de convivencia que pregona.

Por su parte, la Iniciativa Cuervo, como se ha visto, con el aprendido fracaso de la Iniciativa Enoé, disminuye radicalmente el énfasis cualitativo de parejamiento sexual de la sociedad de convivencia que propone y aunque lo incluye explícitamente, sólo amplía cuantitativamente a otras formas de convivencia, con la misma la manipulación de los datos estadísticos del CONAPO y utilizando la misma lógica falásica de la Iniciativa Enoé.

3. Significado de: "Elevación grande con dignidad y fortuna. Altruismo"

El *Diccionario de la Real Academia* de la Lengua Española define a la palabra "auge" de origen árabe como "...el punto más alto del cielo [e]levación grande en dignidad y fortuna...".[12]

El carácter ya no sólo emocional de la exposición de motivos de la Iniciativa Enoé, sino inclusive pasional, se hace evidente cuando opta por calificar de prácticamente excelsa[13] (el alto, eminente, de singular excelencia), la nueva forma de convivencia, la de parejas del mismo sexo, que por cierto no alcanza a definir. Baste mencionar que darle el rango de alcanzamiento de la suprema altura, de las de su especie, que no hay algo mejor ni siquiera igual, a la existencia de "parejas del mismo sexo", resulta ridículo. Implica entonces necesariamente colocar en cualquier otro rango pero siempre inferior a las parejas heterosexuales, ya no se diga al concubinato, al matrimonio mismo.

Sin que sea el propósito de este estudio el análisis ético de la Ley de Sociedad de Convivencia, sólo baste mencionar que la pretendida expresada intención del legislador "defeño" de no interferir ni vulnerar la institución del matrimonio, ni competir "con la práctica del concubinato" como dice la Iniciativa Enoé, ni "transgredir ni vulnerar las instituciones que hoy existen en nuestra sociedad y nuestro sistema jurídico" como lo dice la Iniciativa Cuervo, resulta lógicamente antitética y contradicha por la concurrente aseveración de que la sociedad de las parejas del mismo sexo y otras formas de sociedad de convivencia (que como se dijo no alcanzó a definir ni una ni otra iniciativa), constituye el límite superior o extremo sin par que puede alcanzar cualquier relación humana.

4. Realidad irrefutable: "Las parejas del mismo sexo"

La vehemente Iniciativa Enoé calificó de "realidad irrefutable" la existencia de parejas del mismo sexo en la sociedad mexicana, y no

[12] Real Academia Española, *Diccionario de La Lengua Española*, Madrid, 1970, p. 143.

[13] Real Academia Española, *Diccionario de La Lengua Española*, 22a. ed., Madrid, 2001, p. 687.

obstante esa aseveración empíricamente indemostrada, ni siquiera lógicamente argumentada, tiene también el atrevimiento anticientífico de reconocer la inexistencia de investigaciones sociodemográficas y de censos que tomen en cuenta tal realidad. No obstante, contra toda lógica elemental infiere, con toda carencia de científico fundamento, que la afirmación coincidente de la llamada Sociedad Mexicana de Sexología Humanista Integral y las estadísticas de "numerosas investigaciones a escala internacional" muestran que 20% de la población tiene o ha tenido parejas del mismo sexo. No explica lo que en su aseveración significa tal tipo de parejas ni la fuente erudita de su información. Puede tratarse pues, como se ha dicho, de personas que por razones de auténtica amistad o necesidad económica por ejemplo, hayan decidido rentar un inmueble, pero la iniciativa decide no efectuar tal análisis pues ello posiblemente derrotaría su propósito.

La Iniciativa Cuervo, menos incisiva, pero pretendidamente cuantitativa, aunque infundada e igualmente incualitativa, sólo asevera "atender realidades sociales" y "reconocimiento de una institución autónoma que permita ejercer derechos elementales mínimos". Tampoco explica esta última iniciativa cuáles son esos derechos elementales a los que se refiere, que no pueden ser ejercidos más que a través de la nueva sociedad de convivencia.

Ni la "realidad irrefutable", ni la desatención a "las realidades sociales" que enuncian respectivamente tales iniciativas, quedan manifiestas, no obstante, con toda carencia de la más elemental ética legislativa, las dan por hecho y como elementos fácticos que hacen virtualmente existir, pues no demuestran su existencia ni necesidad de regularla, solamente la proponen, pero eso sí, con toda la presumida enjundia habida y por haber, impulsan su ley de sociedad de convivencia.

Legislar y legislador, en una u otra medida, se refieren a *lege* o *lex* y ambas provienen del latín y a su vez *lego* que en alguna de sus acepciones significa el que lee, es decir el que enseña a sus oyentes una materia, el que viene en conocimiento de una cosa oculta o desconocida para los demás.[14] En otras palabras que sabe más que los

[14] Pimentel Álvarez, Julio, *Diccionario Latín-Español Español-Latín*, Porrúa, México, 1999, pp. 414 y 415, y Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, 1970, p. 793.

otros porque no sólo lee, sino que por lo mismo, es capaz de conocer y entender mejor que los otros lo que aprende, y es capaz de explicárselos. Se usurpa la función de legislador, es decir se arroga la función u oficio como si le fuera propio, cuando en lugar de responder al cargo para el que ha sido electo, por la supuesta calidad moral superior derivada de esa capacidad de aprender, de conocer mejor que los otros lo dado, no lo sabe, no lo estudia, pero, sin embargo, lo difunde, induce al error.

El legislador no puede buscar satisfacer sus propios intereses y menos sus compromisos, si no responden a la realidad ni a los intereses de la realidad democrática mayoritaria, para servir a la cual han sido electos. No puede ni suponer lo inexistente, ni mucho menos dejar de investigar seriamente para tener el conocimiento más amplio posible y entonces usar su supuesto discernimiento superior al de los demás y con toda responsabilidad decidir cómo regular, es decir limitar las acciones y vida de la sociedad a la que sirven, restringirles una vez más su libertad, porque esa es la función del legislador, pero debe desempeñarla con sabiduría, nunca con ignorancia manifiesta o, sin ser capaz de razonar su ilustración.

V. Consideraciones históricas y sociológicas manipuladas

El legislador tiene dos opciones a considerar para legislar. O restringe una práctica social indeseada jurídicamente, mediante normas prohibitivas, u orienta hacia una práctica deseada jurídicamente mediante normas imperativas o sustitutivas de la voluntad de sus destinatarios a manera de encauzamiento o reordenación de su realidad histórica. En uno y en otro caso, el legislador tiene una enorme responsabilidad en el desempeño de su función por la trascendencia que sus acciones tienen en la colectividad que le ha encomendado el cargo de ordenar sus vidas hacia el bien de todos, mas no el de cada uno, ni el de grupos determinados de la sociedad en seguimiento de consignas políticas, pues no es el legislador de algunos sino de todos; su función es hacer normas generales no dirigidas a sectores preseleccionados individualizados de la sociedad. Debe buscar legislar en aquellas materias que integren mejor a la sociedad y no las que la escindan, sobre todo, si los asuntos de esos sectores, siendo muy

minoritarios, están ya resueltos jurídicamente por la normatividad general preexistente.

Pero aun si decide hacerlo, no puede el legislador ni dejar de investigar la condición fáctica histórica dada, ni hacerlo parcialmente, ni mucho menos manipularla para lograr una finalidad predeterminada unilateralmente por consignas de orden político electoral campañil. Las fuentes confirmatorias de la necesidad de regular situaciones existentes deben ser no sólo diversas sino múltiples. Acudir a datos particulares, inciertos y preseleccionados, en lugar de proceder (además) a la inversa, es decidir inductivamente con ética anticientífica, es desvirtuar y manipular la función legislativa.

1. Universales supuestamente recientes

No podemos negar los cambios sociológicos que a lo largo de la historia se han ido dando en la forma del concepto de familia, particularmente en el papel que en la misma van desempeñando la mujer y el hombre a pesar de su identidad ética desde su origen remoto, no obstante su diferenciación funcional y las aptitudes que tal función les habilita. Pretender que esos cambios se han dado sólo recientemente y que la mujer no había sido capaz de desarrollar y poner en práctica sus aptitudes intelectuales superando inclusive al hombre, no por su condición de mujer sino porque como ser humano genéricamente tiene el mismo potencial que el primero, constituye no sólo una arrogación burda de la paternidad de escenarios añejos de la historia, sino que muestra en la más benévola de las apreciaciones, ignorancia de la historia o intención de manipularla para la masa poblacional, en aras de alcanzar su objetivo siniestro. Dice el historiador Fustel de Coulanges que desde el advenimiento del cristianismo "[la] mujer, que el antiguo culto colocaba en una posición inferior a la del marido, se hizo moralmente igual".[15] Inclusive el propio Aristóteles, dos o tres siglos antes y en el contexto histórico griego calificado posteriormente de ser femeninamente discriminativo, establecía: "La asociación del marido y la mujer constituye una forma de gobierno aristocrático. El hombre manda en ella conforme es jus-

[15] Coulanges de, Fustel, *La ciudad antigua*, Ed. Nueva España, México, 1944, p. 546.

to, pero sólo en las cosas que el hombre debe mandar y abandonando a la mujer lo que corresponde a su sexo. Pero cuando el hombre pretende decidir soberanamente de todo sin excepción, se convierte la asociación en oligarquía, y obra entonces contra derecho, desconoce su misión y ya no manda en nombre de su superioridad natural".[16]

A. Iniciativas Enoé y Cuervo. Derechos humanos

La Iniciativa Enoé, con su enfoque marcadamente sexista, concibe a los derechos humanos y "la búsqueda de su integración a la vida cotidiana como uno de los signos de la modernidad, como el salto cualitativo a una vida más plena, más humana, que [hace] cuestionar los contenidos y los significados de la experiencia sexual". La Iniciativa Cuervo, en forma mucho más moderada y astuta, pero no por ello mucho menos dogmatizada, afirma improbadamente desde un punto de vista jurídico que por esa circunstancia "...las personas de orientación sexual diversa enfrentan situaciones de violación a sus derechos humanos". Posteriormente se contradice pues sí enuncia tratados internacionales ratificados por México, relativos a derechos humanos, no sólo antidiscriminativos, inclusive en aspectos civiles, sociales, políticos, económicos y culturales.

Otra vez ambas iniciativas mostrando su característico desfase cronológico ignorante o malicioso, se levantan como artífices de los derechos del ser humano "de la modernidad", desconociendo ya no digamos a los antiguos pensadores "...Grozio y, antes que él, a Francisco Suárez y a Francisco de Vittoria y más atrás a Santo Tomás de Aquino y todavía antes San Agustín y a los Padres de la Iglesia y a San Pablo y más lejos a Cicerón, a los estoicos, a los grandes moralistas de la antigüedad, y a sus grandes poetas, a Sófocles en particular e inclusive, a sus concreciones positivistas del siglo XVIII, que los haría mucho más accesibles y apetecibles a legisladores 'modernos', [sino también a] [l]a Declaración Francesa de los Derechos del Hombre [que] los ha presentado (y por ello con una cierta dosis de equívoco) en la perspectiva completamente racionalista de la filosofía de las luces y de la Enciclopedia [y a] [l]a Declaración Americana, [que] por muy marcada que sea ella de la influencia de Locke y de la religión natural, ha permanecido más cercana al carácter originalmente cristiano de los derechos humanos".[17] Y todavía más recientes y vigentes que no deberían tampoco ser ignorados por tales legisladores novedosos, entre otros documentos, podemos referirnos a la no menos conocida Declaración de los Derechos del Hombre por la Organización de las Naciones Unidas de 1946. El reclamo de la Iniciativa Enoé de la ausencia de políticas públicas que respondieran, a los cambios profundos que reclama se han dado en los modelos de convivencia, no fue ni siquiera atendido en la ley, pues como se verá, el régimen legal que resultó de ésta, era en todo caso, plenamente alcanzable convencionalmente, bajo el marco jurídico que existía y existe. Además, el carácter generalmente renunciable de la innovativista normatividad convivencial aprobada, en nada atiende a esas políticas que la propia iniciativa reclamó.

[16] Aristóteles, *Moral Nicómaco*, Espasa Calpe, México, 1980, p. 223.

B. Cambios culturales sexuales

Mientras que la Iniciativa Enoé afirma, sin demostrar, generalizando, que son un hecho las transformaciones en los modelos de convivencia y lo atribuye a una combinación de factores que incluyen "los cambios en la cultura sexual", al igual que la Iniciativa Cuervo, parecen contradictoriamente lamentarse de la violación de los derechos culturales de "las personas de orientación sexual diversa, víctimas de crímenes de odio por motivos de lesofobia y homofobia". Aun cuando no demos al término cultura[18] su significación lexicográfica,

[17] Maritain, Jacques, *Los derechos del hombre y la Ley Natural*, Ed. Palabra, Madrid, 2001, pp. 64, 68 y 69.

[18] "Resultado o efecto de cultivar los conocimientos humanos y de afinarse por medio del ejercicio las facultades intelectuales del hombre", *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, Madrid, 1970, p. 397. "...cuidado y perfeccionamiento de las aptitudes propiamente humanas, más allá del mero estado natural (cultura como cultivo del espíritu), encuentra su verdadero fin en el perfeccionamiento de la naturaleza del hombre. Un despliegue cultural orientado contra la esencia del hombre, no es verdadera cultura, sino *seudo cultura*", Brugger Walter, *Diccionario de Filosofía*, Ed. Hereder, Barcelona, 1995, p. 149.

sino simplemente como meras manifestaciones de una manera de ser de un cuerpo social, pareciera que dentro del mismo cuerpo social reconocen las iniciativas, que no hay uniformidad y entonces habrá que preguntarse si son verdaderos "cambios de la cultura sexual" o simples manifestaciones excepcionales cuantitativas que han existido desde siempre dentro de los cuerpos sociales, carentes de toda la novedad cualitativa que le atribuyen las propias inicitativas.

C. Descenso en número de hijos

Sostiene la Iniciativa Enoé que "los modelos de convivencia" están pasando por profundas transformaciones y pretende demostrarlo, entre otros, utilizando el argumento del "descenso en el número de hijos por mujer". Si bien la estadística censal parece así demostrarlo en general, ello es un cambio cuantitativo, pero jamás científicamente cualitativo de las formas de convivencia, como las llama la iniciativa. No parece ser una profunda transformación, y aun si lo fuera, ¿qué tipo de relación esencial o de la naturaleza de las cosas podría llegar a haber entre el decremento estadístico de la sociedad en el número de hijos y la sociedad de convivencia?

D. Incremento de mujeres profesionales y empleo femenino creciente

De la misma manera que en el caso del descenso en el número de hijos, la Iniciativa Enoé señalaba el aumento en el número de mujeres profesionales y en general el aumento en el empleo femenino, como otra muestra de que "los modelos de convivencia" están pasando por profundas transformaciones. Sin embargo, en este caso tampoco explica el vínculo o relación de causalidad entre dicho innegable incremento, pero resultante de condiciones socioeconómicas más que por otras causas, y la necesidad de legislar en materia de sociedades de convivencia. Es más, como se verá más adelante, la estructura jurídica que suponen crear las iniciativas para regular la sociedad de convivencia, en nada consideran a la mujer desempeñando un papel económico más activo, mucho menos como cabeza de familia.

E. Desempleo masculino

En la misma sofística forma, la iniciativa Enoé pretendió apoyarse en la afirmación que en ella misma se hace, de que el desempleo masculino se ha incrementado, como otro factor de "las profundas transformaciones" de los modelos de convivencia. Nuevamente, tampoco explica la relación de causalidad de ello, con la necesidad de la regulación jurídica que hace de la sociedad de convivencia y mucho menos la refiere en su tratamiento en el texto de la ley. Es obvio que si la actividad económica había estado fundamentalmente sostenida por el hombre, al darse los efectos inclusive de largo plazo de la crisis económica generada particularmente en México, entre otros, por errores de política gubernativa desde hace algunas décadas, resultante en desempleo, éste se haga evidente en el propio desempleo masculino; pero ello en forma alguna encuentra tampoco lógicamente como efecto, la necesidad de crear una forma de convivencia distinta al matrimonio o al concubinato. Del hecho supuesto de que el hombre haga más labores de hogar de las que antes acostumbraba hacer, no se concluye, ni lo hizo ninguna de las iniciativas, que ahora esos matrimonios deban ser regulados como sociedades de convivencia y no ya como matrimonios.

F. Desequilibrio en el trabajo doméstico

La iniciativa Enoé también establecía como un factor de transformación profunda de los modelos de convivencia, "los desequilibrios internos en la responsabilidad del trabajo doméstico". Tampoco en este caso dicha iniciativa atendió este problema que existiendo en lo general efectivamente planteó, pero ignoró en su texto propuesto de ley. Pareciera que sólo utilizó el hecho para incrementar su caudal partidista de argumentos, pero no obstante que lo identifica, lo desatiende.

G. Parejas del mismo sexo

Tanto la Iniciativa Cuervo como la Enoé reconocen que no hay estadísticas oficiales, pero no obstante hacen la temeraria afirmación de

que 20% de la población tiene o ha tenido parejas del mismo sexo. Ello basados en sus propias estimaciones anticientíficas arrancadas de datos estadísticos del Consejo Nacional de Población, pero de manera intencional o ignorante, atribuyendo a todos los hogares calificados de no nucleares, es decir diversos a los de la familia tradicional (padre, madre e hijos), el de convivientes homosexuales y lésbicos. Ignoran perversamente las iniciativas que, atribuir a todas las demás formas de convivencia como las llama, el calificativo de homosexuales, por el solo hecho de que no haya hijos, es no sólo anticientífico, sino además motivo de grave responsabilidad en el desempeño de la función pública que les corresponde.

H. "*Inexistencia jurídica de homosexuales*"

Se duelen una y otra iniciativa de que las ciudadanas y ciudadanos que eligen a parejas del mismo sexo son "jurídicamente inexistentes" el uno para el otro, y de que sus preferencias sexuales o afectivas no pueden ser causa de "falta de reconocimiento de [sus] derechos civiles y sociales" (Iniciativa Cuervo). Incongruentemente con la postura planteada en las iniciativas, jamás les reconocieron sin embargo en la ley, derecho alguno propio de su condición homosexual. La ley no distingue género ni mucho menos sexo alguno diverso del masculino y femenino; ni siquiera usa términos que pudieran evocar tal distinción. Pareciera que el texto de ley, que tanto alarde hizo en sus iniciativas de la necesidad de reconocimiento de sus derechos, optó por también discriminarlos, pues como tales, por su funcionalidad afectivo-biológica homosexual, los ignoró.

2. Omisión o ignorancia reiterada de la historia jurídica mexicana. Derechos civiles de la mujer tan antiguos como hace 50 y más años

Sostuvo la Iniciativa Enoé que las "profundas transformaciones" por las que están transitando los modelos de convivencia, también son debidas a que a partir de la conquista de los derechos civiles y sociales de las mujeres, se han redefinido las relaciones entre los géneros. Esta iniciativa, otra vez, se arrogó y artificialmente entrelazó mediante una maniobra que pretendió ser ideológica-cronológica, re-

montando sin decirlo (y quizá sin saberlo también), sus "profundas transformaciones" en tránsito, a hace nada menos que casi sesenta años, pues desde 1947 se reformó la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para "admitir el voto femenino para las elecciones municipales" y luego la "...publicada [desde] el 17 de octubre de 1953 al otorgar el derecho de voto a las mujeres".[19] La Iniciativa Cuervo, parafraseando a la Iniciativa Enoé, señala también que tales profundas transformaciones se deben "en gran medida a la redefinición de las relaciones entre los géneros y a la conquista de derechos civiles y sociales".

También seguramente pretenden implicar los textos mencionados de ambas iniciativas, en su característico lenguaje de transición transformadora, su ambición espuria de concatenación ideológica con el Código Civil (de 1932), todavía entonces para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal y su antecedente la Ley de Relaciones Familiares del 9 de abril de 1917 y la llevada a cabo en la primera parte de la década de los setenta (publicada en el *Diario Oficial* del 31 de diciembre de 1974) y alguna otra corrección posterior. Nada más falso, pues, no obstante los defectos técnicos de esa última reforma, como lo hizo ver el maestro Ramón Sánchez Medal en su obra: *La Reforma de 1975 al derecho de familia con ocasión del Año Internacional de la Mujer*,[20] con motivo de la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 7 de noviembre de 1967 y la de 18 de noviembre de 1972 de la propia Asamblea, "se desaprovechó la brillante oportunidad de realzar la obra de los gobiernos de nuestro país para eliminar las discriminaciones contra la mujer [dejando] la falsa impresión de que nuestra legislación se hallaba en el atraso..." y hace ver que "...no es una novedad tardía para la revolución mexicana que haya tenido que esperar hasta el año de 1975 para tener su expresión en la legislación positiva...", siendo su espíritu "la igualdad de los sexos en el matri-

[19] Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, Porrúa, México, 1981, pp. 95 y 96.

[20] Sánchez Medal, Ramón, Porrúa, México, 1975, pp. 11 y ss.

monio y en el hogar, sin perjuicio de la unidad y de la armonía de la familia, ni del interés patrimonial de los hijos".

No puede haber mayor desvinculación ideológica entre el espíritu de las iniciativas Enoé y Cuervo y las reformas al régimen de la legislación civil de la mujer que utilizan conceptos como los mencionados (familia, hijos, etc.) que, si no repudian tales iniciativas, sí al menos las ignoran corriendo por un marcado camino paralelo irreductible.

3. Desubicación histórica de costumbres antiguas universales (¿Edad Media-Renacimiento?)

No se conformó la Iniciativa Enoé con generalizar hechos más o menos actuales en materia de convivencia social, e inclusive manipular las conclusiones inexistentes de las estadísticas del momento para pretender convencer de la ingente necesidad de regular específicamente las sociedades de convivencia, sino que en forma arrogante, pretende también desconocer que la historia revela desde hace mucho, que no es la nobleza ni cuantitativa (si es que alguna vez lo hubiera sido) ni cualitativamente, la que determina quiénes son susceptibles de convivir con otros.

A. Arreglos de convivencia por linajes y patrimonios

Descubre la Iniciativa Enoé que en las sociedades contemporáneas, "la función de los arreglos sociales de convivencia ya no es unir linajes y patrimonios [ni] que se decida por otros que no sean los directamente involucrados, la sociedad reclama que los acuerdos de convivencia modernos encuentren su verdadera justificación en la búsqueda de la felicidad, la libre elección, el compromiso amoroso y la satisfacción de afectos". Pareciera otra vez que, a la luz de dicha iniciativa, se ha trazado un puente desde la Edad Media y el Renacimiento hasta nuestros días y que no ha habido mientras tanto, acontecimientos ni evolución en la vida social, ni en la historia particularmente en materia nobiliaria por espacio de más de quinientos años pues pareciera que es a raíz de la propia Iniciativa que la ley habrá de reflejar finalmente "las realidades de la sociedad mexicana

y responder a las necesidades de las y los ciudadanos". Ignora la Iniciativa que hace más de dos siglos y no ahora a partir de su propuesta, que los títulos de nobleza se abolieron y en México particularmente desde la Constitución de 1857.[21] La ignorante soberbia de la Iniciativa llega al extremo de suponer que será ésta, la ley que reconocerá la necesidad y protegerá los reclamos de convivencia modernos y la que evitará reducirlos "a sus viejas funciones económicas y productivas".

B. Derechos de niñas y niños y el combate a la violencia doméstica

Comparó la Iniciativa Enoé lo que dijo llamar "el status (*sic*) de las niñas y niños, concebidos ya no como objetos, sino como sujetos activos de sus derechos", con el "vigoroso movimiento internacional de mujeres [que] ha evidenciado la necesidad de poner fin al problema endémico de la violencia doméstica...", como ejemplos de los principios morales de los derechos humanos que han propuesto nuevas formas de convivencia. No explica cómo es, sin embargo, que se ha podido dar antes de la ley propuesta, la persecución legal de conductas antijurídicas como las descritas, reprobables del todo y sancionadas desde siempre, aunque con requerimientos de retocamiento técnico constante por la sofisticación del crimen organizado. No explica tampoco cómo se vincula su previamente argumentada deficiente protección, con la ley de convivencia que propuso fuera aprobada. La protección jurídica de los niños y niñas y de las mujeres de los ilícitos en su contra, tampoco tiene que ver con la regulación que propone, pues por razones sistemáticas, dicha ley en forma alguna tendría por qué combatir ilícitos existentes, contra mujeres e infantes. ¿Será ignorancia metódica o monitoreo politiquero característico de esa legislatura la causa?

[21] Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-1982*, Porrúa, 1982, p. 608. Art. 12. "No hay, ni se reconocen en la República, títulos de nobleza ni prerrogativas, ni honores hereditarios".

C. Felicidad, libre elección, compromiso amoroso y satisfacción de afectos

De pronto surge en el legislador un espíritu de humanitarismo que ni siquiera en la regulación del matrimonio ha manifestado, al menos en las últimas décadas. Actualmente se refiere al matrimonio como un contrato consistente en una unión libre de comunidad de vida en el que hombre y mujer se procuran (suponemos habría querido decir jurídicamente "se deben") igualdad y ayuda mutua, con posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada.[22]

Es sorprendente que salvo por el elemento de libre elección, que como cualquier contrato debe tener el matrimonio para no ser inexistente o nulo, a la sociedad de convivencia este legislador pretenda reconocerle como atributos el compromiso amoroso y la satisfacción de afectos, como lo dijo la Iniciativa Enoé y lo corroboró la Iniciativa Cuervo al señalar que "otras formas de convivencia están inspiradas en los más altos valores: la solidaridad humana y el altruismo". Ahora resulta que la sociedad de convivencia que por excelencia habría de serlo el matrimonio en la nueva terminología, sea no sólo irrelevante a esos sentimientos, sino que ni siquiera obliga (como se indicó anteriormente), y sólo procura la ayuda mutua, a diferencia de como sí lo hace la sociedad de convivencia propuesta por el legislador asambleísta. La llamada cultura moderna de éste le ha llevado a promoverla de manera inusitada sobre "otras formas de convivencia" por encima de la natural tradicional y marcadamente mayoritaria, que es el matrimonio, e inclusive, el concubinato.

D. Desconocimiento de la existencia antiquísima de asilos para adultos y para menores y otros

Las iniciativas Enoé y Cuervo han adoptado a su conveniencia la postura de que todos los hogares "no nucleares", es decir los que no están conformados por una pareja (suponemos se refiere a parejas heterodoxas) con o sin hijos o bien por el padre o la madre con algún

[22] Código Civil para el Distrito Federal, Art. 146.

hijo o hija, están conformados por parejas homosexuales y que constituyen 20% de la población.

Es increíble que con tan poca seriedad, el legislador asambleísta defeño haya sido incapaz de imaginár siquiera, que hayan existido desde inclusive la época virreinal al menos en México, asilos de ancianos o adultos mayores y de menores, así como otros muchos tipos de formas de convivencia entre estudiantes y profesionales solteros y solteras que no son homosexuales por el hecho de compartir un espacio por razones de la amistad más sana en sentido tradicional, e inclusive por razones de carácter económico para reducir costos o como es el caso de religiosos y religiosas, que no constituyen "modernidad" de convivencia alguna, sino que son situaciones tan antiguas como casi la humanidad, desde que hay memoria escrita de ella.

4. Objetivos generales inalcanzados de las iniciativas

Después de haber asumido como reales los incomprobados hechos mencionados anteriormente, la Iniciativa Cuervo dictamina que "resulta imperativo construir un marco jurídico que contemple y proteja las diversas formas de convivencia, erradique y prevenga la discriminación y promueva una cultura de respeto a la diversidad social". La Iniciativa Enoé por su parte, mediante otra cabriola circense contraria a toda lógica elemental y en forma por demás intempestiva, supone cierta "realidad cotidiana, limitante y excluyente [que hace] imperativo construir un Estado de Derecho que contemple y proteja las diversas formas de convivencia, erradique y prevenga la discriminación y promueva una cultura de respeto a la diversidad social". Si bien hay una diferencia más cuantitativa que cualitativa entre la Iniciativa Enoé y la Cuervo, siendo mucho más evidentemente temeraria la Enoé, la Cuervo, como se ve en este caso, en la determinación de sus objetivos, no es más que una repetición ligeramente moderada de la primera. Mientras aquélla limita el alcance de la conclusión de su análisis, a la necesidad de crear un marco jurídico de protección, eliminación de discriminación y promoción cultural, la Enoé con muchos mayores alcances pretenciosos, afirma que los mismos hechos son conclusivos de falta de "Estado de Derecho". De cualquier forma, ambas iniciativas con mayor o menor énfasis, pero

con el mismo derrotero predeterminado, coinciden de manera prácticamente literal en la identificación del objetivo que persiguen.

A. Sexualidad libre de coerción

La Iniciativa Enoé propone "la renovación del pensamiento ético en torno a la práctica de la sexualidad [y] cuestionar la legalidad que ha banalizado los contenidos y los significados que la experiencia sexual al codificar los actos sexuales [e] identificar mecánicamente de qué forma y entre qué personas suceden las relaciones sexuales". Por su parte la Iniciativa Cuervo, en su peculiar estilo evasivo del tema central de lo que pretende, dice estar inspirada "...por los más altos valores: la solidaridad humana y el altruismo, los cuales deben ser protegidos y alentados por el Estado".

Como se puede observar, ambas iniciativas, con lo que de respetables tengan, utilizan un concepto de ética y de interpretación de los valores que sólo éstas identifican, ya no los que efectivamente, tradicionalmente fueron científicamente determinados por los grandes pensadores. Son ahora valores, los de satisfacción personal pasional en los que la racionalidad científica no juega; al altruismo y a la solidaridad se les da una interpretación de satisfacción de intereses no sólo puramente materiales, sino subjetivos particulares, inclusive degradantes de la naturaleza superior del ser humano, y no de valores universales que son catalogados de banales, pues éstos, según las estadísticas manipuladas de las iniciativas, representarían en el mejor de los casos el altruismo y solidaridad de una minoría inferior a 20% de la población (que falsamente divulgan) y no el resultado de un análisis sistematizado científico de conclusiones generales centenarias. Aristóteles señalaba hace siglos ya esta problemática al establecer: "Quizá la gran superioridad del hombre virtuoso consiste en que ve la verdad en todas las cosas porque él es como su regla y medida, mientras que para el vulgo el error, en general procede del placer, el cual parece ser el bien, sin serlo realmente. El vulgo escoge el placer, que toma por el bien, y huye del dolor que toma por el mal".[23]

[23] *Moral a Nicómaco*, Espasa Calpe, 7a. ed., 1980, p. 87.

B. Evitar discriminación y violencia

Partiendo la Iniciativa Cuervo de una Encuesta Nacional sobre Discriminación 2005, cuya fuente tampoco revela, anuncia que 94% de los homosexuales y lesbianas "se perciben" discriminados, pero contradictoriamente señala también que sólo dos de cada tres indican que no se han respetado sus derechos y 70% que la discriminación ha aumentado. Con base en esos datos de origen infundado, determina que la garantía constitucional de igualdad de trato y de derecho "es violentada cotidianamente" y aún más, afirma, sin apoyo encuestorial o estadístico alguno, como razón de la necesidad de la legislación, que las personas de orientación sexual diversa, son inclusive frecuentemente víctimas de "crímenes" de odio.

Otra vez, con independencia del respeto que sirva de fundamento a la opinión que esta iniciativa pueda merecer, carece de la más elemental construcción lógica su silogismo, pues su premisa menor resulta de por sí incomprobada, ya que jamás menciona cuál fue el método, ni el resultado estadístico de cada uno de los cuestionamientos hechos a los supuestos discriminantes o resto de la sociedad que constituyen democráticamente la mayoría. Es de elemental criterio lógico en el sistema jurídico mexicano (inclusive en materia probatoria) que el dicho del interrogado sobre hechos propios, no puede tener el valor probatorio máximo cuando ese dicho le beneficia, lo tiene cuando le perjudica.[24] Para atribuir al resultado conclusivo el valor que la iniciativa pretende, debió haber considerado preguntas y respuestas sobre los casos en que no se "percibieran" discriminados y aplicar el argumento *a contrario sensu*, y además conocer aunque fuere al igual que lo hizo, a nivel perceptivo, la opinión de la mayoría. Luego si la premisa menor es lógicamente incierta al menos, la actualización de la mayor (discriminación por razones de género conforme al artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y tratados internacionales en el mismo contexto, suponemos), la actualización de la violación de tal derecho de igualdad alegado como violado, no puede llevar a la conclusión de que

[24] Articulo 96 del Código Federal de Procedimientos Civiles: "La confesión sólo produce efecto en lo que perjudica al que la hace".

"resulta imperativo construir un marco jurídico que proteja las diversas formas de convivencia". La confesión "...hace prueba plena cuando es hecha por persona capaz de obligarse, con pleno conocimiento y sin coacción ni violencia, de hecho propio concerniente al negocio y conforme las formalidades de la ley".[25]

La Iniciativa Enoé es aún menos lógica en cuanto a su pretensión de alcanzamiento de sus objetivos, ya que, por su parte, sólo se concreta a proponer la "Ley de la Sociedad de Convivencia" sin el menor sustento, pues apoya su reclamo al derecho a ejercer la sexualidad libre de coerción, discriminación y violencia, no en la necesidad fáctica de resolver una problemática social mexicana, sino en suma a un movimiento a escala internacional de defensa de los derechos humanos.

C. Respeto a normas vigentes sobre adopción

La Iniciativa Enoé se adelanta y responde a temores de la sociedad, que la harían contradictoria con otros criterios que ella misma reconoce, cuando pretende justificarse, como parte de una evolución hacia la modernidad que se ha dado en los últimos años, en cuanto a "una nueva comprensión del estatus (*sic*) de los niños y las niñas, concebidos ya no como objetos, sino como sujetos activos de sus derechos". La Iniciativa Cuervo se concreta a señalar que la sociedad de convivencia "no modifica las normas vigentes relativas a la adopción, como dice no lo hace respecto de otras instituciones jurídicas como el matrimonio y el concubinato".

Sin embargo, ninguna de tales iniciativas niega que no se tenga contemplado en la mente de sus autores como un paso futuro, que haberlo dado hoy les habría acarreado un rechazo frontal de su insano proyecto, precisamente por lo contradictorio de sus planteamientos "justificativos". ¿Qué garantiza que eventualmente no cabrá la adopción dentro "del reconocimiento de consecuencias jurídicas a las diversas formas de convivencia humana, que como formas de integración social mejoran la calidad de vida de sus habitantes"?, como lo refiere la Iniciativa Cuervo. ¿Por qué podemos estar seguros

[25] Becerra Bautista, José, *El proceso civil en México*, Porrúa, México, 1970, p. 157.

de que próximamente no será considerado por los legisladores defeños iniciativantes, que la adopción en las sociedades de convivencia no constituirá una realidad que también alegarán se ha dado?, y ¿qué habrá que "no contribuya al mejoramiento de las relaciones interpersonales de la ciudadanía del Distrito Federal", que "genera certeza y reconoce realidades que han pasado por la invisibilidad legal... [c]omo una visión realista sobre otros vínculos de convivencia en torno a los hogares, basada en auténticos lazos de solidaridad de comprensión mutua y apego afectivo"? Es más, ambas expresamente señalan que la nueva forma de convivencia "no modifica las normas vigentes relativas a la adopción", pero no dicen que les parezca que sean también futuramente incompatibles con esa institución. ¿Qué nos dice que todos los argumentos formales, mas ninguno ético de contenido, transcritos, que ahora expresan, como justificativos y la sociedad de convivencia, no puedan ser reproducidos para una sociedad de convivencia que incluya el derecho de adopción?

D. Cumplimiento de expectativas de justicia social o de una sociedad más justa

Insólitamente, la Iniciativa Enoé afirma que la llamada pérdida de valores es resultante de que los "prejuicios del pasado ya han perdido su vigencia [y] [l]a reflexión moral surge de la sensación de que el mundo no cumple nuestras expectativas de justicia social". En forma bastante menos presuntuosa pero también temeraria, la Iniciativa Cuervo solamente se refiere, pero de manera reiterada a la "búsqueda por construir una sociedad más justa".

La Iniciativa Enoé se arroga, y pretende imponer su propio sentido de reflexión moral relativista de pretendido y frustrado corte seudokantiano[26] y atribuir un supuesto reiterado incumplimiento jurídico, a un "cambio de valores" que transforma el concepto de justicia social y lo generaliza, para así ser reconocido en la ley. La Iniciativa Cuervo, menos impositiva, sólo dice pretender una sociedad más justa,

[26] "Lo contrario precisamente del principio de la moralidad es que el principio de la propia felicidad sea tomado como fundamento de la determinación de la voluntad". Kant, Immanuel, *Crítica de la razón práctica*, Espasa Calpe, México, 1990, p. 57.

pero de la misma manera aunque con menor intensidad, reclama que la ley que propone es el camino para una sociedad más justa.

La Iniciativa Enoé pretendió atribuir a los beneficiarios de su propuesta el carácter de sector social merecedor de "justicia social". Su pasión los quiere hacer comparables, como décadas antes se habría reconocido, con el sector laboral, por ejemplo.[27]

La Iniciativa Cuervo, con alcances sólo aparentemente menos ambiciosos, se propone como objetivo de la reforma, una sociedad más justa. Si tal injusticia existía, si la logra suponiendo que así hubiera sido será materia de la segunda parte de este artículo cuando se analice la legislación positiva aprobada y el acogimiento a la misma por parte de sus destinatarios. De ahí se podrá determinar si efectivamente se dio una solución jurídica a un problema evitando la injusticia existente, o si la iniciativa y su ley resultaron ser una mera determinación de ideologización polarizante de la sociedad. Habrá que dar a los legisladores el beneficio de la duda de haberse conducido solamente con negligencia, es decir, que sólo fueron indiferentes o si intencionaron tal resultado. Que no fueron insensibles, ante un evidente desperdicio de recursos económicos y de tiempo, indispensable para resolver problemas de auténtica injusticia para la sociedad en general.

E. Combate al prejuicio generalizado

La Iniciativa Enoé califica de prejuicioso e irresistible al análisis histórico, antropológico, ético y científico, "el prejuicio más o menos generalizado respecto de la diversidad sexual y afectiva" y propone otra vez "la renovación del pensamiento ético de la sociedad [que permite] negarles sus derechos civiles y sociales a muchas ciudadanas y ciudadanos". En forma más drástica en este caso, la Iniciativa Cuervo supone que "las personas de orientación sexual diversa enfrentan situaciones de segregación social, falta de oportunidades, violación a sus derechos [y ser] víctimas de crímenes de odio por motivos de lesofobia y homofobia".

De un plumazo, la Iniciativa Enoé descalifica los estudios científicos milenarios que han asumido la distinción de sexos en masculino y femenino, pero incongruentemente no propone la renovación de todos ellos, sino solamente los de carácter ético, por haber sido éstos, supone, los que han negado los derechos civiles de ciudadanos y ciudadanas. La Iniciativa Cuervo llega al extremo de asumir la comisión generalizada de ilícitos en contra de "personas de orientación sexual diversa", pues de otra manera parecería incongruente haber llegado a la consideración de que se hacía necesario un cuerpo de normas protectoras de los mismos, que previniera tales ilícitos, pero otra vez, con la incongruencia que les caracteriza, al momento de proponer el texto legislativo conducente, ambas iniciativas, como se verá igualmente en la segunda parte de este artículo (en proceso de elaboración), omiten por un lado el reconocimiento de los derechos civiles y sociales de tales ciudadanas y ciudadanos, y por otro la prevención especial de los crímenes que supone "frecuentemente" se cometen en su contra. Parecería que, o bien no existían tales ausencias de derechos ni su violación frecuente o que los legisladores resultaron ser finalmente detractores de los intereses que decían proteger y representar. Los derechos que con la nueva legislación se confieren, como se verá, eran perfectamente convenibles por los interesados mediante la celebración de los actos jurídicos correspondientes y en su caso sancionables, bajo la legislación previa al producto alcanzado por las iniciativas, pues en ningún caso habrían resultados contrarios al orden público hasta entonces existente.

F. Indispensabilidad del régimen patrimonial

En forma literalmente coincidente, ambas iniciativas califican como indispensable que los convivientes convengan la manera en que habrán de regirse por cuanto a sus "bienes patrimoniales". Pero inmediatamente en forma contradictoria, previeron ambas iniciativas que aplicará la presunción de que "...en defecto del pacto cada integrante mantiene el dominio y disfrute de sus propios bienes". Al igual que entre otros tantos de sus objetivos generales, las dos iniciativas hacen evidente reiteradamente, su propio engendro contradictorio.

[27] *Diario Oficial de la Federación* del 1o. de mayo de 1970, Segunda Sección, Art. 2o. de la Ley Federal del Trabajo: "Las normas de trabajo tienden a conseguir el equilibrio y la justicia social en las relaciones entre trabajadores y patrones". Art. 17. "A falta de disposición expresa se tomarán en consideración los principios generales de justicia social".

Prevén también literalmente ambas iniciativas que "...más que crear una nueva institución, se podrá apelar a figuras ya existentes en nuestra legislación, tal es el caso de la copropiedad, la donación y el usufructo". Reinciden ambas en que "... se deja a las partes regular sus relaciones patrimoniales".

Indispensable es aquéllo que no se puede excusar, que es necesario o muy regular que suceda, dice el *Diccionario de la Lengua Española*.[28] Otra vez, el ímpetu apasionado que embargó a los legisladores defeños en la utilización del lenguaje para hacer aparecer, ahora sí como indispensable la nueva regulación jurídica, los hace víctimas de su propia contradicción. Una vez más, ¿para qué dedicar esfuerzos, tiempo, dinero y costo social a una institución que ellos mismos presumen innovar, pero antitéticamente reconocen que ya existen las disposiciones legales aplicables al caso?

Adicionalmente, la remisión a instituciones legales ("figuras" dicen ambas iniciativas) que responden a situaciones de naturaleza jurídica diversa de la que crearon los legisladores, hace evidente la falta de responsabilidad social de los legisladores en el desempeño de su cargo público. ¿Por qué no fueron congruentes e hicieron su trabajo? O bien deben saber lo que están haciendo (legislando) y ello supone el conocimiento de la ley, o si no deben allegarse de expertos en la materia. Es obvio que ni una ni otra cosa supieron o quisieron hacer.

Por una parte atribuyen a la sociedad de convivencia como característica esencial la "permanencia", pero por la otra recurren a instituciones jurídicas de naturaleza "temporal", como lo son la copropiedad y el usufructo, para regular el régimen patrimonial de dicha forma de sociedad. Desde siempre ha señalado el Código Civil, ahora sólo para el Distrito Federal (pero igualmente lo hace el Federal), que los que "tienen el dominio legal de una cosa, no pueden ser obligados a conservarlo indiviso y que la cosa [que] no admite cómoda división y los partícipes no se convienen en que sea adjudicada a alguno de ellos se procederá a su venta". En el caso del usufructo, la contradicción es aún más evidente, pues ni siquiera es

[28] *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, Madrid, 1970, p. 741.

necesario descubrir el espíritu de la disposición, ya que la propia definición de usufructo en el mencionado código, le atribuye el carácter de "derecho real temporal".[29]

G. Fortalecimiento del Estado de Derecho

La Iniciativa Enoé ve en la ley que propone, una forma de fortalecimiento del Estado de Derecho, al reconocer la diversidad de las formas de convivencia que el Estado recoge, para desalentar la discriminación y otorgar igualdad de oportunidades a todas y todos sus habitantes. La Iniciativa Cuervo, en la misma tónica, pero retomando el espíritu sexista que la Iniciativa Enoé curiosamente no mostró expresamente en este punto en particular, se refiere que en el Estado democrático de derecho no existe razón ni fundamento jurídico alguno que sustente la falta de reconocimiento de derechos civiles y sociales por causa de preferencia sexual, pero agrega "y afectiva". Luego agrega también que el propio artículo 1o. constitucional prohíbe toda discriminación, incluyendo por razón de preferencias. Resulta obvio que si el Estado ya prohibía la discriminación y con ello el otorgamiento de igualdad de oportunidades, tal no pudo haber sido un objetivo nuevo de la legislación propuesta. Ni la ausencia de la ley habría impedido a los beneficiarios de las mismas otorgar convenios privados como los que son materia de su regulación, ni el propuesto régimen conviviente establece, como se verá en la segunda parte de este artículo, disposición alguna distinta a las existentes con anterioridad, que sancione de manera específica a aquéllos que pudieran discriminar o no otorgar igualdad de oportunidades a tales beneficiarios.

Una vez más, la nueva ley en nada fortalece el Estado de Derecho, pues la normatividad de la ley de convivencia es generalmente supletoria de la voluntad de los convivientes, y tampoco provee un régimen sancionatorio de la misma. En nada estableció normas imperativas de protección entre los convivientes, todo siguió sujeto a la voluntad de las partes, no hubo, pues, fortalecimiento del Estado de

[29] Artículos 939, 940 y 980 del Código Civil del Distrito Federal.

Derecho, ni necesidad entonces de que lo hubiera habido. Ésta seguramente acabó siendo la conclusión de los propios asambleístas.

H. Libertad convencional de las partes para regular su convivencia

Presume también antitéticamente la Iniciativa Enoé, de manera inexplicable que el principio que la inspiró fue dejar en libertad a las partes para regular su convivencia tanto en lo que a sus "derechos y deberes respectivos" como por cuanto a "sus relaciones patrimoniales".

Pareciera que la Iniciativa Enoé hubiera considerado como algo esencialmente diverso jurídicamente, los derechos y deberes en general, de los que constituyen las relaciones patrimoniales. Si acaso porque lo que se refiere a cuestiones patrimoniales pudiera llegar a tener cuantitativamente una vinculación mayor con los derechos reales que con los personales, pero sin que ello pudiera jurídicamente llegar jamás a descartar con respecto a la disposición del patrimonio a los personales, habría valido la pena hacer el distingo, pero honestamente, no creemos porque no lo leemos en la misma iniciativa, que ésta hubiera podido tener tales alcances diferenciadores. Además, ¿cuál habría sido el propósito legislativo, finalmente jurídico, de hacerlo? La verdad es que la terminología hace presumir fundadamente también en este caso, ignorancia de los conceptos jurídicos más elementales.

Por otra parte, para qué la necesidad de crear un cuerpo legislativo, si finalmente como la propia Iniciativa Enoé reconoce, se inspiró en el principio de libertad y "se deja a las partes regular su convivencia". Si las normas convencionales que se establecieron para esta nueva institución fueron, siguiendo ese espíritu libertario, solamente supletorias de la voluntad, ¿por qué las partes no pudieron acogerse a las normas existentes en el orden jurídico prevaleciente para convenir sus relaciones convencionales, particularmente patrimoniales en las que tanto énfasis hace la iniciativa? La Iniciativa Enoé fue incapaz de identificar, o al menos nunca menciona la existencia de una norma de orden público que hubiera impedido (prohibido o calificado de ineficaz), a los interesados llamados convivientes, convenir sus relaciones.

La Iniciativa Cuervo, de manera aun más irreflexiva y contradictoria consigo misma, se atreve a afirmar no obstante lo dicho, y desde luego sin sustento, que el propósito de la nueva figura "es garantizar los derechos por vía de la legitimación de aquellas uniones que surgen de las relaciones afectivas a las que el derecho mexicano no reconoce aún consecuencias jurídicas". La reflexión y la contradicción se hacen evidentes cuando por un lado exige como indispensable "la manera en que (los convivientes) habrán de regirse los bienes patrimoniales", pero inmediatamente admite que "más que crear una nueva institución, se podrá apelar a figuras ya existentes de nuestra legislación". Otra vez, ¿era pues "indispensable" legitimar (en el mejor de los casos debió haber dicho "legalizar"), el hecho cuando señala que "su regulación se dará conforme a las disposiciones legales para la figura elegida", como contestatariamente lo establece la propia Iniciativa Cuervo?

I. Respecto a derechos de terceros

Ambas iniciativas, en forma literalmente idéntica, establecen que "como consecuencia de esta libertad" (se refieren a la que como se indicó en el rubro anterior pregonan antitéticamente para la regulación de su convivencia) es obligado dice la Iniciativa Enoé, es necesario lo dice la Cuervo, "prever que se tendrá por no puesta toda disposición pactada en la que se perjudiquen derechos de terceros". Ambos grupos de legisladores que en una y otra legislatura promovieron una y otra vez la iniciativa de la ley de convivencia, muestran desconocimiento de un principio tan elemental y básico como es el de que no se pueden afectar derechos de terceros sin la voluntad de éste.

Ignoran los legisladores asambleístas inclusive, los principios más generales de la legislación civil y son incapaces de leerlos en la parte más general de una ley tan fundamental y vinculada a la materia que decidieron legislar, el Código Civil que los rige, a pesar de que presumían regular una cuestión, según ellos del derecho de familia. Se explica pues que sean incapaces de revisar, o al menos de interpretar la ley civil, pues como, literalmente no dice que las obligaciones sean irrenunciables, sólo son capaces de transcribir, sin entender, parcialmente el texto del artículo 6o. del Código Civil del Distrito

Federal que señala que la renuncia de derechos privados "no perjudique derechos de terceros".

Sospechosa de su propia ignorancia jurídica la Iniciativa Enoé fue inclusive más lejos y con supino desconocimiento, pero temerosa de estar generando un efecto que queremos suponer, alcanzó a vislumbrar como contrario a la elemental lógica, previó que el tercero que se viera perjudicado por la suscripción de una sociedad de convivencia, "podrá reclamar dichos derechos a fin de que le sean restituidos". Que fortuna que al menos esa iniciativa no hubiera prosperado, pues en lugar de suponer el efecto automático de una nulidad absoluta, pretendía que el interesado, solo, hiciera valer la restitución.

Ambas iniciativas, la Enoé y la Cuervo, ignoraron también una disposición tan fundamental en nuestro sistema jurídico como lo es el artículo 8o. del propio Código Civil, que declara nulos los actos ejecutados en contra del tenor de las leyes prohibitivas o de interés público y que para que tales actos puedan llegar a tener efecto, se necesitaría texto expreso que ordenara lo contrario.

VI. Consideración final del autor a la primera parte

¿Qué podemos esperar de legisladores que desconocen los principios jurídicos elementales de nuestro sistema? ¿Cómo serán, pues, sus demás productos legislativos? Entendemos que habiendo sido popularmente electos y no pudiendo exigirse en una democracia de este siglo esperar a "a que se provea a los atrasados de los medios para adquirir la capacidad que les falta",[30] y menos cuando no exclusivamente les es imputable a ellos sino a un sistema que por décadas prefirió contemporizar y no verdaderamente educar. No obstante, sí están mínimamente obligados los legisladores a asesorarse de auténticos expertos juristas que sí saben y les pueden auxiliar en una función tan trascendente como es normar a la sociedad, y que aunque ideológicamente la normatividad general no sea compartida por una mayoría, resuelva un auténtico conflicto de interés y sea técnicamente correcta.

[30] Rabasa, Emilio, *El juicio constitucional*, Porrúa, México, 1969, p. 143.

DEL DERECHO COMUNITARIO AL *MOS EUROPAEUS*

Juan Pablo PAMPILLO BALIÑO

A la Escuela Libre de Derecho en su 95 aniversario

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Una aproximación al derecho comunitario*. III. *El Tribunal de Luxemburgo y los "principios generales comunes"*. IV. *Los esfuerzos científicos de unificación del derecho privado*. V. *Hacia una nueva dogmática jurídica*.

I. INTRODUCCIÓN

El presente estudio, que presento ahora a la consideración de los lectores de nuestra *Revista de Investigaciones Jurídicas*, pretende difundir una serie de cuestiones de las que me he ocupado ya en otras oportunidades, bien que dentro de contextos y con propósitos bastante distintos a los del actual artículo.

En efecto, desde el año 2000 y bajo la sugerente influencia del reconocido "comunitarista" español Ricardo Alonso García, he venido interesándome progresivamente en la "integración jurídica europea" y reflexionando sobre sus principales aportaciones a la "tradición jurídica occidental", con la intención de llegar a madurar las maneras en las que dicha construcción jurisprudencial pudiera enriquecer nuestro derecho, patrio y continental.

Así las cosas y apoyado en la generosa dirección del profesor Emilio Suñé Llinás, me propuse investigar sobre este importante tema, ins-

pirado por el magisterio "histórico" de Jaime del Arenal y "filosófico" de Ángel Sánchez de la Torre, precisamente, desde una triple perspectiva: a) dogmática, b) filosófica y c) histórica.

Mi objetivo era identificar el significado del actual derecho europeo dentro de nuestra tradición jurídica, intentando definir sus perfiles actuales, así como tratando de conjeturar el sentido de su influencia para la conformación de una "nueva dogmática jurídica", que a mi modo de ver las cosas, ya puede afirmarse como una realidad cierta, a la que bien puede denominarse como nuevo *mos europaeus*.

El resultado del anterior esfuerzo se encuentra vertido en mi libro *Historia, actualidad y futuro de la tradición jurídica occidental*, actualmente en prensa, del cual fue hasta cierto punto una anticipación mi "Discurso de Ingreso a la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado".

Ahora bien, en el primer caso, el libro ha buscado ofrecer un panorama completo de la cuestión, indagando sus orígenes históricos más remotos y proporcionando a su vez una reflexión filosófico-fenomenológica de segundo nivel (filosofía de la historia y de la cultura); en contrapartida, en el segundo caso, el discurso se circunscribió a un tópico bien específico, perteneciente al ámbito del derecho comparado: la importancia de los principios generales comunes en la jurisprudencia europea.

Hacía falta una exposición breve y concreta, que prescindiendo de la exhaustividad histórica y de la profundidad filosófica, pero sin concentrarse tampoco en un aspecto demasiado particular del asunto, pudiera brindarle al lector interesado, una "visión de conjunto" de "la importancia del derecho europeo" de nuestros días.

Precisamente a esta necesidad responde el presente ensayo, en el que pretendo: a) bosquejar la silueta del derecho comunitario, b) subrayar la importancia de la reelaboración jurisprudencial de los principios jurídicos a partir del derecho comparado, c) describir sumariamente los esfuerzos científicos tendientes a la unificación del derecho privado europeo y d) mostrar como los anteriores ingredientes: d.1) derecho supranacional, d.2) derecho jurisprudencial y d.3) derecho de juristas, han propiciado el surgimiento de una nueva dogmática jurídica: el *mos europaeus*.

II. Una aproximación al derecho comunitario

En un primer acercamiento, puede decirse que el derecho comunitario es el "ordenamiento jurídico" de la "integración europea". En tal virtud, la comprensión del derecho comunitario exige una referencia previa a dicho proceso de integración económica, social y política, que ha venido desenvolviéndose a partir de la segunda mitad del siglo XX.[1]

El punto de partida de dicho proceso de integración, que habría de desembocar en la construcción de las Comunidades Europeas y de la propia Unión Europea, fue la significativa declaración del ministro francés de Asuntos Exteriores, Robert Schuman, de mayo de 1950, que proponía colocar el conjunto de la producción de carbón y de acero franco-alemana bajo una alta autoridad, dentro de una organización internacional fundada en el derecho y abierta a otros países:

> "Europa no se hará de golpe ni en una construcción de conjunto: se hará mediante realizaciones concretas, creando primero una solidaridad de hecho... El gobierno francés propone colocar el conjunto de la producción franco-alemana de carbón y acero bajo una alta autoridad común en una organización abierta a la participación de los demás países de Europa. Así

[1] En general, sobre el proceso de integración europea, la estructura institucional de la Unión Europea y el derecho comunitario, pueden verse las siguientes obras: Ricardo Alonso García, *Derecho comunitario, derechos nacionales y derecho común europeo*, Madrid, Universidad Complutense y Ed. Civitas, 1989; Ricardo Alonso García, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Madrid, Thomson Civitas, 2007; Klaus-Dieter Borchardt, *El ABC del derecho comunitario*, Luxemburgo, 5a. ed., Oficina de Publicaciones de las Comunidades Europeas, 2000; Mar Campins-Eritja, *Proceso de integración en la Unión Europea*, Barcelona, J. M. Bosch, 1996; María Dolores Díaz-Ambrona Bajadí (dir.), *Derecho civil comunitario*, Madrid, Ed. Colex, 2001; Guy Isaac, *Manual de derecho comunitario general*, 5a. ed., Barcelona, Ariel, 2000; Mar Jimeno Bulnes, *La cuestión prejudicial del artículo 177 TCE*, Barcelona, Bosch, 1996; Enrique Linde Paniagua y Pilar Mellado Prado, *Iniciación al derecho de la Unión Europea*, Madrid, Ed. Colex, 2003; Diego López Garrido, *La Constitución Europea. Estudio. Texto completo. Protocolos y declaraciones más relevantes*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2005; Araceli Mangas Martín, *La Constitución Europea*, Madrid, Ed. Iustel, 2005; José Manuel Peláez Marón, *Lecciones de instituciones jurídicas de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 2000; Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, *El juez nacional como juez comunitario*, Madrid, Fundación Universidad Empresa y Ed. Civitas, 1993; Antonio Truyol, *La Integración Europea. Idea y realidad*, Madrid, Tecnos, 1992.

se realizará simple y rápidamente la fusión de intereses indispensable para el establecimiento de una comunidad económica. Esta propuesta realizará las primeras bases de una federación europea indispensable para el mantenimiento de la paz".

Los méritos evidentes del "Plan Schuman", que le permitieron convertirse en la "piedra angular" de la construcción europea, fueron: a) partir de la premisa –eminentemente realista y práctica– de que la integración de Europa requería primero de la creación de una solidaridad de hecho, que exigía previamente la convergencia de intereses comunes, renunciando definitivamente a los ambiciosos, pero impracticables proyectos, de federación política; b) proponer que dicha unificación se produjera dentro de una organización supranacional, centrada en el derecho y abierta a terceros Estados; c) no perder de vista el fin último de la federación para el mantenimiento de la paz y el mejoramiento de la calidad de vida de los europeos.

La aceptación del plan Schuman por parte de la República Federal Alemana y la anexión al mismo de Bélgica, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos, condujo a la integración de la "Europa de los seis", cuya carta fundamental fue el Tratado de París de 18 de abril de 1951, que creó la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA).[2]

Por virtud del Tratado de París, los Estados Parte cedieron ciertos "derechos soberanos" en favor de una alta autoridad respecto de la producción comunitaria de carbón y acero, confiando a la misma la gestión de una "política supranacional", con el objeto de crear un vasto mercado común del carbón y del acero, donde rigiera la libre circulación y la libre competencia.

Posteriormente, los Estados parte de dicha Comunidad reconocieron que había que continuar y profundizar la integración económica europea, aceptando igualmente la conveniencia de llevar a cabo una nueva integración sectorial en el campo de la energía nuclear. Dicha profundización tuvo lugar mediante las negociaciones que concluyeron con los dos tratados firmados en Roma el 25 de marzo de 1957; uno, que constituía la Comunidad Europea de la Energía Atómica

[2] Los textos citados de los tratados y protocolos comunitarios pueden consultarse siempre con seguridad en la obra de Eduardo García de Enterría, Antonio Tizzano y Ricardo Alonso García, *Código de la Unión Europea*, 2a. ed., Madrid, Ed. Civitas, 2000.

(CEEA) y que tendía a la utilización con fines pacíficos de la energía nuclear, y el otro, de mayor alcance, que conformaba una Comunidad Económica Europea (CEE).

El Tratado Constitutivo de la CEE (TCE) planteaba la creación de un "mercado común" con las mismas características de un mercado nacional, esto es, con el establecimiento de una "unión aduanera" con "libre circulación interna" de mercancías y protección externa mediante un "arancel común", pero también garantizando la "libre circulación" de los demás "factores de la producción", o sea, de las personas, servicios y capitales, preservando igualmente la "libre competencia".

Con el paso del tiempo, la estructura institucional de las tres comunidades (CECA, CEEA y CEE) fue identificándose y perfeccionándose, para conformarse por la Comisión (antes alta autoridad en la CECA) como órgano supranacional comunitario, por el Consejo de Ministros, que representaría a los Estados parte, por la Asamblea –posteriormente el Parlamento Europeo– que representaría a la ciudadanía europea y por el Tribunal de las Comunidades, encargado de garantizar la observancia del derecho y la conformación de las comunidades económicas como comunidades de derecho.

Ahora bien, estructurado y consolidado el aparato institucional de las Comunidades Europeas, la evolución del proceso de integración europea puede ser sintetizada, según la opinión del profesor Isaac: "en función de su conclusión, ampliación y profundización".[3]

Por lo que respecta a su "conclusión", Isaac observa tres aspectos, que previstos desde los tratados originales, fueron objeto de ulterior desarrollo en un momento posterior: 1) el voto por mayoría cualificada en el Consejo de Ministros, 2) los recursos financieros propios como garantía de independencia de las Comunidades, y 3) la integración del Parlamento mediante sufragio universal directo.

La importancia de estos tres aspectos fue absolutamente fundamental para la actualización de la potencialidad supranacional de la arquitectura jurídica europea. En efecto, la sustitución del principio del derecho internacional público clásico de la "intergubernamentalidad" o votación por consenso o unanimidad, por el principio de la

[3] Isaac, *Manual...*, *op. cit.*, p. 24.

"supranacionalidad", consistente en la votación mayoritaria, por virtud de la cual los Estados ceden su soberanía, obligándose a acatar decisiones contrarias a su propia voluntad, supuso la superación definitiva del paradigma de la soberanía dentro de la integración europea. Igualmente, la autonomía financiera de las comunidades, mediante la captación de recursos propios, vino a consolidar la necesaria independencia que su condición supranacional exigía para hacerse efectiva en la práctica. Por último, la vinculación de las comunidades con el concepto de la "ciudadanía europea", vino a reforzar su carácter supranacional, deslindándose de la exclusiva dependencia, en cuanto a su gobierno, de los Estados parte, para convertirse en mandataria y representante de los habitantes de Europa.

Sobre la "ampliación", baste tan sólo apuntar, que la "Europa de los seis", a través de sucesivas ampliaciones mediante las actas de adhesión correspondientes, que establecieron el principio del "acervo comunitario" por virtud del cual, los nuevos Estados se adhieren, íntegramente, tanto al derecho de los tratados, cuanto al derecho creado por la estructura institucional orgánica de las Comunidades, actualmente es una "Europa de veintisiete" países.

Finalmente, por lo que toca a la "profundización", baste destacar que durante la década de los setenta, el proceso de integración económica europea se desarrolló a través de tres Comunidades distintas, sobre las cuales ejerció su intervención una "estructura unitaria y compartida", que vio aumentar progresivamente sus competencias mediante la inclusión de nuevos ámbitos y sectores.

Además, a dicha integración económica, vino a sumarse la "cooperación internacional" en materia de "política exterior", "seguridad común" y "asuntos de justicia", bien que no mediante una operación supranacional, sino más bien siguiendo la lógica intergubernamental clásica que, sin embargo, fue objeto de un esfuerzo continuo y sostenido, que sentó las bases para su posterior reconocimiento e incorporación dentro de la economía de los tratados comunitarios.

En efecto, hacia la segunda mitad de la década de los ochenta, por medio del Acta Única Europea (AUE), firmada en febrero de 1986, se agruparon formalmente dos tipos de disposiciones distintas: las propiamente comunitarias (económicas y sociales, bajo la lógica supranacional) de un lado, y del otro, las disposiciones de cooperación

en materia de política exterior y seguridad común (ámbito no comunitario, o sea, político y de justicia, bajo la lógica intergubernamental).

Seis años más tarde, el 7 de febrero de 1992, se firmó el Tratado de Maastricht, cuya importancia es tal que no dudó en calificarse a sí mismo como "una nueva etapa en el proceso de creación de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa".

A este respecto, la más destacada aportación del Tratado de Maastricht al proceso de unificación europea consistió en la creación de la Unión Europea, integrando dentro de ella a las tres Comunidades Europeas.

Ahora bien, la Unión Europea se caracterizó por estar delineada de una manera vaga y como desdibujada, aunque expresiva de una clara intencionalidad política.

Efectivamente, desde un punto de vista jurídico, la Unión Europea carece de personalidad y de patrimonio propios, pero desde un punto de vista político, su presencia ha venido cobrando un creciente protagonismo.

Lo cierto es que a partir de Maastrich, la construcción de Europa toma la forma de una especie de "tríptico", donde las Comunidades Europeas, como el fundamento de la Unión Europea, se ven flanqueadas: a) por la Cooperación en materia de Política Exterior y Seguridad Común (PESC), y b) por la Cooperación en los Asuntos de Justicia y Asuntos del Interior (AJAI).

El siguiente paso dentro del proceso de integración europea lo encontramos en el Tratado de Ámsterdam firmado en octubre de 1997 que en general supuso una profundización en los tres pilares de la Unión Europea.

Posteriormente, en febrero de 2001, se firmó el Tratado de Niza, cuya aportación más original fue la firma de la Carta de Derechos Fundamentales, que tuvo el positivo efecto jurídico de vincular jurídicamente a la Comunidad, así como el favorable efecto político de contribuir al reforzamiento de la identidad europea.

Finalmente, en octubre de 2004, se firmó el "Tratado por el que se establece una Constitución para Europa", o nuevo Tratado de Roma, signado el 29 de octubre de 2004.

Dentro de dicho Tratado, se establecían de modo más preciso las competencias de la Unión y de los Estados Parte, se incorporaban los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos y, sobre todo,

se simplificaba formalmente la "Constitución de Europa", que hasta entonces se encontraba dispersa en más de veinte tratados, más sus respectivos protocolos y declaraciones, con más de 1 000 artículos, que el Tratado de Roma redujo al número de 448. Adicionalmente, con una intención eminentemente política, se definían ciertos rasgos simbólicos propios de un Estado Confederal, como su misma denominación "constitucional" y su himno.

Sin embargo, el Tratado de Roma, sujeto a su ratificación por los Estados miembros, naufragó con el rechazo de Francia y de Holanda, por lo que el próximo hito dentro de la construcción europea, según parece, será el Tratado de Lisboa, actualmente en preparación y que se pretende firmar en 2008. Tal parece que será –según la expresión misma de los politólogos europeos– un tanto más "descafeinado" que el Tratado de Roma, es decir, menos ambicioso por lo que respecta a la "intencionalidad política" de aquél, de establecer una Constitución, un himno y en definitiva, los símbolos propios de un Estado Confederal para Europa.

Por lo que hace a los órganos comunitarios europeos, que han sido el resultado del anterior proceso de integración, conviene notar que su estructuración y competencias –que han variado significativamente a lo largo de los últimos cincuenta años– se ha caracterizado, como resultado del pragmatismo con el que se ha producido hasta el momento la construcción europea, por su condición ambigua, en ocasiones entrecruzada, y muchas veces inclusive contradictoria.

Así las cosas, del examen de la estructura comunitaria queda la impresión preliminar de tratarse de una organización inacabada, inserta en un proceso de maduración. En las palabras de Linde y Mellado: "No existe todavía un marco institucional cerrado, estable y verdaderamente operativo. La provisionalidad, pues, es la nota predominante en este ámbito".[4]

Más aún, dentro del ámbito de la estructura institucional europea no existe propiamente una "división de poderes". En efecto, aunque la función jurisdiccional está depositada en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con sede en Luxemburgo (TJCE), lo

[4] Linde y Mellado, *Iniciación...*, *op. cit.*, p. 36.

cierto es que el Poder Ejecutivo lo comparten la Comisión y el Consejo, y así también el Legislativo se encuentra fragmentado entre la Comisión, con su monopolio de iniciativa, el propio Consejo y el Parlamento.

Pero todavía hay más, los distintos organismos que conforman la estructura supranacional europea, "representan" a su vez "diversos intereses", en muchas ocasiones "contrapuestos".

Así, en efecto, el Consejo de Ministros representa ante todo a los gobiernos de los Estados miembros, la Comisión representa por su parte el interés de las Comunidades y de la Unión y consecuentemente promueve la profundización y avance en la integración y, a su vez, el Parlamento representa a la ciudadanía europea.

De esta manera, dada: a) la naturaleza inacabada de las anteriores instituciones, b) la circunstancia de representar intereses distintos y eventualmente contrapuestos y c) la propia ausencia en su conformación del principio clásico de la división de poderes, que ha supuesto d) un "ejercicio colaborativo del poder", con base en una "separación no orgánica de las funciones", las Comunidades y la Unión Europea se encuentran vertebradas de una forma enteramente *sui generis*, que ha revolucionado los esquemas tradicionales del derecho internacional público.

En una palabra: el proceso de integración europea ha desembocado, durante los últimos cincuenta años, en la conformación de una "estructura supranacional" novedosa, que se ha conformado de manera "funcional y pragmática", a partir de una auténtica "cesión de soberanía" por parte de los Estados miembros, que ha confiado a dicha organización, revolucionaria de las pautas del derecho internacional público clásico, el ejercicio de diversas competencias en materia económica, social, cultural y política.

Ahora, el derecho comunitario debe ubicarse tanto dentro del marco de la economía del desenvolvimiento del anterior proceso de integración europea, cuanto del de la peculiar estructuración de sus órganos institucionales.

Así pues, en una primera aproximación, general y externa, podemos decir que el derecho comunitario es un "derecho supranacional", que ha desbordado también los cauces del derecho internacional público clásico, por virtud de la "cesión de soberanía" por parte de los Estados miembros en favor de una organización supranacional.

En segundo lugar, y como un reflejo de su misma supranacionalidad, el derecho comunitario se estructura, según la jurisprudencia del TJCE, como "un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros", que ha estructurado a la Unión Europea como una "comunidad de derecho", envuelta por un "nuevo ordenamiento jurídico", cuyos sujetos de aplicación "no son únicamente los Estados miembros, sino también sus nacionales".

De esta manera, puede afirmarse que el derecho comunitario europeo es un "ordenamiento jurídico supranacional", "integrado en los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros", de naturaleza "supranacional y colaborativa", que se ha conformado como un "derecho común", incorporado dentro de la dinámica jurídica de los "derechos propios" de los Estados Parte, conformado a partir de los mismos, pero de manera autónoma a ellos, influido por ellos, e influyente dentro de ellos.

Respecto de las fuentes del derecho comunitario, se suele distinguir entre el "derecho comunitario primario" y el "derecho comunitario secundario", según se trate del derecho fundamental establecido por los tratados constitutivos, o de aquel otro de naturaleza derivada, producido por las instituciones creadas por los tratados, en aplicación de los mismos.

Dicho en otras palabras, donde el derecho comunitario originario es relativamente equivalente al derecho constitucional, el derecho comunitario secundario es más bien similar al derecho legislado.

Dentro del derecho primario establecido por los tratados constitutivos –tanto los fundacionales, como los de revisión, de consolidación estructural y acuerdos de ampliación–, un sector mayoritario de la doctrina europea plantea que debe considerarse también a la jurisprudencia del TJCE –particularmente aquélla que ha definido los principios generales del derecho comunitario y muy destacadamente la relativa al ámbito de los derechos humanos– como una especie de "jurisprudencia constitucional", que por lo mismo, es conformadora también del derecho primario o fundamental.

Por debajo del derecho comunitario originario, se encuentra el así denominado derecho comunitario secundario, que es el establecido por las instituciones creadas por los tratados constitutivos, en ejercicio de sus funciones normativas, de manera derivada y autónoma. De acuerdo con los tratados constitutivos, las normas comunitarias

derivadas pueden asumir la forma de a) reglamentos, b) directivas, c) decisiones, d) recomendaciones y e) dictámenes, según su diversa naturaleza, objeto, contenido y destinatarios.

Finalmente por lo que hace a esta exposición panorámica y brevísima sobre el derecho comunitario en general, vale la pena destacar que el mismo se encuentra orientado por diversos "principios fundamentales", de entre los cuales pueden destacarse a) los que gobiernan las relaciones entre el derecho comunitario y los derechos nacionales (competencia, subsidiariedad, proporcionalidad y colaboración), y b) los propiamente intrínsecos del derecho comunitario (aplicación inmediata, efecto directo, supremacía e interpretación concurrente).

Respecto de los principios que rigen las relaciones entre el derecho comunitario y los derechos nacionales, tenemos en primer lugar al principio de competencia, que es el fundamento de todo el ordenamiento jurídico comunitario, y que se encuentra recogido dentro del artículo 5 del TUE que literalmente establece: "La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigne". Respecto de dicho principio, conviene solamente destacar que las competencias comunitarias pueden ser exclusivas o compartidas y que en caso de ser compartidas, se encuentran regidas por el diverso principio de subsidiariedad.

Ahora bien, por lo que hace al principio de subsidiariedad, también contenido dentro del artículo 5 del TUE, dicho eje del derecho comunitario se encuentra formulado en los siguientes términos: "La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigne. En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada a nivel comunitario".

Conviene destacar que el anterior principio de subsidiariedad es usualmente objeto de atemperación por otro principio complementario del mismo, el de proporcionalidad, que se encuentra igualmente recogido por el mismo artículo 5 del TUE, que establece respecto del

mismo: "Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado".

Por último, respecto de los principios que gobiernan las relaciones entre el derecho comunitario y los derechos nacionales, tenemos al principio de cooperación, que supone la acción conjunta entre la Comunidad y los distintos Estados miembros.

En este sentido, es pertinente mencionar que así como las instituciones comunitarias se han reservado el "monopolio de la creación" del derecho comunitario, sin embargo, por cuanto hace a su aplicación, ésta se encuentra confiada frecuentemente, mediante una dispersión de la función ejecutiva, en las autoridades nacionales, que fungen así como una especie de "autoridad comunitaria por delegación".

Expuestos los anteriores ejes, que a manera de bisagra inarticulan las relaciones entre el derecho comunitario y los derechos nacionales, conviene que en segundo lugar nos detengamos en los principios intrínsecos del derecho comunitario.

Dentro de esta categoría nos encontramos en primer lugar con el principio de aplicabilidad inmediata, que supone ante todo la aptitud de la norma jurídica comunitaria para desplegar sus efectos por sí misma, esto es, sin necesidad de un acto posterior de desarrollo.

Así las cosas, de este principio puede desprenderse: a) que el derecho comunitario está integrado en el ordenamiento jurídico de los Estados Parte, sin necesitar procedimiento alguno de recepción posterior; b) que las normas comunitarias ocupan inmediatamente su lugar dentro del ordenamiento jurídico nacional, en calidad de derecho comunitario, y c) que los jueces nacionales deben aplicar el derecho comunitario.

Por lo que respecta al principio del efecto directo, su incorporación dentro de la dinámica del derecho comunitario se debe a la célebre sentencia del TJCE dentro del caso *Van Gend en Loos vs. Países Bajos*.[5] Dicho principio supone que el derecho comunitario crea de-

[5] Las sentencias del Tribunal de Justicia y las conclusiones de los abogados generales que serán objeto de cita dentro del presente trabajo, pueden consultarse en la página oficial del TJCE: www.curia.eu.int/jursip. Sobre la jurisprudencia del Tribunal puede consultarse con gran provecho a Ricardo Alonso García, *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Estudio y jurisprudencia*, 3a. ed., Madrid, Thomson Civitas, 2006.

rechos y obligaciones, a favor y a cargo de los ciudadanos europeos, cuyo cumplimiento pueden exigir ante los órganos jurisdiccionales nacionales en la medida en la que éstos colaboran en la protección de la normativa comunitaria. Así pues, el principio de efecto directo consiste en la susceptibilidad de que las disposiciones comunitarias sean invocadas por los particulares ante los órganos jurisdiccionales estatales.

Ahora bien, dada la aplicabilidad inmediata y el efecto directo del derecho comunitario, la hipótesis de contradicción entre las normas comunitarias y las nacionales, exigía a su vez del establecimiento de un principio capaz de proveer a la prelación en caso de conflicto. Dicho principio fue definido por el TJCE en la célebre sentencia *Flamino Costa vs. Enel* de julio de 1964, donde se estableció que el derecho comunitario, como "ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema de los Estados miembros" "se impone a sus órganos jurisdiccionales" por cuanto "que la transferencia operada por los Estados desde su orden jurídico interno en beneficio del orden jurídico comunitario" "implica, por tanto, una limitación definitiva a sus derechos soberanos contra la cual no podría prevalecer un acto unilateral ulterior incompatible con la noción de Comunidad".

Finalmente, el principio de interpretación concurrente, establecido por el TJCE apenas hasta la década de los noventa, exige que el juez nacional, para interpretar su derecho estatal, haga todo lo posible para encontrar una interpretación del mismo conforme con el derecho comunitario. Más aún, con el propósito de que el diálogo entre el derecho comunitario y los derechos nacionales sea fluido y exento de contradicciones, dicho principio supone a su vez que el derecho comunitario debe ser aplicado *pro constitutione*, flexibilizándolo así para adaptarlo al ordenamiento jurídico estatal y estirándolo hasta donde su ductilidad se lo permita.

Resumiendo lo expuesto, puede decirse que *el derecho comunitario europeo es: a) un "derecho supranacional", b) que ha desbordado los cauces del derecho internacional público clásico; c) siendo el resultado de una auténtica "cesión de soberanía" por parte de los Estados miembros en favor de una organización supranacional; d) que se ha convertido en "un ordenamiento jurídico propio integrado en los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados socios"; e) de "naturaleza autónoma y colaborativa"; f) y recorrido por los*

principios de competencia, subsidiariedad, proporcionalidad, colaboración, primacía, aplicabilidad inmediata, efecto directo e interpretación concurrente; g) configurándose así como un auténtico "derecho común" incorporado dentro de la dinámica jurídica de los "derechos propios" de los Estados Parte, conformado a partir de los mismos, pero de manera autónoma a ellos, influido por ellos, e influyente dentro de ellos.

III. El Tribunal de Luxemburgo y los "principios generales comunes"

Pues bien, habiendo bosquejado panorámica y sumariamente el estado actual del derecho comunitario, a la luz del proceso de integración europea hasta nuestros días, intentaré perfilar –de manera igualmente sucinta– la naturaleza e importancia de los "principios generales comunes", creados vía pretoriana por el Tribunal de Luxemburgo.[6]

Para ello, es necesaria una breve referencia a la "misión", "integración", "competencia" y "métodos" del propio TJCE.

Por lo que respecta a la misión del Tribunal de Luxemburgo, puede decirse que su finalidad es doble. En primer lugar, garantizar la consistencia en la interpretación y aplicación del derecho comunitario. Pero también, en segundo lugar, el TJCE cumple con la función de servir como un *Intergrationsorgan*, es decir, como un órgano que tiene confiado el "equilibrio institucional" entre la estructura comunitaria, equilibrio tanto más necesario dadas las peculiaridades propias de su organización, estructurada según una separación funcional, que no orgánica de las funciones, donde el principio de división de poderes ha sido desplazado por el de la "colaboración para el ejercicio de las funciones".

[6] Sobre el Tribunal y la reelaboración jurisprudencial de los principios generales comunes, además de la literatura general anteriormente recomendada, pueden consultarse con provecho las obras de Mar Jimeno Bulnes, *La cuestión prejudicial del artículo 177 TCE*, Barcelona, Bosch, 1996; Rébecca-Emmanuéla Papadopoulou, *Principes Généraux du Droit et Droit Communautaire. Origines et concrétisation*, Bruselas, Etablissements Emile Bruylant, 1996 ; Jorge Nieva Fenoll; *El recurso de casación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Barcelona, Bosch, 1998; Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, "La función del Abogado General del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", y de Gil Carlos Rodríguez Iglesias y Fernando Castillo de la Torre, "El procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", ambos en Carlos Jiménez Piernas (ed.), *Iniciación a la práctica en derecho internacional y derecho comunitario europeo*, Madrid, Universidad de Alcalá y Marcial Pons, 2003.

Ahora bien, por lo que toca a su integración y funcionamiento, el TJCE se compone por 15 jueces y ocho abogados generales, estando estos últimos encargados de presentar públicamente sus "conclusiones", sobre los asuntos del conocimiento del Tribunal.

Tanto los jueces como los abogados generales son designados por los gobiernos de los Estados miembros entre personalidades que ofrezcan absoluta garantía de independencia y que estén cualificadas para el ejercicio de las más altas funciones jurisdiccionales en sus países.

Una característica particularmente notable del funcionamiento del TJCE es que dada la gravedad de las decisiones que toma y la magnitud de los intereses que pueden verse afectados por las mismas, se protegen sus deliberaciones con el secreto pero, en contrapartida, se les priva también a sus jueces del derecho, propio de cualquier órgano jurisdiccional colegiado, de expresar y justificar su opinión disidente mediante el voto particular.

Afortunadamente y con el propósito de compensar esta significativa limitación, así como también para asegurar la profundidad de las decisiones del Tribunal, se estableció precisamente la magistratura del abogado general, quien ha sido el verdadero autor intelectual de la jurisprudencia comunitaria.

Para ello, los abogados generales presentan al TJCE sus conclusiones, cuya estructura formal se caracteriza por contener un análisis y exposición profundos de los antecedentes de hecho del asunto y de los argumentos de las partes, examinando a su vez la jurisprudencia precedente del Tribunal y acudiendo frecuentemente a la doctrina científica para apoyar sus pretensiones.

Respecto de su funcionamiento, vale la pena apuntar que el TJCE trabaja en salas. Además, con el propósito de atender el aumento progresivo de los asuntos, por Decisión del Consejo de octubre de 1988 fue creado el Tribunal de Primera Instancia, como agregado al TJCE, o sea que está integrado dentro del mismo, por lo que puede decirse que el Tribunal de Justicia es una única institución con dos jurisdicciones distintas, las del TJCE y las del TPI.

Así las cosas, para el mejor cumplimiento de su misión y con base en su propia integración y funcionamiento, el TJCE tiene atribuidas determinadas competencias, que usualmente son clasificadas por la doctrina en: recursos directos, recursos de casación y jurisdicción prejudicial.

Entre los recursos directos se encuentran principalmente el control de las infracciones del derecho comunitario por los Estados miembros, a través del recurso por incumplimiento, el control de la legalidad por la actividad o inactividad de los órganos comunitarios, que se efectúa mediante los recursos de anulación y de omisión, la constatación de la responsabilidad extracontractual de las Comunidades y finalmente los litigios entre las Comunidades y su personal. Los recursos de casación son aquéllos promovidos contra las resoluciones del Tribunal de Primera Instancia (TPI) y limitados a cuestiones de estricto derecho.

Por último, dentro de las competencias del TJCE, tenemos la cuestión prejudicial, que puede tener como objetivo tanto la interpretación del derecho comunitario a título prejudicial, cuanto el examen de validez de los actos de las instituciones comunitarias.

Ahora bien respecto a la "cuestión prejudicial" conviene recordar aquí que una de las principales características del derecho comunitario es su naturaleza colaborativa. Y precisamente, como parte del principio de colaboración, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros son también "tribunales comunitarios", pues la función de garantía del respeto en su interpretación también les está atribuida a ellos como administradores de una justicia comunitaria descentralizada en su ámbito de competencia.

Dentro del anterior contexto, resulta fundamental destacar el juego que se produce en materia de administración de justicia comunitaria, entre la "descentralización mediante la colaboración" de los jueces nacionales, de un lado, y el "monopolio de la interpretación auténtica" del derecho comunitario, reservado al TJCE mediante la cuestión prejudicial por el otro. Esta dinámica ha propiciado un riquísimo diálogo jurídico, cuyo desenvolvimiento ha sido fundamental en la construcción de la jurisprudencia comunitaria.

De aquí deriva precisamente la importancia capital de la institución del "reenvío prejudicial" como mecanismo de cooperación procesal: servir de escenario privilegiado para la sinfonía coral entre los derechos nacionales y el derecho comunitario.

Ahora bien, en tercer lugar, siguiendo con el itinerario trazado desde el comienzo del presente apartado, conviene detenernos en los métodos hermenéuticos seguidos por el TJCE para la conformación de su jurisprudencia.

A este respecto debe señalarse que el TJCE ha seguido, en cierta medida –aunque superándolos–, los métodos establecidos por el artículo 31 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, especialmente en cuanto a la interpretación de los Tratados Comunitarios, conforme al "sentido ordinario" de sus términos, de acuerdo con su "contexto" y en relación con su propio "objeto y fin".

Pero, a mayor abundamiento, entre los criterios específicos de interpretación que usa el TJCE, se encuentra en primer lugar el lingüístico, tanto más importante dada la existencia de distintas versiones oficiales de las normas objeto de la cuestión. En efecto, siendo la pluralidad idiomática una de las peculiares características del derecho comunitario, este principio tiene dentro de su economía un especial relieve.

Sin embargo, conviene destacar que los métodos de *hermeneusis* jurídica fundamentales que el TJCE ha seguido son el sistemático y el teleológico. Respecto del primero, procurando ante todo comprender las disposiciones de los tratados atendiendo a sus relaciones entre sí, a su lugar de ubicación dentro del cuerpo de los mismos, a su diversa función, a su contexto, conexión entre sí y a su misma estructura, mientras que, por su parte, se ha servido del método teleológico, sobre todo para buscar su aplicación de la manera más consecuente posible con el cumplimiento de su objeto y con la consecución de sus fines.

Debe observarse, además, que como apunta Isaac: "la utilización conjunta de los dos métodos es en la actualidad la más frecuente", dando por resultado, según el propio Isaac, una especie como de interpretación "constructiva", que yo diría que es simultáneamente estructural y funcional, entresacando así de los tratados diversos principios fundamentales.[7]

[7] Isaac, *Manual...*, *op. cit.*, p. 222.

Más aún, dicha *hermeneusis* constructiva, estructural y funcional, en tanto que tendiente a la integración del ordenamiento jurídico comunitario dentro de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, es también una interpretación concurrente, que supone la incorporación del derecho comunitario dentro de los derechos estatales, no como una yuxtaposición forzada o como una intrusión violenta, sino más bien como un acoplamiento armónico, que tiende a la flexibilización del mismo mediante una *hermeneusis pro constitutione* de los Estados parte, flexibilización a su vez maleada con los mismos derechos nacionales, que deben aplicarse siempre siguiendo el principio inverso, es decir el *pro communitate*.

Ahora bien, desde dicho "constructivismo concurrente", el TJCE ha superado los métodos tradicionales de interpretación internacional, estableciendo a su vez principios contrastantes con los mismos, entre los que pueden destacarse: el principio liberal, el supranacional, el orgánico, el autónomo, el progresivo y el evolutivo.

Pues bien, así las cosas y precisamente dentro del anterior contexto de la misión, integración, funcionamiento y metodología del Tribunal de Luxemburgo, se puede entender mejor la importancia y alcance que reviste la reelaboración jurisprudencial que realiza a través de los principios generales comunes del derecho comunitario.

De por sí, conviene destacar, que como ha sido puesto de relieve por diversos sectores de la jurisprudencia contemporánea, los "principios jurídicos", genéricamente considerados, suponen uno de los ámbitos más significativos del derecho actual y del porvenir ante el hundimiento de la dogmática del positivismo legalista formalista.[8]

[8] Sobre el tema de los principios jurídicos y su importancia jurídica y filosófica para la construcción de una nueva dogmática, puede consultarse en general mi libro, Juan Pablo Pampillo Baliño, *Filosofía del derecho. Teoría global del derecho*, México, Porrúa, 2005. Más en extenso sobre este importante tema puede consultarse a Ronald Dworkin, "¿Es el derecho un sistema de normas?", en *La filosofía del derecho*, R. M. Dworkin (comp.), México, Fondo de Cultura Económica, 1980; Josef Esser, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Barcelona, Bosch, 1961; Ángel Sánchez de la Torre, *Los principios clásicos del derecho*, Madrid, Unión Editorial, 1975; Ángel Sánchez de la Torre, "Los principios del derecho como objeto de investigación jurídica", en *Los principios generales del derecho*, Seminario de la Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, Ed. Actas, 1993.

En efecto, dada su pluralidad significativa, su ambigüedad creativa y hermenéutica, su obligatoriedad matizada y su diversa "revisabilidad", los principios jurídicos constituyen una forma jurídica particularmente flexible, dinámica y proteica, además de que dada su posición intermedia entre una "visión tópica" y una "visión sistemática" del derecho, sirven de puente entre el "pensar abierto" y el "pensar cerrado" y de lugar de encuentro de las tradiciones del *common law* y del *civil law*.[9]

Pues bien, así las cosas, en primer lugar, la importancia de los principios generales comunes dentro del ámbito de la jurisprudencia comunitaria debe ubicarse precisamente dentro del contexto general de la crisis de la dogmática positivista legalista formalista y de su correlativa superación por parte de una nueva dogmática jurisprudencial más valorativa, flexible, dinámica y contenutística.[10]

Ahora bien, por lo que hace específicamente a los principios generales comunes, conviene observar que constituyen una auténtica fuente formal del derecho europeo, cuyo rango, según la autorizada opinión de un importante sector de la doctrina, es fundamental, esto es, originaria o constitucional.

De hecho, ha sido precisamente dentro del ámbito de los principios generales del derecho, que el TJCE ha podido asegurar su independencia y supremacía, así como la autonomía del derecho comunitario.

Más aún, gracias a la circunstancia de que dichos principios sean comunes, se ha buscado garantizar el aprovechamiento de la "tradición jurídica común" a los Estados parte, convirtiéndose así estos principios generales comunes, en una especie de bisagra que dinamiza al derecho comunitario, permitiéndole a su vez una evolución progresiva.

Ahora bien, este desarrollo dialéctico de los principios generales comunes del derecho comunitario, a partir de la contrastación entre los diversos principios jurídicos de los Estados parte, que no obstante, comparten una misma tradición jurídica, ha dado lugar, a un im-

[9] *Cfr.* Pampillo, *Filosofía...*, *op. cit.*, pp. 118 y ss.

[10] A este respecto y en general puede verse la interesante obra de Rodolfo Luis Vigo, *De la ley al derecho*, México, Porrúa, 2003.

portante auge del método de la comparación jurídica, que, como ha observado con razón Ricardo Alonso, ha propiciado: "un efecto que podemos llamar *boomerang,* concretado en una diversidad de derechos nacionales que estaría aportando una serie de elementos a la construcción de un principio, categoría técnica a nivel europeo, produciéndose ulteriormente una nueva vuelta de esa síntesis europea a los propios ordenamientos nacionales, que de alguna forma está llamada a incidir en los elementos internos que sirvieron de base para su construcción".[11]

Lo relevante es que la metodología seguida por el Tribunal de Luxemburgo ha venido permeando durante los últimos años, tanto a los operadores jurídicos prácticos europeos cuanto a los nacionales, pues la discusión y adjudicación del Tribunal va, lógicamente, precedida de las argumentaciones hechas por las partes en sus escritos, así como de las mismas conclusiones elaboradas por los abogados generales.

Es igualmente importante destacar que para el análisis del derecho comparado que realiza el TJCE, este órgano debe acudir a la integridad del orden jurídico interno de los Estados miembros, incluyéndose, por ende, no sólo sus legislaciones, sino su jurisprudencia y su propia doctrina.

Así pues, el papel que han jugado estos principios según Papadopoulou es realmente extraordinario: a) promoviendo la unidad interna del orden jurídico comunitario y su cohesión interna; b) dotando a su vez el derecho comunitario de un dinamismo indispensable para su adaptación a la evolución europea; c) colmando las inmensas lagunas del derecho comunitario.[12]

Debe destacarse dentro del anterior contexto que los principios generales comunes del derecho comunitario, desarrollados mediante un ejercicio comparatístico por parte del Tribunal de Luxemburgo, suponen en el fondo una "reelaboración jurisprudencial" sobre ideas, métodos y conceptos jurídicos, que en muchos casos se encuentran ya presentes de manera previa y como latente dentro de la "tradición

[11] Alonso, *Derecho comunitario...*, *op. cit.*, p. 261.
[12] Papadopoulou, *Principes...*, *op. cit.*, p. 288.

jurídica occidental", conformando un sustrato cultural común, que es como la levadura de dichos principios jurídicos.

Así las cosas, como ha afirmado con toda lucidez Ricardo Alonso: "la cultura jurídica común al Occidente europeo es un hecho y el TJCE actúa como factor de síntesis".[13]

Tratando de esquematizar los pasos seguidos por el Tribunal de Luxemburgo en la reelaboración jurisprudencial de los principios generales comunes, auténtico nuevo derecho común de los Estados miembros, pueden citarse, por ejemplo, las conclusiones presentadas por el abogado general L. A. Geelhoed, el 18 de septiembre de 2001, dentro del caso *Comisión vs. República Francesa*, donde se habla de la conveniencia de "recurrir a reglas generales del derecho privado, como *ius commune*". Más aún, en las diversas conclusiones de la abogada general Christine Stix-Hackl, presentadas el 26 de septiembre de 2002 dentro del caso *Thyssen Stahl AG vs. Comisión*, que: "debe examinarse si de las tradiciones jurídicas comunes de los Estados miembros cabe eventualmente deducir una forma uniforme". Incluso en dicho sentido se había pronunciado ya desde finales de los sesenta el propio TJCE en la sentencia *Klomp* de 25 de febrero de 1969, donde apeló precisamente a "un principio común a los sistemas jurídicos de los Estados miembros de la Comunidad, cuyos orígenes pueden remontarse al derecho romano".

Más recientemente, el abogado general Philippe Léger ha hecho una exposición del itinerario seguido por el TJCE en sus conclusiones presentadas el 17 de septiembre de 2002 dentro del caso *Comisión vs. CCRE*, afirmando: "el método empleado para deducir la existencia de un principio general de derecho comunitario es constante. El Tribunal de Justicia efectúa un análisis de derecho comparado. Compara el derecho de los diferentes Estados miembros y comprueba si existe un grado razonable de convergencia"; más aún el Tribunal de Justicia "puede hacer referencia a la evolución histórica del principio para subrayar que '[sus] orígenes se remontan al derecho romano'," si bien igualmente, "por regla general, adopta una solución progresista y se inspira en la evolución que se esboza en los Estados miembros".

[13] Alonso, *Derecho comunitario...*, *op. cit.*, p. 238.

De esta manera y sintetizando lo expuesto, puede afirmarse que *el Tribunal de Luxemburgo, en razón de su misión (interpretación e integración), integración (jueces y abogados generales), competencia (cuestión prejudicial) y métodos hermenéuticos (constructivos y colaborativos) ha desarrollado una importante actividad de reelaboración jurisprudencial de principios jurídicos, a partir de la tradición jurídica europea, como patrimonio común, sin demérito de las peculiaridades propias de los derechos y sistemas jurídicos que integra (*civil law *y* common law*), a través de un análisis dogmático, comparativo, histórico y progresivo, desarrollado a través de un itinerario que bien puede considerarse como "tradicional-actual-proyectivo*".

IV. Los esfuerzos científicos de unificación del derecho privado

Pues bien, habiéndonos referido muy brevemente al derecho comunitario *–ius communitatis–* y a su peculiar diálogo con los derechos nacionales europeos *–iura propria–*, falta todavía, para terminar de perfilar el nuevo *mos europaeus*, referirnos al "nuevo derecho privado europeo" que actualmente se encuentra en proceso de gestación y desarrollo.

Este último ámbito de la actual dogmática jurídica europea, supone uno de los más interesantes desenvolvimientos del derecho en nuestro tiempo; como han observado con razón los profesores Schulze y Zimmermann: "La construcción paulatina de un derecho privado europeo constituye uno de los aspectos más destacados del desarrollo jurídico actual".[14]

En efecto, tanto a través de los Tratados Constitutivos y de sus subsecuentes Protocolos adicionales, cuanto sobre todo por medio del derecho derivado –especialmente de los Reglamentos y las Directivas sobre la materia–, pero también mediante los principios generales comunes desarrollados por el TJCE y, más recientemente, gracias a los propios esfuerzos realizados por la doctrina jurídica, a partir de estudios histórico-jurídicos y de derecho comparado, se ha venido perfilando, especialmente durante los últimos veinte años, un nuevo derecho privado europeo.

[14] Reiner Schulze y Reinhard Zimmermann, *Textos básicos de derecho privado europeo*, Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 7. En relación con este tema, además de la anterior obra, pueden consultarse en general los textos de Sergio Cámara Lapuente (coord.), *Derecho privado europeo*, Madrid, Ed. Colex, 2003; Helmut Coiné, *Derecho privado europeo*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996; María Dolores Díaz-Ambrona Bajadí (dir.), *Derecho civil comunitario*, Madrid, Ed. Colex, 2001.

Sin embargo, la "integración del derecho privado europeo" es de suyo un tema ampliamente debatido, donde nos encontramos argumentos a favor de la misma y argumentos en contra de ella.

Entre los principales argumentos a favor de la unificación del derecho privado europeo, tenemos las propias ventajas de un derecho uniforme para el buen funcionamiento del mercado común. Además, se ha observado que históricamente la unidad de mercado y la unidad monetaria, son los antecedentes normales de la unidad jurídica. Más aún, desde la perspectiva de la evolución de la tradición jurídica occidental, la unificación del derecho privado supondría a su vez una nueva vida del derecho común europeo. Todavía más, el derecho privado resulta ser, lo mismo que el derecho internacional privado, insuficiente dentro del ámbito regional de la CE, por lo que parece indispensable, para quienes están a favor de la integración del derecho europeo, una unificación legislativa del mismo.

Sin embargo, pueden destacarse también, como argumentos en contra de dicha codificación, en primer lugar, la ausencia de conceptos y técnicas comunes, así como la enorme diversidad de mentalidades jurídicas y culturales, sobre todo en los ámbitos de los países continentales del *civil law* e Inglaterra con su tradición del *common law*, así como también respecto de la familia jurídica nórdica o escandinava. Además se encuentra la conveniencia de respetar el pluralismo jurídico, siendo éste un argumento cultural que subraya precisamente que lo esencial en la "idea de Europa" es su propia diversidad, razonamiento cuya fuerza es especialmente persuasiva respecto de los Estados cuyas divisiones internas –como en el caso de la propia España–, tienen competencia en materia civil. Adicionalmente, dicha unificación supondría la pérdida de las ventajas que ofrece la "competencia entre ordenamientos jurídicos", pues la evolución de los mismos permite que vayan recibiendo e incorporando las diversas soluciones jurídicas que se van conformando en otras latitudes. Más aún, la codificación del derecho privado europeo po-

dría significar la "petrificación legislativa" del derecho común. Pero hay todavía más, finalmente se aduce usualmente por los adversarios de la codificación, que le falta a la UE competencia expresa para legislar en la materia.

Pero la discusión en torno a una posible codificación del derecho privado europeo no se acaba aquí. Se discute sobre la morfología de dicho código; ¿debería integrarse mediante disposiciones normativas articuladas, principios jurídicos o reglas de *soft law*? Más aún, sobre sus trabajos preparatorios, ¿de dónde partirían? ¿De los diversos códigos civiles nacionales considerados como modelos (*imitatio*), o más bien de los diversos principios generales comunes considerados como datos de convergencia del derecho privado existente (*inductio*) o, en fin, de la creación de nuevos principios cuyo punto de partida sea la comparación y la ponderación a partir de los principios europeos ya existentes (*inventio*)?

Pero hay todavía más: habría que considerar y resolver no sólo el qué y el cómo sino el quién; esto es, quién o quiénes deberían elaborar las reglas, principios, o disposiciones, por *imitatio*, *inductio* o *inventio*: ¿los institutos académicos ya existentes? ¿Debiera crearse una comisión *ad hoc* para tales efectos?

En fin, que el gran tema de la armonización integradora del derecho privado, jalonado por las fuerzas antagónicas del uniformismo eurocrático de un lado, y de la diversificación nacionalista y regionalista por el otro, han ofrecido, como se puede apreciar, una serie de discusiones que han girado en torno a su conveniencia, viabilidad, contenido y forma, que plantean una serie de dificultades extraordinarias.

Lo cierto es que en el momento actual el avance realizado en materia de unificación del derecho europeo se ha desarrollado en diversos ámbitos, principalmente: a) a través del propio derecho comunitario, y b) merced a diversos impulsos extraoficiales de naturaleza académica.

Por lo que respecta en primer lugar a los avances en materia del propio derecho comunitario, éstos se han producido mediante distintas directivas, que han proporcionado diversos criterios de armonización sobre algunas materias comprendidas dentro del ámbito del derecho privado.

Entre las materias que han sido objeto de regulación comunitaria en el ámbito del derecho privado, encontramos principalmente: 1) el

derecho del consumo y de las obligaciones y contratos (directivas de publicidad engañosa de 1984, contratos negociados fuera de establecimientos mercantiles de 1985, crédito al consumo de 1987, 1990 y 1998, viajes combinados de 1990, cláusulas abusivas de 1993, multipropiedad de 1994, contratos a distancia de 1997, acciones de cesación de 1998, garantías en la compraventa de bienes de consumo de 1999, comercio electrónico de 2000, comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores de 2002), 2) la contratación mercantil (reglas sobre agentes comerciales independientes de 1986, lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales entre empresas o entre empresas y entes públicos de 2000, los seguros que han sido objeto de diversas directivas, o la responsabilidad civil derivada de la circulación de automóviles), 3) el derecho de la persona y sociedades (tratamiento de datos personales y su circulación de 1995, protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas de 1997 y 2002, el derecho de las personas jurídicas que ha sido uno de los ámbitos más abundantes del derecho privado comunitario, donde inclusive hay importantes reglamentos como el de las agrupaciones europeas de interés económico de 1985 y el de la sociedad anónima europea de 2001), 4) la responsabilidad civil extracontractual (directiva sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos de 1985 y 1999 y el reglamento sobre responsabilidad de la compañías aéreas en caso de accidente de 1997), 5) la propiedad intelectual e industrial que es uno de los sectores del derecho privado más intensamente regulados (directiva sobre la protección jurídica de las topografías de los productos semiconductores de 1987, programas de ordenador de 1991, derechos de autor y afines en la radiodifusión vía satélite y distribución por cable de 1993, bases de datos de 1996, derechos de autor y afines en la sociedad de la información de 2001, derecho del autor en una obra de arte de 2001, invenciones biotecnológicas de 1998, dibujos y modelos industriales de 1998, la marca comunitaria de 1993), 6) el derecho internacional privado, en tanto que se han convertido en reglamentos intercomunitarios diversos tratados internacionales en la materia, por ejemplo, dentro del ámbito de la competencia judicial internacional, 7) el derecho de la competencia (control de concentraciones de empresas de 1989, 1990, 1997, cláusulas contractuales contrarias a la libre competencia y competencia desleal),

8) el derecho bancario y bursátil (en materia de cuenta corriente, deber de confidencialidad, etc.), y 9) el derecho laboral (libre circulación de trabajadores, protección social, plasmaciones de la igualdad, etcétera).

En segundo lugar tenemos que en el ámbito académico y antes de la actual efervescencia que ha despertado el tema de la unificación o armonización del derecho privado europeo, se ha observado con razón que la mejor vía para alcanzar dicha integración, no es precisamente la legislativa.

En efecto, se han notado, entre otros inconvenientes, la falta de competencia expresa por parte de la UE para una acción de esta naturaleza y alcance, así como la posible petrificación normativa que podría seguirse de la misma, junto con otras muchas razones, considerando la mayor conveniencia de elaborar, en el momento actual, más que un proyecto de código, un amplio trabajo jurisprudencial de historia del derecho y de derecho comparado, para ubicar las principales coincidencias y divergencias que presentan los distintos ordenamientos jurídicos nacionales europeos, lo que supone casi, hasta cierto punto, como una reedición de la polémica Thibaut-Savigny.

Este impulso académico se advierte inclusive dentro de los actuales planes de estudio jurídicos, que destacan ya un cierto como "perfil europeo", que se ha traducido en la creación de institutos, cátedras y centros de investigación del derecho privado europeo y su historia, creciendo el interés, incluso a nivel mundial, por la armonización jurídica.

Además, al nivel de la ciencia jurídica europea, debe resaltarse el creciente interés de la doctrina europea por la historia de la tradición común y los estudios de derecho comparado a través de la búsqueda de soluciones similares para problemas igualmente comunes, propiciándose tanto desde el ámbito propiamente europeo, cuanto desde los ámbitos nacionales de los Estados parte, propiciándose así una mayor europeización de los estudios jurídicos.

De esta manera, puede decirse que hoy por hoy se está buscando la formación jurídica de los estudiantes de derecho en la pluralidad de los ordenamientos jurídicos europeos, a través del aprendizaje de los diferentes idiomas y de la investigación de los principios comunes, a efectos de que el desarrollo de una ciencia jurídica auténticamente europea propicie el nacimiento de un verdadero *mos europaeus*, capaz de servir como punto de partida para la codificación, en un esfuerzo de cooperación entre historiadores, romanistas, comparatistas y iusprivatistas.

Así las cosas, puede afirmarse que el derecho privado europeo, se encuentra actualmente en una fase de elaboración académica-jurisprudencial, en la medida en la que la ciencia jurídica se encuentra actualmente apuntalando el entramado dogmático que ya permite anunciar, en el horizonte cercano, un auténtico derecho privado común europeo.

Lo cierto es que dentro de este ámbito científico se han ya elaborado distintos proyectos, que con diversa finalidad y metodología, han buscado el conocimiento y la formulación de los principios del derecho privado europeo, como acervos doctrinales para el estudio universitario, así como para orientar la *praxis* académica y jurídica de profesores, abogados, jueces y legisladores, que han buscado destacar las convergencias existentes en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales.

Estas recopilaciones de principios y soluciones, similares a los *Restatements* del derecho estadounidense, han buscado pues dicha orientación práctica, pudiendo ser a su vez designados por las partes contratantes como derecho supletorio a sus acuerdos de voluntades.

Entre las iniciativas más importantes que se inscriben dentro del anterior esfuerzo académico pueden citarse: los *Principles of European Contract Law (Comisión Lando)*, el *Study Group on a European Civil Code (Proyecto von Bar)*, el *Anteproyecto de Código Europeo de Contratos (Proyecto Gandolfi o Grupo de Pavía)*, los *Principios Europeos del Derecho de la Responsabilidad Civil (Grupo de Tilburg/Viena o Spier/Koziol)* y el Proyecto de Trento o *Common Core of European Private Law*, entre muchos otros.[15]

En definitiva y recapitulando lo anteriormente expuesto: *la conformación de un derecho privado europeo, común a los Estados parte de la Comunidad, es un acontecimiento que ha venido gestándose a lo largo de los últimos años, cuyos perfiles todavía no se encuen-*

[15] En extenso sobre cada uno de estos grupos, su historia, objetivos, métodos de trabajo y resultados, puede consultarse la obra colectiva de Cámara (coord.), *Derecho privado europeo...., op. cit.*

tran enteramente delineados, y que ha venido fraguándose tanto en el ámbito político institucional comunitario, cuanto en el jurídico del derecho derivado, así como también en el académico-científico, que a través de la historia y la comparación jurídicas, está concentrado en la reelaboración dogmática de una nueva ciencia jurídica europea, con la pretensión de integrar un derecho privado común, siguiendo para ello novedosas técnicas, claramente superadoras de la estrecha concepción codificadora propia del siglo XIX.

V. Hacia una nueva dogmática jurídica

Llegados a este punto, ya puede entreverse hasta donde la actual conformación del derecho comunitario y los recientes desarrollos de la ciencia jurídica europea, constituyen desenvolvimientos particularmente sintomáticos y significativos respecto de las presentes y hasta de las futuras evoluciones de la tradición jurídica occidental.

El proceso de integración europea al que me he referido primero, la estructuración del derecho comunitario, los principios que lo recorren, la actividad jurisprudencial del Tribunal de Luxemburgo y los más recientes esfuerzos de la ciencia jurídica europea para la integración armonizadora de un derecho privado europeo, constituyen en mi concepto fenómenos de una extraordinaria importancia, que nos permiten afirmar la existencia de un "nuevo derecho común europeo", que es el producto de la colaboración entre diversas instancias, entre las que cabe destacar muy especialmente a la judicatura y a la doctrina.

Nos encontramos pues ante una especie como de "segunda vida del *ius commune* europeo", tercera o cuarta vida –según se quiera ver– del derecho romano, a partir de una revitalización de su perfil formal tradicional, donde nuevamente, desde la perspectiva comprensiva de la historia y de la comparación, parece conformarse una jurisprudencia tradicional-actualizadora-proyectiva, como aquélla que caracterizó el quehacer de los consiliatores.

En efecto, y a pesar de las necesarias matizaciones y diferencias entre la ciencia jurídica bajomedieval del *ius commune* y los actuales desarrollos jurídicos europeos, que deben movernos a circunspección prudente en todas nuestras analogías, podemos encontrar, sin embargo, notables similitudes entre ambos, que nos ayudan a comprender

mejor los actuales perfiles de una nueva dogmática jurídica, cuyos contornos ya se nos presentan con cierta nitidez, permitiéndonos a su vez conjeturar, fundadamente, sobre sus próximos desarrollos.

Así las cosas, retomando las anteriores reflexiones, podemos concluir anticipadamente que el proceso de integración europea ha puesto en entredicho: a) la primacía de lo político sobre lo jurídico, con la formalización del segundo al servicio del primero; b) la viabilidad del Estado contemporáneo; c) la teoría clásica de la división de poderes, ofreciéndonos 1) una nueva forma de asociación constitucionalmente jurídica, en sentido material y contenutístico; 2) estructurada de manera funcional e instrumental, a partir de una dinámica colaborativa y atemperada; caracterizadas todas ellas: a) por la centralidad del derecho; b) por la poliarquía política y el policentrismo jurídico; c) por la preponderancia de las funciones sobre las estructuras, con la consecuente complejidad de sus entrecruzamientos; d) por el desconocimiento del principio estructural de la división de poderes.

Ahora bien, todavía hay mucho más; por lo que respecta al derecho comunitario europeo, resultado del proceso de integración a que nos hemos referido, se trata de un derecho supranacional que constituye un ordenamiento jurídico propio, integrado dentro de los ordenamientos jurídicos de los Estados Parte de la Comunidad, cuyas notas esenciales son su autonomía, la colaboración entre las instancias comunitarias y las estatales por lo que respecta a su aplicación, así como su primacía, su aplicabilidad inmediata y su efecto directo, notas de las que a su vez se desprende que se trata de un derecho común incorporado dentro de la dinámica de los derechos propios, influido por los mismos, e influyente dentro de ellos.

De esta manera y retomando las anteriores reflexiones sobre el derecho comunitario genéricamente designado, podemos decir que: a) su naturaleza supranacional ha desbordado las limitaciones de una dogmática positivista y legalista, así como las rígidas clasificaciones de una jurisprudencia racionalista y sistemática; b) ha conformado un nuevo policentrismo y pluralismo jurídico que promueve, respecto de los operadores jurídicos, un mayor conocimiento de la diversidad de ordenamientos jurídicos, así como un criterio más desarrollado para la selección del derecho aplicable; c) ha propiciado una relación de recíproca influencia respecto de los derechos nacionales mediante la aproximación concurrente con los mismos; d) se ha estructurado

mediante un sistema de fuentes variado, con una enorme diversidad de fuentes legales y extralegales que han contribuido a la integración jurídica mediante la armonización y la unificación, pudiéndose destacar dentro del ámbito de los principios jurídicos, la centralidad de la jurisdicción ejercida por el TJCE; e) cuyos principios han contribuido a la conformación de una nueva dogmática, caracterizada por las intensas "relaciones genético-reproductivas" que se han desarrollado entre los derechos nacionales y el derecho comunitario europeo.

Pero hay todavía más, la consideración de los principios generales comunes desarrollados por el Tribunal de Luxemburgo nos permite concluir también que dicha reelaboración deriva su importancia de: a) ser el resultado de una jurisprudencia científica, condicionada por la integración, competencias y métodos del TJCE; b) donde la actividad desplegada por los abogados generales dentro de sus conclusiones, además de asemejarse a la emprendida por los juristas romanos clásicos y bajomedievales, asegura una hermeneusis-interpretativa caracterizada por el recurso a una pluralidad de fuentes de conocimiento jurídico; c) cuya inarticulación a partir del monopolio hermenéutico confiado al Tribunal de Luxemburgo, de un lado, y la descentralización de la justicia confiada a los jueces nacionales, por el otro, ha contribuido en gran medida a la contextura eminentemente dialogal y común de la misma, de una manera tal que evoca el *modus procedendi* del Tribunal Cameral del Imperio Alemán; d) que en su desarrollo se ha servido de un método constructivista estructural-sistemático, funcional-teleológico y concurrente que ha derivado en la naturaleza eminentemente liberal, supranacional, orgánica, autónoma, progresiva y evolutiva de la misma, que recuerda los métodos hermenéutico-interpretativos de la jurisprudencia romana y de los consiliatores; e) que ha colmado las lagunas oceánicas del derecho comunitario; f) propiciando un ejercicio multidisciplinario que ha reivindicado la importancia del derecho comparado, de la historia del derecho y del derecho romano, como disciplinas de un extraordinario valor dogmático para la elaboración de un derecho común, anclado en la tradición cultural jurídica de los países miembros, con miras a su actualización presente y proyección futura.

Finalmente, por lo que respecta a los últimos desarrollos reseñados respecto de la conformación de un nuevo derecho privado europeo y más allá de los indudables progresos que se han alcanzado a

través de la legislación europea y de las propias reelaboraciones científicas de una comunidad académica, que desde los ámbitos del derecho privado, del derecho comparado, de la historia del derecho y del derecho romano, ha desarrollado una serie de trabajos tendientes a la creación de una auténtica ciencia jurídica privada europea, punto de partida para la unificación jurídica del derecho privado, conviene en esta oportunidad hacer notar que dichos avances vienen a sumarse precisamente a la construcción de un nuevo derecho europeo, actualmente en ciernes.

Me explico, el derecho europeo se integra actualmente de los derechos nacionales y regionales de los países miembros de la Unión, del propio derecho comunitario europeo y de un nuevo derecho privado que actualmente es objeto de gestación y maduración progresiva.

De esta forma, el punto que quiero evidenciar es que la coralidad sinfónica –por retomar la metáfora grossiana sobre el derecho medieval–[16] del nuevo ordenamiento jurídico común europeo, no se identifica con el diálogo al que hemos venido refiriéndonos entre el derecho comunitario y los derechos nacionales, sino que empieza a resonar, con una vibración cada vez más definida y entonada, una nueva voz: la del derecho privado europeo, o sin más, la de un eventual derecho europeo del porvenir.

Así las cosas, la polifonía europea de nuestro tiempo supone, *grosso modo*, el acompasamiento de tres instrumentos fundamentales: a) los derechos nacionales –y más ampliamente los derechos regionales y particulares en general– o *iura propria*; b) el derecho comunitario, incluyendo a los principios generales comunes, o *ius communitatis*; c) el nuevo derecho común privado –o en general derecho común– europeo, o *ius commune*, producto de las reelaboraciones que actualmente comprometen los mejores trabajos de una renaciente ciencia jurídica europea.

Evidentemente que a los anteriores ordenamientos jurídicos debieran sumarse otros tantos que se les entrecruzan, como el derecho internacional público, privado, el derecho canónico y un muy largo etcétera, claro que dichos ordenamientos rebasan las pretensiones más modestas del presente trabajo.

[16] *Cfr.* Paolo Grossi, *El orden jurídico medieval*, Madrid, Marcial Pons, 1996.

De esta manera, como ha observado José Luis de los Mozos, hoy por hoy resulta enteramente factible la creación de un "sistema europeo de derecho", con tal de que se le construya "como un sistema abierto, tal y como era en la época del derecho común, utilizando el auxilio de la doctrina y de las demás fuentes y autoridades".[17] En las palabras, igualmente sugestivas, de Núñez Paz: "Si los artífices fundamentales del viejo *ius commune* fueron la elaboración de jurisprudencia y la doctrina de los doctores, el actual es también el momento de la doctrina y la jurisprudencia".[18]

En definitiva, con esto concluyo: el nuevo ordenamiento jurídico común europeo, que constituye un auténtico *mos europaeus*, parece estar conformando un sistema de derecho europeo abierto, producto de la doctrina y la jurisprudencia, cuyas principales características son, a mi entender: a) la primacía de lo jurídico, b) la superación de la teoría clásica de la división de poderes y su sustitución por la separación de funciones con base en la colaboración, la representatividad y el equilibrio institucional, c) la poliarquía política, el policentrismo jurídico y la pluralidad de fuentes, d) la coexistencia armónica con base en la influencia recíproca entre ordenamientos jurídicos regionales, nacionales y supranacionales, e) la mayor complejidad material y procesal en la aplicación del derecho por parte de los operadores jurídicos prácticos, f) el empleo de la legislación como una fuente del derecho más entre muchas otras, con el consecuente auge de la costumbre, pero sobre todo, de la doctrina y de la jurisprudencia, g) el recurso a una argumentación jurídica prudencial hermenéutico-interpretativa, con un fuerte matiz tópico, que viene atemperar los excesos de sistematicidad de la dogmática contemporánea, h) el desarrollo de métodos de hermeneusis jurídica más depurados y sofisticados, i) el aprovechamiento multidisciplinario de la ciencia del derecho comparado, de la historia del derecho y del derecho romano, j) la creciente importancia de los principios jurídicos y k) la

[17] José Luis de los Mozos, "Integración europea: derecho comunitario y derecho común", en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, marzo de 1993, p. 224.

[18] María Isabel Núñez Paz, *Derecho romano, derecho común y contratación en el marco de la Unión Europea*, Oviedo, Universidad de Oviedo, 2000, p. 134.

actualización-proyectiva de la tradición jurídica occidental, con sus diversos nutrientes germánicos, romanos, canónicos, medievales y modernos.

EL DERECHO ECLESIÁSTICO DEL ESTADO MEXICANO,[1] DESDE LAS PERSPECTIVAS DEL IDEARIO DE BENITO JUÁREZ Y DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Antonio M. PRIDA PEÓN DEL VALLE

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Principios que dan sustento al derecho eclesiástico*. III. *La Reforma de 1992: una reforma inconclusa*. IV. *Principales restricciones a la libertad religiosa contenidas aún en nuestra legislación vigente*. V. *Breve análisis de las mencionadas restricciones a las libertades religiosas, a la luz del pensamiento liberal de Benito Juárez*. VI. *El derecho eclesiástico del Estado mexicano frente al derecho internacional de los derechos humanos*. VII. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

Con motivo de las celebraciones del Bicentenario del Natalicio de mi ilustre antepasado don Benito Juárez, en mi calidad de chozno o cuarto nieto suyo, deseo honrar su memoria públicamente, haciendo un llamado a la reconciliación nacional entre liberales y conservadores, y entre sus respectivos herederos más o menos tales. Fundo mi llamado en la necesidad de asimilar nuestras divisiones históricas, a 140 años de distancia de los hechos que les dieron origen, con base en un auténtico espíritu libertario y humanista.

[1] Denominación de esta nueva rama de nuestro derecho, surgida a partir de las reformas constitucionales en materia religiosa de 1992, utilizada por el especialista Raúl González Schmal, la cual no debe confundirse con el derecho canónico.

A doscientos años de su natalicio, la figura de Juárez sigue siendo la más polémica de la historia de México. En el seno mismo de las familias, de las universidades, de los medios de comunicación, etc., se presentan discusiones acaloradas sobre su obra y su tiempo. El cambio de régimen del año 2000 volvió a poner la figura de Juárez en el centro de la polémica. Así sucedió cuando el entonces flamante presidente Vicente Fox Quesada decidió retirar de la residencia oficial de Los Pinos un retrato del presidente Juárez, por no identificarse con su pensamiento y acciones. Pues bien, considero necesario, con la perspectiva histórica que nos brindan estas celebraciones, dar la bienvenida a una nueva época que represente un cambio de fondo en la manera de ver nuestra historia, en ejercicio de una legítima libertad de análisis que deje atrás la llamada historia oficial, que permita remover mitos y desechar maniqueísmos, facilitando el análisis de los hechos y de los personajes históricos en su verdadera dimensión, con sus luces y sus sombras. En el caso de Juárez el llamado es a desacralizar lo cívico, a verlo como hombre y no como el Santo Laico que se ha pretendido construir con su persona. Es necesario y urgente conocer y respetar esos nuevos análisis históricos, aunque sean divergentes y aun opuestos a la tradición de lo que se ha considerado políticamente correcto. De esa forma estaremos rindiendo culto al ideario de Juárez basado precisamente en la libertad, en su acepción más amplia.

Este planteamiento para la reconciliación incluye un llamado a una verdadera tolerancia entre creyentes, agnósticos y ateos, que permita la convivencia respetuosa sin imposición de ideas religiosas ni de pretendidos laicismos. Para dicho llamado me baso en la diferencia entre la religiosidad y el anticlericalismo de Juárez y la mayor parte de nuestros próceres de la Reforma, y recuerdo la vida de Juárez en el Seminario; la vida religiosa de la familia Juárez Maza, cuyos integrantes fueron bautizados y casados por la Iglesia y cuyos ritos practicaban; al Juárez defensor del catolicismo;[2] el "Manifiesto Justificativo de Los Castigos Nacionales en Querétaro" del propio Juárez; así como pasajes de la correspondencia entre Juárez y mi tatarabuelo don Pedro Santacilia y de "Apuntes para mis hijos" del propio Juárez, los cuales contienen profundas referencias a Dios, lo mismo que expresiones radicalmente anticlericales. Quizá ya en pleno siglo XXI no fuera todavía políticamente aceptable lo que el mismísimo Juárez tuvo a bien hacer, al decretar como día festivo el 12 de diciembre de cada año para conmemorar a nuestra Santísima Virgen de Guadalupe,[3] o bien, al iniciar su mencionado Manifiesto con la célebre frase de: "Caiga el pueblo mexicano de rodillas ante Dios, que se ha dignado coronar nuestras armas con el triunfo...". Cabe también recordar la famosa carta que dirigió Juárez a Maximiliano en la que se describe a sí mismo como un Presidente salido de las masas oscuras del pueblo, que "sucumbirá si es éste el deseo de la Providencia".

El llamado es también a que nuestra legislación, en estos albores del siglo XXI, en materia de las relaciones Estado-iglesias, del Estado laico y de los derechos humanos consistentes en la libertad religiosa, esté en consonancia con las concepciones internacionales vigentes sobre la materia, lo que nos permitiría superar definitivamente el conflicto histórico entre el Estado y la Iglesia Católica, en tiempos recientes generalizado también a las diversas iglesias, y establecer la concordia deseada por los mexicanos en la sociedad plural y democrática de hoy.

La razón de conmemorar este bicentenario del Natalicio de Juárez no debe ser solamente honrar su memoria y hacerlo conocer por las nuevas generaciones de mexicanos, sino utilizar su sólido ideario para alumbrar la vida jurídica y política de hoy. Así, hoy tenemos que cuestionarnos si son congruentes con el pensamiento liberal abundantes restricciones a la libertad religiosa prevalecientes en México en pleno siglo XXI, y si es congruente con el ideal juarista, en materia de Estado de Derecho, el incumplimiento por parte de nuestro país de compromisos internacionales asumidos, por ejemplo, en la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas

[2] "En 29 de octubre de 1847, el paladín de la libertad de conciencia prestaba de rodillas ante un crucifijo este juramento: "Yo, Benito Juárez, Gobernador del Estado de Oaxaca, juro por Dios y por los santos evangelios que defenderé y conservaré la religión católica, apostólica, romana, sin permitir otra alguna en el Estado". Regis Planchet, Francisco, *La cuestión religiosa en México*, México, 1956.

[3] El Decreto del 11 de agosto de 1859, expedido por Juárez y firmado por Ocampo suprime las fiestas de carácter religioso, conservándose sólo la del 12 de diciembre.

las Formas de Discriminación por Razones Religiosas e Ideológicas de 1981, adoptada internacionalmente con el apoyo de nuestro país.

II. Principios que dan sustento al derecho eclesiástico

A nivel internacional existen dos principios que dan sustento a la legislación en materia religiosa: el principio que nuestra Carta Magna denomina "histórico", el de la separación del Estado y las iglesias, del que deriva el Estado laico;[4] y el principio de la libertad religiosa, entendido como un derecho humano fundamental, sustentado en la dignidad de la persona humana, así como un principio político fundamental del Estado laico moderno. El mencionado principio de la separación del Estado y las iglesias ha sido históricamente malinterpretado como un supuesto deber del Estado de ser ateo o anticlerical (durante la Revolución Francesa, por ejemplo), antirreligioso (durante los regímenes marxista-leninistas, por ejemplo) o neutral en el sentido de indiferencia ante el fenómeno religioso, cuando su concepción moderna es la de un Estado laico neutral en el sentido de estar interesado en reconocer, proteger y desarrollar las libertades espirituales de sus ciudadanos, sin brindar preferencia a alguna Iglesia en lo particular, un Estado no confesional que se reconoce absolutamente respetuoso de las libertades de sus ciudadanos en materia religiosa. En efecto, por Estado laico moderno debe entenderse: "aquel Estado separacionista, o sea, que no hace suya ninguna religión ni ninguna opción ideológica, pero que a la vez, reconociendo la dignidad de la persona humana y sus libertades, especialmente las religiosas y las ideológicas, se compromete a reconocerlas, garantizarlas y promocionarlas *de manera efectiva y real*. En este sentido, el Estado, al no tener creencias laicas ni religiosas, toma una actitud de servicio y de armonización, sin discriminaciones, o sea, privilegiando a unos derechos más que a otros".[5]

[4] Concepto con el cual coincidían hombres destacados de la Iglesia de aquella época, tal como el ilustrísimo señor Clemente Munguía, el sabio obispo de Michoacán.

[5] Molina Meliá, Antonio, "El Estado moderno y la libertad religiosa", en *Libertad religiosa, derecho humano fundamental*, Instituto Mexicano de Doctrina Social Cristiana, México, 1999.

En el derecho eclesiástico del Estado mexicano el principio histórico fundamental es el de la separación del Estado y las iglesias, el del Estado laico, y no el principio de la libertad religiosa entendido como derecho humano fundamental. Cabe señalar, sin embargo, que dicho principio "histórico" se plasmó primero solamente en forma implícita en la Constitución de 1857; que en las Leyes de Reforma, especialmente en las del 12 de julio de 1859 (Ley de Nacionalización de los Bienes Eclesiásticos) se estableció expresamente: "[h]abrá perfecta independencia entre los negocios del Estado y los negocios puramente eclesiásticos"; y que no fue sino hasta 1873 en que la Ley Lerdo de 25 de septiembre incluyó en la Constitución, en su artículo primero, la explicación de que "El Estado y la Iglesia son independientes entre sí".

Hay que subrayar que el principio de "libertad religiosa", tal como lo reconocen la doctrina moderna sobre derechos humanos y el derecho internacional positivo de los derechos humanos, está prácticamente ausente en nuestro derecho eclesiástico, el cual sólo incluye la "libertad de creencias", que es nada más una de las diversas expresiones que integran la libertad religiosa. En efecto, la libertad de creencias consignada en nuestra legislación sólo abarca la libertad de pensamiento en materia religiosa, la libertad de culto dentro de los templos, ciertas libertades y autonomía de las comunidades religiosas llamadas iglesias, y cierta libertad para la enseñanza religiosa, con la prohibición expresa de que el Estado la lleve a cabo en las escuelas públicas del país. En cambio, la libertad religiosa entendida como derecho humano fundamental es más amplia, e incluye la libertad de profesar o no profesar alguna creencia religiosa, la libertad de declarar o de no declarar las propias convicciones religiosas, la libertad de culto consistente en realizar las prácticas religiosas del credo elegido o de no realizar práctica de culto alguno, la libertad de actuar conforme a las propias convicciones religiosas mediante la figura de la "objeción de conciencia", la libertad de información, tanto la de informar como la de ser informado sobre las creencias religiosas que se profesan, la libertad de educación religiosa que incluye la de recibir y la de impartir la enseñanza de la creencia asumida, y la libertad de reunión, de manifestación y de asociación para actividades religiosas. Todas estas libertades implican también la de los padres de familia o tutores para decidir libre y responsablemente

sobre la educación religiosa o no de los hijos o pupilos. Finalmente, la libertad religiosa es una defensa frente a los poderes públicos y los particulares, para que a nadie se le prohíba actuar conforme a su conciencia y a nadie se le obligue a actuar en contra de ella (lo que no es otra cosa sino la mencionada "objeción de conciencia"). Desde luego, el derecho a la libertad religiosa admite que el Estado imponga límites a las prácticas religiosas que atenten contra la moral o la seguridad públicas o que afecten la dignidad o los derechos humanos de los propios practicantes de un credo determinado (como el caso de algunas penitencias) o de terceros.

III. La Reforma de 1992: una reforma inconclusa

Sin pretender el desconocimiento de los grandes avances que significó la reforma de 1992,[6] luego de 75 años de permanecer intactos los artículos constitucionales en materia religiosa, tal como afirma uno de nuestros más distinguidos especialistas en la materia, Raúl González Schmal,[7] nuestra reforma de 1992 no asumió plenamente la doctrina moderna que reconoce que el Estado y las iglesias son, obviamente, organizaciones de naturaleza distinta, cada una con sus propios fines y con sus propios ámbitos de competencia, tal y como lo concibió Juárez, pero afirma, al mismo tiempo, que esta separación de la entidad política y de la entidad religiosa no significa ignorancia recíproca ni que no deban entrar en relaciones entre sí, sino al contrario, que por su propia naturaleza el Estado y las iglesias deben cooperar conjuntamente para el bien de las personas. Por su constitución y por la dinámica de sus fines, el Estado y las iglesias están ordenados para que operen conjuntamente, en armonía, ya que el elemento humano del Estado y el de las iglesias es el mismo. Si entran en conflicto ambas instituciones, el daño es para las personas que los forman.

[6] Esta reforma consistió en el Decreto de Reformas a los artículos 3, 5, 24, 27, fracciones II y III, y 130 de la Constitución, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de febrero de 1992, y en la expedición de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, la cual fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 15 de julio de 1992.

[7] "Una visión del derecho eclesiástico del Estado mexicano", *Cuestión Social*, año 10, núm. 4, Instituto Mexicano de Doctrina Social Cristiana, México, 2002.

El naciente derecho eclesiástico del Estado mexicano, rama autónoma del derecho público mexicano, en palabras de Raúl González Schmal,[8] es: "la rama del derecho que tiene por objeto la regulación, garantía y promoción del derecho humano a la libertad religiosa, en su dimensión individual y colectiva, privada y pública". El artículo 130 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es la base de la separación Iglesia-Estado[9] y por la preeminencia del

[8] "Programa de Derecho", Universidad Iberoamericana, Noriega, México, 2003, p. 424.

[9] Artículo 130. El principio histórico de la separación del Estado y las iglesias orienta las normas contenidas en el presente artículo. Las iglesias y demás agrupaciones religiosas se sujetarán a la ley.

Corresponde exclusivamente al Congreso de la Unión legislar en materia de culto público y de iglesias y agrupaciones religiosas. La ley reglamentaria respectiva, que será de orden público, desarrollará y concretará las disposiciones siguientes:

a) Las iglesias y las agrupaciones religiosas tendrán personalidad jurídica como asociaciones religiosas una vez que obtengan su correspondiente registro. La ley regulará dichas asociaciones y determinará las condiciones y requisitos para el registro constitutivo de las mismas.

b) Las autoridades no intervendrán en la vida interna de las asociaciones religiosas.

c) Los mexicanos podrán ejercer el ministerio de cualquier culto. Los mexicanos, así como los extranjeros, deberán, para ello, satisfacer los requisitos que señale la ley.

d) En los términos de la ley reglamentaria, los ministros de cultos no podrán desempeñar cargos públicos. Como ciudadanos tendrán derecho a votar, pero no a ser votados. Quienes hubieren dejado de ser ministros de cultos con la anticipación y en la forma que establezca la ley, podrán ser votados.

e) Los ministros no podrán asociarse con fines políticos ni realizar proselitismo a favor o en contra de candidato, partido o asociación política alguna. Tampoco podrán en reunión pública, en actos del culto o de propaganda religiosa, ni en publicaciones de carácter religioso, oponerse a las leyes del país o a sus instituciones, ni agraviar, de cualquier forma, los símbolos patrios.

Queda estrictamente prohibida la formación de toda clase de agrupaciones políticas cuyo título tenga alguna palabra o indicación cualquiera que la relacione con alguna confesión religiosa. No podrán celebrarse en los templos reuniones de carácter político.

La simple promesa de decir verdad y de cumplir las obligaciones que se contraen, sujeta al que la hace, en caso de que faltare a ella, a las penas que con tal motivo establece la ley.

Los ministros de cultos, sus ascendientes, descendientes, hermanos y cónyuges, así como las asociaciones religiosas a que aquéllos pertenezcan, serán incapaces para heredar por testamento, de las personas a quienes los propios ministros hayan dirigido o auxiliado espiritualmente y no tengan parentesco dentro del cuarto grado.

Los actos del estado civil de las personas son de la exclusiva competencia de las autoridades administrativas en los términos que establezcan las leyes, y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyan.

Las autoridades federales, de los estados y de los municipios tendrán en esta materia las facultades y responsabilidades que determine la ley.

principio del Estado laico sobre el principio de libertad religiosa, nuestra legislación vigente contiene diversas restricciones a la "libertad" que pueden ser cuestionables a la luz del pensamiento de Benito Juárez, paradójicamente fundado precisamente en la libertad, y a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, las cuales serán analizadas en los apartados siguientes.

Por ahora, bástenos con señalar los principales grandes avances que significó la reforma de 1992, terminando parcialmente con la esquizofrenia constitucional que padecimos por alrededor de 75 años con normas pétreas opuestas a la realidad.

El nuevo artículo 24 constitucional correspondiente a su parte dogmática amplió la libertad de culto para que en forma extraordinaria pueda ser ejercida fuera de los templos o del domicilio particular de los creyentes, libertad que venía siendo ejercida ampliamente por la ciudadanía con la complicidad o la simulación de las autoridades públicas del más alto nivel, pese a que se pretendía conculcarla con la Constitución. Imborrables son para los mexicanos los actos de culto público masivo llevados a cabo en plazas públicas con motivo de las visitas del Papa Juan Pablo II a México.

El nuevo artículo 3o. constitucional suprimió las prohibiciones de impartir educación religiosa en las escuelas privadas de nivel primario, secundario, normal y de cualquier otro grado, destinada a obreros y campesinos, así como la de que las corporaciones religiosas y ministros de culto pudieran intervenir en dichos planteles. Tales prohibiciones no tuvieron más efecto que el de ser espadas –bien desafiladas– de Democles, pues durante la mayor parte de su vigencia muchas y bien conocidas escuelas privadas de nivel primario y secundario estaban dirigidas y administradas por corporaciones religiosas y a veces por sus ministros de culto, quienes basaban la formación de sus alumnos en una estricta educación religiosa.

El nuevo artículo 5o. constitucional suprimió la prohibición del voto activo de los ministros de culto y del establecimiento de órdenes monásticas. La reforma de 1992 no hizo sino reconocer el irrefutable hecho de que el Estado como gobierno carece de competencia para despojar a los ministros de culto de sus derechos humanos fundamentales, entre ellos los derechos políticos. En cuanto a la prohibición de establecer órdenes monásticas, la reforma no hizo sino reconocer el ejercicio de las libertades religiosas que los creyentes

mexicanos venían ejerciendo desde antaño mediante el establecimiento de multitud de congregaciones y órdenes religiosas, muchas de ellas fundadas precisamente en nuestro país, como muestra de que los gobiernos no están legitimados para mutilar los derechos humanos de sus ciudadanos.

El nuevo artículo 27 constitucional reconoce la capacidad de las asociaciones religiosas registradas legalmente para adquirir, poseer o administrar los bienes que sean indispensables para la realización de su objeto, así como la capacidad para dirigir y administrar instituciones de beneficencia, de investigación científica, de enseñanza o cualquier otra. La realidad impuso esta reforma constitucional para dar forma legal a la multitud de bienes inmuebles y bienes muebles propiedad de las iglesias, así como a la multitud de obras de beneficio social fundadas y administradas por aquéllas y por sus ministros de culto.

Finalmente, el nuevo artículo 130, contenido en la parte orgánica de la Constitución, otorga la facultad exclusiva al Congreso de la Unión para legislar en materia de culto público, de iglesias y agrupaciones religiosas; concede personalidad jurídica a las iglesias y a las agrupaciones religiosas registradas legalmente; y prohíbe a las autoridades intervenir en la vida interna de dichas asociaciones. Quizá sea el reconocimiento –que no concesión– de la personalidad jurídica de las iglesias el cambio más notable de las reformas realizadas en el periodo del polémico presidente Salinas, reconocimiento que terminó con una gran paradoja jurídica de nuestra Constitución, que contaba en su parte orgánica con un apartado dedicado a las relaciones entre el Estado y las iglesias mientras éstas "carecían" de dicha personalidad.

IV. Principales restricciones a la libertad religiosa contenidas aún en nuestra legislación vigente

Vamos ahora a listar las principales restricciones a la libertad religiosa contenidas en nuestra legislación nacional vigente, para confrontarlas luego con el espíritu liberal de Juárez y con la misma doctrina internacional moderna de los derechos humanos.

1. La prohibición de que los ministros de culto puedan ser votados o puedan ocupar cargos públicos

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 130, inciso d), dispone lo siguiente:

> "Artículo 130.
> [...]
> d) En los términos de la ley reglamentaria, los ministros de culto no podrán desempeñar cargos públicos. Como ciudadanos tendrán derecho a votar, pero no a ser votados. Quienes hubieren dejado de ser ministros de culto con la anticipación y en la forma que establezca la ley, podrán ser votados".

Por su parte, la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, en su artículo 14, párrafo primero, establece lo siguiente:

> "Artículo 14. Los ciudadanos mexicanos que ejerzan el ministerio de cualquier culto, tienen derecho al voto en los términos de la legislación electoral aplicable. No podrán ser votados para puestos de elección popular, ni podrán desempeñar cargos públicos superiores, a menos que se separen formal, material y definitivamente de su ministerio cuando menos cinco años en el primero de los casos, y tres en el segundo, antes del día de la elección de que se trate o de la aceptación del cargo respectivo. Por lo que toca a los demás cargos, bastarán seis meses".

2. La prohibición de que los ministros de culto puedan asociarse con fines políticos y realizar proselitismo a favor o en contra de candidato, partido o asociación política alguna

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 130, inciso e), primera parte, establece:

> "Artículo 130.
> [...]
> e) Los ministros no podrán asociarse con fines políticos ni realizar proselitismo a favor o en contra de candidato, partido o asociación política alguna".

A su vez, la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, establece en su artículo 14, segundo párrafo:

> "Artículo 14.
> [...]
> Tampoco podrán los ministros de culto asociarse con fines políticos ni realizar proselitismo a favor o en contra de candidato, partido o asociación política alguna".

Por su parte, el artículo 38 del Código Federal de Instituciones Políticas y Procesos Electorales (Cofipe) establece en su fracción N) que son obligaciones de los partidos políticos, "actuar y conducirse sin ligas de dependencia o subordinación con... ministros de culto de cualquier religión o secta". En su fracción Q) establece la obligación, a cargo de los partidos, de abstenerse de utilizar en su propaganda símbolos religiosos, así como expresiones, alusiones o fundamentaciones de carácter religioso.

El Código Penal Federal establece en su artículo 404 sanción de quinientos días de multa al ministro de culto que en actos públicos de su ministerio induzca expresamente al electorado a votar a favor o en contra de un candidato o partido político o a la abstención del ejercicio del derecho de voto.

3. La prohibición de que los ministros de culto en reunión pública, en actos de culto o de propaganda religiosa, o en publicaciones de carácter religioso, se opongan a las leyes del país o a sus instituciones, o que agravien, de cualquier forma, los símbolos patrios

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en su artículo 130, inciso e), *in fine,* que:

> "Artículo 130.
> [...]
> a) Los ministros [...] Tampoco podrán en reunión pública, en actos del culto o de propaganda religiosa, ni en publicaciones de carácter religioso, oponerse a las leyes del país o a sus instituciones, ni agraviar, de cualquier forma, los símbolos patrios".

4. La prohibición para que las asociaciones religiosas y los ministros de culto, por sí o por interpósita persona, puedan poseer o administrar concesiones para la explotación de estaciones de radio, televisión o cualquier otro tipo de telecomunicación, ni adquirir, poseer o administrar cualquiera de los medios de comunicación masiva, salvo publicaciones impresas de carácter religioso

La Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, en su artículo 16, segundo párrafo, dispone:

> [...]
> "Artículo 16.
> Las asociaciones religiosas y los ministros de culto no podrán poseer o administrar, por sí o por interpósita persona, concesiones para la explotación de estaciones de radio, televisión o cualquier tipo de telecomunicación, ni adquirir, poseer o administrar cualquiera de los medios de comunicación masiva. Se excluyen de la presente prohibición las publicaciones impresas de carácter religioso".

5. La prohibición de que cualquier ciudadano forme toda clase de agrupaciones políticas cuyo título tenga alguna palabra o indicación que la relacione con alguna confesión religiosa

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 130, octavo párrafo, primera parte, señala:

> "Artículo 130.
> Queda estrictamente prohibida la formación de toda clase de agrupaciones políticas cuyo título tenga alguna palabra o indicación cualquiera que la relacione con alguna confesión religiosa. No podrán celebrarse en los templos reuniones de carácter político".

6. La prohibición de que cualquier ciudadano utilice referencias a cualquier confesión religiosa y celebre en los templos reuniones de carácter político

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 130, octavo párrafo, *in fine*, señala:

> "Artículo 130.
> Queda estrictamente prohibida la formación de toda clase de agrupaciones políticas cuyo título tenga alguna palabra o indicación cualquiera que la relacione con alguna confesión religiosa. No podrán celebrarse en los templos reuniones de carácter político".

7. La restricción a los derechos de los ministros de culto y de las asociaciones religiosas para heredar, con la consiguiente intervención discrecional de la autoridad

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 130, antepenúltimo párrafo, dispone:

> "Artículo 130.
> Los ministros de culto, sus ascendientes, descendientes, hermanos y cónyuges, así como las asociaciones religiosas a que aquéllos pertenezcan, serán incapaces para heredar por testamento, de las personas a quienes los propios ministros hayan dirigido o auxiliado espiritualmente y no tengan parentesco dentro del cuarto grado".

A su vez, la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, en su artículo 15, señala:

> "Artículo 15. Los ministros de culto, sus ascendientes, descendientes, hermanos, cónyuges, así como las asociaciones religiosas a las que aquéllos pertenezcan, serán incapaces para heredar por testamento, de las personas a quienes los propios ministros hayan dirigido o auxiliado espiritualmente y no tengan parentesco dentro del cuarto grado, en los términos del artículo 1325 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal".

8. La intervención discrecional de la autoridad para que las iglesias puedan adquirir inmuebles

El artículo 27, fracción 2, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece: "Las asociaciones religiosas que se constituyan en los términos del artículo 130 y su ley reglamentaria tendrán capacidad para adquirir, poseer o administrar, exclusivamente, los bienes que sean indispensables para su objeto, con los requisitos y limitaciones que establezca la ley reglamentaria".

La Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, en su artículo 17, fracción II, dispone:

> "Artículo 17. La Secretaría de Gobernación resolverá sobre el carácter indispensable de los bienes inmuebles que pretendan adquirir por cualquier título las asociaciones religiosas. Para tal efecto emitirá declaratoria de procedencia en los casos siguientes:
> [...]
> II. En cualquier caso de sucesión, para que una asociación religiosa pueda ser heredera o legataria".

9. La exclusiva competencia de las autoridades administrativas para formalizar los actos del estado civil de las personas

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 130, penúltimo párrafo, establece:

> "Artículo 130.
> Los actos del estado civil de las personas son de la exclusiva competencia de las autoridades administrativas en los términos que establezcan las leyes, y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyan".

10. La prohibición de que ningún ciudadano pueda alegar motivos religiosos para evadir las responsabilidades y obligaciones prescritas en las leyes (objeción de conciencia)

La Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, en su artículo 1, segundo párrafo, señala:

> "Artículo 1o. La presente ley, fundada en el principio histórico de la separación del Estado y las iglesias, así como en la libertad de creencias religiosas, es reglamentaria de las disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de asociaciones, agrupaciones religiosas, iglesias y culto público. Sus normas son de orden público y de observancia general en el territorio nacional.
> Las convicciones religiosas no eximen en ningún caso del cumplimiento de las leyes del país. Nadie podrá alegar motivos religiosos para evadir las responsabilidades y obligaciones prescritas en las leyes".

11. El Estado, mediante el registro de las asociaciones religiosas, no reconoce sino otorga personalidad jurídica

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 130, inciso a), establece:

> "Artículo 130.
> a) Las iglesias y las agrupaciones religiosas tendrán personalidad jurídica como asociaciones religiosas una vez que obtengan su correspondiente registro. La ley regulará dichas asociaciones y determinará las condiciones y requisitos para el registro constitutivo de las mismas".

A su vez, la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público establece en su artículo 6, primer párrafo, lo siguiente:

> "Articulo 6o. Las iglesias y las agrupaciones religiosas tendrán personalidad jurídica como asociaciones religiosas una vez que obtengan su correspondiente registro constitutivo ante la Secretaría de Gobernación, en los términos de esta ley".

El Reglamento de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, dispone en su artículo 7, lo siguiente:

> "Artículo 7o. De conformidad con la Ley y el presente Reglamento, las iglesias y agrupaciones religiosas podrán obtener el registro constitutivo como asociación religiosa, con el que adquirirán personalidad jurídica. Igualmente lo podrán obtener, las entidades o divisiones internas de las propias asociaciones religiosas".

12. La prohibición de transmitir o difundir actos de culto religioso a través de medios de información no impresos, salvo casos excepcionales en que se cuente con autorización discrecional de la autoridad

La Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, en su artículo 21, segundo y tercer párrafos, dispone:

> "Artículo 21.
> Las asociaciones religiosas únicamente podrán, de manera extraordinaria, transmitir o difundir actos de culto religioso a través de medios masivos de

comunicación no impresos, previa autorización de la Secretaría de Gobernación. En ningún caso, los actos religiosos podrán difundirse en los tiempos de radio y televisión destinados al Estado.
En los casos mencionados en el párrafo anterior, los organizadores, patrocinadores, concesionarios o propietarios de los medios de comunicación, serán responsables solidariamente junto con la asociación religiosa de que se trate, de cumplir con las disposiciones respecto de los actos de culto público con carácter extraordinario".

13. Limitaciones para llevar a cabo actos religiosos fuera de los templos

La Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público establece en su artículo 22, lo siguiente:

"Artículo 22. Para realizar actos religiosos de culto público con carácter extraordinario fuera de los templos, los organizadores de los mismos deberán dar aviso previo a las autoridades federales, del Distrito Federal, estatales o municipales competentes, por lo menos quince días antes de la fecha en que pretendan celebrarlos, el aviso deberá indicar el lugar, fecha, hora del acto, así como el motivo por el que éste se pretende celebrar.
Las autoridades podrán prohibir la celebración del acto mencionado en el aviso, fundando y motivando su decisión, y solamente por razones de seguridad, protección de la salud, de la moral, la tranquilidad y el orden públicos y la protección de derechos de terceros".

A su vez, el Reglamento de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, establece en sus artículos 30 y 31, lo siguiente:

"Artículo 30. Sólo podrán ser transmitidos o difundidos a través de medios masivos de comunicación no impresos, los actos de culto religioso que celebren las asociaciones religiosas debidamente registradas. Su transmisión o difusión se realizará, previa autorización de la Dirección General y únicamente de manera extraordinaria y no podrán efectuarse permanentemente.
Las autoridades competentes vigilarán que dichos actos de culto religioso de carácter extraordinario, no se transmitan o difundan en los tiempos de radio y televisión destinados al Estado".
"Artículo 31. Para los efectos a que se refiere el artículo anterior, la solicitud deberá presentarse por escrito ante la Dirección General con quince días naturales de anticipación a la realización de los actos de que se trate, la

que deberá contener las fechas en que éstos se llevarán a cabo y sus respectivos horarios, así como la identificación de los medios que difundirán o transmitirán los programas respectivos. La autoridad deberá dar respuesta dentro de los diez días naturales siguientes a la presentación de la solicitud respectiva.
No se requerirá de la autorización a que se refiere este Capítulo, en tratándose de programas informativos o de opinión sobre aspectos en materia de asuntos religiosos".

14. La autorización discrecional para que las asociaciones religiosas puedan adquirir bienes para la realización de su objeto

El artículo 27 de la Constitución de 1857 establecía que ninguna corporación eclesiástica tendría capacidad legal para adquirir en propiedad o administrar por sí bienes raíces, con la única excepción de los edificios destinados inmediata y directamente al servicio u objeto de la institución.

Hoy en día la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, establece en su artículo 16, primer párrafo, lo siguiente:

"Artículo 16.
Las asociaciones religiosas constituidas conforme a la presente ley, podrán tener un patrimonio propio que les permita cumplir con su objeto. Dicho patrimonio, constituido por todos los bienes que bajo cualquier título adquieran, posean o administren, será exclusivamente el indispensable para cumplir el fin o fines propuestos en su objeto".

A su vez, la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público establece en su artículo 17 lo siguiente:

"Artículo 17. La Secretaría de Gobernación resolverá sobre el carácter indispensable de los bienes inmuebles que pretendan adquirir por cualquier título las asociaciones religiosas. Para tal efecto emitirá declaratoria de procedencia en los casos siguientes:
I. Cuando se trate de cualquier bien inmueble.
II. En cualquier caso de sucesión, para que una asociación religiosa pueda ser heredera o legataria.
III. Cuando se pretenda que una asociación religiosa tenga el carácter de fideicomisaria, salvo que la propia asociación sea la única fideicomitente.

IV. Cuando se trate de bienes raíces respecto de los cuales sean propietarias o fideicomisarias, instituciones de asistencia privada, instituciones de salud o educativas, en cuya constitución, administración o funcionamiento, intervengan asociaciones religiosas por sí o asociadas con otras personas.
Las solicitudes de declaratorias de procedencia deberán ser respondidas por la autoridad en un término no mayor de cuarenta y cinco días; de no hacerlo se entenderán aprobadas.
Para el caso previsto en el párrafo anterior, la mencionada Secretaría deberá, a solicitud de los interesados, expedir certificación de que ha transcurrido el término referido en el mismo [esta disposición contraviene claramente el funcionamiento de la afirmativa ficta].
Las asociaciones religiosas deberán registrar ante la Secretaría de Gobernación todos los bienes inmuebles, sin perjuicio de cumplir con las demás obligaciones en la materia, contenidas en otras leyes".

15. Nombrar y registrar ante la Secretaría de Desarrollo Social y el Consejo Nacional para la Cultura y las Artes a los responsables de los monumentos artísticos o históricos

La Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público establece, en su artículo 20:

> "Artículo 20. Las asociaciones religiosas nombrarán y registrarán ante la Secretaría de Desarrollo Social y el Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, a los representantes responsables de los templos y de los bienes que sean monumentos arqueológicos, artísticos o históricos propiedad de la nación. Las mismas estarán obligadas a preservar en su integridad dichos bienes y a cuidar de su salvaguarda y restauración, en los términos previstos por las leyes.
> Los bienes propiedad de la nación que posean las asociaciones religiosas, así como el uso al que los destinen, estarán sujetos a esta ley, a la Ley General de Bienes Nacionales y en su caso, a la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicos e Históricos, así como a las demás leyes y reglamentación aplicables".

16. Atribuir discrecionalmente el carácter de ministro de culto

La Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público establece, en su artículo 17, *in fine*, que:

> "Artículo 12. Para los efectos de esta Ley, se consideran ministros de culto a todas aquellas personas mayores de edad a quienes las asociaciones religiosas a que pertenezcan confieran ese carácter. Las asociaciones religiosas deberán notificar a la Secretaría de Gobernación su decisión al respecto. En caso de que las asociaciones religiosas omitan esa notificación, o en tratándose de iglesias o agrupaciones religiosas, se tendrán como ministros de culto a quienes ejerzan en ellas como principal ocupación, funciones de dirección, representación u organización".

17. Obligación de comunicar a la Secretaría de Gobernación la separación de cualquier ministro de culto, dentro de los 30 días siguientes a su separación

La Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público establece, en su artículo 14, tercer párrafo:

> "Artículo 14, tercer párrafo. La separación de los ministros de culto deberá comunicarse por la asociación religiosa o por los ministros separados, a la Secretaría de Gobernación dentro de los treinta días siguientes al de su fecha. En caso de renuncia el ministro podrá acreditarla, demostrando que el documento en que conste fue recibido por un representante legal de la asociación religiosa respectiva".

18. Vigilar que las autoridades no asistan con carácter oficial a actos religiosos de culto público o propósitos similares

La Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, en su artículo 25, tercer párrafo, establece:

> "Artículo 25
> Las autoridades antes mencionadas [autoridades federales, estatales y municipales] no podrán asistir con carácter oficial a ningún acto religioso de culto público, ni a actividad que tenga motivos o propósitos similares. En los casos de prácticas diplomáticas, se limitarán al cumplimiento de la misión que tengan encomendada, en los términos de las disposiciones aplicables".

El Reglamento de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público establece en su artículo 28:

"Artículo 28. Las autoridades a que se refiere el artículo 25 de la Ley, no podrán asistir con carácter oficial a ningún acto religioso de culto público, ni participar en actividad que tenga motivos o propósitos similares.
Se exceptúa de lo previsto en el párrafo anterior, al servidor público que asista a título personal a los actos religiosos de culto público o actividades que tengan motivos o propósitos similares.
En dichos actos o actividades, el servidor público en ningún momento podrá ostentarse o hacer manifiesto su carácter oficial, ni actuar en el ejercicio de las atribuciones que legalmente le correspondan.
En caso de incumplimiento a lo dispuesto en este artículo, el servidor público de que se trata, será sujeto de las responsabilidades y sanciones previstas en las leyes aplicables".

V. Breve análisis de las mencionadas restricciones a las libertades religiosas, a la luz del pensamiento liberal de Benito Juárez

Faustino Martínez Martínez[10] reconoce que el espíritu fundacional de estas reglas dimana de un liberalismo anticlerical que priva a ciertos sujetos de sus derechos "para evitar que se reproduzca el pasado y el enemigo pueda alimentarse de nuevo". Es cuestionable, pues, que sea ese espíritu de revancha histórica el que todavía sirva de base a nuestra legislación nacional en esta importante materia. Es también paradójico que el liberalismo haya nacido como un movimiento político en contra de la intrusión del poder estatal a efecto de que la libertad individual fuera lo más ilimitada posible y que la capacidad de intervención del Estado fuera lo más limitada posible, y que dicho pensamiento haya sido de tal forma tergiversado que haya contribuido a implantar en nuestra legislación el mencionado catálogo de tratos discriminatorios en contra de los ministros de culto y de intervenciones ilegítimas en la vida de las iglesias. Es cuestionable, en suma, que la Ley de Administración de Justicia y Orgánica de los Tribunales de la Federación de noviembre de 1855 (también conocida como la Ley Juárez), que fue inspirada por el deseo clásico del

[10] *El pensamiento liberal de Benito Juárez en la historia de los derechos humanos*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2006.

liberalismo de igualdad ante la ley, y que el artículo 12 de la Constitución de 1857 que disponía la igualdad de todos ante la ley y ante la sociedad, hayan degenerado en tan deleznable catálogo. Sostenemos que esa paradoja dio al traste con el pensamiento clásico de Robespierre, quien era amigo de la idea de la igualdad jurídica, "por la que se puede sacrificar cualquier otro valor, [la] libertad incluida".

En efecto, el llamado de los liberales fue para defender las libertades como valor supremo, pero la libertad para ser efectiva debe ser también igualitaria, lo que no admite la exclusión de algunos de los derechos políticos de los ministros de culto, tales como los de libertad de expresión y de voto pasivo, derechos reconocidos incluso durante el régimen juarista y hoy desconocidos por nuestra legislación nacional, en clara violación de acuerdos internacionales suscritos por México, según se analizará posteriormente. Dicho trato resulta a todas luces discriminatorio y significa una mutilación a su condición de ciudadanos. En un Estado democrático no caben diversas categorías de ciudadanos, no sólo por la conculcación de derechos que ello significa, sino porque es la negación de su esencia democrática. Un Estado democrático asume el riesgo de que los ministros de culto puedan influir indebidamente en el electorado y confía en la capacidad del pueblo para discernir; lo contrario convierte al Estado en autoritario y paternalista. Igualdad y libertad son dos valores que no deben estar jerarquizados en la legislación porque son conceptos complementarios entre sí, son interdependientes.

No se puede ser más juarista que Juárez, quien en la Ley Electoral expedida el 14 de agosto de 1867, que reconocía expresamente el derecho de ser electos diputados "a los ciudadanos que pertenezcan al estado eclesiástico", y en la Circular complementaria de esa ley, emitida en esa misma fecha, argumentó que a "los eclesiásticos, siendo ciudadanos, no parecía justo privarlos de uno de los más importantes derechos de la ciudadanía. Además, no parecía razón suficiente para privarlos de él, la presunción de que ejercieran una influencia ilegítima para hacerse nombrar diputados; ya porque necesariamente debe confiarse el acierto del nombramiento a la libertad y a la discreción de los electores, ya porque no se ha juzgado comúnmente tan peligrosa, ni ha sabido presumirse tanto una influencia ilegítima de los

eclesiásticos para hacerse elegir a sí mismos, como más bien para hacer elegir a personas de su confianza".[11]

El presidente Juárez, junto con los próceres de la Reforma, con un espíritu igualitario, luchó para acabar con los privilegios de que gozaba la Iglesia Católica y sus ministros de culto, pero es contrario a ese espíritu igualitario el mantenimiento en nuestra legislación de las mencionadas discriminaciones jurídicas. Cabe recordar que con motivo del episodio aquél en que el clero le cerró las puertas de la Catedral al entonces gobernador de Oaxaca para impedirle participar en el Te Deum con motivo de su toma de posesión,[12] Juárez afirmó: "Los gobiernos civiles no deben tener religión, porque siendo su deber proteger imparcialmente la libertad que sus gobernados tienen, de seguir y practicar la religión que gusten adoptar, no llenarían fielmente ese deber si fueran sectarios de alguna...". Así, el mismo don Benito deja clara la preeminencia del principio rector de la actividad estatal de libertad religiosa, sobre el de la separación del Estado y las iglesias. Ante todo es deber del Estado proteger la libertad religiosa de los gobernados.

[11] García Orozco, Antonio, *Legislación electoral mexicana, 1812-1977. Recopilación y estudio introductorio*, Ediciones de la Gaceta Informativa de la Comisión Federal Electoral, México, 1978, pp. 180-181.

[12] Cuenta Juárez: "Era costumbre autorizada por ley en aquel Estado [Oaxaca] lo mismo que en los demás de la república que cuando tomaba posesión el gobernador, éste concurría con todas las demás autoridades al Te Deum que se cantaba en la Catedral, a cuya puerta principal salían a recibirlo los canónigos; pero en esta vez ya el clero hacía una guerra abierta a la autoridad civil, muy especialmente a mí, por la ley de administración que expedí el 26 de noviembre de 1855, y consideraba a los gobernadores como herejes y excomulgados. Los canónigos de Oaxaca aprovecharon el incidente de mi posesión para promover un escándalo, proyectaron cerrar las puertas de la Iglesia para no recibirme, en la siniestra mira de comprometerme a usar la fuerza mandando a abrir las puertas con la policía armada y aprehender a los canónigos para que mi administración se inaugurase con un acto de violencia. Resolví, sin embargo, omitir la asistencia al Te Deum, no por temor a los canónigos, sino por la convicción que tenía de que los gobernantes de la sociedad civil no deben asistir como tales a ninguna ceremonia eclesiástica, si bien como hombres pueden ir al templo a practicar los actos que su religión les dicte. Los gobiernos civiles no deben tener religión, porque siendo su deber proteger imparcialmente la libertad que sus gobernados tienen, de seguir y practicar la religión que gusten adoptar, no llenarían fielmente ese deber si fueran sectarios de alguna. De este modo evité el escándalo que se proyectó y desde entonces cesó en Oaxaca la mala costumbre de que las autoridades civiles asistieran a las funciones eclesiásticas", Blanco Moheno, Roberto, *Juárez ante Dios y ante los hombres*, Diana, México, 1967.

Somos de la opinión de que hay una incompatibilidad entre la actividad de los ministros de culto y la actividad política, pero la prohibición que existe y debe existir debe provenir de las regulaciones internas de las iglesias, tal como ocurre en el caso del derecho canónico de la Iglesia Católica, en el que se impone a sus ministros de culto un deber de abstención de la actividad política activa, que es aceptado voluntariamente, pero dicha prohibición jamás debe –ni puede– provenir de la Constitución, cuerpo jurídico por antonomasia, que debe velar siempre por la libertad y la igualdad de los ciudadanos sometidos a ella. Como ha quedado asentado anteriormente, el Estado carece de competencia para despojar a los ministros de culto de sus derechos humanos en materia política.

En la legislación actual, la autoridad está investida de excesivas facultades discrecionales que la convierten en un organismo que restringe en lugar de promover la libertad religiosa, además de significar posible arbitrariedad, posibilidad contraria al Estado de Derecho tan relevante en el ideario juarista.

Es paradójico que se pretendan defender las mencionadas restricciones a la libertad con supuestos argumentos liberales, cuando su principio rector fue "la máxima libertad que sea posible, sólo la intervención del Estado estrictamente necesaria".

Siguiendo a Efraín González Morfín,[13] consideramos que deben corregirse las medidas discriminatorias en contra de las asociaciones religiosas y de las personas asociadas a ellas. Hay que reconocerles a dichas asociaciones el derecho de propiedad, posesión y administración de medios de telecomunicación y el pleno derecho de propiedad y de libertad de expresión. Por su parte, hay que reconocerles legalmente a los ministros de culto plenos derechos para su actividad política a efecto de que las limitaciones sobre la materia provengan de la competencia del derecho interno de las asociaciones religiosas.

En efecto, es tiempo ya de que se suprima la prohibición legal de que los ministros de culto puedan detentar medios de comunicación, de que puedan criticar u oponerse a leyes e instituciones del país que violenten los derechos humanos, de que se les otorgue ciudadanía

[13] "Convicciones fundamentales y libertad", en *Libertad religiosa, derecho humano fundamental*, Instituto Mexicano de Doctrina Social Cristiana, México, 1999.

plena a los ministros de culto, que les permita ser votados sin discriminación; no hacerlo viola el principio de igualdad jurídica frente a la ley, violenta el principio democrático, y significa un inaceptable paternalismo frente al pueblo, como si se dudara de su capacidad de discernimiento.

También consideramos necesario que se legisle en México sobre la "objeción de conciencia", esgrimida desde las épocas de Juárez por el arzobispo de México, Lázaro de la Garza y Ballesteros, en relación con la Ley sobre Desamortización de los Bienes de la Iglesia (también llamada Ley Lerdo). La objeción de conciencia consiste en una "violación del derecho en virtud de que al agente le está moralmente prohibido obedecerlo ya sea en razón de su carácter general... [o porque] se extiende a ciertos casos que no debieran ser cubiertos por él...[es un] acto privado hecho para proteger al agente de interferencias por parte de la autoridad pública".[14] La objeción de conciencia consiste en "no consentir un mandato legislativo más o menos directo, o una orden administrativa...", sin pretender cambiar nada, simplemente negándose pasivamente a obedecer.[15] Es un derecho humano fundamental el que cada ciudadano pueda vivir y organizar su vida en coherencia con sus convicciones religiosas o laicas, siempre que no se lesione ningún bien social, o se ataque el orden público. Así, el Estado mexicano debe reconocer, tutelar y promover dicho derecho.

Hay que considerar, sin embargo, que el reconocimiento jurídico de la objeción de conciencia ha sido el resultado de largas luchas protagonizadas por la llamada sociedad civil de los países que la reconocen. El principio de la libertad de conciencia es el fundamento principal sobre el que se asienta el reconocimiento jurídico de la objeción de conciencia, el cual se complementa con el respeto por la autonomía individual y el pluralismo. "El derecho no debe coaccionar a una persona para que haga lo que ella considera malo".[16]

[14] Raz, Joseph, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, 1979, Clarendon Press, pp. 263, 264 y 276.

[15] Rawls, John, *Teoría de la justicia*, México, 1978, Fondo de Cultura Económica, pp. 405-411.

[16] Gordillo, José Luis, *La objeción de conciencia, ejército, individuo y responsabilidad moral*, Paidós, Madrid, 1993.

VI. El derecho eclesiástico del Estado mexicano frente al derecho internacional de los derechos humanos

1. Tratado internacional no vinculante

Nos sumamos al principio de libertad religiosa entendido como derecho humano fundamental y como el principio rector de la legislación sobre la materia, por encima del llamado principio histórico, basamento de nuestra Constitución.

El primer texto internacional referente a la libertad religiosa es la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del 30 de marzo de 1948, que en su artículo 3 declara: "Toda persona tiene derecho de profesar libremente una creencia religiosa y de manifestarla y practicarla en público y en privado".

El 10 de diciembre de 1948 se proclamó la Declaración Universal de los derechos humanos, en cuyo artículo 18 se establece el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Como proyección de la libertad religiosa y de la libertad de educación, en el apartado III del artículo 26 se establece: "Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos".

Los mencionados textos internacionales significaron en su momento grandes avances para la humanidad, pero no fue sino hasta 1981 que en congruencia con dicho principio de libertad religiosa el concierto de las naciones consensó la Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones, la cual si bien no es un tratado internacional con fuerza vinculativa para los países parte, sí representa el documento internacional de derechos humanos más especializado sobre la materia, el cual esboza dichos derechos fundamentales que las mencionadas Declaración Americana y Declaración Universal de los Derechos Humanos.

En efecto, la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981, a la cual México se adhirió, aunque no es tratado internacional ratificado por el Senado y en con-

secuencia no es formalmente ley suprema de la Unión, significa un consenso mundial del cual México forma parte y el cual está obligado moralmente a cumplir.

2. Reserva de México

Al adherirse México al consenso de la Asamblea General, expresó: "...la Constitución Política Mexicana consagra y reconoce a todas las personas que se encuentran en territorio mexicano, tanto nacionales como extranjeros, la más plena libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. El ejercicio de esta libertad que incluye el derecho irrestricto a tener o adoptar una religión o las convicciones que cada quien elija sin coacción alguna no tiene en México más limitaciones en sus manifestaciones públicas, colectivas y en la esfera de la enseñanza, que las que prescribe la propia Constitución Política y las leyes aplicables, lo cual concuerda con lo previsto en el inciso 3, del artículo 1 de la Declaración... y con el párrafo inicial del artículo 6 del mismo documento".

Veamos: dicha fracción 3a del artículo 1o. señala: "la libertad de manifestar la propia religión o las propias convicciones estará sujeta únicamente a las limitaciones que prescriba la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades de los demás". Somos de la opinión de que las prohibiciones establecidas en la legislación para que asociaciones religiosas y ministros de culto puedan administrar concesiones para la explotación de estaciones de radio, o la incapacidad de tales ministros para heredar por testamento otorgado por personas distintas a sus parientes íntimos, por ejemplo, no pueden justificarse al amparo de la fracción en análisis, ya que dichos actos no pueden afectar por sí mismos ni la seguridad, ni el orden, ni la salud o la moral públicos, ni las libertades de los demás.[17]

La Declaración considera: "la religión o las convicciones, para quien la profesa, constituye uno de los elementos fundamentales de su concepción de la vida y que por tanto la libertad de religión o

[17] Véase también artículo 10, fracción 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

de convicciones debe ser íntegramente respetada y garantizada", lo cual no sucede en nuestra legislación, según se ha demostrado con anterioridad.

3. Libertad de enseñanza religiosa

El artículo primero de la Declaración establece que la libertad de pensamiento, conciencia y religión incluye la de "la enseñanza". Este tema es de particular interés para nuestro país, ya que conforme al artículo 130 constitucional en las escuelas públicas la educación "que imparta el Estado se mantendrá por completo ajena a cualquier doctrina religiosa",[18] lo que intenta impedir el libre ejercicio del derecho de los padres de familia o tutores para decidir el tipo de educación que quieran para sus hijos, dejando el ejercicio de ese derecho sólo en manos del 1% más privilegiado de la población que cuenta con recursos económicos suficientes para seleccionar o no una escuela que cuente con enseñanza religiosa para sus hijos o pupilos.

En efecto, reviste particular relevancia el segundo párrafo del artículo 5o. de la Declaración, el cual establece: "Todo niño gozará del derecho a tener acceso a educación en materia de religión o convicciones conforme con los deseos de sus padres, o en su caso, sus tutores legales, y no se le obligará a instruirse en una religión o convicciones contra los deseos de sus padres o tutores legales, sirviendo de principio rector el interés superior del niño". Consideramos que a efecto de dejar a salvo los mencionados derechos de enseñanza religiosa sería conveniente que se reconociera explícitamente en nuestro texto constitucional la libertad de educación en materia religiosa aun en las escuelas públicas del país, sin la imposición de laicismos.

Hay que recordar que con el establecimiento del Estado liberal presidido por Benito Juárez al triunfo de la República en 1867, se constituyó el Estado laico que contemplaba a la Iglesia Católica y a la Santa Sede como sus entidades enemigas por antonomasia. Cabe hacer notar, sin embargo, que la Constitución de 1857 en su artículo 30 disponía que "La enseñanza es libre", por lo que la enseñanza

[18] Artículo 30, segundo párrafo y Sección primera.

de la religión podía darse tanto en las escuelas públicas como en las escuelas privadas. Como nos dice Jorge Adame Goddard,[19] la educación laica se establece por primera vez no en la Constitución sino en una ley reglamentaria de las adiciones hechas a la Constitución en 1873, que se llamó Ley Orgánica de las Adiciones y Reformas a la Constitución, en cuyo artículo 4 establecía que la enseñanza sería laica en todas las escuelas públicas del país.

Las restricciones a la libertad de enseñanza religiosa contenidas en nuestra Constitución vigente no derivan del pensamiento juarista, sino de posiciones jacobinas de Carranza y de Flores Magón, quienes lograron que se incluyera en nuestra Constitución de 1917 la restricción consistente en que la enseñanza laica también fuera obligatoria en las escuelas privadas de educación primaria, mediante un texto contradictorio en sí mismo que afirmaba que "la enseñanza es libre, pero será laica".

Por fortuna la reforma constitucional de 1992 suprimió la prohibición de que las asociaciones religiosas pudieran participar en la administración y dirección de escuelas privadas y la obligación de que la educación en las escuelas privadas fuera laica.

Juárez luchó por el justo anhelo de libertad ante el monopolio educativo de la Iglesia, pero nunca por terminar con dicha libertad para pasar dicho monopolio a manos del Estado e imponiendo la educación laica a la gran mayoría de la población[20] que se instruye en las escuelas públicas del país, creando un verdadero privilegio en favor de una minoría que tiene acceso a la educación religiosa en escuelas privadas.

Aun cuando siempre es preferible contar con textos constitucionales explícitos que protejan los derechos y las libertades fundamentales de las personas, cabe señalar que una correcta exégesis del artículo tercero constitucional en vigor nos permite concluir que el requerimiento de laicidad se refiere exclusivamente a la educación "que imparta el Estado", la cual tendrá que mantenerse ajena a cualquier

[19] "¿Educación religiosa o educación laica?", en *Libertad religiosa derecho humano fundamental*, Instituto Mexicano de Doctrina Social Cristiana, México, 1999.

[20] Hay que recordar que: "En 11 de abril de 1848, [Juárez] se empeñaba en fundar una escuela católica a fin de proporcionar a la juventud una educación que con el tiempo sirva para desterrar los males que trae consigo la ignorancia de los rudimentos de la religión cristiana". Regis Planchet, Francisco, *La cuestión religiosa en México*, México, 1956.

doctrina religiosa, lo que en términos estrictos no contraría el derecho de los padres de familia de los pupilos de las escuelas públicas del país a brindarles la educación religiosa de su preferencia, o ninguna, según sea su libre elección.

Un primer paso en este sentido libertario de la educación, sería que los padres de familia interesados en que sus hijos reciban instrucción religiosa de algún credo específico se organicen para su impartición en los planteles públicos, a su exclusiva costa. Lo anterior garantizaría la igualdad de oportunidades para los distintos credos, sin representar costo alguno para el erario.

Tan contrario al principio liberal es la imposición de religiones como la de pretendidos laicismos.

4. Intolerancia y discriminación

En la Declaración se define como "intolerancia y discriminación basados en la religión o las convicciones, toda distinción, exclusión, restricción o preferencia fundada en la religión o en las convicciones y cuyo fin o efecto sea la abolición o el menoscabo del reconocimiento, el goce o el ejercicio en pie de igualdad de los derechos humanos y las libertades fundamentales".[21] A la luz de esta amplia definición, no queda lugar a duda alguna de que el catálogo de restricciones a la libertad religiosa en nuestro país detallado anteriormente, constituye diversos actos de intolerancia y discriminación contra la religión, los que deben ser abolidos.

Conforme al texto de la Declaración en comento, los Estados quedan obligados a "promulgar o derogar leyes, según sea el caso, a fin de prohibir toda discriminación...", por lo que México tiene obligación moral de actuar en consecuencia.

5. Tratados internacionales vinculantes

Para concluir deseamos hacer breve referencia a aquellas disposiciones de ciertos tratados internacionales en materia de derechos huma-

[21] Véase también la definición de discriminación en el artículo 4 de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación de 2003.

nos, los cuales sí tienen un carácter obligatorio para los países parte, que contribuyen a fundamentar nuestra propuesta de modificación constitucional en materia de libertad de enseñanza en escuelas públicas.

A. Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos

Según quedó establecido, estamos frente un tratado internacional que es ley suprema de la Unión, por haber sido firmado y ratificado por nuestro país. En su artículo 18, fracción 4, establece la obligación del Estado mexicano para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con las convicciones de los padres.

Consideramos que el artículo 3o. constitucional que establece la obligación de que la educación en las escuelas públicas del país tenga que ser laica contraviene la mencionada libertad de los padres establecida en el Pacto.

B. Convención Americana de Derechos Humanos

El artículo 12, fracción 4, establece: "Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones".

C. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

El artículo 13, fracción 3, establece: "Los Estados Parte en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres, y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones".

Sobre este artículo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su 21 periodo de sesiones, llevado a cabo en 1999, señaló que el mismo permite la enseñanza de temas como la historia general de las religiones y la ética en las escuelas públicas, siempre

que se impartan de forma imparcial y objetiva, que respete la libertad de opinión, de conciencia y de expresión, y observa que la enseñanza pública que incluya instrucción en una determinada religión o creencia no se atiene al mencionado artículo, salvo que se estipulen exenciones no discriminatorias o alternativas que se adapten a los deseos de los padres y tutores.

VII. Conclusión

Es necesario que con ocasión de las celebraciones del Bicentenario del Natalicio de mi ilustre antepasado adoptemos un auténtico espíritu liberal y nos decidamos a erigir a la libertad religiosa, en su doble dimensión de derecho humano y de principio fundador del Estado laico, como el principio rector supremo de las relaciones entre el poder público y las organizaciones religiosas, suprimiendo las disposiciones injustas y discriminatorias de nuestra legislación y resolviendo las insuficiencias y ambigüedades de que hoy adolece, a fin de terminar con la paradoja del liberalismo mexicano contrario al deseo clásico de lograr la igualdad ante la ley, esa paradoja dio al traste con el pensamiento clásico de Robespierre, quien era amigo de la idea de la igualdad jurídica, "por la que se puede sacrificar cualquier otro valor, la libertad incluida".

Concluyamos con la célebre frase de Juárez de 1861: "Que el pueblo y el gobierno respeten los derechos de *todos*, pues entre los individuos, como entre las naciones, el respeto al derecho ajeno es la paz", en la que "todos" incluye a las iglesias y a los ministros de culto.

EL LEGADO CONSTITUCIONAL DE JUÁREZ*

Ricardo J. SEPÚLVEDA I.

No soy un estudioso de Juárez y nadie me considera un historiador, si acaso he estudiado y reflexionado un poco sobre el derecho constitucional mexicano, y es desde ahí desde donde me aproximo a lo que se pudiera llamar el legado constitucional de Juárez. Quiero llamar la atención sobre la novedad de este planteamiento porque aunque la identificación de Juárez como un "idólatra de la ley"[1] se encuentra bastante arraigada, no sucede lo mismo con sus aportaciones específicas a nuestro desarrollo e historia constitucional.

* Con motivo del Bicentenario del natalicio de Benito Juárez y de los múltiples eventos que se organizaron alrededor de este acontecimiento en el país, fui invitado por la Universidad Autónoma de Yucatán a dictar una conferencia sobre este prócer nacional, enfocándome a un tema específico, dentro de un ciclo bastante abierto de conferencias sobre el tema Juárez. Elegí entonces el título que también utilizo para este artículo en el que sólo doy formato y amplío un poco lo que expuse en esa ocasión (14 de noviembre de 2006); el Legado Constitucional de Juárez.

No quiero dejar de mencionar las circunstancias que rodeaban la vida nacional en esas fechas y que sin duda influyeron en el ánimo y la sinceridad con que se desarrolló aquel diálogo universitario. Me refiero a los acontecimientos previos a la toma de posesión presidencial del 1 de diciembre de 2006 y al conflicto social prolongado en la ciudad de Oaxaca que amenazaban la estabilidad política del país. A ello se sumaban los datos de crecimiento de la violencia que resultaban alarmantes. Todo ello era el telón de fondo que servía de escenario para esta conferencia. Habiendo variado algo las circunstancias del país nos servimos, sin embargo, del mismo ánimo y de aquel horizonte nacional para detallar y precisar estas líneas.

[1] Así titula E. Krauze el capítulo que dedica a Benito Juárez en su Biografía Política de México. *Cfr.* Krauze, Enrique, *Siglo de Caudillos*, Biografía Política de México, Tusquets, 1994.

No es lo mismo la ley que la Constitución, y así como en la historia del derecho patrio el papel desempeñado por Juárez es quizá uno de los íconos más reconocidos no lo es desde el ángulo de la historia constitucional mexicana, la que, sin embargo, tuvo un especial momento –único– precisamente en los años en los que Juárez fue Presidente de México y actor central en la política mexicana.

Otra premisa a mencionar para este artículo se refiere al contexto político-ideológico, en donde lo que ahora vivimos resulta tan distinto al que imperaba en aquellas épocas. Lejos –en términos de realidad social y no de cronología– quedan aquellas épocas en las que nos hacían pensar y sentir que la historia de nuestro país se dividía en bandos, liberales y conservadores y buenos y malos. Los malos perdieron –gracias a Dios– los buenos estamos aquí, se decía. Logramos derrotarlos. Como si no fuéramos todos a fin de cuentas herederos de los mismos hechos, pacientes de los mismos errores y responsables de la misma realidad. Afortunadamente ahora hay más capacidad de acercarse a la historia como fue, con matices, con asegunes; la historia de los seres humanos de siempre, llena de subjetividades y de objetividades: vivimos una época dónde la tolerancia es un valor y que se presta para hablar de personajes y épocas tan difíciles de interpretar con objetividad, como lo fue la de la Reforma.

Sin duda, la dialéctica y el conflicto fueron la tónica de aquella época, las divisiones y las guerras fratricidas como no se habían dado, por ello es que se entienden las polarizaciones, pero hay que saber reconocer siempre que unos y otros –ni buenos, ni malos– contribuyeron a hacer de México lo bueno que es hoy y lo que nos falta por llegar a ser.

Al problema de la objetividad en la historia le conviene aquello que se dice sobre la búsqueda de la verdad en las ciencias, en las que el avance consiste en descartar teorías que van resultando erróneas. Conocer la verdad es avanzar en descartar errores que en algún momento se consideraron verdades. Así, en el análisis de la historia cabría aplicar perfectamente un principio como el del falsacionismo de Popper[2] para lograr mayor apertura y evolución en los estudios históricos. La historia, como la ciencia en general, nunca podrá darse por satisfecha ni dejar de profundizar y desentrañar los hechos, los personajes, las ideas y su razón de ser.

[2] Es el término con que Pérez Adán explica en su texto sobre sociología conceptos y usos, la aportación de Popper. *Cfr.* Pérez, Adán José, *Sociología, concepto y usos*, Eunsa, introducción.

Son, pues, algunas premisas con las que quiero enmarcar el ánimo al abordar esta temática y a nuestro personaje en el contexto constitucional de 1854 con la revolución de Ayutla hasta prácticamente la fecha de su muerte en 1871. Muchas de las reflexiones que aquí haré las he ido recabando, de lo discutido y comentado en sesiones privilegiadas, que por años he dedicado en los cursos de derecho constitucional que he tenido la fortuna de impartir en muy diversas universidades del país.

Quiero mencionar además otra razón que me sirvió de acicate para desarrollar esta línea de investigación y de reflexión (quizá más lo segundo). Como muchos otros ciudadanos estándar de mi generación, fui saturado de una historia pro-juarista a ultranza, que lo único que provocaba era desconfianza y desinterés. Así avancé por los estudios jurídicos e históricos, teniendo afortunadamente en muchos de mis profesores, magníficas fuentes de conocimiento, pero debo reconocer que casi siempre con un acento demasiado parcial al tratar los temas de la historia y de Juárez en concreto; de traidor a héroe, de hereje a santo. Con estos antecedentes me causó especial impacto haber leído las líneas del libro de Bulnes sobre Juárez y las revoluciones de Ayutla y de Reforma,[3] cuya primera edición es de 1905. Me desconcertó escuchar una crítica a Juárez –dura, directísima– venida del bando liberal, calificándolo de liberal a medias, desconociéndolo como verdadero liberal. Digamos que este libro me dio el elemento para salirme de la visión maniquea que desde cualquier ángulo me resultaba entonces y ahora tan nefasta; la de quienes quieren canonizar o quienes anatematizan la figura de Juárez. Me resultó, llamémosle, una lectura compensatoria, que me sirvió para avanzar en objetividad y en el ánimo de neutralidad que es el que quiere prevalecer en el desarrollo de las siguientes ideas en el que trataremos sobre la vinculación de Benito Juárez y el acontecer constitucional.

Con lo dicho hasta este momento estaríamos listos para entrar de lleno a la temática, pero aún queda otra consideración por hacer. El

[3] Bulnes, Francisco, *Juarez y las Revoluciones de Ayutla y de Reforma*, 2a. ed., H. T. Mileno, México, 1967.

Bicentenario mencionado no dejó de ser una circunstancia muy propicia para mover las aguas y generar estudios y análisis, sobre la figura de Juárez. Sin embargo, fue también una ocasión de alta politización sobre el tema. Entre otras razones por la circunstancia de que coincidió con un año electoral en el ámbito federal con lo que la figura de Juárez se arrebató entre los candidatos para ver quién era mejor reencarnación de las ideas y los valores juaristas. Una descontextualización y por lo mismo, un riesgo de trivializar los análisis, se derivaron en muchos momentos de este proceso.

Juárez se puso de moda y su "canonización" histórica fácil se hizo lugar común. No queremos desconocer que a la par hubo esfuerzos loables, entre otros el de la Universidad Autónoma de Yucatán, por abordar el tema con profundidad, con visión crítica, con ganas de saber y de entender, más que de cantar loas y hacer retórica, a como nos han acostumbrado tanto nuestras tradiciones oficialistas.

Punto con la introducción. Creo, pues, encontrar un nicho muy interesante de análisis al vincular la figura de Juárez con la transformación constitucional que se dio en aquellos años de la Constitución de 1857. Este análisis tiene como motivación la que es razón de ser de todo análisis histórico, así lo expresé al introducir aquella conferencia: mirar el pasado no es un esfuerzo para el gusto de eruditos sino un deber de ciudadanos que se saben responsables del futuro y es en este pasado donde entienden verdaderamente su compromiso de hacer lo mejor como pueblo y como individuos. Dejo atrás las premisas y entramos al meollo del asunto.

Es un paradigma que nuestra historia constitucional se divide en dos, antes y después de 1867; como un parteaguas, como dos historias absolutamente distintas.[4] Es esta época en la que Juárez ocupa la Presidencia de la República –en la ciudad capital, huyendo a Veracruz y aun exiliado, en episodios muy difíciles, con un monarca impuesto y sin un Congreso legitimado– y es uno de los actores centrales de la vida política de México.

De aquí es de donde arranca la hipótesis de este ensayo, que es más bien una reflexión, y que versa sobre el papel que tuvo Juárez en

[4] Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México,* Porrúa, México, 17a. ed., Nota preliminar.

y para que esta transformación se llevara a cabo como su legado fundamental.

Para explicar un poco más la primera premisa, es decir la de que existe un parteaguas en esta fecha, basta recordar que efectivamente antes de 1867, entre 1814 y este año, hubieron 11 asambleas constituyentes y 14 instrumentos constitucionales.[5] Fueron 53 años en los que cambiábamos –promedio– una constitución cada cuatro años.

Después de este periodo, en ya más de 140 años, hemos tenido, en cambio, solamente dos constituciones y en realidad se trata de la misma pero reformada. Dimos el paso de la inestabilidad a la estabilidad constitucional. Pasamos de los desconocimientos constitucionales y los golpes de Estado al respeto a un texto constitucional. Entramos, desde esta perspectiva, verdaderamente a la vida constitucional mexicana.

La vida de México dejó de ser –con sus excepciones– lo que decía Justo Sierra, al referirse a los críticos años de la segunda mitad del siglo XIX, antes de la Revolución de Ayutla y de la Constitución de 1857:

> "La paz no puede restablecerse, la hacienda no puede organizarse, la administración no puede funcionar; esta es la sustancia de los documentos oficiales y periodísticos de todo el segundo tercio del siglo XIX en México".[6]

Es precisamente en este cambio diametral y en sus causas en lo que pretendo fijar la atención del lector. Imaginemos por un momento lo que fue aquella época, hagámoslo ahora en momentos en los que la preocupación nacional se centra en la viabilidad de la transición democrática, que estuviéramos experimentando la celebración de un Constituyente cada cuatro años, a partir de 2000, ya llevaríamos al menos uno y estaríamos cerca del segundo, la estabilidad de ahora (en otro contexto mundial y cultural por supuesto) nos dificulta situarnos en la realidad de aquella época. Además, qué desarrollo, qué seguridad, qué crecimiento económico, qué realidad de Estado, podría albergarse en aquella anarquía constitucional. Sin duda Méxi-

[5] *Idem.*

[6] Sierra Justo, *Juárez, su obra y su tiempo,* Secretaría de Gobernación, México, 1993.

co cursó y sufrió un largo proceso de nacimiento y consolidación constitucional.

Lo interesante es por supuesto entender el por qué, las causas del cambio, qué fue lo que sucedió en México que nos introdujo a otra realidad histórica. Los historiadores se debaten en sus análisis sobre las causas de este cambio constitucional fundamental. Bravo Ugarte le llama Periodo Constitutivo al anterior a 1867 y Periodo Constitucional al que se sucede después de entonces. Somos un Estado constitucional –desde esta perspectiva– a partir de 1867.[7]

Dentro de las hipótesis con que se pretende explicar este tránsito encontramos muchas perspectivas, la histórica, la política, la jurídica, la sociológica, etc. Es obvio que no debemos pretender encontrar una explicación unívoca sino aceptarla como una realidad multicausal, pero aun así, cabe preguntarse si entre todas estas explicaciones causales hay alguna que tenga mayor peso específico.

La primera a la que queremos referirnos es a la victoria definitiva del Partido Liberal sobre el Partido Conservador, con el fusilamiento del emperador Maximiliano y de los últimos líderes conservadores.[8] La victoria definitiva de un partido sobre otro, es el fin del conflicto político, la paz después de la guerra sería la lógica del razonamiento.

Una segunda es el debilitamiento de las clases privilegiadas como eran la Iglesia y el ejército, que por razón de sus privilegios resultaban ser finalmente los responsables de la inestabilidad. No queda muy claro en este razonamiento cuál es la ligazón entre privilegios e inestabilidad. La razón podría estar en el hecho de que el poderío de la Iglesia y del ejército impedían que las instituciones de Estado ejercieran sus funciones a cabalidad, aunque eso sería finalmente culpa de las propias instituciones estatales omisas.

En tercer término encontramos las reflexiones sobre una clara maduración de nuestra sociedad sobre la base de ideas liberales de la ilustración francesa, en donde la idea de instituciones al servicio del hombre (del ser humano) sería la razón del fortalecimiento de la legalidad y el respeto a la Constitución. Una sociedad que demanda

[7] Bravo Ugarte José, *Compendio de historia de México,* Jus , México, 1984, véase Índice.

[8] *Cfr.* Tena Ramirez, *op. cit.*, p. XXIII de la Nota preliminar.

estabilidad y se somete civilmente a las instituciones públicas sería la razón del argumento. Se trata, como se puede ver, de razonamientos de carácter fundamentalmente político y sociológico con pocos elementos jurídicos hasta ahora.

Una cuarta y la última a la que haremos mención es la que se refiere a la expedición de las Leyes de Reforma que al despojar al poder eclesiástico de sus poderes civiles dieron surgimiento a una mayor concentración del poder del Estado y con ello mayor capacidad de crear y consolidar un orden.

Es obvio que todo esto sucedió efectivamente y que, sin embargo, refleja solamente parte de la verdad. Cada uno de estos factores influyó en el momento histórico, pero para entender la realidad en su conjunto hay que tener presente también la otra cara de la moneda.

Así, por ejemplo, hay que tener presente que no obstante la guerra de tres años, México siguió siendo conservador en sus tradiciones, y que en la política siguieron presentes muchas de sus ideas y postulados. De manera que el Partido Conservador como tal no desapareció. Hay que tener presente, por otro lado, que los conflictos sociales no se terminaron con el fusilamiento de Maximiliano, Miramón y Mejía y que aún en el siglo XX tuvimos conflictos peores, auténticas guerras civiles y revoluciones. Hay que tener presente, además, que las clases privilegiadas, por ejemplo el ejército siguió siendo un lastre en la primera mitad del siglo XX, el militarismo despareció en México hasta 1940.

Sobre el difícil tema de las relaciones Iglesia-Estado, considerar a la Iglesia factor de inestabilidad resulta al menos muy arriesgado, si se toma en cuenta que comenzando por su doctrina, su moral y su ritual, pero también como institución social, la Iglesia sirvió de base institucional a nuestro país y de elemento de cohesión social.

Por último, respecto a las leyes de Reforma, éstas, no obstante que se expidieron entre 1859 y 1862, en realidad se incorporaron a nuestro texto constitucional hasta el 25 de septiembre de 1873, dos años después de la muerte de Benito Juárez.

Con lo que se ve que la búsqueda por la razón que partió en dos nuestra historia constitucional no es una búsqueda fácil. Cabe señalar, asimismo, que lo que nos estamos preguntando no es por la estabilidad constitucional desde entonces a la fecha, sino por las circunstancias del cambio de ese momento que ha perdurado hasta

ahora, porque sin duda ha habido muchas otras circunstancias y factores que han influido en la estabilidad a lo largo de todo el proceso (150 años desde aquella Constitución). La longevidad de nuestra Constitución de 1917, una de las más antiguas del mundo, es ahora un hecho particularmente significativo en el contexto constitucional latinoamericano e incluso mundial.[9]

Dejando de lado el tema de las causas y volviendo a mirar al fenómeno, nos encontramos con que en realidad hasta ahora lo que hemos hecho es referirlo sólo desde el punto de vista cuantitativo: antes hubieron tantas constituciones, después hubo menos, luego hay un cambio. Sin embargo, mirando desde un enfoque cualitativo las cosas parecen más complicadas. El que no cambie una Constitución no significa forzosamente un avance si no está identificado con un mayor respeto de su texto y sus instituciones.

Por ello es fundamental definir con precisión en qué consistió el cambio. No fue, claro está, la estabilidad física (la estática) de la Constitución. En el fondo de la estabilidad constitucional hay una razón de respeto, por ello, desde un punto de vista de sociología jurídica (constitucional) nosotros le llamaríamos a este fenómeno, *el cambio por el respeto a la Constitución.* Es un cambio cultural, social y político centrado en una idea: *El Respeto a la Constitución.*

La Constitución se empezó a respetar por sí misma, no por quien la hubiera propuesto, por la facción que la defendiera, tan es así que los cambios fácticos que siguieron ocurriendo, no implicaron el abandono de la Constitución. La propia Constitución de 1857 estuvo amenazada desde su nacimiento. Las mismas autoridades que se eligieron bajo su texto, terminaron desconociéndola.[10] Sin embargo, ni aun así la Constitución perdió fuerza y vigencia, ni dejó de ser el punto de referencia. Los movimientos posteriores se hicieron en nombre de la Constitución.[11]

[9] Esta es la perspectiva que se rescata del estudio hecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, coordinado por Diego Valadés, Héctor Fix Fierro, Julia Flores y Hugo Concha Cantú. México, 2004.

[10] Siendo Comonfort Presidente Constitucional conforme a la Constitución de 1857, dio un golpe de Estado, uniéndose al Plan de Tacubaya (le llamaríamos autogolpe de Estado). *Cfr. Historia General de México*, El Colegio de México, 2000, pp. 595 y ss.

[11] *Cfr.* Tena Ramírez, *op. cit.*, pp. XXI y ss.

Aquí es donde puede caber la importancia de la intervención juarista. La Constitución se empezó a respetar porque el Presidente la respetó hasta el límite de lo físicamente posible.

Si recordamos los conceptos básicos del sistema constitucional, por el principio de Supremacía Constitucional, la Constitución debe ser respetada por encima de todo y de todos, sin embargo, el principal responsable de respetar y creer en la Constitución es la propia autoridad constitucional. Aunque resulte tautológico una Constitución para serlo debe ser respetada. De aquí que el legado del presidente Juárez fue el de respetar y adherirse a la Constitución ante una situación de crisis constitucional. El verdadero cambio consistió no en el respeto a la Constitución por parte de la sociedad, sino por parte de la autoridad.

Parte de la metodología de este análisis se centra en enfatizar la perspectiva global de los hechos, más que referirse a algunas particularidades que sin duda cuestionarían el que Juárez realmente se haya apegado formalmente a la Constitución. A ellas nos adentraremos en unos momentos más.

Nuestros antecedentes, salvo la breve presidencia –grande de don Guadalupe Victoria– estaban plagados de desconocimientos constitucionales erigiéndose todos en la voz y los representantes del pueblo, que es el único que puede situarse por encima de la Constitución. Sin saber que quien se aleja de la Constitución, se aleja del pueblo, se aleja de su único fundamento. Hoy y antes.

Hay ejemplos clamorosos en nuestra historia, por ejemplo, aquella arbitrariedad del Congreso desconociendo la elección de Gómez Pedraza y ratificando como presidente a Vicente Guerrero, todo ello se tradujo en el hábito malsano de realizar constantes golpes de Estado desconociendo una y otra Constitución.

Sin embargo hay un argumento más, y al que hacen referencia algunos constitucionalistas,[12] y que a nosotros nos parece el elemento jurídico de mayor peso en esta transformación. Nos referimos al procedimiento de reforma constitucional previsto en el art. 127 de aquella Constitución de 1857 y el 135 de la vigente, que práctica-

[12] *Cfr.* Valadés, Diego, *La Constitución Reformada,* Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1987, pp. 11 y ss.

mente señalan lo mismo, pero que a diferencia de las anteriores que establecían una rigidez absoluta –al menos por algún tiempo–[13] permitía su reforma.

A partir de esa fecha la Constitución no se desconoció ni se combatió. Se eligió la ruta de la reforma. Así la Constitución de 1857 fue la primera Constitución que recibió reformas. Reformar una constitución es finalmente respetarla. Permitir la reforma constitucional fue una forma de lograr la estabilidad.

Sin embargo, la cuestión no fue fácil, este principio tomó muchos años para enraizarse. Las primeras reformas llegaron en 1861 (sobre las alcabalas), pero las primeras realmente importantes se materializaron hasta 1873 (dieciséis años después) y que fueron precisamente la incorporación de los postulados de las Leyes de Reforma en cinco artículos que se adicionaron a la Constitución.

El punto a resaltar es precisamente el papel de Juárez en esta transformación jurídica, cultural y política, ya que, como lo hemos mencionado, en una visión general fue un impulsor de este proceso.[14]

Juárez representó la Constitución, en el momento que volvíamos a caer nuevamente en el pantano institucional de los golpes de Estado, en la práctica errática de hacer una Constitución para terminarla autodesconociendo.

Esto fue especialmente significativo en el episodio de finales de 1857, cuando Zuluoga desconoce la Constitución y lanza el Plan de Tacubaya; Comonfort que era el Presidente constitucional se adhiere al Plan, renuncia y con ello el país se queda sin la base constitucional. Juárez como Presidente de la Suprema Corte de Justicia, según el sistema constitucional de sustitución presidencial asume la Presidencia, después de haber estado en la cárcel y liberado por órdenes del mismo Comonfort que se retractaba de su adhesión al plan. En

[13] Así lo establecía la Constitución Federal de 1824 en su art. 166 y la Constitución Centralista de 1836, llamada de las Siete Leyes, en la Séptima Ley.

[14] Tal como lo dicen algunos textos se puede concluir que en un mismo día llegaron a coincidir tres presidentes, o al menos tres personajes que se proclamaban como presidentes, Comonfort, antes de renunciar (de hecho fue hasta 1861 cuando el Congreso declaró formalmente su ausencia), Zuloaga, que se basaba en el Plan de Tacubaya y Juárez por disposición legal-constitucional.

esta confusión Juárez se convierte en la alternativa de continuidad constitucional.[15]

Como una pequeña flama amenazada por los vientos, la Constitución de 1857 nacía débil y vulnerable a cualquier viento, Juárez la protegió en su persona. La Constitución viajó con el presidente interino en el destierro; la Constitución se apostó en Veracruz durante la guerra de tres años.

Su mérito y virtud fue la de aguantar más que la de acometer; resistir a la tentación de buscar otro camino, aunque fuera el del acuerdo, pero fuera de la Constitución. Qué razones de praxis política tuvo Juárez para sostenerse en esta firme postura, más allá de sus inclinaciones profesionales y patrióticas, no es asunto a analizar aquí, sino centrarnos en el significado del hecho de que quien triunfó finalmente fue quien abanderaba la línea de continuidad constitucional. Otro desenlace hubiera derivado sin duda en un aplazamiento de la consolidación constitucional mexicana.

Especialmente ilustrativas resultan aquellas frases que se les atribuyen a Comonfort por un lado y a Juárez, respecto al destino de la Constitución del 57. *"No se puede gobernar con la Constitución"* decía convencido Comonfort y, por contrapartida, Juárez afirmaba *"nada que esté fuera de la Constitución será solución posible"*.

Así lo han percibido los historiadores y pensadores de la época, y así lo han confirmado los años y siglos que han pasado. En palabras de Justo Sierra, ahora vemos con mucha claridad que "el servicio de Juárez consistió en representar la Constitución, en darle existencia humana en él mismo".[16]

[15] *Cfr.* Sierra, Justo, *op. cit.*, p. 86.

[16] Justo Sierra, p. 157. La cita completa es la siguiente, que además se explaya sobre el contraste de épocas y el cambio juarista. "En la tempestad revolucionaría los vaivenes fueron tan terribles; la orientación se perdía con tanta facilidad en aquella noche que durante dos años acrecentó sin cesar su tiniebla; la brújula constitucional era tan poco conocida, tan poco creída por aquellos hombres de combate que saltaron a defender el código supremo, cuando muchos de ellos no lo habían leído siquiera que a haber faltado una representación viva, palpable, material, habrían transigido cien veces sobre reformas a la ley fundamental, nulificándola para siempre. Que estas transacciones frecuentemente intentadas no llegaran a herir la Constitución en sus obras vivas fue el servicio que Juárez hizo con sólo representarla, con sólo darle existencia humana en él mismo. Por eso cuando Degollado o González Ortega no tenían empacho en sacrificar la personalidad del

Ahora bien, debemos seguir en el análisis del significado de los hechos. Como lo hemos dicho, en la elección de su ruta política pesaron sin duda sus características personales, su formación jurídica, el no tener una carrera militar, y por supuesto, su propia formación cultural, su tozudez, su fuerza de voluntad manifestada más en resistencia. Podemos afirmar que existe una muy clara conexión entre la vida y la obra de Juárez y la superviviencia del constitucionalismo mexicano. En su defensa a ultranza de la Constitución de 1857, que nació excomulgada, se cimentó el principio de respeto y supremacía de nuestra Constitución, éste es su legado constitucional.

Sin embargo, para tener la visión de conjunto hay que analizar la realidad íntegramente. La actuación de Juárez no fue simplemente la de un obstinado de la legalidad o un idealista roussoniano, su defensa de la legalidad y de la Constitución obedecía también a una necesidad práctica. Juárez fue un político práctico, muy hábil, que tuvo la oportunidad y supo utilizar el camino de la ley para sus objetivos concretos.

No era la ley por la ley, o la Constitución por la Constitución. Digamos que no era un filósofo de la Constitución. El camino de la Constitución era la vía idónea para ejercer y mantenerse en el poder. Aquí es donde encaja el calificativo que utiliza Krauze para referirse a Juárez como el *"Dictador democrático"*, frase que no puede tener más contradicción interna, pero que sirve para entender el sentido práctico con que actuó Juárez al utilizar la ley y la Constitución.

Uno de los episodios que da cuenta de ello es el de la expedición de las Leyes de Reforma, entre los años 1859 y 1862, en el que, desde nuestro punto de vista, se enfrentaron frontalmente los criterios políticos contra los legales y en donde finalmente prevaleció la perspectiva política por encima de la mera formalidad legal y constitucional.

Esto se hace patente al expedirse el Manifiesto del Gobierno Constitucional a la Nación, el 7 de mayo de 1859, como documento general de referencia para el resto de la legislación de reforma, ya que el

Presidente, el instinto de la revolución se revelaba en una protesta unánime y la prensa clamaba: *"No, no es posible prescindir de Juárez; el día que él desapareciese la Constitución quedaría convertida en unas cuantas hojas de papel a merced de los huracanes"*.

documento se centra en una justificación primordialmente política, no obstante que el fundamento último fuera la legitimación constitucional que alegaba el gobierno juarista.

De manera muy sucinta el silogismo del *Manifiesto* es el siguiente: la situación crítica que enfrenta el país procede de la actuación de algunos grupos privilegiados, el gobierno constitucional (legítimo) considera que para combatirlo deben asumirse los principios de la reforma, esos principios no se encuentran totalmente establecidos en la Constitución, por lo tanto deben expedirse en una legislación complementaria.

Aquí hemos de entrar, al menos someramente, al tema de las facultades extraordinarias previstas en el artículo 29 de la Constitución de 1857, ya que son precisamente estas facultades las que sirvieron supuestamente de fundamento legal para la expedición de estas leyes y a las que incluso se hace mención explícita en el encabezado de alguna de estas leyes,[17] al sostener *que en uso de las facultades que me hallo investido* o *que en uso de las amplias facultades... etc.* Sin embargo, desde el punto de vista estrictamente constitucional, se cuestiona el alcance de estas facultades, que el artículo 29 de aquella Constitución las mencionaba como autorizaciones, para expedir una legislación constitucional y no solamente ordinaria, ya que las leyes de reforma ampliaban las facultades de las autoridades establecidas en la Constitución, a la par que limitaban derechos individuales, también de rango constitucional.

El debate que se gestó al interior del Partido Liberal por la expedición de estas leyes, se debió fundamentalmente a la oportunidad política de hacerlo en ese momento o de esperar a unas circunstancias mejores,[18] alrededor de este punto se escenificó el enconado debate entre liberales puros y moderados. Este fue el punto de crítica más fuerte dirigido a Juárez, como cabeza del movimiento, por no haber

[17] Por ejemplo en el *DECRETO POR EL QUE QUEDAN SECULARIZADOS LOS HOSPITALES Y ESTABLECIMIENTOS DE BENEFICENCIA* (2 de febrero de 1861); *LA LEY SOBRE LIBERTAD DE CULTOS* (4 de diciembre de 1860); *EL DECRETO DEL GOBIERNO QUE DECLARA QUÉ DÍAS DEBEN TENERSE COMO FESTIVOS Y PROHÍBE LA ASISTENCIA OFICIAL A LAS FUNCIONES DE LA IGLESIA* (11 de agosto de 1859).

dictado estas leyes con más prontitud, y haberse esperado casi dos años hasta 1859.[19]

Desde el punto de vista constitucional la situación es sin duda espinosa. El debate sobre las facultades extraordinarias en el constituyente de 1856 tuvo un espacio especial para este tema, incluso distinto al que se dedicó para la suspensión de garantías.[20] Es decir que se aprobaron en dos momentos distintos,[21] en uno las facultades para suspender algunas garantías en casos de invasión o de perturbación grave y, segundo, la de otorgar facultades para legislar. En el modo como están redactadas, se entiende que son dos figuras condicionadas, como bien lo ha sostenido en su doctrina constitucional el maestro Tena Ramírez. Pero para efectos de lo que ahora nos incumbe, el punto es si estas facultades alcanzaban para expedir la legislación de reforma.

Siguiendo la línea de argumentación del mismo autor, y que se refleja en el diario de debates del Constituyente de esa época, por el término autorizaciones debe entenderse "*actos legislativos*" ya que es el propio Congreso quien las concede,[22] con lo que estamos perfectamente de acuerdo. Ahora bien por actos legislativos debemos entender solamente *ley ordinaria* y no *constitucional*, ya que la propia Constitución no puede delegar facultades para su reforma, sino a través del procedimiento que la propia preveía en su artículo 127. De

[18] Este es el tema central del libro de Francisco Bulnes al que hemos hecho referencia, *cfr.* Bulnes, Francisco, *op. cit.*

[19] Sobre este punto citamos al mismo Bulnes, quien dice: "Juárez es censurable por haber expedido las leyes de Reforma demasiado tarde. ¿Que se diría de un médico que acertando en el diagnóstico y conociendo el remedio infalible contra la enfermedad, dejase al enfermo decaer, hasta que se anunciase la agonía para comenzar el infalible tratamiento?, ¿por qué esperaron hasta julio de 1859 para aplicar un tratamiento que debió comenzar después del síncope causado por el golpe de Estado de Comonfort en enero de 1858?... ¿Hubo timidez o incapacidad? Su conclusión no es realmente benévola para con Juárez": En la conducta de Juárez hubo timidez de indio vulgar, lo que prueba que no tenía los tamaños de revolucionario que se le atribuyen", *op. cit.*, pp. 279-280.

[20] *Cfr. Derechos del pueblo mexicano, México a través de sus constituciones*, t. V, p. 613, Art. 29, Debates.

[21] Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, Porrúa, 23a. ed., México, 1989, pp. 234 y ss.

[22] *Idem.*

forma que otorgar como fundamento para expedir las Leyes de Reforma el de las *autorizaciones otorgadas por el Congreso para que el Ejecutivo hiciera frente a la situación*, según el art. 29, no resulta sólido y da lugar a muchas dudas sobre su constitucionalidad.

Esta reflexión se puede utilizar incluso para entender por qué existe tanta vaguedad al referir la fundamentación de estas leyes y decretos, por un lado y, porque posteriormente fue necesaria su incorporación explícita en el texto constitucional.

El contenido sustantivo de las Leyes de Reforma era propio de la Constitución. Estas leyes no tenían fundamento constitucional, las facultades extraordinarias para legislar no les permitían llegar a tanto. Sin embargo, su necesidad política era incuestionable, su impacto en el conflicto político era fundamental.

Utilizamos este episodio y nos adentramos en él, precisamente porque nos permite entender con toda objetividad las circunstancias en las que actuó Juárez y en las que se sucedió este cambio. Cuestión espinosa que nos hace entender incluso mejor los avatares por los que atravesó la consolidación de nuestro constitucionalismo. El cuestionamiento sobre si el Presidente se ajustó a la Constitución en la expedición de las Leyes de Reforma, resulta sin duda espinoso y complicado.

Existen otros sucesos en los que podríamos encontrar esta dialéctica entre el texto constitucional y la realidad política imperante del momento, en la que la síntesis buscaba armonizarlas y dejar a salvo la vigencia de la Constitución. Otro de ellos es, por ejemplo, el nombramiento (que no la ratificación) de Juárez como presidente constitucional, dejando su carácter de interino, por parte del Congreso, sin tener facultades para ello. Su primera presidencia constitucional que se alargó hasta 1867, al acabar la intervención francesa.

Uno más, episodio poco claro desde el punto de vista de la formalidad constitucional, lo constituye el hecho de que algunas de las reformas que se hicieron a la Constitución de 1857, las hizo Juárez en uso de facultades extraordinarias, por ejemplo, la creación del estado de Campeche en 1863, siendo que ya no existían las circunstancias de persecución y destierro. Así existen muchos momentos en los que la aplicación constitucional estricta se puso en suspenso. Sin embargo, lo importante es que de alguna manera la Constitución siguió siendo punto de referencia único.

Vale la pena recordar un ejemplo más, que fue la convocatoria que dirigió Juárez para llevar a cabo un plebiscito que reanudara la vida republicana en el país en el año de 1867, que se le conoció como la Convocatoria para la Elección de los Supremos Poderes, la que, aunque desde el punto de vista político parecía muy oportuna (finalmente le resultó adverso ya que algunos estados la rechazaron) no tenía desde ningún ángulo justificación constitucional. De hecho la lectura de la convocatoria es sumamente ilustrativa de esta dialéctica a la que nos estamos refiriendo. Se trata de una apología a la excepción constitucional, pero en donde las referencias a la Constitución son constantes.[23]

Estos ejemplos nos sirven para tener una visión más completa sobre el verdadero significado del legado constitucional de Juárez. Por un lado no se trató de un purismo constitucional formalista, como ha quedado claro con un sinnúmero de ejemplos, sino de un respeto institucional, real, a la supremacía de la Constitución. La serie de excepciones y paréntesis a la vida constitucional que hemos señalado resaltan aún más, si cabe, el valor de la lealtad juarista a la Constitución en medio de un clima de adversidad política interna e internacional. No estamos justificando la excepción constitucional, solamente resaltamos que en medio de todos los avatares, el resultado final fue la institucionalización del respeto a la Constitución.

En esta valoración de conjunto las acciones de Juárez como Presidente de la República fueron sin duda claves para el arranque de nuestro verdadero constitucionalismo.

El análisis al que invitamos, pues, está muy lejos de visiones maniqueas, de partidismos, de pensar que nuestra realidad histórica surge de haber logrado que unos aplastaran a otros, como lo hemos señalado líneas atrás. El legado constitucional de Juárez radica más bien en haber sabido desempeñar el papel que le tocó jugar y que fue

[23] Llama la atención que en el propio texto se hace alusión a la Contitución para convocar a un plebiscito que no se preveía en la Constitución, algunos textos son muy ilustrativos: "Art. 3o. Que la Constitución de la República digna del amor del pueblo por los principios que contiene, y la forma de gobierno que establece e inviolable por la voluntad del pueblo que libremente quiso dársela, y que con su sangre la ha defendido y la ha hecho triunfar, contra la rebelión interior y contra la intervención extranjera, reconoce y sanciona ella misma la posibilidad de adicionarla o reformarla por la voluntad nacional".

el de no transigir con la Constitución sino partir de ella como base de la estabilidad política.

No se trata, pues, de canonizar el constitucionalismo de Juárez, de manera ligera, y sí, en cambio, destacar el valor que tuvo al encarnar el papel del orden constitucional y el saberlo transmitir. Ese fue su legado constitucional.

Existen muchos capítulos en la vida de Juárez en los que se pueden apreciar los embates del poder sobre su integridad, su contribución al constitucionalismo mexicano tampoco se puede sacar de lugar y sobredimensionar, de hecho muchas cosas posteriores sucedieron, muchas páginas grises para nuestra historia constitucional durante el siglo XX, y de hecho nuestro constitucionalismo sigue siendo exageradamente formalista y teniendo un sinnúmero de retos y amenazas.

Para concluir quiero nuevamente referirme al título de esta nota. No hemos venido a hablar de Juárez para hacer una teoría interesante, para ocupar una tarde o distraernos un poco. El sentido de hablar del legado constitucional de Juárez, como lo es el de cualquier ejercicio de saber histórico, es el de repensar sobre nuestro constitucionalismo presente y futuro.

Nuestra constitucionalidad es ya un valor real, nadie discute su respetabilidad y quien lo hace se queda fuera del escenario nacional, sin embargo, reconocemos que la Constitución vigente no está dando respuesta a las necesidades sociales y amenaza con desligarse de nuestra realidad cotidiana, hay una clara distinción entre Constitución y constitucionalidad, entre el texto y la realidad y por eso comienza a ser un fuerte clamor que los momentos que enfrenta México requieren de una nueva constitucionalidad y en su momento de una nueva Constitución.

La conmemoración de Juárez es una buena oportunidad para recordar que tenemos pendiente la llamada reforma del Estado, que no es otra cosa que la revisión de nuestras instituciones constitucionales a la luz de los principios de libertad y de justicia.

Ante este llamado, con el ejemplo juarista en mente, termino con estas líneas de Justo Sierra, sobre Juárez en donde resalta su capacidad de hacer y transformar:

"No son los hombres de pensamiento puro, por elevado, por trascendental que sea, los llamados a personificar estos momentos vertiginosos de evolución social (Revoluciones); son los hombres que tienen como cualidad suprema el carácter, la inquebrantable voluntad; sin los Lerdo, sin los Ocampo, sin los Ramírez, las revoluciones no son posibles; sin los Juárez no se hacen".

EL SECRETO BANCARIO: ENTRE LA ILEGITIMIDAD Y LA EFICACIA

Mario SIMÓN CANTO

"...Cuando en un gobierno popular las leyes dejan de cumplirse, el Estado está ya perdido, puesto que esto sólo ocurre como consecuencia de la corrupción de la República..."
Platón, *Las Leyes*.

"En aquella ciudad donde la ley tenga la condición de súbdita sin fuerza, veo ya la destrucción venir sobre ella..."
Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Desarrollo*. III. *Reglamento sobre el Secreto Bancario en Cuba*. IV. *Consideración final*.

I. INTRODUCCIÓN

La figura jurídica del sigilo bancario en nuestro país, tanto en el ámbito académico como en su aplicación a la práctica cotidiana profesional, ha recibido una atención particular por un sinnúmero de jurisconsultos y especialistas en la materia, que han tratado, algunos de ellos con gran maestría y pericia, abordar este precepto jurídico con el fin de encontrar una adecuada aplicación a los casos concretos del que éste es objeto dentro del sistema financiero mexicano.

De esta manera, se han adoptado muy diversas posiciones las cuales han pretendido agotar todas las posibilidades de ingredientes po-

líticos, jurídicos y hasta filosóficos, para poder dar una explicación a los usuarios de la banca en México del porqué se ha adoptado un sistema de secreto bancario, cuya rigidez o flexibilidad ha estado severamente cuestionada tanto por las autoridades del gobierno como por los particulares usuarios del sistema financiero, mismos que han calificado al propio sigilo como una institución que resulta imprescindible en la transformación política y económica del país, siendo que otros lo han considerado como un medio de encubrimiento de posibles operaciones irregulares o ilícitas.

Quizá pueda resultar un poco pretencioso señalar que la figura del secreto bancario en México no solamente se sustenta en principios jurídicos, los cuales son la base del mismo, sino que también encuentra importantes fundamentos filosóficos o ideológicos, sin los cuales, a nuestro parecer, no hubiera podido evolucionar en la forma en que lo ha hecho hasta nuestros días. Es así como lo establece el maestro Luis Manuel C. Meján, al escribir lo siguiente:

> La figura del secreto bancario tiene una fundamentación copiosa y extensa en la cultura, arroja sus raíces en las profundidades psicológicas, éticas e ideológicas del ser humano, crece con la historia de la humanidad, se conforma al son de los avatares políticos y económicos de la sociedad y florece con toda la riqueza del derecho, informándose de las fuentes de éste y de todas sus ramas.[1]

Este brillante argumento del maestro Meján, muestra con claridad que esta figura ha ido evolucionando desde tiempos remotos, empezando con el derecho a la intimidad de las personas, pasando por el secreto profesional y el secreto jurídico, hasta convertirse en lo que hoy se conoce como secreto bancario o financiero, mismo que ha sido plasmado por el legislador en las diversas leyes que regulan el sistema financiero mexicano.

De esta manera el secreto, ya sea profesional, ya sea jurídico, se manifiesta constantemente en la vida de las personas, evolucionando hasta encontrar una base jurídica que marca la pauta de su acción. Esta constante manifestación del secreto en nuestras vidas, puede

[1] C. Meján, Luis Manuel, *El secreto bancario*, Porrúa, 3a. ed., México, 2000, p. 20.

empezar a acarrear un sinnúmero de problemas personales, sociales, políticos y jurídicos que crecen a medida que se quiera guardar un determinado secreto. El jurista y filósofo argentino Carlos Santiago Nino ha denominado a la constante manifestación de un acto jurídico en nuestras vidas –tal es el caso del secreto jurídico o profesional– como la "Omnipresencia del derecho", misma que, según el referido autor, se manifiesta en los actos más simples y que crece en importancia a medida que éstos pueden afectar o involucrarnos de una forma determinada con los demás.[2]

Entendemos, pues, que dada la característica omnipresente del secreto en la vida de las personas, empiezan a presentarse estos problemas sociales o políticos, mismos que se traducen en la necesidad de la gente de omitir toda revelación con respecto a una circunstancia determinada, entendiendo que esta revelación que no se da a conocer proporciona "poder" en grandes magnitudes.

A este respecto, en una frase muy acertada, el maestro Augusto Arroyo escribe: "La información proporciona poder, el que sabe cosas o tiene acceso a información que los demás ignoran desarrolla grandes posibilidades de poder. Es de preguntarse qué tan lejos de la realidad está ese personaje misterioso de las obras de ciencia ficción que detrás de una terminal de computadoras, en un oscuro rincón del mundo, conoce la vida y milagros de todos y, gracias a ello, ordena el destino de hombres y países. ¿No se dice de Dios que es omnisciente? En esta tesitura o es de extrañar que el individuo quiera mantener sus depósitos y operaciones en la banca como algo reservado y que, a la vez, haya terceros que quieran conocer esos depósitos y operaciones".[3]

Es precisamente en este momento cuando surge la controversia de revelar o no un determinado secreto, ya que se encuentran comprometidos un sinnúmero de intereses personales, sociales, jurídicos y políticos que pueden dar origen a la obligación de no transmitir los conocimientos o información de que se trate a terceras personas. Esta obligación recibe el nombre de "secreto profesional".

[2] Carlos Santiago Nino, en Álvarez Ledesma Mario, I. *Introducción al estudio del derecho*, McGraw-Hill, México, 1995, p. 4.

[3] Véase Arroyo Soto Augusto, en C. Meján Luis Manuel, *op. cit.*, p. 2.

De esta manera, es precisamente del secreto profesional de donde deriva el llamado secreto bancario, figura muy antigua que aparece en la época real de Francia, concretizándose este concepto en 1706 en *La grande ordennance sur le commerce* y en 1724, en este país, se dictó una resolución del consejo de estado francés, en la que se señala que los agentes de cambio no podrán mencionar en ningún caso, a las personas que les hayan encargado negocios, a los que tendrán que guardar en secreto inviolable y deberán servirles con fidelidad en cualquier circunstancia de la negociación.[4]

Al paso del tiempo, especialmente en los últimos seis o siete años, el secreto bancario ha sido objeto de análisis y estudio profundo no solamente en el ámbito jurídico, sino que también ha tomado una posición preponderante en el ámbito político de nuestro país. Es precisamente la relación de lo jurídico con lo político, lo que ha ocasionado que la figura del secreto bancario sea considerada por algunos, como un instrumento que ha servido para encubrir operaciones irregulares que han dejado en estado de indefensión a los usuarios del sistema financiero, mientras que otros opinan que esta figura debe de prevalecer intacta a fin de otorgar certeza jurídica tanto a los usuarios del sistema financiero, como a las propias instituciones bancarias.

Es bien sabido que se han hecho esfuerzos importantes para tratar de modificar lo dispuesto por el artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito, precepto que contempla la figura jurídica que nos ocupa, la cual encontraba su fundamento en la ya abrogada Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, empezando su historia desde la Ley de Instituciones de Crédito de 1897. Sin embargo, a nuestro parecer, estos esfuerzos han sido muy poco afortunados al demostrar que esta figura se ha visto envuelta en grandes y verdaderos conflictos sociopolíticos –algunos de ellos de tal envergadura que han llegado a poner en peligro la seguridad jurídica de millones de personas usuarias del sistema financiero, así como la estabilidad política y económica del país, situaciones éstas, que no han permitido que exista una verdadera evolución de la figura del secreto bancario que se adecue a los tiempos que actualmente se viven en México y en el mundo entero.

[4] *Cfr.* Pacheco Pulido, Guillermo, *El secreto en la vida jurídica*, Porrúa, 3a. ed., México, 2002, p. 23.

Se trata precisamente, a través de este ensayo, de proponer una reforma a lo dispuesto por el secreto bancario; pero una reforma que no devenga de los propios cauces legales del artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito, como tantas veces se ha hecho, sino una reforma que signifique sustituir dicho artículo por un orden totalmente nuevo, claro está, sin modificar su naturaleza jurídica. La figura del secreto bancario se ha regulado en muchas leyes financieras (en amplio sentido se entiende como secreto financiero) tales como la propia Ley de Instituciones de Crédito, la Ley del Mercado de Valores, la Ley de Sociedades de Información Crediticia, la Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito y la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, entre otras, además de que en muchos otros ordenamientos legales se han incluido un sinnúmero de salvedades o excepciones a lo dispuesto por el propio artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito; situaciones que han ocasionado mucha confusión en cuanto a la aplicación e interpretación de esta figura jurídica.

La reforma a las que nos hemos referido, evitaría, a nuestro juicio, la proliferación de excepciones y de ordenamientos legales, cada vez más numerosos, en donde se tenga que justificar por qué alguna disposición no se considera violación al secreto bancario, cuando en realidad, lo único que se hace en algunos casos, es transgredir el mismo. ¿Por qué no proponer entonces una reforma estructural y directa a esta figura sin modificar su naturaleza jurídica, es decir, proponer una nueva disposición, en vez de estar aumentando cada vez más sus excepciones? Lo anterior, cuidando que en ningún momento se afecte el interés primigenio de esta figura: la libertad individual y el derecho a la privacidad de los actos de cada persona.

Consideramos que con esta reforma se incrementaría considerablemente la confianza del público hacia los bancos e intermediarios financieros, dado que estos mismos se verían sujetos a un mayor escrutinio por parte de las autoridades, escrutinio indispensable para el buen funcionamiento del sistema financiero. Y esto no significa que necesariamente las instituciones bancarias, en todos los casos, utilicen el sigilo bancario para realizar operaciones que no vayan de acuerdo con las sanas prácticas bancarias y mercantiles, sino que

también este cambio respondería en gran medida a los requerimientos de un país que indiscutiblemente ha pasado a formar ya, desde hace varios años, parte de la llamada "globalización" y que ha envuelto a la mayoría de los países del mundo. Concretamente, nuestra propuesta nos llevaría a pensar en un "Reglamento sobre el secreto bancario", o bien, en unas "Reglas generales a las que se refiere el artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito", preceptos que quizá resulten muy utópicos para unos o muy prácticos para otros, pero a nuestro parecer, nuestra propuesta dotaría de manera muy importante de transparencia en las actividades mercantiles que llevan a cabo los intermediarios financieros, situación imprescindible para lograr la confianza que tanto se ha buscado tanto de los ahorradores nacionales como de los inversionistas extranjeros.

Resulta importante aclarar que el presente ensayo representa una continuación de mis inquietudes académicas que nacieron a partir de la elaboración de una investigación titulada "Consideraciones jurídicas para una reforma estructural al secreto bancario en México", misma que abordé desde la perspectiva del método legislativo y comparativo. Considero que ahora podría resultar atractivo al lector abordar este inagotable tema, aparte del método legislativo, desde una perspectiva académica y iusfilosófica, con la única intención de dar a entender que la evolución de la ley no solamente es posible, sino que muchas veces resulta necesaria y hasta indispensable. Una vez más hago mención de las ingeniosas ideas y sugerencias de juristas y maestros expertos en esta materia; a ellos debo los pocos aciertos que pueda obtener al escribir este trabajo, el resto será de mi entera responsabilidad.

II. Desarrollo

De conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, específicamente en su artículo 73, fracción X, es facultad del Congreso de la Unión, a través del Poder Legislativo, legislar en materia de intermediación y servicios financieros; igualmente, la fracción XXIX del mismo precepto, faculta al Congreso de la Unión para establecer contribuciones sobre las instituciones de crédito. De lo anterior se deduce que si la ley, que es obra del Poder Legislativo, es la que ha dispuesto la existencia del secreto

bancario, es claro que la misma puede establecer excepciones a su cumplimiento o, inclusive, proponer una reforma al mismo.

En principio, pareciera muy sencillo proponer una reforma a un determinado orden jurídico, pero en realidad no lo es así, ejemplo claro de ello lo encontramos precisamente en la figura de la protección jurídica del secreto bancario, misma que ha permanecido prácticamente estática desde su creación, aun con la evolución tan rápida que ha sufrido el sistema financiero en nuestro país. Un buen intento de reforma se realizó a través del Decreto por el que se reforma el artículo 117 y se deroga el artículo 118 de la Ley de Instituciones de Crédito, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de diciembre de 2005; a nuestro parecer, este Decreto a todas luces resulta insuficiente para dar cabida a todas las excepciones que el propio sigilo bancario encuentra en algunas leyes financieras tales como la Ley para Regular las Sociedades de Información Crediticia y la Ley del Seguro Social y, más aún, cuando ha llegado a existir conflicto de esta figura en ordenamientos tales como la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

Ahora bien, nuestra propuesta de crear un Reglamento sobre el secreto bancario o una normatividad que regule directamente lo dispuesto por el propio artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito, no se constriñe únicamente a plasmar en un solo ordenamiento legal lo dispuesto por el sigilo bancario y todas sus excepciones, sino también proponer una reforma y buscar que puedan coexistir armónicamente y en un solo precepto legal, tanto la obligación que tienen las instituciones de crédito de guardar secreto con respeto a las operaciones que realizan, como la facultad que tienen para revelar el mismo, logrando de esta manera que la figura del secreto bancario, reformada en todos sus aspectos, pueda tener la aceptación y la validez jurídica que desde hace años han buscado los gobernantes y los gobernados usuarios del sistema financiero, y no sólo eso, sino que la misma sea considerada justa, legítima y justificada.

Entramos, pues, a la parte medular de nuestro problema: la legitimación y la validez de un orden jurídico nuevo, a fin de que éste pueda ser aceptado y reconocido por los gobernados, en este caso, la sociedad en general y en específico los usuarios del sistema financiero.

Es importante hacer la siguiente pregunta: ¿qué relación existe entre el derecho y la legitimidad? La legitimidad es tratar de justifi-

car algo, es decir, tratar de dar razón de la fuerza del propio derecho, por lo que la fuerza o coacción del derecho requiere necesariamente de una justificación, ya que dicha fuerza no puede imponer sus decisiones si no goza de una base mínima de aceptación y de voluntad, es decir, de querer obedecer alguna norma en virtud de considerar a esa norma algo justificado. El filósofo italiano Lucio Levi describe así a la legitimidad:

> Es aquel atributo del Estado consistente en la existencia de una parte relevante de la población de un grado de consenso tal que asegure la obediencia sin que sea necesario, salvo en casos marginales, recurrir a la fuerza. Por lo tanto, todo poder trata de ganarse el consenso para que se le reconozca como legítimo, transformando la obediencia en adhesión.[5]

En efecto, encontramos que la legitimidad es parte esencial para poder "justificar" la fuerza o el poder del propio derecho, sin la cual éste no tendría razón de ser, ya que la existencia de un orden jurídico puede empezar a perder su eficacia o su fuerza, al momento de empezar a ser cuestionado por la sociedad y por los gobernados, aun cuando éste todavía esté vigente, toda vez que su coacción se vería mermada al no ser aceptada por la mayoría de los integrantes de un Estado. Como consecuencia natural, ese orden jurídico empieza inevitablemente a ser transgredido o violado, independientemente de las sanciones que estas violaciones pudieran representar. Decimos entonces que ese orden jurídico ha perdido su eficacia; eficacia que no se reestablecerá, a nuestro parecer, hasta que el gobernante proponga crear un orden jurídico totalmente nuevo, fruto de la voluntad del pueblo al no aceptar el orden jurídico ya establecido. Sin embargo, consideramos, al igual que Levi, que el orden jurídico nuevo no debe de representar una imposición, sino que éste debe contener todos los elementos necesarios de justicia y equidad para que sea aceptado como un "querer" obedecer y no un "deber" obedecer.

Así las cosas, trasladando la teoría de la legitimidad al caso en concreto que nos ocupa, nuestro "Reglamento sobre secreto bancario" propuesto, tendrá que contener y explicar detalladamente todas y cada una de las excepciones de las cuales el secreto bancario es objeto, justificando expresamente en qué casos los bancos pueden revelar la información y en qué casos estarán obligados a guardar el secreto; secrecía que tendrá que regularse de tal manera que las instituciones de crédito y sus funcionarios y empleados no puedan en ningún momento llevar a cabo operaciones ilícitas o irregulares con el pretexto de esta figura jurídica.

[5] Levi Lucio, en Álvarez Ledesma, Mario Ignacio, *op. cit.*, p. 21.

¿Acaso todos los conflictos sociopolíticos que se han vivido en los últimos años relacionados con el secreto bancario –tal es el caso de los conflictos electorales del año 2000, las auditorias realizadas al IPAB, o el presunto desvío de recursos públicos, vía Petróleos Mexicanos, para financiar la campaña del entonces candidato a la Presidencia de la República, Francisco Labastida Ochoa– no incitan el ánimo de proponer una reforma de fondo a esta figura para que sea rectificada en su redacción, de tal manera que pueda abarcar todas las exigencias de solicitud de información por parte del Estado y al mismo tiempo garantizar el derecho a la confidencialidad que tienen los usuarios de la banca?

A nuestro juicio, esta reforma resultaría de gran utilidad no sólo para evitar este tipo de conflictos a nivel nacional, sino también para adecuar lo propuesto por el secreto bancario en México a las exigencias internacionales, las cuales han demostrado una regulación de esta figura mucho más avanzada que en nuestro país. Tal es el caso de Costa Rica, en donde su protección jurídica del secreto bancario deviene esencialmente de su Constitución, ya que dicho secreto deriva directamente del derecho a la intimidad consagrado en el artículo 24 de su Carta Magna. Y hablando de exigencias internacionales, resulta sorprendente que un país como Cuba, tan limitado en cuanto a su situación política, económica y social, haya presentado en los últimos años cambios en su sistema bancario y su secrecía, lo que llevó en 1998 al Presidente del Tribunal Supremo Popular y al propio presidente Castro Ruz, a requerir al Banco Central de Cuba a emitir nuevas leyes financieras. Como resultado, se emitió el Reglamento sobre el Secreto Bancario en Cuba, mismo que, por considerarlo un ejemplo de práctica legislativa para México y para el mundo, transcribimos a continuación.

III. Reglamento sobre el Secreto Bancario en Cuba

"Reglamento sobre el Secreto Bancario
Banco Central de Cuba
RESOLUCIÓN No. 66 de 1998
POR CUANTO: El Artículo 81 del Decreto Ley No. 173 de 28 de mayo de 1997 «Sobre los Bancos e Instituciones Financieras No Bancarias», establece que las instituciones financieras están obligadas a guardar secreto sobre sus cuentas, depósitos y operaciones en general.
POR CUANTO: Resulta conveniente actualizar y adecuar las normas que regulan la protección y el alcance del secreto bancario, de conformidad con los cambios producidos en el sistema bancario.
POR CUANTO: A tenor del Artículo 36, incisos a) y b) del Decreto-Ley No. 172 «Del Banco Central de Cuba», de 28 de mayo de 1997, el Presidente del Banco Central de Cuba, en el ejercicio de sus funciones ejecutivas está facultado para dictar disposiciones de cumplimiento obligatorio para todos los organismos, órganos, empresas y entidades económicas estatales, organizaciones y asociaciones económicas o de otro carácter, cooperativas, el sector privado y la población; así como las instituciones financieras y las oficinas de representación.
POR CUANTO: El que resuelve fue nombrado Ministro de Gobierno y Presidente del Banco Central de Cuba por Acuerdo del Consejo de Estado de 13 de junio de 1997.
POR TANTO: En uso de las facultades que me están conferidas:
RESUELVO:
Dictar el siguiente:
Reglamento sobre el Secreto Bancario
PRIMERO: A los efectos de la presente resolución se entenderá por:
Secreto Bancario: La reserva que deberá observarse sobre los datos relativos a las fuentes, el destino, la cuantía, los nombres de los interesados y otros aspectos de las cuentas y operaciones realizadas por los bancos e instituciones financieras no bancarias, en lo adelante instituciones financieras, autorizadas a operar en el territorio nacional por cuenta de sus clientes, el nombre de los titulares de las cuentas de depósito o de crédito, su clase, números y saldos, los estados financieros e informes particulares sobre las actividades monetario-crediticias, comerciales y otras que ordinariamente presentan los clientes a las instituciones financieras relacionadas con la tramitación y ejecución de las operaciones.
Documentos: Los estados de cuenta, depósitos, cheques y otros títulos, valores, transferencias, órdenes de cobros y pagos, contratos, registros, correspondencias u otros escritos o comprobantes que se requieran para acreditar operaciones realizadas por los clientes o por cuenta de éstos.

SEGUNDO: Los dirigentes, funcionarios y demás trabajadores de las instituciones financieras cuando actúen en el desempeño de sus funciones, y en todo momento, aun cuando hubieren cesado en las mismas, están obligados a guardar el secreto bancario y a no revelar ni directa ni indirectamente los datos que lleguen a su conocimiento.
TERCERO: El secreto bancario pierde todo sentido cuando los informes sobre datos, de los asuntos o materias a que se refiere el Apartado PRIMERO, se solicitan por los titulares de las cuentas o de otras operaciones bancarias, en relación con sus propias cuentas u operaciones, sus herederos y beneficiarios así como a los apoderados y representantes legales de unos y otros, en aquello que legítima y estrictamente les concierne, todos debidamente acreditados en la forma siguiente:

a) Titulares: Mediante exhibición de las libretas de las cuentas, en su caso, o de otros documentos que establezcan los reglamentos.
b) Herederos: Mediante la presentación del Acta Notarial de Declaratoria de Herederos con certificación de su inscripción en el Registro General de Declaratoria de Herederos; o certificaciones del Registro del Estado Civil que acrediten la muerte del titular y la condición de heredero presunto del solicitante, acompañada de certificación negativa del Registro General de Actos de Última Voluntad; o testamento con certificación de defunción del titular y la correspondiente certificación positiva del Registro General de Actos de Última Voluntad.
c) Beneficiarios: Mediante presentación de la certificación de defunción del titular de la cuenta y el documento de identidad propio.
d) Apoderados y representantes legales de los anteriores: Mediante presentación de los documentos que acrediten su representación conforme a la ley y de los que acrediten el derecho o interés de sus representados, en la medida de las facultades que ostenten.

CUARTO: No obstante las restricciones sobre el secreto bancario, los informes, datos y documentos a los que se refiere el Apartado PRIMERO serán suministrados por las instituciones financieras cuando sean requeridos por las autoridades que a continuación se consignan:

a) Los tribunales, fiscales e instructores de los órganos de la Seguridad del Estado.
b) Las autoridades fiscales.

c) Los inspectores de Supervisión Bancaria, los auditores internos de las instituciones financieras y los de la Oficina Nacional de Auditoría.

QUINTO: En los casos de presunción o sospecha de movimiento de capitales ilícitos, las instituciones financieras facilitarán las informaciones o documentos que les requieran las autoridades facultadas y que se refieran a transacciones financieras y operaciones bancarias ejecutadas por personas implicadas en esas actividades delictivas o que se encuentren sometidas a investigación.

SEXTO: Las autoridades competentes para recabar información protegida por el secreto bancario deberán utilizarla con la discreción y el rigor que para esta materia establece la presente resolución y aquellas otras que regulen la actividad que desempeñan, manteniéndola con ese carácter en tanto éste no resulte incompatible con el interés público comprometido.

SÉPTIMO: El secreto bancario no impide el suministro de información de carácter global en los siguientes casos:

a) Cuando sea proporcionada por los dirigentes facultados para cualquiera de los siguientes propósitos: Fines estadísticos.
Formulación de la política monetaria y su seguimiento.
Elaboración de los informes que las instituciones financieras elaboran para su publicación o para uso de los niveles de dirección del gobierno.
b) Cuando se suministre a instituciones financieras del exterior con las que se mantengan acuerdos de corresponsalía o que estén interesados en iniciar una relación de esa índole, sobre las materias que considere apropiadas de acuerdo con esta actividad.
c) Cuando se proporcione información general de carácter reservado respecto al comportamiento de clientes en particular, para fines de evaluación de crédito, a requerimiento de otra institución del sistema, sin que ello implique la facultad de revelar transacciones individualizadas.
d) Cuando las instituciones financieras brinden las informaciones que periódicamente están obligadas a suministrar a la Central de Información de Riesgos del Banco Central de Cuba.

OCTAVO: Las instituciones financieras estarán liberadas de su obligación de mantener el secreto bancario en los casos en que se suscite conflicto con un cliente que se ventile ante los tribunales. En tal situación, se reservan el derecho de presentar toda la documentación que estimen necesaria para defender sus propios intereses ante quien corresponda.

NOVENO: Los dirigentes, funcionarios y demás trabajadores de las instituciones financieras no podrán poner en conocimiento de persona alguna, salvo a otra autoridad facultada, el hecho de que una información ha sido solicitada o proporcionada a una autoridad competente.

DÉCIMO: Los dirigentes, funcionarios y demás trabajadores de las instituciones financieras deberán tomar las precauciones necesarias para evitar que se produzcan violaciones de las regulaciones sobre el secreto bancario.

UNDÉCIMO: Los dirigentes, funcionarios y demás trabajadores de las instituciones financieras que violen lo establecido sobre el secreto bancario están sujetos a medidas disciplinarias, en correspondencia con las disposiciones legales dictadas al efecto y sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que se derive del hecho.

DISPOSICIÓN ESPECIAL

ÚNICA: Solamente podrán suministrar documentos e informaciones protegidas por el secreto bancario, a las autoridades competentes, los funcionarios facultados de las instituciones financieras.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA

ÚNICA: El Banco Central de Cuba dictará en su oportunidad, cuantas disposiciones jurídicas resulten necesarias para la aplicación de lo regulado en la presente resolución, así como el procedimiento para la entrega de la información y documentación que se solicite por parte de las autoridades facultadas.

DISPOSICIÓN FINAL

ÚNICA: Mediante la presente se deroga la Resolución 104, del Presidente del Banco Nacional de Cuba, de 22 de abril de 1987 y cualquier otra disposición que se oponga a lo aquí resuelto.

COMUNÍQUESE a los Vicepresidentes, al Superintendente, al Auditor y Directores, todos del Banco Central de Cuba; a los Presidentes de bancos e instituciones financieras no bancarias, al Presidente del Tribunal Supremo Popular, al Fiscal General de la República, al Jefe de la Oficina Nacional de Auditoría y al Jefe de la Oficina Nacional de Administración Tributaria.

PUBLÍQUESE en la Gaceta Oficial de la República para general conocimiento y archívese el original en la Secretaría del Banco Central de Cuba.

DADO en Ciudad de La Habana, al 1er. día del mes de junio de 1998.

Francisco Soberón Valdés
Ministro-Presidente
Banco Central de Cuba".[6]

Como podemos observar, aun con la situación económica y política que ha vivido Cuba desde 1959 con la toma del poder por parte de Fidel Castro, este país ha hecho un esfuerzo por tratar de adecuar y modernizar su sistema financiero, si bien no en cuanto al sistema financiero internacional, pero sí en cuanto a su sistema bancario interno, actualizando las normas que regulan la producción y el alcance del secreto bancario, especificando detalladamente cuáles son las restricciones sobre el mismo y en qué casos la información puede ser suministrada por las instituciones financieras cuando sean requeridas por distintas autoridades.

Pero, ¿por qué un país como Cuba, económica y políticamente restringido, fue que creó un Reglamento sobre secreto bancario? ¿Qué lo llevó a tal situación? A nuestro parecer, no fue otra cosa sino la materialización y positivización de la voluntad tanto de gobernantes como de gobernados que creyeron en la legitimidad y eficacia de un marco normativo, en este caso su propio Reglamento sobre secreto bancario. Situación muy similar es la que se tendría que observar en nuestro país, ya que la figura del secreto bancario ha sido severamente cuestionada y puesta en tela de juicio; por ende ha perdido en gran parte su eficacia y legitimidad, mismas que se podrían recuperar en el momento en que se exteriorice la voluntad para crear un orden jurídico totalmente nuevo; trasladado al caso que nos ocupa, en un Reglamento sobre secreto bancario o en preceptos generales que regulen lo dispuesto por el artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito.

Mucho se ha escrito con respecto a la teoría de la validez y evolución de la Ley, y a nuestro parecer, es el filósofo y jurista austriaco Hans Kelsen, quien ha expuesto de forma magistral esta teoría al escribir lo siguiente:

[6] INJEF, Información Jurídica, Económica y Fiscal, *Cuba y el secreto bancario*, diciembre de 1998, página electrónica en: injef@injef.com.

"...el dominio de validez de una norma puede verse limitado, especialmente en lo que hace a su dominio de validez temporal. Lo que significa: el comienzo y el fin de su validez puede estar determinado por ella misma, o estarlo por una norma superior que regule su producción. Las normas de un orden jurídico valen en tanto no se pone término a su validez conforme a las determinaciones de ese orden. En tanto un orden jurídico regula su propia producción y aplicación, determina el comienzo y el fin de la validez de las normas que a él pertenecen. El principio de que la norma de un orden jurídico vale durante todo el tiempo que transcurra hasta que su validez no sea terminada en la manera determinada por ese orden jurídico, o hasta que sea remplazada por la validez de otra norma de ese orden jurídico, es el principio de legitimidad".[7]

Continúa escribiendo Kelsen con respecto a la evolución y modificación de la Ley:

La significación de la norma fundamental se revela con la máxima claridad en el caso de un orden jurídico que es sustituido por un orden nuevo, fruto de una revolución; del mismo modo que la esencia del derecho y de la comunidad por él constituida aparecen con toda nitidez en el momento en que se discute su existencia. Supongamos un Estado monárquico en el que un grupo de hombres pretende sustituir, mediante un acto de fuerza, al régimen vigente por el republicano, y ocupar el lugar del gobierno legítimo. Si ese grupo consigue su intento, es decir, si el orden antiguo cesa de ser eficaz y el nuevo adquiere cierto grado de real eficacia, desde el momento que la conducta efectiva de los hombres (sobre los cuales pretende valer el orden nuevo) no responde al orden antiguo sino al nuevo, entonces este orden nuevo es ya un orden jurídico, los actos realizados en ejecución del mismo son actos jurídicos y los hechos cometidos con infracción de sus reglas son ilegalidades o delitos. Entonces, también, se presupone una nueva forma fundamental: ya no es aquélla que delega, como autoridad jurídica en el monarca, sino la que delega en el gobierno revolucionario la creación de derecho. Pero si el intento fracasase, porque el orden creado por aquel grupo de hombres no ejerciese el menor influjo sobre las conductas, el acto por él realizado no habría que interpretarlo como constituyente, sino como delito de alta traición; no como creación, sino como infracción del derecho; y todo esto, sobre la base del orden antiguo, cuya validez presupone la norma fundamental que delega en el monarca la facultad de creación jurídica. El

[7] Kelsen Hans, *Teoría pura del derecho*, Porrúa, 14a. ed., México, 2005, pp. 217, 218.

> contenido de la norma se determina con arreglo al hecho que crea aquel orden al cual corresponde, hasta cierto punto, la conducta efectiva de los hombres a los que dicho orden se refiere".[8]

Nos atrevemos a sugerir que esta brillante y definitiva interpretación que expone Hans Kelsen con respecto a la evolución y legitimación de la ley, trasladada al caso en comento, podría servir de base fundamental y contenido esencial de una posible reforma a lo dispuesto por el secreto bancario, ya que el mismo ha perdido irremediablemente su eficacia al empezar a ser cuestionado desde hace ya varios años, con respecto a su existencia y validez; y cuando una norma es cuestionada, pierde su eficacia al no considerarse legítima, es decir, al no ser aceptada por la mayoría de los integrantes de una sociedad.

Hemos citado el pensamiento de Kelsen como principio básico de nuestra propuesta, para hacer entender, en lo posible, que la modificación y evolución de un cierto orden normativo es necesario y hasta indispensable cuando éste cesa de ser eficaz. Es el caso, entre muchos otros, de la figura jurídica del secreto bancario, institución indispensable para el buen funcionamiento del sistema financiero en México, ya que a través de éste es como se debería de lograr la confianza que depositán en las instituciones bancarias los inversionistas y ahorradores tanto nacionales como foráneos. Un privilegio representaría para nosotros si se diera el caso de que el ánimo del legislador se sensibilizara con base en lo expuesto por este ensayo, para considerar una posible reforma a lo dispuesto por el secreto bancario. Pero insistimos: una reforma que no devenga del propio cauce legal de dicho artículo, sino que signifique la creación de un orden normativo totalmente nuevo, por ejemplo, un Reglamento, el cual represente la voluntad de una sociedad que demande la creación de leyes que se adecuen a la situación actual que vive el país.

IV. Consideración final

Si bien es cierto que la existencia del secreto bancario en México, consistente en la prohibición de dar información a terceros, salvo las

[8] Kelsen Hans, *Teoría pura del derecho*, Colofón, México, 1989, pp. 50-52.

excepciones del cual el mismo es objeto, se justifica de alguna manera para salvaguardar los derechos e intereses de los particulares que realizan diversas operaciones ante las instituciones de crédito, también lo es, a nuestro parecer, que el interés general de la sociedad, el interés colectivo, debe de estar necesariamente por encima de los intereses de los particulares.

Es evidente que la mayoría de las disposiciones legales en materia bancaria, por naturaleza, están encaminadas a proteger el interés individual de los usuarios del sistema financiero; sin embargo, la inobservancia de estas disposiciones ha resultado en fatales consecuencias para el interés público o social.

México ha pasado a formar parte de la llamada "globalización", fenómeno que, en lo que respecta a secrecía bancaria, ha demostrado con claridad que ésta no puede permanecer estática ante los constantes cambios que se han presentado en los sistemas financieros de los distintos países. La experiencia internacional ha demostrado, inclusive, una tendencia a flexibilizar lo más posible el secreto bancario; y en potencias económicas, tales como la Unión Europea, esta figura ha tendido a desaparecer como resultado de la unión de idiosincrasias económicas y políticas. No obstante, consideramos que una posición tan radical con respecto a la apertura de esta figura en nuestro país, podría poner en peligro la confianza que deben depositar los usuarios del sistema financiero en las instituciones bancarias y, por el contrario, una posición radical en cuanto a la obligación de mantener reserva de todas las operaciones que lleven a cabo los bancos con sus clientes, podría interpretarse como un uso indiscriminado de esta figura para cubrir operaciones ilícitas o que no vayan de acuerdo con las sanas prácticas bancarias o mercantiles.

Una difícil tarea tendrá el legislador, para tratar de adecuar todas estas exigencias en un solo ordenamiento legal, ya que la figura jurídica del secreto bancario necesita, a nuestro juicio, un equilibrio del cual todavía carece. Probablemente, este equilibrio pudiera encontrarse si se considerara la viabilidad de crear un *Reglamento sobre secreto bancario* o bien, unas *Reglas generales a que se refiere el artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito,* en donde quedara explicado detalladamente qué es el secreto bancario, quiénes son sujetos del secreto bancario, cuáles serían las excepciones al mismo, así como en qué casos las autoridades administrativas y judiciales

tienen la facultad de solicitar información de tipo bancaria directamente a las instituciones financieras, y en qué casos lo deben hacer a través de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

Consideramos que valdría la pena que el legislador se preocupara por llevar a cabo esta reforma, no sólo en lo que respecta al secreto bancario, sino en lo que concierne también a un número muy importante de leyes en nuestro país, mismas que seguramente necesitan evolucionar para adecuarse a la forma de vida y al comportamiento humano que, de unos años a la fecha, ha resultado muy distinto al de generaciones anteriores. Así pues, consideramos que si las leyes que regulan estas relaciones modernas entre los hombres no evolucionan, estarán irremediablemente condenadas a fracasar.

EL CASO DEL MAÍZ. JURIDICIDADES QUE REPRODUCEN VIDA Y SISTEMAS JURÍDICOS QUE PRODUCEN MUERTE

Óscar Arnulfo DE LA TORRE DE LARA

SUMARIO: I. *Contexto*. II. *Proyecto neoliberal y su juridicidad. ¿Qué es lo que sucede?* III. *Producir otra juridicidad, frente a un derecho que privilegia la eficiencia y la ganancia, en detrimento de la vida humana*. IV. *Importancia cultural del maíz*. V. *Recordando otro derecho, inserto en las instituciones de seguridad social novohispanas*. VI. *Neoliberalismo destructor de la vida*. VII. *Corolario*.

I. CONTEXTO

Actualmente en México estamos presenciando una reestructuración del neoliberalismo y de consolidación del libre comercio en forma total, con la aplicación de medidas liberalizadoras y de apertura indiscriminada en todos los ámbitos de la vida y la sociedad, a través de las cuales se está dando la destrucción del llamado Estado social por la vía del desmantelamiento de las funciones sociales y de desarrollo económico del Estado. Esta "fase de la globalización que ahora vivimos, aspira al triunfo absoluto del capitalismo e insiste en culminar el proceso de subsunción material de la sociedad y de la vida en todas sus dimensiones",[1] pues se trata de un verdadero reordenamiento del capitalismo neoliberal en una "reorganización del estado

[1] David Sánchez Rubio y Norman J. Solórzano Alfaro, "Nuevos colonialismos del capital. Propiedad intelectual, biodiversidad y derechos de los pueblos", *Pasos*, San José, Costa Rica, enero-febrero de 2004, p. 28.

privado pasando por encima de todo lo que es público, en especial en lo que tiene que ver con la tierra, el agua, el aire, el mar, etcétera. Todo esto acompañado con un proceso de fragmentación de todas las relaciones sociales, las que se expresan en la comunidad, las organizaciones gremiales, el barrio, la ciudad, el campo, la nación, las relaciones internacionales. La eliminación de las políticas de protección social".[2]

Y es dentro de este contexto que se sitúa la problemática de la especulación del precio del maíz y la destrucción de toda una cultura convivencial y de autosuficiencia ligada a su cultivo y consumo. Vivimos ante una guerra de paradigmas, entre dos formas de concebir y sentir el maíz, un choque de culturas: una que entiende el maíz como elemento sagrado cuyo cultivo y consumo está ligado al mantenimiento de la vida y la convivencia, y otra concepción que considera al maíz como una mercancía y su propiedad y comercio un derecho fundamental de las empresas. Lo anterior se entiende en virtud de que en la cultura occidental moderna el conocimiento está dirigido a la comercialización y acumulación de bienes materiales, mientras que en las comunidades tradicionales, el manejo de plantas, semillas, animales y el conocimiento sobre ellos están siempre vinculados a la subsistencia y a una cosmogonía.[3]

Así pues, la contraparte de la concepción comunitario convivencial del cultivo, y consumo del maíz, se encuentra en el mito del progreso, basado en una visión empresarial y en la producción a gran escala de las grandes corporaciones agrarias favorecidas por la globalización neoliberal, esto en la medida de que el comercio global y las reglas de inversión son dictadas por el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y la Organización Mundial de Comercio (monocultivos, Revolución Verde, modo de producción biotecnológico), es decir que son medidas dictadas desde fuera de las comunidades y sin intervención de los pequeños agricultores, por lo que dichas medi-

[2] Sergio Rodríguez Lascano, "Que gane el quiero la guerra del puedo", *Rebeldía*, año 3, núm. 43, México, junio de 2006, p. 16.

[3] Andressa Caldas, *La regulación jurídica del conocimiento tradicional: la conquista de los saberes*, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), Bogotá, 2004, p. 123.

das favorecen clara y fuertemente a las agrocorporaciones. Como consecuencia de todo esto Armando Bartra señala muy acertadamente:

> Así, en 2007 los mexicanos amanecimos pagando casi el doble por la tortilla. Todo porque desde hace 25 años los neo-liberales en el poder dejaron de fomentar la milpa alegando que importar era más barato, de modo que hoy, cuando en el mundo se disparan las cotizaciones de un cereal que se emplea también –y crecientemente– para la producción de etanol, tenemos que comprarlo fuera y a cualquier precio, porque aquí escasea, pero también porque hay ocultamiento y especulación.[4]

En la mayoría de los medios se manejó que el aumento del precio de la tortilla obedeció al incremento del precio del maíz en el mercado mundial, generado por la demanda del grano como agrocombustible. Sin embargo, el aumento en el precio de la tortilla excedió con mucho el porcentaje del incremento en el precio del grano, y la coyuntura fue aprovechada como jugoso negocio por los grandes comercializadores e industrializadores de maíz. Algunos, como Cargill, incluso habían acaparado maíz mexicano y lo vendieron a más del doble del precio al que lo habían comprado. El gobierno intervino, y en una reunión inverosímil, donde participaron, entre otros, las grandes trasnacionales de la distribución e industrialización, se decidió fijar un aumento de 40% en el precio de la tortilla. Esto se presentó mediáticamente como un freno al precio de la tortilla –a favor del público–, cuando en realidad fue una legalización del aumento desproporcionado que habían impuesto los grandes empresarios.[5]

II. Proyecto neoliberal y su juridicidad. ¿Qué es lo que sucede?

Sucede que con la entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), ha disminuido la producción y comercialización de maíz en México, aumentado los agravios y dificultades contra los campesinos y consumidores mexicanos, lo que ha facilitado el trabajo y las ganancias de los grandes consorcios nacionales

[4] Armando Bartra, "De milpas y otras quimeras", *La Jornada*, 17 de febrero de 2007.

[5] Silvia Ribeiro, "El maíz y la técnica de la infamia", *La Jornada*, 17 de mayo de 2007.

y extranjeros que han hecho de esto su gran negocio. Así pues, el mercado del maíz, de ser un monopolio del Estado, que era la Conasupo, se pasó al monopolio privado constituido por Maseca, Minsa y Cargill, entregando por completo el mercado del maíz, favoreciéndose con esto la concentración, acaparamiento y especulación del precio del grano en manos de unas cuantas empresas trasnacionales.

Las importaciones de maíz blanco provenientes de Estados Unidos sobrepasan las cuotas libres de arancel, sin aplicarse los altos aranceles para el volumen fuera de cuota y este aumento de las exportaciones estadounidenses de maíz a México, además del TLCAN, se debe a las reformas del sector agropecuario orientadas a la liberalización de la agricultura.

Como consecuencia de la entrada en vigor del TLCAN la comercialización y producción de maíz en México (blanco y amarillo), en el mercado interno, enfrenta en estos momentos grandes problemas, por la competencia con las importaciones procedentes de Estados Unidos, que son controladas en su mayoría por grandes consorcios privados, los cuales son los únicos importadores después de la desaparición de la Conasupo, ocasionando que se presionen los precios internos a la baja, al nivel de los precios internacionales, pues los mayores importadores de maíz en México son, a su vez, los más importantes compradores de maíz nacional y en su mayoría son grandes empresas trasnacionales.[6] México es el segundo país de destino de las exportaciones de maíz de Estados Unidos, ya que a partir del Tratado de Libre Comercio de América del Norte importa cerca de ocho millones de toneladas anuales, pues en México se priorizó tener acceso a importaciones de maíz baratas, antes que fomentar la producción interna.[7]

Actualmente México tiene una producción anual promedio de 20 millones de toneladas y todavía es autosuficiente en maíz blanco, pero esta autosuficiencia "es sólo en maíz blanco, en cambio trae-

[6] Carlos Fernández-Vega, "La producción del maíz, problema de seguridad nacional", *La Jornada*, 15 de enero de 2007.

[7] Ana de Ita, "Agrocombustibles y estructura agrícola", *La Jornada*, 9 de junio de 2007.

mos de Estados Unidos un promedio de siete millones de toneladas anuales del amarillo, que es para uso industrial o forrajero. Pero cuando hay escasez y precios altos en el mercado mundial, el maíz blanco se exporta con subsidio, se da al ganado en sustitución del amarillo y se oculta con fines especulativos, de modo que siendo autosuficientes y aun excedentarios en el grano para consumo humano, para completar lo que se ocupa en las tortillas debemos comprar en el extranjero un maíz caro, amarillo y en parte transgénico".[8]

Desde que las tortillas subieron de precio de manera escandalosa a principios de este año, se han discutido posibles causas del alza, además del acaparamiento y especulación, y entre ellas se ha mencionado el gran aumento del consumo –en Estados Unidos– de maíz para producir etanol como opción al cambio climático, paradójicamente utilizando el alimento que constituye la base alimentaría del pueblo mexicano para alimentar máquinas cuya producción y uso es excesivamente contaminante.

Además de Estados Unidos, en varios países se está dando un proceso de uso creciente de etanol, combustible líquido que se puede producir a partir de diferentes vegetales, pero en América Latina mayormente a partir de la caña de azúcar, como es el caso de Brasil, quien es el primer productor y primer consumidor mundial de etanol. Pero también el etanol se puede producir a partir del maíz, caso principal en Estados Unidos, sobre todo ahora con su creciente demanda; por lo que ahora se pretende iniciar el cultivo de maíz transgénico en México, con la finalidad de aumentar la producción de maíz, para la producción de agrocombustibles (etanol), pero esto acarrearía peores males que los que ahora tenemos, como señala Silvia Ribeiro:

> Por un lado, el Centro de Estudios Económicos del Sector Privado (CEESP), que es parte del Consejo Coordinador Empresarial –al cual pertenecen los mismos que se beneficiaron con la crisis de la tortilla– publican "estudios" indicando que la salida de la crisis para México es la producción de maíz para agrocombustibles, y que para ello es necesario que sea maíz transgénico. El CEESP financia todas sus actividades de investigación gracias a los donativos de sus patrocinadores. Es decir, son financiados por el lobo sobre lo que le conviene a Caperucita. De otro modo, no se entiende cómo este

[8] Bartra, *op. cit.*

pretencioso "estudio" ignora el hecho de que la productividad del maíz como agrocombustible es muy baja, y que si se agregan los costos de los insumos basados en petróleo (agrotóxicos, gasolina para maquinaria, etcétera) que requiere su producción, el aporte energético es negativo. Es decir, no es una solución para el cambio climático, que es la razón por la que teóricamente se promueve, sino lo contrario.[9]

Lo cierto es que la pretensión del gobierno mexicano de tener controlado el mercado del maíz resulta poco creíble. El aumento de la demanda de maíz para la producción de etanol en el mercado mexicano provocará su escasez y aumentará su vulnerabilidad, en un contexto de poca disponibilidad de importaciones y aumento de la demanda de exportaciones de maíz blanco, en detrimento de los consumidores mexicanos. Los precios altos de maíz serán la constante, lo que impulsará al aumento de siembra a costa de otros cultivos, que lógicamente también aumentarán sus precios.

En el mismo contexto, ante la pretensión de sembrar maíz transgénico en México para la producción de agrocombustibles, nos encontramos con la entrada en vigor de la Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados (Ley Monsanto), el 30 de abril de 2005, con la que se abre la puerta a la importación y cultivo de maíz transgénico en México, independientemente de que éste ya había sido introducido sin ningún tipo de reglamentación. Pero ahora la liberación de maíz transgénico en México se hará conforme a un ordenamiento jurídico vigente.

Como consecuencia de la introducción de las variedades de maíz genéticamente modificado al campo mexicano, existen dos grandes peligros, pues "la revolución biotecnológica roba de la semilla su fertilidad y capacidades autorregenerativas, colonizándola de dos maneras principales: por medios técnicos y por los derechos de propiedad".[10]

1) Con la introducción y cultivo de las variedades de maíz transgénico al campo mexicano se corre el grave peligro de que las variedades de maíz criollo que tradicionalmente se han cultivado en México

[9] Ribeiro, *op. cit.*

[10] Vandana Shiva citada por Caldas, *op. cit.*, p. 124.

durante siglos, sean contaminadas por el maíz genéticamente modificado, por la *polinización abierta* (es decir, que el viento y los insectos transportan libremente el polen hacia otras variedades),[11] y con esto se altere la pureza de las variedades criollas. Las variedades de maíz genéticamente modificado producen plantas con semillas estériles, es decir que carecen de capacidades regenerativas, y al contaminar mediante la polinización abierta las poblaciones de maíz nativo, se crea una ruptura de los sistemas locales y limitados, de agricultura familiar comunitaria, basados en la autosubsistencia, pues rompen el ciclo mediante el cual los campesinos productores de maíz recuperan las semillas con la cosecha reservándolas para ciclos de cultivo posteriores y el intercambio de semillas entre agricultores y comunidades, fragmentando el tejido social y destruyendo las relaciones de intercambio, convivencia y ayuda mutua entre las comunidades. De esta manera se propicia solamente la dependencia a las agro-corporaciones, únicas beneficiadas al ser las productoras y vendedoras de las semillas, pues se trata de semillas patentadas.

2) Con la figura jurídica de la patente se crea, mediante la ley, un derecho, el cual se otorga a una persona física o moral, para que se excluya, por un periodo de tiempo determinado, a los demás de actos o uso sobre la nueva invención patentada, es por esto que la patente le otorga a su titular un verdadero monopolio de la producción y distribución de determinados productos en un lugar o por un cierto periodo. Esto, llevado al ámbito de la creación de semillas de maíz genéticamente modificadas, tiene serias repercusiones para la seguridad y soberanía alimentaria de las *comunidades tradicionales* mexicanas,[12] pues se protege únicamente al conocimiento científico em-

[11] El maíz es un grano de polinización abierta o fertilización cruzada (Frankel y Galun, 1977). Por lo tanto, las distintas variedades de maíz locales y mejoradas (híbridos mejorados industrialmente) se pueden entrecruzar de manera natural entre sí y con sus parientes silvestres, los teosintes. En caso de crecer en cercanía, las variedades transgénicas podrían, de manera natural, polinizar y ser polinizadas por las variedades nativas y los maíces silvestres o teosintes. Tomado de Elena R. Álvarez Buylla, *Aspectos ecológicos, biológicos y de agrobiodiversidad de los impactos del maíz transgénico.* Para el Secretariado de la Comisión de la Cooperación Ambiental de América del Norte. Como parte de la Iniciativa del artículo 13: Maíz y biodiversidad. Efectos del maíz transgénico en México, p. 7.

[12] El término *comunidad tradicional* es tomado en el sentido que le da Andressa Caldas, es decir como el grupo humano que mantiene sistemas de conocimiento tradicional y

presarial orientado hacía el lucro, ya que mediante la figura de la patente, al ser registrada la semilla de maíz genéticamente modificado ésta se vuelve objeto de apropiación individual.

Georges Voet resume muy bien este fenómeno con una palabra: *despojo*, pues afirma que "todo este despojo deja a los pequeños productores y agricultores –que adaptándose a la imposición de las agroindustrias han logrado sobrevivir– atrapados en una terrible trampa, ya que los *inputs* para la producción y los *outputs* para la distribución son controlados siempre por un número cada vez más pequeño de gigantescas corporaciones que, además de vender, junto con las semillas y sus fertilizantes, la costosa maquinaria para el cultivo, controlan los precios de los mercados.[13]

Este despojo se da a través de un proceso que Marx denominó *acumulación originaria del capital*, mediante un proceso de transformación en capital de los medios materiales de vida y de reproducción de la vida (tierra y semillas), transformando a los productores en asalariados dependientes de las estructuras capitalistas de producción, pues como el mismo Marx lo dice: "el proceso que crea la relación capitalista no puede, pues, ser otra cosa que el proceso de separación entre el obrero y la propiedad de sus condiciones de trabajo, proceso que, por una parte, transforma en capital los medios de producción y subsistencia y, por otra parte, al productor directo en trabajador asalariado".[14]

Es así que en esta fase del capitalismo neoliberal se da un relanzamiento de la acumulación originaria y un gran retroceso en las políticas de seguridad social, reduciendo el maíz a bien susceptible de apropiación y regulación por los intereses del mercado y objeto

prácticas a nivel comunitario, que se organiza total o parcialmente por medio de sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserva sus representaciones políticas, sociales, económicas, religiosas, culturales o parte de ellas. Esto no se limita a comunidades indígenas, sino también incluye comunidades negras, campesinas, ribereñas, etcétera, es decir grupos sociales que consolidaron y conservaron sus culturas propias, y que en general están estrechamente ligados con la preservación y el uso sostenible del medio ambiente.

[13] Guy Georges Voet de Keyzer, Editorial, "El Lugar de la Tierra", *Ixtus espíritu y cultura*, núm. 53, año XII, México, 2005, pp. 8 y 9.

[14] Karl Marx, *La acumulación originaria del capital*, Grijalbo, México, 1975, p. 15.

de apropiación individual, desligándolo de su ancestral significación cultural, desestructurando los conocimientos y a las comunidades que los crearon y conservaron durante siglos, y convirtiéndolo en una simple mercancía, dejando de ser fuente de autosubsistencia y vehículo de relación y convivencia al destruir los lazos comunitarios, pues, como afirma el subcomandante Marcos: "en el mercado no hay individuos con relaciones sociales, ni ciudadanos con relaciones políticas, hay consumidores con o sin poder de compra. No se relacionan entre ellos, sino con las mercancías",[15] creándose leyes abiertamente a favor de las políticas neoliberales, en las cuales el despojo se realiza mediante el derecho positivo vigente, así se entiende lo dicho por Enrique Dussel, pues para él, en el sistema totalizado "la justicia no es sino la habilidad de dar al poderoso lo arrebatado al débil bajo apariencia legal",[16] es decir, también en términos dusselianos se trata de la *legalidad de la injusticia*.

Se crean leyes y normatividades para validar jurídicamente la aplicación comercial de las nuevas tecnologías, orientadas al lucro y el despojo de los pequeños agricultores. Nos encontramos ante la llamada Revolución Biotecnológica, aplicada a la creación de semillas de maíz genéticamente modificadas, a través de un proceso biotecnológico, de esta manera las grandes trasnacionales como Monsanto, Pfizer, Ciba-Geigy, retoman el mismo argumento de los voceros científicos de la revolución verde[17] para justificar sus accio-

[15] Subcomandante Marcos, "Un diálogo posible sobre la teoría de la historia", *Rebeldía*, año 3, núm. 44, julio de 2006, p. 14.

[16] Enrique Dussel, *Filosofía de la liberación*, Edicol, México, 1977, p. 75.

[17] A principios de la década de 1940, científicos norteamericanos exploraron las posibilidades de desarrollo agrícola de México patrocinados por la Fundación Rockefeller y las instancias gubernamentales de Estados Unidos. Con el apoyo de la Secretaría de Agricultura de México, reconocieron el país, caracterizaron su sociedad rural, ubicaron sus sistemas productivos y sus riquezas genéticas, con lo que lograron impulsar la revolución verde. En 1963 publicaron un texto denominado *Batallas contra el hambre*, donde justificaron su acción bajo el argumento de generar alimentos. Junto a esta explicación ideológica, sostenida en una elaboración moral, se asociaron las acciones científico-tecnológicas a empresas comerciales agrícolas y se abrieron grandes espacios para ampliar sus mercados y su cultura tecnológica. Tomado de Jorge Ocampo Ledesma y María Isabel Palacios Rangel, *Revolución Verde, revolución biotecnológica. La ética como fundamento de la tecnología*, Universidad Autónoma Chapingo. La Revolución Verde consistió en la introducción de variedades susceptibles de cultivarse en forma mecanizada y rendir

nes, ampliar los nuevos mercados, convencer a los gobiernos y enfrentar a los críticos, pero como Marx advierte: "Todas las revoluciones que sirven a la clase capitalista en formación, hacen época en la historia de la acumulación originaria; pero, sobre todo, los momentos en que grandes masas humanas son despojadas súbita y violentamente de sus medios de subsistencia y lanzadas, como proletarios *libres* al mercado de trabajo. La expropiación de los productores agrícolas, de los campesinos, que los priva de la tierra, constituye la base de todo el proceso. Su historia asume distinta coloración en los diferentes países y recorre sus diversas fases en una sucesión diferente y en diversas épocas históricas".[18] Así es como, en el actual contexto histórico mexicano, este relanzamiento de la acumulación originaria, no sólo se da en el ámbito de la tenencia de la tierra, sino que a través de la revolución biotecnológica promovida por las agrocorporaciones, el despojo se dirige ahora hacia la vida misma, hacia el sustento del pueblo mexicano, su base real de subsistencia tanto alimenticia como espiritual: el maíz.

III. Producir otra juridicidad, frente a un derecho que privilegia la eficiencia y la ganancia, en detrimento de la vida humana

Boaventura de Sousa Santos habla de un crecimiento estructural de la exclusión social, que implica una crisis de tipo paradigmático, cuyos riesgos pueden resumirse en uno, lo que él llama la *emergencia del fascismo societal*.

En palabras del mismo Sousa Santos:

> "el fascismo societal no sacrifica la democracia ante las exigencias del capitalismo sino que la fomenta hasta el punto en que ya no resulta necesario, ni siquiera conveniente, sacrificarla para promover el capitalismo. Se trata

más que las variedades tradicionales, con base en el uso de agroquímicos (herbicidas y fertilizantes). Numerosos factores se conjugaron para limitar las expectativas productivas de la Revolución Verde, revirtiéndolas con el tiempo desde una perspectiva agronómica y ambiental y eso sin considerar sus impactos socioeconómicos.

[18] Marx, *op. cit.*, p. 17.

> por tanto, de un fascismo pluralista y, por ello, de una nueva forma de fascismo".[19]

Y entre las principales formas de sociabilidad fascista explica lo que el llama el *fascismo parestatal,* el cual constituye:

> "el resultante de la usurpación, por parte de importantes actores sociales, de las prerrogativas estatales de coerción y de la regulación social. Usurpación, a menudo completada con la connivencia del Estado, que o bien neutraliza o bien suplanta el control social producido por el Estado. Esta forma de fascismo suele seguirse también de los procesos de privatización de los servicios públicos, de la atención médica, de la seguridad social, de la electricidad, etc. El contrato social que regía la producción de estos servicios públicos por el Estado de bienestar o el Estado desarrollista se ve reducido a un contrato individual de consumo de servicios privatizados. De este modo aspectos decisivos en la producción de servicios salen del ámbito contractual para convertirse en elementos extra-contractuales, es decir, surge un poder regulatorio no sometido al control democrático. Con estas incidencias extra-contractuales, el fascismo para-estatal ejerce funciones de regulación social anteriormente asumidas por un Estado que ahora implícita o explícitamente, las subcontrata a agentes para-estatales. Esta cesión se realiza sin que medie la participación o el control de los ciudadanos, de ahí que el Estado se convierta en cómplice de la producción social del fascismo para-estatal".[20]

Es así que "el Estado, al abandonar sus responsabilidades populares como distribuidor parcial de la plusvalía social, hoy deja en manos de la burguesía la instrumentación de casi toda la política de servicios, desde luego con una visión empresarial, es decir bajo la lógica de la ganancia".[21]

Tenemos, pues, que el Estado –sin que medie la participación o control de los ciudadanos– abandona sus responsabilidades sociales como distribuidor de la plusvalía social y deja en manos de corpora-

[19] Boaventura de Sousa Santos, *Reinventar la democracia, reinventar el Estado*, CLACSO, Buenos Aires, 2005, pp. 30 y 31.

[20] *Ibidem*, p. 31.

[21] Sergio Rodríguez Lascano, "Del castillo a la selva o volviendo a lo básico", *Rebeldía*, año 3, núm. 38, México, enero de 2006, p. 55.

ciones privadas toda la política de servicios, desapareciendo las instituciones estatales de previsión, asistencia social y cuidado del bien general.

Esto tiene su explicación en el hecho de que la formación social capitalista en su actual fase de desarrollo, se basa para dotar de valor a los seres vivientes en la idea de productividad y de ganancia, así todos y todo nos convertimos en "cosas" u objeto de explotación capitalista; pues "la cultura liberal burguesa moderna y la expansión material del capitalismo produjeron una forma específica de racionalización del mundo. Esta racionalización, considerada como un principio organizativo, se define como una racionalidad instrumental positiva que no libera sino que reprime, aliena y cosifica al hombre",[22] y la naturaleza. Así es como ser humano y naturaleza se convierten en un simple instrumento para obtener una ganancia, y la vida humana pasa a segundo plano en términos económicos y políticos.

De esta manera las personas y grupos sociales "insertos" dentro de un sistema formal vigente, son excluidas violenta y discursivamente de dicho sistema, el cual deja de ser legítimo, pues cobran conciencia de que no han participado en el acuerdo originario del sistema, por lo cual deja de ser valido para ellos; pero no sólo porque no han participado en el acuerdo originario, sino que paradójicamente viven insertos dentro de un sistema que no permite vivir, así "todo uso de la fuerza *contra los nuevos derechos*, que se van manifestando histórico-progresivamente a los propios ojos de las víctimas, será para ellos no ya "coacción *legítima*" sino estrictamente violencia: uso de la fuerza contra el derecho del otro, sin validez ni consistencia objetiva (será la fuerza destructora de la "exclusiva reproducción" del sistema vigente, pero no el desarrollo y reproducción de la vida humana)".[23]

Frente a la visión del sistema es preciso rescatar y recrear otra visión del derecho capaz de reconocer la complejidad de las relaciones sociales y del ser humano con su entorno, fuente de su sustento y su cosmovisión del mundo; y crear y recuperar una riqueza jurídica en la que el desarrollo y reproducción de la vida humana sea la prioridad frente a los intereses económicos del mercado.

[22] Antonio Carlos Wolkmer, *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Facultad de Derecho de la UASLP, Comisión Estatal de Derechos Humanos de San Luis Potosí, San Luis Potosí, 2006, p. 26.

[23] Enrique Dussel, citado por Jesús Antonio de la Torre Rangel, *Derechos humanos desde el iusnaturalismo histórico analógico*, Porrúa y Universidad Autónoma de Aguascalientes, México, 2001, p. 95.

En México se puede comprobar que los ordenamientos jurídicos y las políticas públicas se encuentran totalmente desvinculados de la realidad social y cultural de nuestros pueblos, y abiertamente al servicio de los intereses del capital y las grandes empresas trasnacionales, por lo que es urgente recuperar una juridicidad que esté a favor de la vida de todos y no en favor del beneficio de unos cuantos, a costa de la muerte de la mayoría. Recuperar "un sentido de la vida colectiva, de vivencias comunes, de proyectos comunes en determinados grupos, cuya negación es no sólo la negación de una realidad objetiva valiosa, la realidad de un grupo concreto, sino también la negación de derechos individuales fundamentales. Hay condiciones necesarias, fundamentales y *sine qua non* para la existencia y el desarrollo de una comunidad humana, cuya negación puede ser entendida como la muerte, el asesinato no ya del propio ente colectivo, sino de los mismos individuos".[24] Es por esto, que la negación al acceso a los bienes materiales de subsistencia o la destrucción de los medios materiales de subsistencia de una comunidad o grupo implica su muerte, su asesinato.

IV. Importancia cultural del maíz

Para México el maíz es de suma importancia, no sólo en el ámbito alimenticio, sino también en el ámbito cultural. La palabra maíz fue tomada "de *mahís,* nombre que le daban los taínos de la isla de Haití",[25] lugar donde los españoles lo conocieron.

Este cereal constituye la principal base alimentaria del pueblo mexicano y se cree que nació en Mesoamérica hace aproximadamente 5 000 a 7 000 años, a través de un largo proceso de domesticación.

[24] Nicolás López Calera, *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Ariel, Barcelona, 2000, p. 113.

[25] Juan Corominas y José A. Pascual, *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*, vol. III, Gredos, Madrid, 1989, p. 772.

Las variedades de maíz que actualmente conocemos son el fruto de una larga evolución que se dio gracias a la paciente experimentación de nuestros antepasados, variedades que "es probable que se originaran en el teocinte, que algunos grupos indígenas actuales identifican como *madre del maíz*; sus restos más antiguos fueron encontrados en el valle de Tehuacán y están datados como del año 7000 a. C."[26]

El proceso de domesticación del maíz se dio mediante un paciente diálogo entre el hombre y la planta del cual se puede decir que surgió una verdadera relación simbiótica entre el hombre y el maíz,[27] es decir que se dio una especie de sojuzgamiento mutuo que se convierte en cooperación y co-organización ya que, como nos dice Bonfil Batalla:

> su domesticación produjo el máximo cambio morfológico ocurrido en cualquier planta cultivada; su adaptación permitió su cultivo en una gama de climas y altitudes que es la más amplia en comparación con todas las demás plantas cultivadas de importancia. Debe recordarse que el maíz sólo sobrevive por la intervención del hombre, ya que la mazorca no dispone de un mecanismo para dispersar las semillas de manera natural: es, de hecho, una criatura del hombre. Del hombre mesoamericano. Y éste a su vez, es el hombre de maíz, como lo relata poéticamente el Pop Wuj. *Libro de los Acontecimientos* de los mayas quiches.[28]

La domesticación del maíz permitió el surgimiento y proporcionó la base alimenticia para el desarrollo y florecimiento de las grandes civilizaciones prehispánicas, como la olmeca, azteca, maya,

[26] Cristina Barros y Marco Buenrostro, "El maíz, nuestro sustento", *Arqueología Mexicana. Edición especial "El Maíz"*, vol. V, núm. 25, mayo-junio de 1997, p. 7.

[27] Las simbiosis son asociaciones a la vez duraderas y recíprocamente provechosas entre seres de especies diferentes. La domesticación de plantas y animales por el hombre ha implicado fenómenos simbióticos: así, por ejemplo, las plantas cultivadas han perdido cualidades de resistencia y adaptabilidad y ya no pueden prescindir de los cuidados de sus cultivadores contra parásitos y malas hierbas, al igual que estos cultivadores ya no pueden prescindir del producto de tales plantas. Edgar Morin, *El método II, la vida de la vida*, Cátedra, 5a. ed., Madrid, 2002, p. 38.

[28] Guillermo Bonfil Batalla, *México profundo. Una civilización negada*, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, Grijalbo, México, 1990, p. 24.

teotihuacana y zapoteca, entre otras, además de que sigue siendo en la actualidad el principal sustento de las culturas rurales indias y mestizas de nuestro país.

Es por lo anterior que se afirma que se llegó a dar una asociación simbiótica entre el maíz y el hombre mesoamericano, con la cual "se constituyen relaciones en bucle en que uno satisface las necesidades del otro",[29] ya que para que el maíz naciera fue necesaria la intervención del ser humano y además necesita de su intervención para sobrevivir, ya que la mazorca no posee un mecanismo natural para dispersar sus semillas y a su vez sin el maíz no habría sido posible el surgimiento y florecimiento de las grandes sociedades prehispánicas ya que éstas dependían del maíz para satisfacer no sólo sus necesidades energéticas sino que el maíz, dada su importancia, entra en el ámbito de lo sagrado y se convierte en el centro de la vida social, económica y religiosa. Es por esto que Bonfil Batalla dice que el maíz es una criatura del hombre mesoamericano y éste a su vez es el hombre de maíz.

La relación simbiótica entre el maíz y el hombre da pie a que la planta como el ser humano hayan evolucionado en forma conjunta, es decir que se haya producido una coevolución entre éstos, se dice: "hay coevolución cuando un carácter de una especie ha evolucionado como respuesta a un carácter de otra especie; y éste, en sí mismo, evolucionó como respuesta al carácter de la primera",[30] es decir que ésta resulta de los efectos selectivos conjuntos que se dan entre las dos especies, a través de los cuales se da una interacción biótica provechosa para ambos pero que también simultáneamente los condiciona recíprocamente por medio de presiones selectivas. Así se entiende:

> El cultivo del maíz es el medio donde se traslapan las fuerzas de la selección natural –que imponen los límites dentro de los que han tenido que maniobrar las sociedades prehispánicas– y las fuerzas de la selección natural que determinan qué semilla sembrar y en dónde. La variación en forma,

[29] Morin, *op. cit.*, p. 39.

[30] Janzen, citado por Pedro Jordano, *Coevolución: patrones y proceso*, Universidad de Sevilla, curso de doctorado "Biogeografía y evolución".

> adaptación y potencial de maíz mexicano es el resultado de esos procesos de selección. Así, la variabilidad de la forma de la mazorca y de la arquitectura de la planta puede ser entendida como el resultado de presiones selectivas simultáneas de los medios natural y cultural.[31]

Con el cultivo del maíz y otras plantas se inicia el proceso de sedentarización y comienzan a surgir las aldeas permanentes con todos los cambios que éstas implican, la aparición de las tecnologías agrícolas (terrazas artificiales, canales, represas y chinampas), y distintos agroecosistemas de cultivo, como la milpa "que es el lugar para el cultivo del maíz en asociación con diversas plantas (al menos frijol y calabaza) que se abre dentro de un ecosistema y reproduce muchas de las interacciones y principios ecológicos que en él se dan. Es en sí mismo un ecosistema agrícola sujeto a las limitaciones que cada región ecológica le impone y a intervenciones humanas que intentan compensar las deficiencias ecológicas y ampliar las posibilidades ecológicas".[32]

Es notorio también que el espacio urbano está determinado por los requerimientos en torno a la producción, almacenamiento y consumo del maíz, pues "todo el espacio, desde las grandes líneas que determinaron la ocupación del territorio en las formas que siguen caracterizando a las distintas regiones del país, hasta los detalles interiores de las casas habitación, tiene, en última instancia, una relación determinante con el maíz que se ha forjado durante siglos y milenios",[33] por ejemplo, la ordenación del fundo legal en los pueblos se encuentra relacionada íntimamente con los requerimientos locales del cultivo del maíz, por la conformación y el relieve del terreno, el clima y la forma de aprovechar el agua; el lugar donde se almacena el maíz y la forma de construirlo varían según la región, adecuándose a los materiales disponibles para su construc-

[31] Bruce Benz, "Diversidad y distribución prehispánica del maíz mexicano", *Arqueología Mexicana. Edición especial "El Maíz"*, vol. V, núm. 25, México, mayo-junio de 1997, p. 17.

[32] Jasmín Aguilar, Catarina Illsley y Catherine Marielle, "Los sistemas agrícolas del maíz y sus procesos técnicos", *Sin maíz no hay país*, Conaculta, Museo Nacional de Culturas Populares, Dirección General de Culturas Populares e Indígenas, México, 2003, p. 84.

[33] Bonfil Batalla, *op. cit.*, p. 34.

ción, las exigencias del clima, las variedades de la fauna nociva, la ordenación de los espacios colectivos relacionados con el maíz, con el lugar destinado para desgranarlo, etc., así nos damos cuenta que la vida gira en torno al maíz.

Es por todo esto que el maíz juega un papel esencial en la cultura mexicana, México no puede ser entendido sin el maíz dada su fundamental importancia cultural, México es maíz.

La cultura de un pueblo es su forma de ser, de pensar y comportarse, y constituye un complejo entramado constituido de varios elementos en el cual nace y se perpetúa la adaptación, regeneración y re-organización permanente de las relaciones del ser humano con su entorno y mantiene la complejidad, originalidad e identidad de cada pueblo con relación a los demás, transmitiéndose de generación en generación, es decir que la cultura es un complejo generador-regenerador de la identidad y complejidad de cada pueblo, una memoria generativa depositaria de las reglas de organización social, es fuente reproductora de los saberes populares, del saber hacer, de las formas de comportamiento, la cultura se puede entender como la memoteca y la genoteca de la sociedad;[34] el lugar donde se encuentra su fuente de neguentropía, es decir, que la cultura sería entonces la fuente de la cual emana la información que sustenta la re-organización y re-generación permanente de las sociedades, información en la cual encontramos todo aquello que permite su supervivencia y adaptación al mundo, que suministra las informaciones para todas las operaciones técnicas, prácticas, sociales y míticas.

Partiendo desde este concepto de cultura, se puede afirmar que el maíz se sitúa en el centro de la cultura mexicana, al ser un elemento fundamental de la originalidad e identidad del pueblo mexicano y sostén de esta misma identidad y originalidad, ya que el maíz no sólo figura como su alimento fundamental, encarna también un soporte mítico que forma parte del ciclo cosmogónico de diversos pueblos prehispánicos. Como el mito cósmico náhuatl del *tonacáyotl*, "nuestro sustento", en él los dioses les entregan el maíz a los hombres para su subsistencia; en el libro del *Popol vuh* de los mayas quiches, se

[34] *Cfr.* Edgar Morin, *El método: la naturaleza de la naturaleza*, Cátedra, 6a. ed., Madrid, 2001.

relata que los dioses labraron la existencia de los hombres de maíz; o el mito del *Thipac*, del pueblo tenec (huasteco), que "presenta a Dios, a través del símbolo del maíz, como el origen, conservador y defensor de la vida".[35] Bonfil Batalla sintetiza la importancia del maíz para nuestra cultura, al entenderlo:

> como eje de la actividad económica productiva, como organizador del tiempo y el espacio, como base de la alimentación y elemento insustituible del arte culinario, como materia prima para muchas artesanías y, en fin, como centro y guía de un conocimiento acumulado durante milenios y en constante enriquecimiento, que se manifiesta en prácticas cotidianas, en el campo y en el hogar, y se expresa simbólicamente en refranes, leyendas, ritos y ceremonias.[36]

Pero la relación del maíz con la cultura no se queda sólo en las concepciones prehispánicas de la creación del mundo y la vida, sino que existen otras manifestaciones culturales que nacen de la planta del maíz, como es la elaboración de ritos y ceremonias en torno a las etapas de su cultivo y su consumo, la existencia de tradiciones culinarias arcaicas, la creación de utensilios para su obtención y consumo, el uso del grano para la fabricación de artesanías, remedios de medicina tradicional, dichos populares y muchas otras que no son tan palpables o visibles, pues, como afirma Gustavo Esteva:

> Algunas manifestaciones de la cultura son enteramente evidentes: la comida, el lenguaje, el vestido, las maneras de hablar, de comportarse. Otras son en parte invisibles, pero se descubren sin dificultad ante la observación: la composición de la familia, la forma en que se estructuran las prácticas religiosas, sociales, económicas y políticas. Y hay planos ocultos a la mirada que nutren todas las manifestaciones culturales. Son las figuraciones con las que cada pueblo constituye y establece los ámbitos de su forma de ser, pensar y actuar. El maíz aparece en todos esos planos de nuestras culturas, desde el lejano pasado de los pueblos que existieron en el territorio de lo

[35] Mitos huastecos I. Biyal t'ilabchic. Mito del dios del maíz. In t'ilabil an thipac. Universidad del Centro de México, San Luis Potosí, septiembre de 2005.

[36] Bonfil Batalla, citado por Cristina Barros y Marco Buenrostro, *op. cit.*, p. 7.

> que hoy es México, antes de que se inventara el país, hasta las expresiones más recientes de la sociedad contemporánea.[37]

Es por esto que actualmente el maíz conserva una gran importancia cultural para el pueblo mexicano, pues al menos para una tercera parte de los mexicanos de hoy el maíz sigue siendo el eje rector de la vida cotidiana, lo que se expresa claramente en el Manifiesto contra los Transgénicos en Oaxaca, el cual se suscribió en el foro "*En defensa del maíz*", en el que se reunieron decenas de organizaciones que representan miles de productores y cientos de comunidades que discutieron el asunto en asamblea a través de un proceso responsable y profundamente democrático, del cual citamos el siguiente fragmento:

> Aquí, en esta parte del mundo, nació el maíz. Nuestros abuelos lo criaron. Con él se criaron ellos mismos, al forjar una de las grandes civilizaciones de la historia. La casa más antigua del maíz está en nuestras tierras. Desde este lugar del universo se fue para otras partes del mundo.
>
> Somos gente de maíz. El grano es hermano nuestro, fundamento de nuestra cultura, realidad de nuestro presente. Está en el centro de nuestra vida cotidiana. Aparece sin falta en nuestra dieta y en la cuarta parte de los productos que adquirimos en las tiendas. Es el corazón de la vida rural y un ingrediente infaltable en la vida urbana.[38]
>
> La importancia cultural del maíz, que se expresa a través de los mitos y saberes populares es algo que no podemos pasar por alto, pues no sólo se queda en la cuestión alimentaria sino que forma parte del gran imaginario mexicano, pues, como afirma Ernesto Sábato: "como al desmoronarse los cimientos de una casa, las sociedades empiezan a precipitarse cuando sus mitos pierden toda su riqueza y valor",[39] y si no reconocemos, valoramos y cuidamos lo que nos identifica y nos brinda el sustento, estamos condenados a la destrucción de nuestra cultura, pues el maíz "resume nuestro pasado, define nuestro presente y es la base del porvenir propio".[40]

[37] Gustavo Esteva, "Los árboles de las culturas mexicanas", *Sin maíz no hay país*, Conaculta, Museo Nacional de Culturas Populares, Dirección General de Culturas Populares e Indígenas, México, 2003, p. 17.

[38] "Defender nuestro maíz, cuidar la vida", manifiesto contra los transgénicos en Oaxaca, suscrito en el foro "En defensa del maíz", celebrado en la ciudad de Oaxaca el 10 de marzo de 2004. Publicado en un suplemento de *Ixtus, espíritu y cultura*, núm. 45, año XI, 2004.

[39] Ernesto Sábato, *La Resistencia*, Seix Barral, Buenos Aires, 2002, p. 60.

[40] "Defender nuestro maíz, cuidar la vida", *op. cit.*

V. Recordando otro derecho, inserto en las instituciones de seguridad social novohispanas

1. Alhóndigas

La alhóndiga es una institución española traída a la Nueva España. Según Corominas y Pascual, la palabra Alhóndiga significa "casa pública destinada a la compra y venta de trigo, del hispanoár. *Fundaq* (ár. *Funduq)* fonda, posada donde se alojaban los mercaderes con sus mercancías, y éste del griego πανδοχειον 'fonda' (propiamente lugar donde se recibe a todo el mundo, de πας 'todo' y δεχεσθαι 'recibir').[41] Es muy interesante la raíz etimológica de esta palabra, ya que reviste un sentido profundamente convivencial y comunitario, pues si propiamente su significado es "lugar donde se recibe a todo el mundo", nos percatamos que en sus orígenes es una institución que se basa en una concepción de asistencia y acogimiento del otro.

Toribio Esquivel Obregón refiere que "con frecuencia se daba que se carecía de víveres en la capital porque los comerciantes intermediarios acaparaban los granos para hacer subir los precios. La ciudad carecía de bienes que pudieran destinarse a remediar ese mal, y el virrey tenía que prestar dinero tomándolo de alguno de los fondos públicos destinado a otro servicio, lo que constituía una irregularidad".[42] El mismo Esquivel Obregón cita el título 14 del Libro 4o. de la *Recopilación de Leyes de Indias*, en donde se resume la historia y el objeto de las alhóndigas:

> Por cuanto habiendo reconocido el cabildo, justicia y regimiento de la ciudad de Mejico, que se iban encareciendo con exceso los bastimentos de trigo, harina y cebada, a causa de los muchos regatones y revendedores, que trataban y contrataban en ellos, considerando que en muchas republicas bien gobernadas se han fundado casas de alhóndigas para estar mejor proveídas y abastecidas, estableció y fundó, con acuerdo de don Martín Enríquez, nuestro virrey de aquellas provincias, una alhóndiga, señalando casa conveniente para que en ella pudiesen los labradores despachar sus granos, y los

[41] Corominas y Pascual, *op. cit.*, p. 167.

[42] Toribio Esquivel Obregón, *Apuntes para la historia del derecho mexicano*, t. II, Nueva España, Ed. Polis, México, 1938, pp. 261-262.

> panaderos donde proveerse de trigo y harina que hubiesen menester para su avío, y abasto de la ciudad, a los precios más acomodados; y habiendo hecho algunas ordenanzas, que presentó ante el conde de Coruña, que las aprobó y confirmó, en el ínterin que por Nos fuesen confirmadas: Ordenamos y mandamos, que se guarden, cumplan y ejecuten en la forma, y con las declaraciones y limitaciones que se contienen en las leyes de este título.[43]

La finalidad de las alhóndigas se puede resumir en que se trata de una institución cuya finalidad era la de constituir una "bolsa de cereales en donde las operaciones pasaban a la vista de las autoridades y se evitaba el regatón o intermediario, para que las mercancías pasaran directamente del productor al consumidor, sin que aquél pudiera indefinidamente guardar sus existencias",[44] de esta forma se concentraban los granos buscando almacenarlos para las épocas de escasez, regular su existencia y mantener bajo su precio, evitando la especulación de los intermediarios.

2. Pósitos

El Pósito fue una institución de previsión y asistencia social en la Nueva España, la cual fue traída de la metrópoli, como consecuencia de su éxito en dichas tierras. "Su finalidad principal fue el almacenamiento de granos, de trigo y maíz en particular, para prestarlos a los agricultores indistintamente para la siembra de sus tierras y la atención de sus necesidades en época de escasez, y también para ayudar al caminante, a que a su paso por los pueblos, requería alimento";[45] Zavala Auñón señala: "los pósitos parece que se establecieron con dos fines, ambos de la mayor utilidad de los pueblos; el uno, y creo el más principal, fue para prestar los granos a los labradores pobres que, o por un año estéril, u otro suceso desgraciado no pueden continuar sus labores si no se les presta la semilla; y el otro, para que en los años estériles se hallen los lugares con algunos granos de repuesto para contener los precios, y suplir una falta pronta, ínterin que se toman otras providencias".[46]

[43] *Ibidem*, pp. 262, 263.

[44] *Ibidem*, p. 265.

[45] Adolfo Lamas, *Seguridad social en la Nueva España*, UNAM, Instituto de Investigaciones Sociales, México, 1964, pp. 159, 160.

[46] *Ibidem*, p. 160.

Adolfo Lamas señala que aunque el principal objetivo de los pósitos era el de ser una institución o cooperativa de previsión sostenida por créditos mutualistas para beneficio de los propios agricultores, éste no fue el único campo donde operó, sino que existen muchos antecedentes que demuestran que antes de esa finalidad el pósito tuvo como finalidad el socorrer al viajero, proporcionándole "pan cocido a buen precio", tanto en España como en América, aunque después esto pasó a ser un aspecto secundario de esta institución, y refiere además que esto fue provocado seguramente por otra institución que ya tratamos en este trabajo, que a decir de Lamas se encuentra muy mezclada con el pósito: "*la alhóndiga*, que tenía como finalidad principal la concentración de los granos, regulando su existencia y manteniendo bajo su precio, para que estuvieran siempre al alcance del pueblo".[47]

El mismo Lamas refiere que "la finalidad crediticia, aunque establecida en fecha posterior, y cubriendo necesidades naturales de la producción agrícola, se precisa legalmente en la provisión de Felipe V del diecinueve de octubre de 1735. A partir de la inclusión de que las necesidades del crédito agrícola fueran cubiertas, la otra finalidad pasó a segundo término, y es seguramente en este momento cuando el pósito toma bajo su tutela a la alhóndiga".[48] Según Lamas el pósito "no consiguió echar raíces y que su experiencia en nuestro suelo tuvo más bien el carácter de prueba o ensayo, que nunca pasó a la categoría de tentativa. Esto, naturalmente, en lo que se refiere al aspecto de crédito agrícola. No así en cuanto a sus aspectos secundarios y derivados, como las alhóndigas, cuya iniciación y desarrollo llegó a tener mayor importancia".[49]

3. Cajas de comunidad

Las cajas de comunidad, también conocidas como cajas de censo,[50] constituyen con seguridad la institución de seguridad social más auténticamente mexicana.

[47] *Ibidem*, p. 161.
[48] *Ibidem*, p. 162.
[49] *Ibidem*, p. 171.
[50] El hecho de que a las cajas de comunidad se les llamará también como cajas de censos, se debe a las operaciones de préstamo que efectuaban, ya que en ese entonces se utilizaba el término censo en sustitución de préstamo.

Se trata de una institución de origen netamente prehispánico, la cual fue aceptada y posteriormente fomentada por la dominación española. Lamas, en resumen, explica: "el origen de las cajas de comunidades indígenas fue la organización social de los pueblos prehispánicos. Su aceptación a la vida colonial se debió a que representaba una idea accesible y fácil de asimilar por el español, dados los antecedentes peninsulares sobre la distribución de las tierras y gastos municipales. En esta forma, y por estas razones, se fomentó la institución en Nueva España".[51]

El referente ibérico de las cajas de comunidad son las *senaras*, instituciones similares a las cajas de comunidad indígenas cuyas finalidades principales eran las mismas que las de las cajas de comunidad. El *altepetlalli* constituye la versión original de la caja de comunidad indígena muchos siglos antes de la dominación española en América, el cual estaba formado por las *tierras del pueblo,* del producto de estas tierras salía lo necesario para cubrir los gastos públicos del pueblo o comunidad y los del tributo que debían de pagar; estas tierras no estaban cercadas y su goce era general debiendo ser trabajadas por todos los miembros del *callpulli* en horas determinadas.

La finalidad de las cajas comunidad novohispanas era la de formar un fondo común con los ahorros de los pueblos para atender a sus propias necesidades, especialmente las de carácter municipal y las del culto religioso; en segunda instancia las de enseñanza, el cuidado y atención de los enfermos. Algunos autores agregan la previsión para ancianos y desvalidos, seguridad pública, caminos, regadío, crédito y fomento a la agricultura.[52]

Lamas explica: "algunas de las finalidades que se le atribuyen fueron consecuencia directa de sus operaciones activas. No se puede afirmar con propiedad que el fomento y crédito a la agricultura fuera una de sus finalidades; se podría más bien aseverar lo contrario, teniendo en cuenta que los préstamos, si en algunos casos tenían como garantía las tierras trabajadas, en muchos otros contaban con garantías ajenas a la agricultura. Sin embargo, siendo ésta la actividad preponderante en la época, se explica la abundancia de operaciones de

[51] Lamas, *op. cit.*, p. 72.
[52] *Cfr.* Esquivel Obregón *op. cit.*

crédito agrícola y la mención de la caja de comunidad como institución que las fomentaba".[53]

El mismo Lamas resumiendo explica que "las cajas de comunidad indígenas tenían como finalidad hacer uso de los ahorros comunales y de los réditos obtenidos de sus propiedades y capitales, en forma de caja de previsión para atender a las necesidades comunales, especialmente en el orden municipal y en el del culto religioso".[54]

4. Importancia para la vida de las alhóndigas, pósitos y cajas de comunidad

En las alhóndigas, los pósitos y las cajas de comunidad indígenas tenemos tres claros ejemplos de instituciones de seguridad social basadas en una juridicidad que prioriza la vida humana frente a la explotación y el despojo, se trata de una concepción del derecho que tiene como raíz al ser humano y sus necesidades esenciales para la subsistencia. Una juridicidad basada en el principio de que, en justicia, se debe tratar desigual a los desiguales, pues con base en este principio de derecho es que se busca –dentro de una sociedad profundamente desigual– una alternativa para proteger a los débiles ante ciertas circunstancias de precariedad, pues estas instituciones novohispanas –que perduraron hasta el México independiente– fueron creadas con la finalidad de resolver los problemas ligados a la alimentación y la satisfacción de necesidades provocadas por la escasez de granos y crisis agrícolas, ya sea causadas por el acaparamiento, monopolización y especulación por parte de un puño de comerciantes monopolistas, regatones y especuladores o generadas por sequías, heladas y desastres naturales.

Dada la importancia del maíz en la sociedad novohispana, Enrique Florescano explica que "naturalmente en la época colonial crisis agrícola quiere decir pérdida de las siembras de maíz, del grano más importante y extensamente cultivado, del alimento esencial y a veces único de la inmensa mayoría de la población indígena, de gran parte de los mestizos, "castas" y españoles pobres, de casi todos los animales de carga y tracción, de las aves de corral y de los cerdos. De ahí que la reducción o pérdida total de la cosecha de maíz provocara, además de una intensa crisis agrícola, una crisis económica general",[55] pues todas las actividades económicas se veían trastocadas por la falta del alimento fundamental de la población trayendo como consecuencia distintos y múltiples efectos económicos "pues la crisis afectaba tanto a la población urbana como a la rural, tanto a diversas actividades que dependían directamente del maíz, como a otras que indirectamente resentían el aumento general de los precios y la disminución del poder de compra de la población".[56]

Estas crisis tenían un sinfín de consecuencias gravísimas para la sociedad mexicana, al grado de producir reacciones violentas de la población provocadas por la escasez de maíz, pues "cuando la población, y principalmente los sectores medios y bajos, comenzaba a tener hambre o veía que los intentos de las autoridades civiles y eclesiásticas no se consolidaban por falta de dinero o por la especulación de granos, respondía de manera bastante violenta. Los tumultos en las ciudades se presentaron cuando la escasez de semillas se acentuaba y cuando las autoridades civiles se veían imposibilitadas de seguir suministrando semillas a bajo costo por medio de los almacenes y juntas de beneficencia".[57] Ayer como hoy, las crisis en el abasto del maíz siempre traían consigo turbulencias políticas.

Así pues, el pósito y la alhóndiga constituían instituciones con el propósito de almacenar granos durante la época de cosechas para ser destinado al consumo primero de los productores, luego como semilla para siembra, en tercer lugar como alimento para las personas en general y finalmente, si alcanzaba, también para darles a los animales, pero cuyo principal propósito era hacer frente las crisis agrícolas, y si para las ciudades las crisis significaban escasez, carestía, hambre y desocupación, violencia y tensión social, para el campo

[53] Lamas, *op. cit.*, p. 61.
[54] *Ibidem*, p. 64.

[55] Enrique Florescano, *Origen y desarrollo de los problemas agrarios de México. 1500-1821*, SEP y Era, México, 1986, p. 72.
[56] *Ibidem*, p. 73.
[57] Antonio Escobar Ohmstede, "Las 'sequías' y sus impactos en las sociedades del México decimonónico, 1856-1900", en *Historia de los desastres en América Latina*, vol. II, Virginia García Acosta (coord.), Red de Estudios Sociales en Prevención de Desastres en América Latina, pp. 11 y 12.

éstas tenían un carácter totalmente catastrófico, pues no existían en las comunidades rurales, ni alhóndigas ni pósitos, donde tener aprovisionamiento constante y barato de granos, ni autoridades que regularan el precio de los granos evitando su alza.

La distribución de la tierra era tan desigual, como la distribución de la riqueza en las ciudades, lo cual acentuaba la debilidad de la estructura rural, pero existía la institución de las cajas de comunidad, que los españoles paradójicamente fomentaron –a pesar del régimen de explotación al que estaban sometidos los indígenas– la cual les permitió sobrevivir a las cíclicas crisis agrícolas que azotaban a la Nueva España, pues, como señala Bracamonte refiriéndose a las repúblicas indígenas de Yucatán:

> A pesar de la explotación de la sociedad maya impuesta por el régimen colonizador, las repúblicas indígenas lograron permanecer, hasta el fin de la época colonial, con un conjunto de recursos corporativos que les permitieron sobrevivir colectivamente. Se trata de los bienes pertenecientes a las comunidades y administrados por sus cabildos. Destacan entre estos recursos: la tierra, concepto que incluye el agua y los montes; las cajas de comunidad; los bienes de las cofradías de los santos, y el tequio o trabajo comunitario. Recurso importante para la sobrevivencia colectiva de la población maya fueron las cajas y bienes de comunidad de las repúblicas indígenas. Constituían el eje de las finanzas de los pueblos y, al mismo tiempo, mediaban en las relaciones con el sistema colonial que obtenía de ellas capital. Formadas en su mayor parte por recursos monetarios desde los primeros tiempos de la Colonia, eran un resguardo para la sobrevivencia de las comunidades. Su importancia radicaba en ser un fondo ante las necesidades y las frecuentes crisis agrícolas que asolaban la península.[58]

Esta institución tenía la finalidad de formar un fondo común con los ahorros de los pueblos para atender a sus propias necesidades, especialmente las de carácter municipal y las del culto religioso y aunque en esencia entre sus finalidades no se encontraba el crédito y fomento a la agricultura, de hecho con estos fondos pudieron hacer frente a las crisis agrícolas que asolaban a las comunidades. Esta institución funcionaba en forma más autónoma que los pósitos y las

[58] Pedro Bracamonte, *La memoria enclaustrada. Historia de los pueblos indígenas de Yucatán, 1750-1915*, México, 1994.

alhóndigas, pues estaba íntimamente ligada a la forma de organización comunal de los pueblos indígenas.

Estas tres instituciones constituyen un gran ejemplo de la existencia de una juridicidad que tiene su sustento en la realidad social y cultural de un pueblo, y capaz de comprender sus necesidades materiales de existencia, como es el caso de la producción y consumo de maíz en México.

Si bien es cierto que la Nueva España es un periodo histórico que se caracteriza por la gran desigualdad social, esta desigualdad fue de hecho y no de derecho, pues, como afirma Enrique Dussel: "América Latina quedará marcada por este legalismo perfecto en teoría, y la injusticia e inadecuación de la ley en los hechos",[59] pues las instituciones aquí expuestas constituyen un claro ejemplo de una buena política de seguridad social, aunque en los hechos muchas de las veces no hayan funcionado correctamente por la corrupción de funcionarios y ambición de sus administradores, o por arbitrariedades de la misma Corona española, pero que desde el punto de vista jurídico constituyen un referente de suma importancia, pues se trata de una concepción del derecho en la que existe un vínculo con la complejidad de lo social, dotado de carnalidad, pues sirve a hombres de carne y hueso, y rige las relaciones de éstos tomando en cuenta la gran pluralidad de fuerzas que lo rodean –económicas, sociales, culturales, espirituales– y ligado íntimamente a la satisfacción de necesidades básicas sin las cuales no puede existir una vida digna.

VI. Neoliberalismo destructor de la vida

El economista y teólogo alemán Franz Hinkelammert, en un trabajo titulado *La inversión ideológica de los derechos humanos: el caso de John Locke*, describe la guerra de Kósovo y narra cómo fue destruido el país en nombre de asegurar la vigencia de los derechos humanos, a través de la llamada "intervención humanitaria". En este trabajo hay algo que me llamó mucho la atención, y es el hecho de que describe que la OTAN en esta guerra de "intervención humanita-

[59] Enrique Dussel, citado por Jesús Antonio de la Torre Rangel, *El derecho a tener derechos*, CIEMA, Aguascalientes, 1998, p. 23.

ria", se jactaba de haber producido apenas un número mínimo de muertos, pues como dice el mismo Hinkelammert "el ataque se dirigió no tanto en contra de las vidas humanas directamente, sino en contra de los medios de vida de un país entero. Era lo que ya dijo Shakespeare: *You take my life when yo do take the means whereby i live* (Me quitas la vida, si me quitas los medios por los cuales vivo)".[60]

Partiendo de esta reflexión y utilizando la analogía es precisamente lo que está sucediendo ahora mismo en México, no es necesario el asesinato del pueblo a través de las armas, pues a través de las políticas económicas neoliberales se está dando una verdadera destrucción de la base real de subsistencia del pueblo mexicano, a través del despojo de los medios materiales de producción y reproducción de la vida y la fragmentación de las ancestrales relaciones comunitarias de cooperación y ayuda mutua.

Esto lo digo porque estamos hablando de la soberanía alimentaria del pueblo mexicano y todas sus culturas. La destrucción de los medios materiales y espirituales de subsistencia de un pueblo implican su muerte de hecho como pueblo y como seres humanos concretos. Sucede lo que el mismo Franz Hinkelammert y Henry Mora llaman el cálculo *empresarial como cálculo de pirata,* ya que "el empresario capitalista considera irrelevantes las consecuencias indirectas que su acción pueda ocasionar y los valora como costos externos. Por su parte, el cálculo del pirata, que se basa en el pillaje, es similar. Los esclavistas y los colonizadores europeos, entre los siglos XV y XIX, no se preocupaban por los costos materiales e inmateriales ocasionados por sus acciones. Estas acciones se dirigen a una parte seleccionada de la realidad (fragmento), haciendo abstracción del resto. Ese resto que se prescinde en este tipo de cálculo incluye un hecho empírico básico: la realidad es interdependiente, en forma de red de dependencias y retroalimentaciones mutuas. Por consiguiente, desde esa perspectiva parcial y sesgada del empresario no se divisan las repercusiones negativas que la actuación económica y tecnológica tiene sobre la realidad compleja".[61]

[60] Franz J. Hinkelammert, "La inversión ideológica de los derechos humanos: el caso de John Locke", en *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal*, Ed. Desclée, Bilbao, 2000, p. 79.

[61] Sanchez Rubio y Solórzano Alfaro, *op. cit.*, pp. 27 y 29.

Es así que las grandes empresas trasnacionales, como Maseca, Minsa y Cargill, a través de este *cálculo de pirata*, acaparan y especulan con el precio del maíz sin tomar en cuenta las repercusiones negativas que generan a la gran cantidad de consumidores de maíz en México; asimismo las grandes agrocorporaciones, a través de la imposición a los productores de semillas de maíz patentadas, se hacen de un verdadero monopolio de la producción y distribución del maíz. Pues la creación de semillas de maíz genéticamente modificadas, tiene serias repercusiones para la seguridad y soberanía alimentaria de las comunidades tradicionales mexicanas, y es que, como lo afirman los indígenas de la Costa y la Montaña de Guerrero "si entendemos por soberanía alimentaria la capacidad que como pueblos tenemos para producir nuestros propios alimentos y vender los excedentes de la producción a un precio justo, nos podremos dar cuenta que cada vez somos menos soberanos, porque cada vez producimos menos y compramos más; asimismo controlamos menos nuestra producción y cada vez nos controlan más las empresas trasnacionales, ya que son ellas las que definen lo que tenemos que producir, cómo producirlo, e incluso la forma de consumirlo. La política neoliberal nos ha impuesto y condicionado a que seamos consumidores y dejemos de ser productores".[62]

VII. Corolario

El iusfilósofo español David Sánchez Rubio nos dice:

> según el acceso que se tenga a los bienes o medios materiales, a la división social del trabajo y a la distribución de los ingresos, las posibilidades de vivir serán más o menos amplias. Es aquí donde aparece el problema del ejercicio de la explotación y de la dominación. A través del manejo de la distribución de los medios materiales de vida se establecen los niveles de integración o exclusión social. Si son unos pocos los que los acaparan y concentran, se destruye la posibilidad de vida de muchos. En este nivel hay

[62] Declaración del X Aniversario del Sistema de Seguridad, Justicia y Proceso de Reeducación Comunitaria. Relatoría Mesa 4: Soberanía alimentaria, producción y comercio justo, octubre de 2005.

> que situar el marco desde donde cuestionar la legitimidad o ilegitimidad de un orden social.[63]

En esta reflexión creo que se centra la problemática a la cual nos referimos en este trabajo, pues siguiendo a Sánchez Rubio, son unas cuantas empresas trasnacionales las que acaparan, concentran y controlan el mercado del maíz en México e incluso se apropian de las bases materiales de subsistencia y la vida misma a través de la figura jurídica de las patentes, se están destruyendo las posibilidades de vida de un pueblo entero, y por lo tanto se cuestiona la legitimidad de todo un orden social que se basa en la explotación y despojo de los muchos por unos cuantos.

Ante este panorama, es preciso decir que a pesar de la imposición de un orden social y de un sistema jurídico –como lo es el derecho capitalista moderno– existe una juridicidad alternativa basada en un concepto histórico de justicia, se trata de un derecho que *nace del pueblo*[64] a partir de sus vivencias y necesidades comunitarias, que no es infalible, pero que ha mostrado su flexibilidad y coherencia, además de su capacidad para coexistir con el sistema normativo que emana del Estado moderno resistiendo a las políticas neoliberales.

Es a través de este derecho que *nace del pueblo*, que distintos grupos sociales, pero fundamentalmente las comunidades indígenas mexicanas, apelan a una juridicidad que cuestiona y pone en crisis las bases de un orden social basado en la explotación y el despojo, utilizando normas y principios jurídicos diferentes a la lógica jurídica e ideológica del derecho moderno. Esta producción jurídica no atiende a la voz del poder político y económico, el derecho no nace del Estado, sino que se trata de un derecho "donde es la misma sociedad civil quien espontáneamente, desde abajo, desde los pliegues mismos de la experiencia cotidiana, establece y forja relaciones e instituciones jurídicas y donde los mismos sujetos privados constituyen la primera fuente de producción".[65]

[63] David Sánchez Rubio, *Filosofía, derecho y liberación en América Latina*, Ed. Desclée, Bilbao, 1999, pp. 188 y 189.

[64] *Cfr.* Jesús Antonio de la Torre Rangel, *El derecho que nace del pueblo*, Porrúa, México, 2006.

[65] Paolo Grossi, *Derecho, sociedad, Estado. Una recuperación para el derecho*, Escuela Libre de Derecho, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, México, 2004, pp. 22 y 23.

EL LIBERALISMO JURÍDICO DE LOS *ROJOS* DE AGUASCALIENTES

Jesús Antonio DE LA TORRE RANGEL

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Situación de Aguascalientes y la Constitución local de 1857*. III. *Esteban Ávila y el liberalismo radical: los* rojos. IV. *Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Aguascalientes, de 1861*. V. *El radicalismo social del liberalismo jurídico aguascalentense*. VI. *Corolario*.

I. INTRODUCCIÓN

La ideología liberal, al desarrollarse en Aguascalientes, toca, en general, los grandes temas del liberalismo mexicano, esto es, la igualdad ante la ley, la secularización, las libertades en su amplia gama, la propiedad, el federalismo y la protección y el librecambio.[1] Y siguiendo el curso de los acontecimientos del país, esas ideas liberales se plasman jurídicamente, se hacen derecho objetivo, es decir normas, a partir de 1857 en que, por fin, se ha alcanzado la plena autonomía como estado de la Federación.

Sin embargo, como veremos, un grupo de liberales aguascalentenses, postulan y juridizan el *liberalismo* pero con relevantes aspectos francamente inscritos en un *reformismo social*, que sus autores llaman *socialismo*. "Liberalismo social" diría Reyes Heroles,[2] que nosotros preferimos, por lo pronto, dejar sólo enunciado como lo hemos

[1] *Cfr*. Jesús Reyes Heroles, *El liberalismo mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.

[2] Reyes Heroles, *op. cit.*

hecho: normatividad liberal con aspectos de reforma social que se dice inspirada en el socialismo.

Normatividad en la cual se advierten contradicciones, entre otras, la que resulta de la concepción liberal de los derechos expresada en la Constitución de 1861, y la ideología socialista que inspira la Ley Agraria.

Entremos, entonces, al análisis del liberalismo jurídico de Aguascalientes y de algunos aspectos ideológicos que lo sostienen.

II. Situación de Aguascalientes y la Constitución local de 1857

A principios de 1854 era gobernador del Departamento de Aguascalientes Cirilo Gómez y Anaya, conservador que sin embargo acepta la Revolución de Ayutla.[3]

El Plan de Ayutla supone la existencia de estados y no departamentos. En su artículo 4o. manda que en los Estados en donde se siga el Plan se acordará un Estado Provisional que debe regirlo. Así que Aguascalientes, adherido al Plan de Ayutla, se transformó de departamento a estado de manera provisional. Y el 8 de septiembre de 1855, triunfante la Revolución de Ayutla, José Cirilo Gómez y Anaya decretó el *Estatuto Orgánico Provisional del Estado de Aguascalientes*.

Cuando Cirilo Gómez dejó el poder, "José María Arteaga logró la unión de los liberadores de Aguascalientes y se nombró gobernador a Felipe Cosío, viejo defensor de la soberanía estatal".[4] Sin embargo, Cosío murió y se hizo entonces cargo de la gobernatura el célebre liberal Jesús Terán, seleccionando del Partido Liberal a sus principales colaboradores. Terán organizó la guardia nacional del estado para defender los principios de la Revolución de Ayutla.[5]

En 1856 estaba reunido en la Ciudad de México el Congreso Constituyente. La situación de Aguascalientes no estaba plenamente definida. Fue necesario librar las batallas políticas necesarias para que figurase como estado de la Federación. El que afrontó el reto político por el pleno reconocimiento de Aguascalientes como estado, fue Manuel Buenrostro, diputado constituyente del Partido Liberal por Aguascalientes, apoyado por Luis de la Rosa, Valentín Gómez Farías, León Guzmán y Francisco Zarco. En cambio, José María Barros, diputado constituyente también por Aguascalientes, pero conservador, se opuso siempre a la autonomía estatal.[6]

El 5 de febrero de 1857 fue jurada la *Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos*, que reconoce como estado de la Federación a Aguascalientes, en sus artículos 43 y 44.

Tocaba ahora que el flamante nuevo estado se diera su propia Carta Magna. Fueron electos para integrar "la legislatura local en su carácter de constituyente: Antonio Rayón, José María Chávez, Isidro Calera, Jesús R. Macías, Esteban Ávila, Jesús Carrión, Manuel Cardona y Juan G. Alcazar.[7] La *Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Aguascalientes* fue expedida el 23 de octubre de 1857, y promulgada el día 29 de ese mismo octubre por el gobernador constitucional sustituto José María López de Nava.

No es esta Constitución la que nos interesa analizar aquí, sino la de 1861, producto de la ideología de los *rojos*.

III. Esteban Ávila y el liberalismo radical: los *rojos*

El 11 de enero de 1861 hizo su entrada en la Ciudad de México el presidente Benito Juárez, cerrando así el ciclo histórico de la *Guerra de tres años*, o *Guerra de Reforma*. En Aguascalientes, en el transcurso de la guerra civil librada entre liberales y conservadores, "dependiendo de su suerte en los campos de batalla, unos y otros se iban turnando en el poder".[8]

A principios de 1860 empiezan los liberales a afianzar su triunfo, en el país. En Aguascalientes el Partido Liberal había triunfado y empezó a imponer sus tesis políticas y económicas.

[3] *Cfr.* Enrique Rodríguez Varela, "Reforma e Intervención", capítulo III de *Aguascalientes en la historia*, de Jesús Gómez Serrano, t. I, vol. I, *Un pueblo en busca de identidad*, p. 167.
[4] *Ibidem*, p. 167.
[5] *Ibidem*, pp. 168 y 169.
[6] *Ibidem*, p. 170.
[7] *Ibidem*, p. 173.
[8] *Ibidem*, p. 176.

> En Aguascalientes, oradores, periodistas y escritores liberales divulgaron sus ideas y proyectos en todos los foros a su alcance: la prensa, el congreso, el club, la asociación literaria, las calles y plazas. A la cabeza de todos ellos quedó el grupo que formó Esteban Ávila. El radicalismo de éste, aunque fuera de época, junto con el autoritarismo y la manipulación política, atemorizaron por igual a conservadores y liberales moderados. Así, la sociedad se vio abrumada por la retórica liberal. Sin embargo, no todos los sectores acogieron sus opiniones y no tardó en aparecer la oposición.[9]

En febrero de 1860, se nombró gobernador de Aguascalientes al diputado Esteban Ávila. Y una vez que los conservadores fueron definitivamente derrotados, los liberales aguascalentenses se dividieron en dos bandos: los *rojos* y los *moderados*.

Los *rojos*, seguidores de Ávila, en su mayoría jóvenes, sin mucha experiencia pero talentosos, encabezaron la Reforma en Aguascalientes. "Ávila aparecía el más *rojo* entre aquellos *rojos*...".[10]

Para que nos describa el clima de división que provocó la coyuntura política de la época, vamos a recurrir a un testigo presencial de los acontecimientos y actor político al lado de Ávila, formando parte de los *rojos*; me refiero al historiador, poeta y político Agustín R. González, que años después de esta época escribió:

> Llamábanse *rojos* los amigos de Ávila y *moderados* los contrarios. No comprendiendo éstos que la opinión había sufrido un cambio sensible y que, entonces al menos, eran claras las manifestaciones de ella en sentido *puro*, aceptaron la denominación y creían halagar así al pueblo. Los otros, educados en distinta escuela, con más talento y entusiasmo, con más luces, aunque con menos experiencia, conocieron o adivinaron las tendencias de la época y las de la revolución, presidieron el movimiento que tenía lugar, e hicieron alarde, y mucho, de sus avanzadas ideas. Era el moderantismo la generación que se va, no sin luchar para conservarse; el partido contrario, lleno de vida, pero imprudente, pretendió alcanzar en un día los bienes políticos y sociales cuya conquista es obra de muchos años.
>
> Fue la manía de la época hablar y escribir, citar a Voltaire, a D'Alembert, a Rousseau, a Mirabeau, Sieyes y demás nombres que registra la historia de la revolución francesa, y hacer alarde de indiferentismo en materias religiosas, de descreimiento. Desmoulins, Saint Just, Chainer y otros fueron imitados hasta donde era posible, y no faltaban *terroristas* que pidiesen "sangre reaccionaria para hacer triunfar la Reforma, cabezas de clérigos y soldados para fecundizar el árbol de la libertad". "¡Muera el papa! ¡Mueran los frailes! ¡Mueran los *mochos*!" Eran los gritos ordinarios, las palabras sacramentales con que terminaban los discursos y artículos de periódico. Se hacía burla del culto católico, de las creencias religiosas; se ridiculizaba y ultrajaba a los devotos, a las *beatas*; se humillaba en todos sentidos a los contrarios; se pretendían imprudentes innovaciones, y se hacía ostentación de intolerancia cuando se predicaba el principio de la absoluta libertad religiosa. ¿Qué más? Aunque muy pocas veces, llegó a escaparse el fatídico "No hay Dios", llegó a oírse la impía frase de Proudhon: "*Dios es tontería y miedo*", y el que no aplaudía las blasfemias las autorizaba cuando menos con el silencio.
>
> Las exageraciones iban a otra parte, se manifestaban bajo las otras formas. Los *rojos* usaban corbata roja, los soldados blusa roja, roja era la bandera de las asociaciones políticas, y he aquí que en todo su apogeo la escarapela de las revoluciones francesas. Todos repetían parodiando a Laffayette: *Nosotros los rojos, nosotros los republicanos, los hijos del pueblo libre, los tagarnos*.[11]

Entre los más cercanos colaboradores de Ávila se encuentran, precisamente, Agustín R. González[12] y Martín W. Chávez.[13] Y dos medios eficaces de Ávila para llevar adelante sus fines, lo fueron la prensa y el Club Liberal de Aguascalientes.

El órgano escrito más importante del movimiento de la Reforma en Aguascalientes fue *El Porvenir*, que apareció por primera vez el domingo 4 de marzo de 1860; abajo del título aparece una especie de

[9] *Ibidem*, p. 182.

[10] Agustín R. González, *Historia de Aguascalientes*, Ed. Gobierno del Estado de Aguascalientes, Tipografía de Francisco Antúnez, Aguascalientes, 1974, p. 198.

[11] *Ibidem*, pp. 196 y 197.

[12] Agustín Rómulo González nació en Aguascalientes alrededor de 1836, siendo hijo de Leocadio González y Josefa Saldaña. Fue miembro de la Sociedad de Geografía y Estadística y de varias sociedades literarias. Poeta, como su amigo Ávila; merece este juicio del maestro González Rueda: "Como poeta lo consideramos superior a Esteban Ávila, ya que las más de las veces es vigoroso en los trazos, correcto e inspirado, si bien Ávila es más delicado": Carlos González Rueda, *Breve ensayo sobre la historia de la literatura en Aguascalientes durante el siglo XIX*, inédito (en la solapa del libro citado de Agustín R. González).

[13] Hermano menor del ilustre liberal moderado José María Chávez.

subtítulo: *Periódico semi-oficial del Gobierno del Estado* (aunque ya en 1862 dice *Periódico Oficial del Gobierno del Estado*). Se trata de un periódico que, como dice Rodríguez Varela siguiendo a Jacqueline Covo, de acuerdo con el modo de entender la prensa los liberales, tiene "una tarea educativa, formadora de la conciencia popular".[14]

El Porvenir se editaba a tres o cuatro columnas; abajo del cintillo en donde aparecía la fecha y el número de edición, en la primera columna de izquierda a derecha, se publicaban "Exigencias políticas y sociales"; así en el núm. 32 de noviembre 4 de 1860, se leían éstas:

- Tolerancia civil y religiosa.
- Nulidad del antiguo ejército.
- Traslación de los Supremos Poderes fuera de México.
- Expulsión de la mayoría del clero fuera de la República.
- Inmigración.
- Juramento del clero a la Constitución Política del país y leyes de Reforma.
- Ley esencial para la buena organización de milicias cívicas.
- Confinamiento de los jefes oficiales reaccionarios a la frontera o a las islas adyacentes.

Y ya *El Porvenir* de enero 10 de 1861, núm. 51, añadía a las anteriores "Exigencias Políticas y Sociales": Ley Agraria.

Siguiendo la opinión de Agustín R. González, habíamos dicho que Esteban Ávila era "el más *rojo* entre aquellos rojos". Ávila es, sin duda, "uno de los personajes más controvertidos y polémicos de la historia de Aguascalientes en el siglo XIX";[15] pero, como dice Rodríguez Varela, aparece en un lugar secundario, por debajo de figuras como Jesús Terán, José María Chávez, Jesús Gómez Portugal, Agustín R. González y el propio legendario bandolero Juan Chávez;[16] sin embargo, desde nuestro punto de vista, Esteban Ávila debe ocupar

[14] Enrique Rodríguez Varela, "Esteban Ávila, escritor y político, romántico y liberal", en *Ananke*, Suplemento Cultural, núm. 203 de *Página 24*, Aguascalientes, domingo 4 de febrero de 2001, p. 8.

[15] Rodríguez Varela, "Esteban Ávila...", *op. cit.*, p. 6.

[16] *Idem.*

un lugar en la historia de Aguascalientes de primer orden, al lado de sus contemporáneos, los mencionados.

Esteban Rafael del Refugio Ávila Mier nació el 25 de diciembre de 1827; fueron sus padres José María Ávila y María Antonia Mier.[17] Rodríguez Varela considera a Ávila, en cuanto que escritor y político liberal, perteneciente a la *generación romántica* de los liberales mexicanos, que fue la generación intelectual de la Reforma; "fue contemporáneo, lector y seguidor de Francisco Zarco, Isidro Olvera, Ignacio Vallarta, Ponciano Arriaga y Mariano Otero; fue un liberal exaltado".[18]

En 1850, a los 23 años de edad, Esteban Ávila ya participaba con papeles protagónicos en los escenarios políticos y literarios de Aguascalientes. En la arena política, Ávila formaba parte del bando que se aglutinaba en torno al semanario *El Duende*. Por este motivo, este grupo era conocido como el *partido duendil*, a cuyos integrantes contemporáneos les reconocían "más firmeza en los principios democráticos, más prestigio como liberales, y más astucia y audacia". Asimismo, no se les ponderaba su mayor cercanía con las capas más bajas de la población, "principalmente por los artesanos (que eran numerosos), y con los sencillos agricultores".[19]

Bien, pues son estos *rojos* liderados por Ávila, los que expresan, ideológica y normativamente, el liberalismo jurídico aguascalentense; se trata de un liberalismo jurídico original, muy interesante y con fuertes aspectos de reforma social, que sus ideólogos, los propios *rojos*, le llaman "socialismo".

Las normas más relevantes expedidas por el gobierno de Ávila son la muy interesante Constitución de 1861, que contiene un reconocimiento de un amplio catálogo de derechos y la creación de una figura *sui generis* el *Acusador Público* que representa los intereses de la sociedad frente a la responsabilidad de los funcionarios públicos y defiende en especial los derechos de los pobres; la Ley Agraria; y un decreto en relación con los precios de los productos básicos,

[17] *Cfr.* Alicia de J. Giacinti Comte, "Esteban Ávila, poeta y político", en *Horizontes Literarios en Aguascalientes. Escritores de los siglos XIX y XX*, Ed. Universidad Autónoma de Aguascalientes, Aguascalientes, 2005, p. 18.

[18] Rodríguez Varela, "Esteban Ávila...", *op. cit.*, p. 6.

[19] *Idem.*

para evitar el hambre del pueblo. De esta expresión aguascalentense del liberalismo jurídico nos ocuparemos en adelante.

Pero antes de abordar esa temática central, veamos otros aspectos del gobierno liberal de los *rojos*, concretamente algunas normas y acciones de gobierno antirreligiosas.

Hemos visto que entre las "exigencias políticas y sociales" de *El Porvenir* están: "Expulsión de la mayoría del clero fuera de la República" y "Juramento del clero á la Constitución Política del País y leyes de Reforma". La primera de ellas tiene una razón de ser en la propia *Guerra de Reforma*, sin embargo, la segunda "exigencia" tiene una explicación más compleja, por un lado la obligación impuesta por Comonfort a jurar la Constitución y por otra la influencia concreta de la *Revolución Francesa* en las posturas ideológicas y las acciones políticas de los *rojos*.

En efecto, el 17 de marzo de 1857, el presidente de la República, todavía de acuerdo con las facultades otorgadas por el *Plan de Ayutla*, Ignacio Comonfort, decretó que todas las autoridades y empleados, así militares como civiles, jurasen la Constitución recién promulgada so pena de destitución de sus empleos; de hecho la Constitución fue jurada por los constituyentes el 5 de febrero de 1857.[20]

Los obispos protestaron y prohibieron el juramento,[21] en virtud de tratarse éste de un acto eminentemente religioso. El siguiente párrafo sintetiza el pensamiento católico en relación con el juramento de la Constitución:

> Nosotros no podemos comprender cómo siendo el juramento un acto exclusivamente religioso, pueda pedirse y otorgarse para prestar obediencia a una ley que ataca a la Religión. Si en Turquía se diera una Constitución que atacase al islamismo, no debería pedirse racionalmente que la jurasen los islamitas. La Constitución es anti-católica, porque atribuye al poder temporal una intervención en el culto y en la disciplina que pugna abiertamente con la doctrina que profesamos; y el juramento que se exige, ha de ser conforme con el rito católico. Quiere decir que el que lo preste, conociendo bien lo que va hacer, invoca el nombre de Dios para destruir la obra de Dios, y se vale de la religión para combatir la religión. En el Evangelio consta que el cuidado de apacentar las ovejas fue cometido a los pastores, y que éstos para ser tales han de ser confirmados por el Pastor Supremo. ¿Cómo se pretende que se prometa por el Evangelio someter estos pastores a una vigilancia extraña, hollando y destruyendo el Evangelio mismo?[22]

Lo anterior se publicó en *La Cruz*, semanario católico fundado en 1855, para defensa del dogma y la disciplina de la Iglesia católica; su director fue uno de los más importantes intelectuales católicos del siglo XIX el obispo de Michoacán Clemente de Jesús Munguía.

Nótese que se decreta el juramento de la Constitución, en general, para autoridades y empleados, ya sean civiles o militares; pero no en particular a los sacerdotes. Tampoco, en ninguna ley de Reforma se manda sean juradas por los sacerdotes, ni por nadie.

La exigencia de los liberales aguascalentenses en el poder, sin embargo es: "Juramento del clero á la Constitución Política del País y Leyes de Reforma". En esto advertimos la influencia directa de la *Revolución Francesa* en la ideología de los *rojos*.

En efecto, el 12 de julio de 1790 la Asamblea Nacional aprobó en Francia la *Constitución Civil del Clero*, producto de las estrechas relaciones de la Iglesia con el antiguo régimen que la Revolución sustituyó.

El régimen revolucionario "creó una Iglesia nacional en completa dependencia del Estado; sin pretender interferir en asuntos de fe y dogma, decretó la confiscación de los bienes de la Iglesia y la implantación de cambios radicales en su organización y jerarquía".[23] Así se obligó a cada párroco a jurar fidelidad a la nueva legislación eclesiástica; si no juraban eran destituidos inmediatamente de su cargo eclesiástico, y considerados desleales a la Constitución y cismáticos de la Iglesia de Estado por seguir fieles a Roma y a los obispos.

[20] Véanse los discursos alusivos al juramento en *Código de la Reforma*, ordenado y anotado por Francisco Pascual García, Enciclopedia Jurídica Mexicana, Herrera Hermanos Editores, México, 1903, pp. 9-31.

[21] *Cfr.* Mariano Cuevas, *Historia de la nación mexicana*, Porrúa, México, 1967, p. 776.

[22] Citado por Francisco Regis Planchet, *La cuestión religiosa en México*, México, 1957, pp. 289 y 290.

[23] José Ignacio Echeagaray, *Compendio de historia general del derecho*, Porrúa, México, 2006, p. 228.

Así se hablaba entonces de "sacerdotes juramentados" y "sacerdotes no juramentados".

Los *rojos* de Aguascalientes pretendían, siguiendo los lineamientos de la *Constitución Civil del Clero* francesa, más allá de la legislación de la Reforma mexicana, que el clero fuera "juramentado". Además, debemos decir, que la exigencia de juramento al clero de parte de los liberales aguascalentenses es anacrónica en cuanto a respaldo legal alguno, a partir de la *Ley sobre libertad de cultos* de 4 de diciembre de 1860, en su artículo 9o. dispone: "El juramento y sus retractaciones no son de la incumbencia de las leyes... Cesa, por consiguiente, la obligación legal de jurar la observancia de la Constitución...".

Por otro lado, gran celo tuvo el gobierno de Esteban Ávila en el cumplimiento de las Leyes de Reforma. Veamos un ejemplo. La *Ley de 12 de julio de 1859*, mejor conocida como *Ley de Nacionalización de Bienes del Clero*, contiene varias disposiciones que conciernen a la relación entre el Estado y la Iglesia. Entre otras, suprime en toda la República las órdenes de los religiosos regulares (art. 5o.) y prohíbe la fundación o erección de nuevos conventos de regulares (art. 6o.), esto por lo que ve a los varones; pero por lo que toca a las mujeres, el artículo 14 dispone que los conventos de religiosas continuarán existiendo y observando el reglamento económico de sus claustros, sin embargo, el artículo 21, manda: "Quedan cerrados perpetuamente todos los noviciados en conventos de señoras religiosas. Las actuales novicias no podrán profesar y al separase del noviciado se les devolverá lo que hayan ingresado al convento". Así, *El Porvenir* núm. 54, en su edición de 8 de diciembre de 1861, incluye un boletín del Gobierno de Aguascalientes, que dice así:

> Gobierno del Estado libre de Aguascalientes. Sección 1a. Teniendo noticia el Gobierno de que con infracción de la ley, han entrado al convento de la Enseñanza de esta ciudad, algunas jóvenes con pretensiones de profesar y con el carácter de novicias comisiona á W. para que espresamente concurran á dicho convento á practicar una visita, y den al propio gobierno un informe sobre el particular. Libertad y Reforma. Aguascalientes, Diciembre 4 de 1861. Esteban Ávila. J. Ignacio Medina, oficial 1o. Ciudadanos Juan. G. Alcázar y Lic. Urbano Medina.

Este convento de la Enseñanza pertenecía a la congregación de la Orden de la Compañía de María, y las primeras religiosas llegaron a Aguascalientes en 1807. Pues bien, las seguidoras de Santa Juana de Lestonac, fueron sometidas a una visita de inspección, de la cual da cuenta la misma edición de *El Porvenir*.

La gubernatura de Esteban Ávila se divide en estos periodos: gobernador interino de febrero de 1860 a 30 de noviembre de 1860; gobernador constitucional de 1o. de diciembre de 1860 al 7 de junio de 1862; en este periodo de gobernador constitucional solicita dos veces licencia para separarse del cargo, de septiembre 8 a octubre 8 de 1861, en que se da el interinato de Manuel Cardona y de 24 de febrero a 22 de abril de 1862, en que ocupa interinamente la gubernatura Antonio Rayón.[24]

Los pormenores del gobierno de Esteban Ávila nos lo narra Enrique Rodríguez Varela;[25] sus momentos de apogeo y gran fuerza, sus conflictos y su debilitamiento; al lector interesado lo remitimos a esa interesante crónica.

Por nuestra parte, antes de entrar al análisis de la legislación de los *rojos*, haremos sólo una breve alusión a la caída del gobierno de Ávila.

El año de 1862 se inicia con muy fuertes conflictos al seno del gobierno del estado y con los liberales divididos. El gobierno de Ávila cada vez más débil, siendo su principal opositor el influyente y prestigiado liberal Jesús Terán.

De tal modo que al combinarse el deterioro de la figura del gobernador, con la división de sus antiguos amigos que ahora lo atacan, como Martín W. Chávez,[26] y con la influencia en el gobierno federal –central, mejor dicho– de Jesús Terán, Esteban Ávila en virtud de "órdenes superiores fue relevado de su cargo por Ponciano Arriaga. Ávila fue a protestar, pero el gobierno de Juárez no cambió su deci-

[24] Jesús Bernal Sánchez, *Apuntes históricos, geográficos y estadísticos del estado de Aguascalientes*, Ed. Alberto Pedroza, Aguascalientes, 1928, p. 132.

[25] Rodríguez Varela, "Reforma e Intervención", *op. cit.*, pp. 182-202.

[26] Es notable en ese sentido el discurso pronunciado por el diputado Martín W. Chávez el 15 de marzo de 1862, en la Cámara Legislativa del estado, acusando a Ávila por abuso de facultades extraordinarias y violación de preceptos constitucionales: *El Porvenir*, núm. 84, mayo 23 de 1862, pp. 1-4.

ESCUELA LIBRE DE DERECHO
BIBLIOTECA

sión y ordenó su arraigo en la capital del país".[27] Así terminaba el gobierno de los *rojos* y su interesante y *sui generis* proyecto legislativo.

IV. Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Aguascalientes, de 1861

En sus ediciones de 21, 24 y 28 de noviembre y 1 y 5 de diciembre de 1861, se publicaron en *El Porvenir* lo que se dicen son reformas, de acuerdo con el artículo 107 constitucional, a la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Aguascalientes. En realidad, se trata de una nueva Constitución; las reformas son de tal magnitud que dan origen a otro texto constitucional, de tal modo que sostenemos que con toda propiedad se puede hablar de la Constitución de 1861.

Esta Constitución contiene una invocación, ciento veintinueve artículos divididos en diez títulos y un artículo transitorio.

1. Análisis general de la Constitución

La Invocación con la cual se inicia ya no es a Dios, sino a la Razón. En estos términos:

> EN EL NOMBRE DE LA RAZÓN, augusta, luz indeficiente que guia y proteje a las sociedades, y con autoridad del pueblo soberano, el Congreso del Estado libre de Aguascalientes, reforma en los siguientes términos la Carta Fundamental del mismo Estado.

Esta invocación a la Razón es producto también de la influencia de la Revolución Francesa en los *rojos*, en concreto de los jacobinos que prácticamente crearon una nueva religión laica que tenía su culto en los altares de la patria. "Los Jacobinos... tenían su Credo en la Declaración de Derechos, sus escrituras sagradas en el Contrato Social y su culto en torno al Altar de la Patria, al Árbol de la Libertad y al Libro de la Constitución, deificando abstracciones como razón, libertad, naturaleza y patria... era el de la religión de la salvación

[27] Rodríguez Varela, "Reforma e Intervención", *op. cit.*, p. 197.

humana y del mundo por el poder del hombre liberado por la Razón".[28]

El Título I contiene un solo Capítulo denominado "Declaración de Derechos", con 27 artículos. Por su importancia lo analizaremos en un solo apartado más adelante.

El Título II contiene cinco capítulos. El Capítulo I es "Del Estado de Aguascalientes", se refieren a la independencia y soberanía del Estado y su relación en el Pacto Federal, iguales a los equivalentes de la Constitución anterior de 1857.

El Capítulo II trata "del Territorio del Estado", en donde el artículo 31 establece los partidos que comprende el territorio del Estado de Aguascalientes; son los mismos que la Carta Magna anterior, pero varían dos nombres: "Victoria de Calpulalpan" por "Rincón de Romos" y "Ocampo" por "Asientos". El cambio de nombres obedece a un homenaje a la muy importante victoria de los liberales sobre los conservadores en Calpulalpan y al muy importante intelectual y político liberal Melchor Ocampo.

El Capítulo III trata "De los habitantes del Estado y sus obligaciones"; el IV de la Vecindad, que constituye una novedad con respeto a la anterior Carta Magna; y el V "De la pérdida y suspensión de derechos".

El Título III es "Del Gobierno del Estado", con un capítulo único que trata "De la forma de gobierno"; en lugar de calificarlo como "republicano, representativo, popular" (art. 15), lo define de este modo:

> Art. 42. El gobierno del estado es esencialmente democrático, porque emana del pueblo y en él descansa para su conservación.

El artículo 43 divide el Supremo Poder del estado en Legislativo, Ejecutivo y Judicial; y el artículo 44 dice cómo el Estado "ejerce sus derechos":

> Art. 43. El Supremo Poder del Estado se divide en Legislativo, Ejecutivo y Judicial, sin que puedan reunirse dos o más de ellos en una corporación ó persona, ni el legislativo depositarse en menos de siete individuos.

[28] Echeagaray, *op. cit.*, p. 231.

> Art. 44. El Estado ejerce sus derechos:
> I. Por medio de los ciudadanos que eligen á los representantes del pueblo.
> II. Por medio del Cuerpo Legislativo que forma y expide las leyes.
> III. Por medio del Poder Ejecutivo que las hace cumplir á los habitantes del Estado.
> IV. Por medio del Poder Judicial encargado de aplicar la ley.
> V. Por medio del Acusador público que reclame á todo funcionario el cumplimiento de la misma ley.

Una novedad respecto de la Constitución de 1857 es la fracción V del artículo 44 respecto de la referencia al "Acusador público", institución *sui generis* creada por la Constitución de 1861, y que merece análisis especial.

El Título IV trata del Poder Legislativo, y consta de seis capítulos: I Del Congreso; II De las tareas legislativas; III De las facultades y atribuciones del Congreso y de la Diputación Permanente; IV De las atribuciones de la Diputación Permanente; V De la formación de las leyes y su sanción; y VI De la publicación de las leyes y su aplicación. Así el artículo 45 establece que el Poder Legislativo reside en el Congreso, "compuesto de los diputados nombrados por elección popular directa".

Destacamos de las facultades del congreso aquellas que tienen relación directa con la ideología liberal; el artículo 64 dice que el Congreso tiene entre otras facultades:

> XIV. Fomentar las artes y la industria de toda especie, removiendo cuantos obstáculos la entorpezcan, procurando la mejora social del pueblo.
> XV. Cuidar de la enseñanza, educación e ilustración del pueblo en todos sus ramos.
> XVI. Proteger la libertad absoluta de la imprenta.
> [...]
> XX. Proteger el libre ejercicio de todos los cultos, removiendo cuantos obstáculos lo entorpezcan.

El Título V trata del Poder Ejecutivo del estado; contiene tres capítulos: I Del Gobernador del Estado; II De las atribuciones del Gobernador del Estado; y III Del gobierno interior de los Partidos. Destacamos que la elección del gobernador es "popular directa" según manda el artículo 81.

El Título VI se refiere al Poder Judicial, y tiene tres capítulos; el I no tiene título; el II es De los tribunales; y el III se refiere precisamente al *Acusador Público*, que analizaremos en detalle más adelante.

Una importante novedad en relación con la Constitución anterior, en materia de administración de justicia, es el establecimiento de jurados. Transcribimos los artículos más importantes referentes al Poder Judicial:

> Art. 95. La justicia se administrará aplicando las leyes en nombre del Estado. Su aplicación corresponde exclusivamente a los tribunales, y estas funciones no podrán ejercerlas en ningún caso, ni el Congreso, ni el Gobernador; ni tampoco podrán avocarse causas pendientes, ni mandar abrir juicios fenecidos.
> Art. 96. La administración de justicia en lo civil y criminal, se arreglará en el estado, á las leyes vigentes. Estas determinarán la forma de los juicios.
> Art. 97. Se deposita el ejercicio del poder judicial del estado en un Tribunal de Justicia, en los jueces de primera instancia, alcaldes y jurados que establezca la ley.
> Art. 98. Los individuos del tribunal Superior de Justicia, serán elegidos por votación directa ocho días después de la elección de gobernador. Para ser magistrado se necesita: ser ciudadano en ejercicio de sus derechos, natural de cualquiera de los Estados de la Federación é idóneo en derecho a juicio de los electores.
> Art. 99. El nombramiento de los jueces de letras, se hará por el Congreso a propuesta en terna del Tribunal Superior. Para ser juez de letras se requiere: ser ciudadano en ejercicio de sus derechos, abogado y natural de la República.
> [...]
> Art. 101. Los jurados serán nombrados en los términos que señale la ley. Para ser jurado se requiere: ser ciudadano en ejercicio de sus derechos, de buena conducta y tener un modo honesto de vivir.

El Título VII se refiere a la Hacienda Pública. El Título VIII trata de la responsabilidad de los funcionarios públicos, con un capítulo único. Este título está relacionado con la actividad del Acusador Público, más adelante veremos de qué modo. Destacamos ahora el artículo117:

> Art. 117. Toda falta cometida por los funcionarios públicos produce acción popular.

El Título IX es sobre la Guardia Nacional, con un solo capítulo; el X se refiere a la Constitución del Estado, con dos capítulos, uno sin título y otro "De la inviolabilidad y protesta de la Constitución".

2. Análisis de la Declaración de Derechos de la Constitución de 1861

Hemos dicho que el Título I de la Constitución contiene un Capítulo único que constituye una Declaración de Derechos. En el artículo 4o. hace remisión a todos los derechos que garantiza la Constitución Federal de 1857, de tal manera que los hace suyos, pero la Declaración de Derechos de la Constitución de Aguascalientes consideramos que es más amplia, y además recoge ya lo dispuesto por las Leyes de Reforma, como la libertad de culto (art. 5o.) y el matrimonio civil (art. 26).

El análisis que presentamos de la Declaración de Derechos en la Constitución de Esteban Ávila, lo hacemos comparándola con el Título Primero, Sección I de la *Constitución Política de la República Mexicana* de 1857, denominada "De los derechos del hombre". Transcribimos el artículo de la Constitución de 1861 de Aguascalientes y con un breve comentario hacemos la comparación haciendo las respectivas referencias. Hacemos este ejercicio comparativo entre las dos constituciones, para resaltar la importancia de la Constitución de Aguascalientes en cuanto a reconocimiento de derechos dentro de la tradición liberal, ya que, como bien se sabe, la Constitución General de 1857 es paradigmática en el reconocimiento de derechos en la ideología individualista liberal.

> Art. 1o. Todos los hombres son por naturaleza libres e independientes, y tienen ciertos derechos imprescriptibles e inalienables, desde el momento en que se reúnen en sociedad: cuáles son los de igualdad ante la ley, de seguridad y libertad en el goce de su vida, de honor y propiedad.

Se trata de un artículo muy interesante que más que reconocer derechos, establece los fundamentos filosófico-jurídicos del individualismo liberal, desde la tradición del iusnaturalismo racionalista. No tiene equivalente en la Constitución de 1857.

> Art. 2o. El Estado reconoce que estos derechos son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia, las leyes deben asegurar estos derechos y proteger igualmente a todos los hombres.

Este artículo en cierto sentido es equivalente al artículo 1o. de la Carta Magna de 1857.

> Art. 3o. El poder público es una emanación del pueblo y se instituye en beneficio suyo para la guarda de sus derechos.

También es un artículo muy interesante, pues reconoce de algún modo a la democracia como un derecho y establece que el poder público tiene su razón de ser en la protección de los derechos. No tiene equivalente en la Constitución de 1857.

> Art. 4o. Además de aquellos derechos que les garantiza la Constitución general de la República á los habitantes del Estado, gozarán de los que se expresan en esta declaración.

Se está siguiendo el principio constitucional de pleno respecto y vigencia a los "derechos del hombre" reconocidos por la Constitución Federal, pero además está afirmando que la Constitución local otorga más derechos todavía.

> Art. 5o. El Estado permite y protege el libre ejercicio de todos los cultos religiosos, sin distinción o preferencia cuyo ejercicio no puede tener más límites que el derecho de tercero y las exigencias del orden público. En todo lo demás, la independencia entre el estado y las sociedades religiosas, es y será perfectamente inviolable.

Esta disposición no aparece en el texto original de la Constitución de 1857, pues recoge la norma fundamental de la *Ley sobre libertad de cultos* de 4 de diciembre de 1860, una de las Leyes de Reforma expedida por Juárez.

> Art. 6o. La enseñanza, la profesión, la industria y el trabajo son libres, siempre que no sean atacados los derechos de tercero ó los de la sociedad. También son libres los contratos excepto cuando el hombre pacte su proscripción ó destierro.

Equivale, en parte, a los artículos 3o., 4o. y 5o. de la Carta Magna de 1857.

> Art. 7o. Todos tienen facultad para manifestar sus ideas de palabra ó por escrito, y publicarlas por la prensa, sin que la ley pueda coartar este derecho, sino castigar los abusos en el modo y términos que ella determine.

Equivalente a los artículos 6o. y 7o. de la Constitución de 1857.

> Art. 8o. Nadie será juzgado por leyes o tribunales especiales; son necesarias leyes expedidas con anterioridad al hecho y jueces previamente establecidos.

Sí tiene, en el artículo 13, su equivalente en la Constitución referida.

> Art. 9o. No se dará ninguna ley de proscripción, ninguna que tenga efecto retroactivo, que imponga la pena de infamia o confiscación de bienes, que altere la naturaleza de los contratos y obligaciones ni que sea trascendental más que á la persona que haya cometido el delito.

En ciertos puntos concuerda con lo mandado por los artículos 14 y 22 de la Carta Magna de 1857.

> Art. 10o. Ningún individuo será encausado dos veces por un mismo delito, no estará obligado á declarar en causa propia, ni á servir como testigo en la de sus parientes en los casos determinados por la ley; tampoco podrá responder á una acusación criminal si no está plenamente justificado el cuerpo del delito, y tendrá derecho en todos los casos á que se le manifieste la causa de su prisión, á que se le diga el nombre de su acusador si lo hubiere, á que se le reciban las pruebas con que pueda justificarse y á que se le proporcionen los datos para sus descargos, oyendo su defensa, que hará por si mismo, por persona que elija libremente o por todos si lo quisiere. En los delitos graves se les juzgará por un jurado de hecho, en los casos y de la manera que designará la ley.

Aunque me parecen derechos de seguridad más amplios los que reconoce la ley local, concuerda con el artículo 20 de la Constitución de 1857.

> Art. 11. No podrán tener más de tres instancias los negocios judiciales, y concluidos una vez en virtud de sentencia que cause ejecutoria, no se podrán promover de nuevo. El juez que conociere en una instancia, no podrá hacerlo en otra. Podrán los litigantes en materia civil someter sus diferencias á la decisión de arbitradores o á la de árbitros, con apelación o sin ella.

Sólo en parte equivalente al artículo 24 de la Carta de 1857. Es mucho más amplio este artículo 11, ya que abre la posibilidad de resolver conflictos por medio del arbitraje.

> Art. 12. Nadie puede ser detenido sin que haya semiplena prueba o indicio de que es delincuente. La detención no podrá exceder en ningún caso de tres días naturales, pasados los cuales, si no se hubiere dado copia del auto motivado de prisión alcalde o cualesquiera otro agente encargado de la custodia, pondrá al detenido en libertad. El auto de prisión solamente podrá decretarse por causas que merezcan pena corporal y en cualquier estado de aquella que apareciere o contrario, se pondrá al acusado en libertad bajo la fianza.

En algunos puntos coincide con los artículos 18 y 19, pero es más amplio que lo que establece la Constitución general.

> Art. 13. Queda prohibido todo rigor ó maltratamiento usado en la aprehensión, en la detención ó en la prisión, así como toda gabela o contribución en las cárceles. Las autoridades que ordenen lo contrario y sus ejecutores, incurren en grave responsabilidad.

En parte coincide con el artículo 19 de la Carta de 1857.

> Art. 14. Queda abolida en el Estado la pena de muerte: excepto en aquellos casos en que lo dispongan las leyes generales.

Lo que significa que por leyes locales no se puede imponer pena de muerte alguna; ni aun en los supuestos establecidos por el artículo 23 de la Constitución general, que establece la posibilidad de la pena de muerte para el traidor a la patria en guerra extranjera, el salteador de caminos, el incendiario, el parricida, el homicida con alevosía, premeditación o ventaja, los delitos graves del orden militar y la piratería.

> Art. 15. El hogar doméstico es inviolable. Nadie será molestado en su persona, familia, papeles é intereses, sino es en virtud de orden escrita de autoridad competente, que funde la causa del procedimiento.

Equivale al 16 de la Constitución de 1857. Llama la atención la manera diversa en que se protege el "domicilio" (art. 16) y el "hogar doméstico" (art. 15); este último recuerda la formulación de este derecho por el viejo derecho foral español, que más que proteger al *domicilio* protegía la *casa*.

> Art. 16 Nadie podrá ser preso por deuda civil, á no ser que envuelva un fraude que merezca pena corporal. Nadie puede ejercer violencia para reclamar su derecho, y la justicia en el Estado se administrará a todos gratuitamente.

Igual al 17 de la Constitución de 1857, salvo que la norma de la Constitución aguascalentense, en relación con la prohibición de pena corporal por deuda civil, añade: "á no ser que se envuelva un fraude de que merezca pena corporal".

> Art. 17. En el Estado no habrá títulos de nobleza ni honores hereditarios: sólo el Congreso es quien únicamente puede decretar recompensas á los que presten grandes servicios al Estado. Cesa también el tratamiento oficial que solía darse a los funcionarios públicos del mismo estado, quienes tendrán solo el de *ciudadano*.

Concuerda con el artículo 12 de la Constitución de 1857. La novedad de la Constitución de los liberales radicales aguascalentenses, es el establecer el trato de *ciudadano*, trato interpersonal que se hizo común también con la *Revolución Francesa*.

> Art. 18. A la autoridad política o administrativa le está prohibido imponer penas que sólo son del resorte del poder judicial; podrá sin embargo, imponer como corrección las multas que señalan las leyes ó un mes de prisión en los casos que ellas determinen.

Es equivalente al artículo 21 de la Constitución general.

> Art. 19. El pueblo tendrá derecho para reunirse libremente para tratar toda clase de negocios lícitos; pero solo los ciudadanos podrán deliberar sobre los que tengan un carácter político, dar instrucciones a sus representantes y solicitar de la Legislatura cualquier desagravio.

Es un poco más amplio en cuanto a la libertad conferida que el artículo 9o. de la Constitución de 1857, pero además no tiene la prohibición de la norma de la Constitución federal en el sentido de que "Ninguna reunión armada tiene derecho a deliberar".

> Art. 20. La guardia nacional tiene derecho, para deliberar, pedir, reclamar o declarar alguna cosa; pero este derecho no puede ejercerlo con el carácter de fuerza armada. Los que la empleen, además de la responsabilidad en que incurren por el perjuicio que hayan ocasionado, y que deben reparar a la hacienda pública, o á alguna persona ó corporación, cometen un delito de Estado por el que en cualquier tiempo podrán ser procesados y castigados.

No tiene equivalente en la Constitución de 1857. Para su plena comprensión debemos tener en cuenta lo dispuesto por los artículos 124 y 125 de la Constitución local:

> Art. 124. En el Estado habrá una fuerza militar compuesta de los Cuerpos de Guardia Nacional, en los términos en que designare la ley. El Congreso señalará anualmente la cantidad que deba gastarse en ella.
> Art. 125. Los ciudadanos del Estado son guardias nacionales. La ley determinará la edad en que obliga este servicio, quienes deban prestarlo de preferencia y los que deban ser exceptuados.

Pasamos, ahora, al reconocimiento de derecho de propiedad:

> Art. 21. El derecho de propiedad es inviolable, y jamás podrá ser ocupada aquella, sino por causa de utilidad pública, justificada con tal arreglo á la ley, y previa la indemnización que esta señalare.

Concuerda con el artículo 27 de la Constitución de 1857, con la salvedad de que la Carta de Aguascalientes no tiene al segundo párrafo referente a la propiedad de las corporaciones y no dice que la propiedad sea "inviolable".

> Art. 22. Ningún poder público, ninguna autoridad puede suspender los efectos de las leyes. Estas tendrán siempre una acción uniforme, no abrazarán más que un objeto que se hallará expresado en el título de la misma y podrá ser

derogada o reformada previo acuerdo de la Legislatura y la sanción del Ejecutivo.

Se trata de un derecho de seguridad que no tiene equivalente en la Constitución general.

Art. 23. En el estado la fuerza militar estará sujeta al poder civil; no se mantendrá en él ningún ejercito permanente, ni se organizaran fuerzas militares, sino en los términos espresamente prevenidos por la ley. En tiempo de paz ningún militar puede exigir alojamiento ni otro servicio real o personal sin el beneplácito de su dueño, ni en tiempo de guerra, á no ser del modo prescrito por la ley.

La primera parte de la norma no tiene equivalente en la Constitución de 1857; pero la segunda parte equivale al 26.

Art. 24. La Legislatura es en quien reside la facultad de imponer contribuciones; las decreta sobre las bases generales, en proporción a la riqueza de sus habitantes. Las contribuciones no pueden distraerse de su objeto ni aplicarse al provecho de otros con perjuicio de los contribuyentes, quienes solamente tendrán el beneficio que resulta de la contribución.

Este derecho de *igualdad proporcional* y seguridad no tiene equivalente en la Constitución de 1857; aunque lo dispuesto en sus artículos 31, fracción II, y 72, fracción VII, guarda cierta relación, al mandar que la obligación de contribuir al estado debe ser proporcional y equitativa. La Constitución de Aguascalientes es mucho más explícita: se llega a la equidad teniendo en cuenta la proporción de la riqueza. ¿Se trata de un "Caballo de Troya" socialista en la Constitución liberal? Planteamos la cuestión porque la Ley Agraria se inspira en estos conceptos.

Art. 25. El derecho de sufragio es inherente á la ciudadanía, y se ejerce en los términos que dispone la ley. Los electores en todos los casos que no fueren de traición, felonía o perturbación de la paz, estarán esentos de arresto en los días de la elección, durante su asistencia á ella y mientras fueren y volvieren a dar su voto en caso de peligro.

Se relaciona con los artículos 34, 35, fracción I y 36, fracción III de la Constitución general que establece el derecho y la obligación de votar.

Art. 26. El matrimonio civil, celebrado en los términos que dispone la ley y ante la autoridad por ella establecida, surte todos sus efectos civiles.

No se trata propiamente de un derecho. No concuerda con ningún artículo original de la Constitución de 1857, porque la *Ley matrimonio Civil* es de 23 de julio de 1859.

Art. 27. Las leyes son iguales para todos; de ellas emanan las obligaciones de los que obedecen y la autoridad de los que mandan. En consecuencia, el poder público no tiene más facultades que las que ellas conceden, y el ciudadano puede todo cuanto no prohíben.

Derecho de igualdad y de seguridad implícito, pues define el *principio pleno de legalidad* y de igualdad ante la ley; la autoridad sólo puede hacer lo que está facultada y el ciudadano puede hacer todo menos lo prohibido. No tiene equivalente explícito en la Constitución de 1857.

3. Sobre la vigencia de la Constitución de 1861

Jesús Gómez Serrano afirma:

La Constitución política publicada en noviembre de 1861 en el periódico oficial, que no fue nunca sancionada por el Congreso, y que por lo tanto no entró en vigor, es una de las más interesantes manifestaciones locales de radicalismo liberal.[29]

Es cierto, lleva razón Gómez Serrano, la Constitución de 1861 en una interesantísima manifestación local de radicalismo liberal, ya lo hemos expresado. Pero ¿no tuvo vigencia formal, al no ser sanciona-

[29] Jesús Gómez Serrano, *Documentos para la Historia del Liberalismo en Aguascalientes 1835-1876*, Ed. Instituto Cultural de Aguascalientes, 1992, p. 431.

da por el Congreso?, como afirma el historiador Jesús Gómez. Y si tuvo vigencia formal ¿la tuvo real?, ¿tuvo vigencia material?

Es pertinente, entonces, preguntarnos y tratar de responder sobre la *vigencia* tanto *formal* como *real* de la Constitución de 1861. Creemos que vigencia formal sí tuvo. Basamos nuestra afirmación en los siguientes argumentos:

1) Fue publicada en los números del 49 al 53, de fechas 21, 24 y 28 de noviembre y 1o. y 5 de diciembre de 1861, en *El Porvenir*, periódico semi-oficial del gobierno del estado.
2) La primera parte, que se publicó en el núm. 49 de *El Porvenir* de 21 de noviembre de 1861, tiene un encabezado que dice "Congreso del Estado", y a continuación se lee: "Constitución Política del Estado libre y soberano de Aguascalientes, reformada por el Congreso del mismo en 1861, para los efectos del artículo 107 de la Carta fundamental vigente".
3) Después del título del periódico –*El Porvenir*– se dice: "Las disposiciones gubernativas son obligatorias en el hecho de publicarse en este periódico".
4) En varios números de *El Porvenir*, por ejemplo en el 52, el 54 y el 55, de 1, 8 y 12 de diciembre de 1861, se publica parte de las sesiones del Congreso en donde se discutieron las reformas constitucionales.

Creemos, entonces, que si las reformas se publicaron es porque fueron debidamente aprobadas y sancionadas por el Congreso. Y si esto es así, las reformas o Constitución de 1861 sí tuvo vigencia formal. Nuestra afirmación es con las debidas reservas.

En cuanto a su vigencia material o real, es otro el problema. La vida institucional funcionaba precariamente. Recordemos que el gobierno de Ávila se fue debilitando y cayó definitivamente en junio de 1862, seis meses después de publicarse las reformas constitucionales; recordemos también, que el gobernador que lo sustituye es impuesto desde el centro, y que gobernó con facultades como gobernador interino y comandante militar. Además se trata de los años aciagos para la República, con la Intervención Francesa y el establecimiento del Segundo Imperio. Por el momento, no tenemos elementos suficientes, ni bibliográficos, ni documentales, para sostener su vigencia real. El tema requiere de una más profunda investigación de nuestra parte. Lo que sí se puede afirmar es que, en todo caso, si llegó a tener vigencia material, fue sumamente irregular y precaria, debido a la situación política del estado y de México en general.

A pesar de lo anterior, podemos decir que una de las partes más interesantes de la Constitución de 1861 tuvo plena vigencia formal y material después, a partir de 1868, pues la Constitución sancionada el 18 de octubre de 1868 establece como Título I, Capítulo I, la *Declaración de Derechos* de la Constitución de 1861, con dos artículos más y mínimas modificaciones. Puede afirmarse, entonces, una vigencia, formal y material, posterior, de parte de la Constitución de 1861, por *interpósita* Carta Magna, la de 1868.

V. El radicalismo social del liberalismo jurídico aguascalentense

Hemos dicho que a principios de junio de 1862, el abogado potosino y viejo luchador liberal, Ponciano Arriaga, se hizo cargo del gobierno de Aguascalientes, por órdenes del presidente Benito Juárez, en sustitución del gobernador Esteban Ávila. Se cerraba así una etapa de la historia política del Estado, caracterizada por un gobierno, el de Ávila, de un liberalismo social radical, inspirado en las ideas socialistas según ellos mismos decían; había sido el gobierno de los *rojos*.

El gobierno encabezado por Ávila, había establecido una normatividad jurídica muy interesante, fruto de sus ideas sociales. Pero, como se ha visto, era un gobierno rodeado de enemigos; por un lado, los propios liberales *moderados*, que no aceptaban las políticas extremistas de los *rojos*; por otro, los conservadores que no acababan de ser completamente derrotados; y finalmente, los propios hacendados, no sólo de Aguascalientes, sino del país, que veían en su radicalismo agrario un peligro para sus intereses. El relevo de Arriaga por Ávila, es paradójico. Escribe García Cantú:

> Llegaba a Aguascalientes el autor del voto agrario en el constituyente de 1856 y salía el que había decretado la única ley para dividir los latifundios. La política los separaba y sus proposiciones, tan semejantes, serían como

las vertientes de una misma corriente liberal que apeló a varias teorías para conocer la realidad del país.[30]

La paradoja es clara, el teórico jurídico del reparto agrario sustituye, conflicto de por medio, al político práctico que lo intentó legislativamente. Pero la paradoja es aun más grande, pues en buena medida ese original y complejo liberal que fue Ponciano Arriaga, inspira e influye en la obra jurídica de Esteban Ávila. Sostenemos que sus proposiciones no sólo son semejantes como dice García Cantú, sino que Ávila y sus compañeros toman las ideas jurídicas de Arriaga y, no copiando sino recreando, las convierten en ley. Esto es así, cuando menos en dos instituciones jurídicas creadas por el gobierno de los *rojos*: la *Ley Agraria* y el *Acusador Público y Defensor de los Derechos e Intereses de los Pobres*.

1. Decreto que establece precio máximo al maíz

Una primera medida de política social radical del gobierno de los *rojos*, se da en noviembre de 1860, a fines de la Guerra de Reforma. Consiste en fijar un precio tope al alimento básico del pueblo: el maíz. Esto con el objeto de evitar un comercio especulativo con el grano vital que llevara a lucrar con el hambre de los pobres.

Por su importancia lo transcribimos íntegramente. Se publicó en *El Porvenir*, núm. 32, de 4 de noviembre de 1860.

GOBIERNO DEL ESTADO

ESTEVAN AVILA, Gobernador interino constitucional del Estado libre y soberano de Aguascalientes, á sus habitantes hace saber; que:

Considerando: que es un deber de todo Gobierno, impartir a las últimas clases la proteccion que merecen y que el sistema republicano les ofrece.

Considerando: que es abuso punible el de los propietarios, que por aumentar sus fortunas, no atiendan al bien general y sacrifican á los pueblos, estableciendo siempre que pueden, una especie de monopolio de los articulos de primera necesidad; he tenido á bien decretar lo siguiente:

Art. 1o. El maíz que se expenda en el Estado, al público, no escederá del precio de tres pesos por fanega.

[30] Gastón García Cantú, *El socialismo en México. Siglo XIX*, Era, México, 1974, p. 152.

Art. 2o. Se prohibe la extracción de la misma semilla fuera del Estado.

Art. 3o. Los que faltaren á la prevención del articulo 1o. perderán la cantidad del que tengan en expendio. El maiz que se conduzca fuera del Estado, caerá en la pena de comiso; repartiéndose la mitad entre el denunciante y aprehensores y la otra mitad se destinará para el hospicio, cárceles y hospital.

Art. 4o. Los Gefes Políticos en la Capital y en las Cabeceras de Partido, cuidarán del modo que juzguen conveniente, la puntual observancia de estas disposiciones; y harán la reparticion de los comisos por igualdad de partes, á los establecimientos que señala el articulo anterior.

Cúmplase por quienes corresponda, prévia la publicacion por bando en esta capital y demas Cabeceras de Partido.

Expedido en la Casa de Gobierno del Estado libre y soberano de Aguascalientes, á dos de Noviembre de mil ochocientos sesenta. Trigésimo nono de la Independencia y segundo de la Reforma. Estevan Avila. Martín W. Chavez, Srio. Intno.

Es claramente una medida que contradice el liberalismo económico que sostiene el libre juego de oferta y demanda; más se ubicaría en una tradición socialista.

2. Ley Agraria

A. La influencia del socialismo anterior a Marx

Sostenemos que la Ley Agraria emitida por el Congreso y publicada en *El Porvenir* el 18 de agosto de 1861, tiene dos fuentes ideológicas que la inspiran: el socialismo llamado "utópico" y el voto Particular de Ponciano Arriaga en materia agraria en el Constituyente de 1856.

Hemos dicho y constatado que los *rojos* son influidos ideológicamente por la Revolución Francesa. Es cierto, este gran acontecimiento social tiene como bandera ideológica dominante el individualismo liberal, pero como escribe Fetscher: "El movimiento que fue la Revolución Francesa tuvo en su origen un conjunto de diversas fuerzas sociales. Al lado de la pequeña burguesía de las ciudades se encontraban las masas proletarias y artesanas, así como los campesinos sin tierra".[31] De tal manera que confluyen ideológicamente y se enfren-

[31] Iring Festcher, *Socialismo, de la lucha de clases el Estado Providencia*, Plaza Janés, Barcelona, 1977, p. 60.

tan aquellos que tienen como bandera la plena libertad de contratación y la "sagrada propiedad privada" sin límite alguno, otros reformadores que se pronuncian por una distribución igualitaria de los bienes y un pequeño grupo francamente socialista que lucha por la propiedad comunitaria.

Dice Echeagaray que en contra del gobierno y de los especuladores que habían hecho de la Revolución un negocio, va creciendo el descontento popular, que tiene su vocero en un sacerdote revolucionario Jacques Roux que defenderá la causa de los pobres sobre todo en los barrios obreros. Roux influye en el socialismo de Saint-Just. Su posición frente al derecho, mejor dicho frente a las leyes es bastante crítica:

> Roux afirmaba que la igualdad y la libertad serían meras fantasías mientras que los ricos dominasen a sus prójimos mediante el monopolio y que en una clase pudiera, con impunidad, hacer parecer a la otra de hambre. Las leyes, agregaba, han sido hechas por los ricos y para los ricos; son crueles para con el pobre que se encuentra encadenado por ellas. El despotismo parlamentario, concluía, es tan terrible como el monárquico, con el agravante de que, si antes el gobierno intentaba controlar los precios en beneficio del consumidor, ahora bajo el predominio de una asamblea burguesa no hay poder que pueda frenar el afán de lucro de los negociantes. La postura del Roux, que luego influiría en el incipiente socialismo de Saint-Just, no era más que la reacción en contra del liberalismo económico atrincherado en la Asamblea Constituyente y en la Convención, teniendo sus más decididos campeones en el partido de los Girondinos.[32]

Para Fetscher, solamente el grupo de la *Conjuración de los Iguales* dirigida por Babeuf y Buonarotti tuvo un plan plenamente socialista, que se basaba en "la partición económica de la gran propiedad, que deseaba estructurar en propiedades comunitarias".[33] En el *Manifiesto de los Iguales* de 1797, François Noel Babeuf (1760-1797), dice lo siguiente:

> La ley agraria, o la división de la tierra, fue aspiración momentánea de algunos soldados sin principios de algunas poblaciones incitadas por el instinto más que por la razón. Nosotros tendemos a algo más sublime y más equitativo: *¡el bien común, o la comunidad de bienes!* Nosotros reclamamos, nosotros queremos el disfrute común de los frutos de la tierra; *los frutos pertenecen a todos*.
>
> Declaramos que, ulteriormente, no podremos permitir que la inmensa mayoría de los hombres trabaje y sude al servicio y al gusto de una pequeña minoría.
>
> Hace ya demasiado tiempo que menos de un millón de individuos viene disponiendo de cuanto pertenece a más de veinte millones de semejantes suyos, de hombres iguales a ellos.[34]

[32] Echeagaray, *op. cit.*, p. 237.

Por supuesto que existe contradicción entre el liberalismo individualista y el socialismo. Llevando esto a los *rojos* y su legislación, la contradicción es evidente entre su Constitución y la Ley Agraria. Sin embargo, no debe extrañar que del mismo liberalismo radicalizado surja el socialismo; esto es, de la ideología liberal que proclama libertad e igualdad, si éstas rebasan el ámbito de lo formal y se les toma en serio, y se les quiere llevar a la realidad, se llega a desacralizar la propiedad o cuando menos se considera que ese "sagrado" derecho lo gocen todos, por igual. Dice Nell-Breuning:"Con razón se ha designado al socialismo como 'hijo natural del liberalismo'."[35] El liberalismo radicalizado de los *rojos*, los lleva a posiciones que ellos mismos llaman "socialistas", y que se expresan en el problema de la distribución de la tierra. Lo mismo sucede con Ponciano Arriaga y lo expresa en su Voto Agrario, que también influye en los *rojos*.

Las ideas socialistas influyen en los liberales aguascalentenses denominados los *rojos*, de manera especial el socialismo francés. Esas ideas se difunden no sólo en Aguascalientes, sino entre los hombres de la Reforma.[36]

Rodríguez Varela hace notar la influencia, en concreto, en los liberales de Aguascalientes, del socialista francés Eugenio Sue con sus

[33] Fetscher, *op. cit.*, p. 61.

[34] Graco Babeuf, Saint-Simon y otros, *El socialismo anterior a Marx*, Grijalbo, México, 1969, p. 23.

[35] Oswald von Nell Breuning, *Socialismo*, Jus, México, 1962, p. 35.

[36] Francisco López Cámara, "Los socialistas franceses en la Reforma Mexicana", en *Historia Mexicana*, vol. IX, octubre-diciembre de 1959, núm. 2, El Colegio de México, México.

novelas *Los misterios de París* y *El judío errante*, esta última publicada en Aguascalientes en la imprenta de José María y Martín Chávez.[37]

A manera de ejemplo, con gran influencia en la ideología de los *rojos*, tenemos a Juan Amador socialista de tradición cristiana, editor del periódico presbiteriano, *La antorcha evangélica* en Zacatecas, que sostenía que "nuestras leyes sobre la propiedad eran inflexibles y resultaban de la lucha del fuerte sobre el débil", piensa que el socialismo es "el sublime pensamiento de la transformación de la sociedad por la paz, la justicia, la igualdad y la fraternidad universal".[38]

B. El Voto Particular de Ponciano Arriaga

El artículo 27 de la Constitución mexicana de 1857, que consagró jurídicamente el pensamiento liberal mexicano dominante, en su primer párrafo establecía la protección del derecho de propiedad, mandando que la "propiedad de las personas no puede ser ocupada sin su consentimiento, sino por causa de utilidad pública y previa indemnización"; y en su segundo párrafo se establecía el objeto fundamental de la llamada *Ley Lerdo* de desamortización, de 25 de junio de 1856, en el sentido de que ninguna corporación civil o eclesiástica tendría capacidad para adquirir o administrar bienes raíces que no estuvieran directamente destinados a su objeto. El artículo 27, entonces, protege la propiedad y su libre circulación mercantil; no establece limitación alguna a la propiedad individual y mucho menos su fraccionamiento.

Ponciano Arriaga, en su carácter de constituyente, manifestó su desacuerdo con esta concepción de la propiedad que a la postre se estableció en la Constitución, y lo expresó en su *Voto Particular sobre el Derecho de Propiedad*, en su carácter de miembro de la Comisión de Constitución, presentándolo ante la Asamblea Constituyente el 23 de junio de 1856.[39]

[37] Rodríguez Varela, "Esteban Ávila...", *op. cit.*, pp. 8 y 9.

[38] Citado por Jean-Pierre Bastian, "El paradigma de 1789. Sociedades de ideas y Revolución Mexicana", en *Historia Mexicana*, vol. XXXVIII, El Colegio de México, México, julio-septiembre de 1988. Juan Amador era colaborador del periódico obrero *El artesano de Aguascalientes*, en la tipografía de Trinidad Pedroza de Aguascalientes, editó: *La Biblia, no Roma* (1868) y *El despertar de los foráticos. Extráctos de los retratos de varios Papas* (1867).

El abogado potosino considera que "uno de los vicios más arraigados y profundos de que adolece nuestro país consiste en la monstruosa división de la propiedad territorial", ya que:

> Mientras que pocos individuos están en posesión de inmensos e incultos terrenos, que podrían dar subsistencia para muchos millones de hombres, un pueblo numeroso, crecida mayoría de ciudadanos, gime en la más horrenda pobreza, sin propiedad, sin hogar, sin industria, ni trabajo.
> Ese pueblo no puede ser libre ni republicano, y mucho menos venturoso, por más que cien constituciones y millones de leyes proclamen derechos abstractos, teorías bellísimas, pero impracticables, en consecuencia del absurdo sistema económico de la sociedad.[40]

Arriaga da su Voto Particular, esto es su opinión disidente en cuanto que constituyente, porque considera que: "La Constitución debería ser la ley de la tierra; pero no se constituye ni se examina el estado de la tierra".[41]

El legislador potosino acepta y reconoce el derecho de propiedad y lo considera inviolable, pero considera que debe organizarse de tal modo que sus "infinitos abusos" sean desterrados. Entre otras cosas, denuncia también el modo en que opera la explotación del trabajo de los campesinos:

> Los miserables, sirvientes del campo, especialmente los de la raza indígena, están vendidos y enajenados para toda la vida, por que el amo les regala el salario, les da el alimento y el vestido que quiere y el precio que le acomoda, so pena de encarcelarlos, castigarlos, atormentarlos e infamarlos, siempre que no se sometan a los decretos y órdenes del dueño de la tierra.[42]

[39] Se publicó en el *Diario Oficial del Supremo Gobierno de la República Mexicana*, el 28 de junio de 1856.

[40] Ponciano Arriaga, "Voto Particular sobre el Derecho de Propiedad", en *Obras completas*, vol. IV, La Experiencia Nacional, 2, Investigación y edición a cargo de Enrique Martínez y María Isabel Abella, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1992, pp. 271 y 272.

[41] *Ibidem*, p. 272.

[42] *Ibidem*, pp. 276 y 277.

Arriaga establece, diríamos, una teoría *personalista* de la propiedad. Así, dice: "la persona tiene el derecho de ocupar las cosas, y ocupándolas se las apropia", considera a "la persona como fuente y principio de todo derecho"; pero la ocupación no basta, el trabajo y la producción, "confirman y desarrollan, el derecho de propiedad".[43] Considera que en las inmensas propiedades territoriales, no se da ocupación verdadera del propietario ni posesión legal, mucho menos producción y trabajo; la propiedad no va unida a la persona.[44] Además, se pregunta: "Una vez fijado y santificado el derecho de propiedad, ¿no engendra deberes y obligaciones, puesto que, si el deber no es anterior al derecho, son por lo menos correlativos?"[45]

Basándose en las anteriores consideraciones, hace proposiciones normativas, tendientes al reparto equitativo de la tierra.[46]

C. La ideología de los rojos*, con relación a la propiedad*

No hay duda que los liberales aguascalentenses conocidos como los *rojos*, recogen tanto la influencia de la concepción de la propiedad de la tradición mexicana preocupada por los problemas sociales y la situación de alienación de los pobres, así como las doctrinas de los teóricos socialistas. Como parte de la primera influencia sostenemos que destaca Arriaga. Esas fuentes de inspiración se ven tanto en algunos artículos publicados previamente, y como preparando un poco el ambiente, a la *Ley Agraria*, así como la exposición de motivos de la misma y sus propios términos.

Así, Juan Amador publica un artículo, en tres partes, denominado "La Propiedad", que aparece en *El Porvenir* a fines de enero y principios de febrero de 1861.[47] Este texto revela el espíritu del Voto Particular de Arriaga, y las ideas de los teóricos socialistas.

Amador sostiene que el derecho de propiedad es inherente a todo hombre e igual en todos, del modo que lo son los derechos de igual-

[43] *Ibidem*, p. 284.
[44] *Ibidem*, p. 285.
[45] *Idem*.
[46] *Ibidem*, pp. 293-295.
[47] Gómez Serrano, *Documentos para la historia del liberalismo en Aguascalientes 1835-1876*, *op. cit.*, pp. 233-256.

dad y libertad. Estableciendo, sin embargo, que la igualdad y la libertad no podrán disfrutarse cabalmente, "mientras no se conceda el pleno goce del de propiedad".[48] Por lo que, aplicando la justicia, debe darse un reparto de la propiedad, que permita a todos gozar de ese derecho. Juan Amador considera que debe establecerse en la Constitución un punto en ese sentido:

> La propiedad de las personas, como que es uno de sus inherentes derechos, será inviolable cuando a juicio del gobierno esté distribuida entre todos los ciudadanos con la mayor igualdad posible, previas las leyes o disposiciones que al efecto se dicten.[49]

Del mismo modo, aunque se trata de un artículo mucho más simple que el de Amador, un texto publicado por Agustín R. González,[50] manifiesta también las influencias señaladas. Así el político e historiador escribía:

> Mis tendencias no son por el comunismo: creo que una ley agraria es la más conveniente para vuestra patria, porque hacer que lo que para unos es superfluo sea útil para la comunidad, es no sólo político sino justo: es una exigencia nacional, una medida que reclama la civilización y la humanidad. La propiedad debe distribuirse, debe organizarse equitativa y sabiamente.[51]

González propone para obtener la distribución, lo que a final de cuentas hizo la *Ley Agraria*, "una medida indirecta": "imponer onerosas contribuciones a los propietarios por todos los terrenos que excedan del número de caballerías o sitios que la ley señale".[52]

Esteban Ávila, su secretario Martín W. Chávez y el diputado Pedro P. Adame, redactaron una "Circular" que hace las veces de "Ex-

[48] Juan Amador, "La Propiedad", en Gómez Serrano, *Documentos...*, *op. cit.*, pp. 234-235.
[49] *Ibidem*, p. 256.
[50] "Propiedad", en *El Porvenir*, 27 de enero de 1861, *Cfr.* Gómez Serrano, *Documentos...*, *op. cit.*, pp. 257-261.
[51] Agustín R. González, "Propiedad", en Gómez Serrano, *Documentos...*, *op. cit.*, p. 260.
[52] *Ibidem*, p. 261.

posición de motivos" de la *Ley Agraria*;[53] y la publican en *El Porvenir* de 18 de agosto de 1861.

Comienza diciendo que "un malestar cruel abruma a nuestra sociedad...", por lo que se debe "cambiar la suerte de los desgraciados y regenerar la faz de la sociedad".[54]

Se ve la división de la propiedad como una exigencia; reconociendo que se sigue al pensamiento de los socialistas.

Se establece en qué consistirá la *Ley Agraria*, precisamente en cobrar a los propietarios un impuesto "con entera equidad y en proporción a su riqueza".[55] Se dice, además, que con el impuesto se tomará un fondo destinado a la instrucción pública, fomento de la escuela de artes, banco para socorro de artesanos y casas de beneficencia. Hacen recordar el Voto de Arriaga las siguientes consideraciones:

> Atendido lo módico de la contribución anual, se ve que no es gravosa para los propietarios de terrenos que no puedan cultivar; y la idea de gobierno en este caso, es agravar lo que debe tenerse por superfluo para unos y eminentemente útil cuando cambie de dueño...
> ...se ha tocado, pues, por el Gobierno, el único medio justo, que hay para llegar a la división de la riqueza, esto es, gravar lo excesivo hasta el punto de hacer que sea difícil retenerlo.[56]

Víctor González Esparza ha resaltado el carácter fiscal de la ley de los *rojos* que versa sobre la tierra, y prioriza en su análisis ese aspecto: "ley fiscal de Esteban Ávila: digo fiscal y no agraria dado que el proyecto trataba de cobrar impuestos a los hacendados...".[57] Creemos que lo fiscal no es lo más relevante de la Ley, como sostiene

[53] Jesús Gómez Serrano, *Hacendados y campesinos en Aguascalientes*, Ed. Centro de Investigaciones Regionales de Aguascalientes (CIRA) y Fideicomiso Enrique Olivares Santana, México, 1985, p. 173.

[54] "Exposición de motivos de la Ley Agraria", en Gómez Serrano, *Documentos...*, *op. cit.*, p. 263.

[55] *Ibidem*, p. 264.

[56] *Ibidem*, p. 265.

[57] Víctor M. González Esparza, *Cambio y continuidad. La Revolución Mexicana en Aguascalientes*, Centro de Investigaciones y Estudios Multidisciplinarios de Aguascalientes y Oficina de Coordinación de Asesores del C. Gobernador, México, 1998, p. 54.

González Esparza, porque lo fiscal, los impuestos, es el medio, no el fin; la causa final de la Ley es el reparto agrario; en la Exposición de motivos esto es explícito, y no deja lugar a dudas.

D. La Ley Agraria

El 18 de agosto de 1861, *El Porvenir*, núm. 22, t. II, periódico semioficial, publicó la *Ley Agraria*, impulsada por Esteban Ávila y su grupo político liberal de los *rojos*.[58] Se daba así quizás "el último intento agrario liberal",[59] dice don Jesús Reyes Heroles, que de haber tenido éxito, prácticamente "hubiera implicado la expropiación de todas las haciendas medianas y grandes y su reparto en pequeños lotes entre los labriegos pobres",[60] dice Jesús Gómez.

En lo sustancial la ley dispone que "se impone una contribución agraria que pagarán anualmente los propietarios de fincas rústicas" (art. 1o.). El artículo 2o. establece el monto de la contribución, como un impuesto proporcional y progresivo, que se incrementa conforme aumenta la dimensión de la propiedad rural afecta al impuesto.

En el artículo 4o. se manda que la contribución se pagará por años adelantados, a partir de 1862, en las tesorerías municipales de las cabeceras de los partidos.

Las normas clave que implican la reforma agraria, son los artículos 5o. y 7o., que a continuación transcribimos completos:

> Art. 5o. Al propietario que no satisfaga su cuota en los primeros quince días del mes de enero, se le embargará una estensión de tierra equivalente al valor del adeudo si este pasare de doscientos pesos, y al precio del cómputo que sirva para la recaudación; y si en los segundos quince días no se hiciere el pago se adjudicará el terreno á la municipalidad, entendiéndose que el propietario quiere hacer el entero en especie y no en moneda. Para el efecto, los tesoreros municipales harán uso de facultad económica coactiva concedida por las leyes, y formarán acta con el mandamiento de embargo y demás requisitos que se usan en iguales casos, hasta hacer constar la adjudi-

[58] La *Ley Agraria* tiene fecha de 17 de agosto de 1861.

[59] Jesús Reyes Heroles, *El Liberalismo mexicano*, III. *La integración de las ideas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p. 616.

[60] Gómez Serrano, *Hacendados...*, *op. cit.*, p. 166.

> cación y posesión que dará a los síndicos procuradores á nombre del cuerpo municipal.
>
> Art. 7o. Los terrenos que adquieran los ayuntamientos en virtud del artículo 5o., los distribuirán entre los pobres, en lotes de una caballería, y por medio de una junta compuesta del presidente del ayuntamiento, el síndico procurador y el receptor de rentas ó tesorero municipal, la cual mandará levantar el plano de los terrenos que hayan entrado á la propiedad común, y divididos en lotes numerados, convocará interesados que aspiren á su adquisición, señalando el día del sorteo. Llegado éste y formada la lista de los interesados, se sortearán en acto público y serán los dueños los que designe la suerte. Nadie puede adquirir más de una caballería, ni entrar al sorteo sin acreditar que no es propietario.[61] [Una caballería de tierra es equivalente a 32 hectáreas, 79 áreas y 53 centiáreas].[62]

En virtud de las presiones políticas de los hacendados, no sólo de Aguascalientes, sino de varias partes del país, y de la debilidad del gobierno de Ávila, la *Ley Agraria* es abrogada por el Congreso el 8 de noviembre de 1861.[63]

3. El Acusador Público

La Constitución de 1861 es un documento jurídico muy interesante. Entre otras cosas destacables, crea la figura e institución del Acusador Público y Defensor de los Derechos e Intereses de los Pobres. Esta institución político-social está inspirada en los Procuradores de Pobres, propuestos por Ponciano Arriaga en su carácter de diputado al Congreso en el estado de San Luis Potosí, y establecidas en esa entidad federativa. Aunque, es necesario decirlo desde ahora, con mayor sentido social y de protección a los pobres la institución de Arriaga y con más fuerza política y ligada a la responsabilidad de los funcionarios la de Ávila.

[61] García Cantú, en la obra citada, en la sección de Documentos, publica el texto íntegro de la *Ley Agraria*, con la Exposición de motivos, pp. 271-276.

[62] Antonio Luna Arroyo y Luis G. Alcerreca, *Diccionario de derecho agrario mexicano*, Porrúa, México, 1982, p. 75.

[63] Gómez Serrano, *Hacendados...*, *op. cit.*, p. 185.

A. Procuradores de Pobres del estado de San Luis Potosí

Don Ponciano Arriaga Leija, como diputado al Congreso del estado de San Luis Potosí, "haciendo uso del derecho que le otorga el artículo 120 de la Constitución Potosina de 1826",[64] el 7 de febrero de 1847 presentó al Congreso la propuesta del establecimiento de procuraduría de pobres, como instituciones defensoras de sus derechos.

Comienza por hacer una descripción de la pobreza y de los pobres; de esa "clase desvalida, menesterosa... abandonada á sí misma"; y de esos que se "ven desnudos y hambrientos, por todas partes vejados, en todas partes oprimidos".[65]

Y Arriaga se pregunta: "¿a quién incumbe la protección, el amparo, la defensa de esta clase infeliz á que me refiero? ¿Qué hace, pues, la sociedad a favor de los pobres? Nada. ¿Cómo protege sus derechos? De ningún modo".[66] De ahí que proponga que sea creada una institución estatal que tenga por objeto defender a los pobres, y esas serían la Procuradurías de Pobres con tres Procuradores de Pobres como titulares de las mismas.

Así, con fecha 10 de marzo de 1847, el Congreso del estado de San Luis Potosí decretó la creación de la institución con la Ley de la Procuraduría de Pobres.[67] Ésta estaría integrada con "tres procuradores de pobres, nombrados por el Gobierno" (art. 1o.).

Los artículos básicos de la ley, que nos dan una idea clara de las funciones de los procuradores, son los siguientes:

> 2o. Será de su obligación ocuparse exclusivamente de la defensa de las personas desvalidas, denunciando ante las autoridades respectivas, y pidiendo pronta é inmediata reparación sobre cualquiera exceso, agravio, vejación,

[64] J. Jesús Juárez Pérez, "Capítulo V. Procuradores de Pobres: Vicente Busto, Manuel Ma. Castañeda y Manuel Arriola", en *Derecho, justicia y derechos humanos. Filosofía y experiencias históricas*, Alejandro Rosillo Martínez y Jesús Antonio de la Torre Rangel (coords.), Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, San Luis Potosí, 2004, p. 95.

[65] Arriaga, *Obras completas*, vol. II, La experiencia potosina, *op. cit.*, p. 257.

[66] *Ibidem*, pp. 258-259.

[67] Publicada el 11 de marzo de 1847, en *La Época, Periódico Oficial del Estado de San Luis Potosí*.

maltratamiento o tropelía que contra aquellas se cometieren, ya en el orden judicial, ya en el político o militar del Estado, bien tenga su origen de parte de alguna autoridad, ó bien de cualquiera otro funcionario ó agente público.
[...]
6o. Recibida la queja en uno ú otro caso, las autoridades respectivas procederán sin demora á averiguar el hecho, decretar la reparación de la injuria, y aplicar el castigo legal cuando sea justo, ó á decidir la inculpabilidad de la autoridad, funcionario ó agente público de quien se interpuso la queja. En caso de que el hecho merezca pena de gravedad, pondrán al culpable á disposición de su Juez competente para que lo juzgue, y los Procuradores de pobres agitarán el más breve término del juicio.
7o. Los Procuradores de pobres tendrán á su disposición la Imprenta del Estado, con el objeto de poner en conocimiento del público, siempre que entendieren que no se les ha hecho justicia, la conducta y procedimientos de las autoridades ante quienes se quejaron. El gasto del papel en estos casos, y en los de que habla el art. 5o., será con cargo á las rentas del Estado.
[...]
13. Además de los deberes señalados en los artículos anteriores para todos los casos particulares, será de la obligación de los Procuradores informarse de las necesidades de la clase pobre, solicitar de las autoridades el debido remedio, promover la enseñanza, educación y moralidad del pueblo, y todas aquellas mejoras sociales que alivien su miserable situación. Con estos sagrados objetos, tendrán aquellos funcionarios un acuerdo en sesión semanaria, pudiendo pedir datos y noticias á todas las oficinas del Estado. Estas sesiones jamás se declararán concluidas hasta no haber acordado alguna cosa en el sentido que indica este artículo.[68]

B. El Acusador Público y Defensor de los Derechos e Intereses de los Pobres, de la Constitución de 1861 de Aguascalientes

En el Título IV "Del Poder Judicial", Capítulo III, la Constitución de Aguascalientes de 1861 norma lo relativo al Acusador Público, de los artículos 103 al 112.

Así el artículo 103 manda que habrá en el Estado un funcionario de primer orden con las denominaciones de "Acusador Público y

[68] Decreto núm. 18, en Arriaga, *op. cit.*, vol. II, pp. 277-280.

Defensor de los Derechos e Intereses de los Pobres". Su nombramiento es mediante elección popular directa (art. 104).

Ya el modo de elección deja ver la fuerza política del funcionario; y si bien tiene como una de sus obligaciones, según el artículo 108, fracción II, la plenitud de la defensa de los pobres, como los Procuradores de Pobres potosinos, sus funciones propiamente como Acusador, en cuanto que tiene que ver con la responsabilidad de los funcionarios públicos desde el más alto nivel como el gobernador y los jueces hasta los empleados inferiores, le da una importancia de primer orden dentro de las instituciones del estado y una enorme fuerza política. Veamos los artículos más importantes que dicen textualmente:

Art. 107. Son facultades del Acusador Público:
I. Acusar ante el Congreso al Gobernador del Estado por los delitos que denomina el artículo 116 durante el periodo de su encargo, y concluido éste, por las faltas que haya cometido en su ejercicio y que no están especificadas en el mismo artículo.
II. Acusar por los mismo delitos y por los de que hablan los artículos 119 y 120 á los diputados, á los magistrados del Superior Tribunal de Justicia, al Secretario del despacho y al Tesorero general.
III. Pedir que se exija la responsabilidad a los funcionarios de primer orden y empleados inferiores, por las autoridades ó tribunales que corresponda.
IV. Finalmente intervenir y representar a la vindicta pública en todos los casos de responsabilidad. Exigir a los tribunales en nombre de la vindicta pública la aplicación de las penas á los infractores de las leyes.
Art. 108. Sus obligaciones son:
I. Informar por escrito al Congreso en los últimos días de abril y septiembre, de las faltas cometidas por los funcionarios, y del estado que guarde la Administración en todos sus ramos.
II. Oír y defender gratuitamente los intereses y derechos de los notoriamente pobres que lo soliciten, y comparecer con puntualidad ante quien corresponda en todos los casos que aquellos le pidan.
III. Recusar en nombre y con poder de los ciudadanos a los jueces sospechosos y pedir la responsabilidad de los que demoren el despacho de las causas ó no las sustancien con arreglo á las leyes.
IV: Patrocinar á los ciudadanos pobres en las causas civiles y criminales.[69]

[69] *Las constituciones de Aguascalientes*, LII Legislatura, 1986, pp. 81 y 82.

Muchos autores han señalado que los Procuradores de Pobres son antecedente de las instituciones tipo *ombudsman*, como la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y las comisiones estatales defensoras de derechos. Y creo que llevan razón al sostener esto. Sin embargo, nos atreveríamos a decir que con igual razón debe ser considerado en el mismo sentido el Acusador Público y Defensor de los Derechos e Intereses de los Pobres, de la Constitución de Aguascalientes de 1861, con la ventaja de su mayor fuerza política, que viene de su nombramiento popular y sus funciones.

4. Constitución de 1868

Una vez restaurada la República, el 18 de octubre de 1868, se expide una nueva Constitución Política del Estado de Aguascalientes, promulgada y sancionada por el gobernador Jesús Gómez Portugal. Expresamente se dice, también reforma de la Constitución de 1857, pero realmente es una nueva constitución.

Esta Carta Magna contiene una invocación y 10 títulos. La invocación es, otra vez, a Dios y no a la Razón, y es en estos términos:

> En el nombre de Dios y con autoridad del pueblo

El Título I contiene sólo un Capítulo de Declaración de derechos. Consagra los mismos derechos que da la Constitución de 1861, con pequeñas modificaciones no trascendentales. Agrega dos disposiciones adaptando la Constitución a las Leyes de Reforma; se establecen en los artículos 27 y 28.

> Art. 27. Ninguna corporación puede adquirir bienes raíces en el Estado, excepto los edificios destinados para cárceles y hospicios y los consagrados para la instrucción y beneficencia.
> Art. 28. Queda prohibida la clausura monástica de personas de uno o de otro sexo. La ley determinará la pena que merezca el que en este sentido y por virtud de votos monásticos, pacte su esclavitud.

Excepto lo que refiere a la Declaración de derechos, la Constitución de 1868 nos parece una Carta sin originalidad alguna. Tiene la

estructura básica de las constituciones liberales de la época. Ya no aparece la muy democrática institución del Acusador Público. La elección de los magistrados del Tribunal de Justicia, ya tampoco es popular directa, sino indirecta (art. 100).

VI. Corolario

A partir de 1868 el liberalismo jurídico de Aguascalientes dejó de ser original. Sigue los lineamientos uniformes que vienen desde el centro. Al restaurarse la República en 1867, viene una muy fuerte tendencia centralizadora; así sucede con el gobierno de Juárez y Sebastián Lerdo de Tejada. El Porfiriato refuerza la tendencia.

Con la dictadura de Porfirio Díaz, el signo ideológico dominante será el *positivismo* y no el liberalismo. Sólo será a partir de 1917, con la nueva Constitución, producto de las fuerzas revolucionarias, que surja una nueva juridicidad, que conlleva importantes reformas sociales, pero legalizando la tendencia al centralismo y la uniformidad.

El maestro Elisur Arteaga Nava analiza nuestro federalismo, y aunque sus palabras se refieren a la actualidad, creo que se aplican al proceso gradual que se da desde la República restaurada en adelante. Dice esto:

> El federalismo mexicano actual sólo permite la uniformidad; condena la heterodoxia; ya no existen esos renuevos políticos provincianos que abundaron el siglo pasado (XIX).[70]

Un ejemplo de esos *renuevos provincianos*, que dice el maestro Arteaga, es precisamente el liberalismo jurídico de Aguascalientes, dado entre los años de 1860 y 1862.

[70] Elisur Arteaga Nava, *Derecho constitucional, instituciones federales, estatales y municipales*, t. II, UNAM, México, 1994.

LAS FACULTADES DEL CORREDOR PÚBLICO EN MATERIA DE FE PÚBLICA

Alfredo TRUJILLO BETANZOS

"No estoy de acuerdo con lo que dices, pero defenderé con mi vida tu derecho a expresarlo".

Voltaire

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Jerarquía entre ordenamiento federal y local.* III. *La dación de fe pública por parte del corredor público.* IV. *Hechos de naturaleza mercantil.* V. *Constitución y demás actos previstos por la Ley General de Sociedades Mercantiles incluso aquellos en los que se haga constar la representación orgánica.* VI. *Cotejar y certificar las copias de las pólizas o actas que hayan sido otorgadas ante ellos.*

I. INTRODUCCIÓN

No obstante que la correduría pública es una figura que ha acompañado al comerciante a lo largo de la historia, es en estos tiempos que se cuestiona por algunos, los límites de su competencia.

Este pequeño trabajo busca contribuir a la discusión jurídica que es necesaria para reconocer la trascendencia del corredor público en el mundo actual ante las exigencias planteadas por el tráfico comercial.

En este nuevo mundo globalizado, hoy más que nunca, nuestra nación se enfrenta a nuevos retos en materia comercial que hacen indispensable que un auxiliar del comercio, como es el corredor público, esté a la altura de las circunstancias y preste un servicio rápido y eficaz.

En estos tiempos, donde México pide a gritos "acuerdos", es indispensable la colaboración de los corredores públicos con otros actores, como son los notarios públicos, abogados corporativos, litigantes, contadores, etc., para prestar a la moderna empresa, un servicio integral que permita a ésta, estar jurídicamente apta para competir en el nuevo mercado.

Pienso que es un error considerar al corredor público como un competidor del notario; por el contrario, estoy convencido que el corredor público es un auxiliar del comercio con diversas funciones, como son: el ser perito valuador y ser fedatario en materia mercantil, y sólo es en esta pequeña parte de su función, donde su actuación tiene similitud con el notario, con quien puede colaborar en beneficio del actor más importante, que es sin lugar a dudas el consumidor.

II. Jerarquía entre ordenamiento federal y local

Antes de abordar lo que son las facultades del corredor público en materia de fe pública, es necesario que se analice brevemente una cuestión constitucional relacionada con esto.

En todo sistema jurídico federal que se integra con dos esferas de competencia jurídica, la nacional y la local, es decir, el de la federación y el de las entidades federadas, opera necesariamente el principio de la supremacía del primero. Sin este principio, dicho sistema no podría funcionar.

En efecto, dentro del territorio de un Estado miembro rige su derecho y el derecho federal en diferentes ámbitos de normatividad, establecidos conforme al artículo 124 constitucional; ahora bien, en el supuesto de que entre uno y otro de tales órdenes jurídicos, exista alguna contradicción, la prevalencia normativa corresponde al federal, situación conflictiva que como veremos a continuación, no sólo puede darse al quebrantarse el régimen de competencia que opera entre los órganos federales y los locales.

Estas consideraciones teóricas se reflejan en lo establecido por el artículo 41 constitucional que dispone: "El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución federal y las particulares de los estados,

las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del pacto federal".

Claramente se advierte que conforme a este precepto, en el Estado mexicano funcionan los dos órdenes jurídicos mencionados, correspondiendo la hegemonía normativa no sólo a la Ley Fundamental nacional, sino a la legislación secundaria de la Federación y a los tratados internacionales, según se colige del artículo 133 constitucional.

Es más, dicha hegemonía impone a los gobernadores de los estados federados la obligación de publicar y hacer cumplir las leyes federales de acuerdo con lo establecido por el artículo 120 de la Ley Suprema.

Por consiguiente, dentro del sistema jurídico mexicano, la pirámide normativa está formada jerárquicamente "*de maiore ad minus*" por los siguientes ordenamientos:

a) La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
b) Tratados internacionales que no se opongan a ella.[1]
c) Leyes federales.
d) Constituciones particulares de los estados.
e) Demás leyes locales.

Esta jerarquía indiscutiblemente proclama la supremacía del derecho positivo federal sobre el local, contrariamente a lo que sostiene Mario de la Cueva y Jorge Carpizo, quien sigue el pensamiento de aquél.[2]

Fundándose en que en México no existen facultades concurrentes entre las autoridades federales y las de los estados, afirman que el enfrentamiento entre la legislación federal y la local es un problema de competencia entre dichos tipos de autoridades.

[1] Sobre este punto es importante destacar que en el artículo 133 constitucional no queda clara la jerarquía de leyes, por lo que la SCJN ha dispuesto que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución federal.

En este tema es sin duda interesante lo escrito por Lorenzo Córdova Vianelo, "La Constitución y los tratados internacionales", en *Nexos*, abril, 352, 2007, p. 9.

[2] Burgoa, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, Porrúa, 8a. ed., 1991, pp. 462 y 463.

Ignacio Burgoa[3] no comparte las anteriores consideraciones, pues afirma que no es verdad que no exista supremacía del derecho federal sobre el local, ya que la legislación de cualquier entidad federativa, expedida respecto de alguna materia encuadrada dentro de la esfera competencial de su legislatura correspondiente, puede contrariar alguna ley federal, sin que esta contrariedad provenga necesariamente de falta de competencia.

En otras palabras, puede existir oposición entre una ley local y un ordenamiento federal no por la incompetencia del órgano legislativo, sino porque, al regular su respectiva materia, contengan ambos órdenes incompatibles, debiendo obviamente prevalecer las federales, siempre y cuando sea de acuerdo con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Esto es importante tenerlo presente al juzgar la actuación del corredor público, ya que mientras una ley federal le dé competencia, él puede actuar, sin importar lo que diga la ley local; siempre y cuando no se invadan competencias entre las legislaciones.

También se debe hacer énfasis en que la inobservancia de la graduación normativa que hemos señalado por parte de cualquier acto de autoridad *stricto sensu*, o sea, de resoluciones, acuerdos o decisiones administrativas o de actos jurisdiccionales y con independencia de los órganos estatales de los que provengan, legitima conforme al sistema jurídico mexicano, a todo gobernado para interponer el juicio de amparo contra el acto lesivo, toda vez que dicha inobservancia concomitantemente entraña la violación al principio de legalidad erigido al rango de garantía constitucional por los artículos 14 y 16 de nuestra Ley Suprema.

Por último, debemos señalar que si bien, en nuestro sistema constitucional las facultades de los poderes federales se encuentran dentro de una zona perfectamente ceñida, existe en la propia Constitución un precepto en virtud del cual, éstos están en posibilidad de salir de su encierro para ejercitar facultades que, según el rígido sistema del artículo 124, que señala: "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados", deben pertenecer en términos ge-

[3] *Idem.*

nerales a los estados y éstas son las facultades implícitas a que se refiere el último párrafo del artículo 73 constitucional.

> Artículo 73. El Congreso tiene facultad:
>
> XXX. Para expedir todas las leyes que sean necesarias, a objeto de hacer efectivas las facultades anteriores, y todas las otras concedidas por esta Constitución a los Poderes de la Unión.

Mientras que las facultades explícitas son las conferidas por la Constitución a cualquiera de los poderes federales, concreta y determinadamente en alguna materia, las facultades implícitas son las que el Poder Legislativo puede ejercitar o expedir leyes que amplíen facultades a cualquiera de los otros dos poderes federales como medio necesario para ejercitar alguna de las facultades explícitas; por consiguiente, y en relación con las funciones del corredor público, no es necesario que en forma explicita la constitución otorgue facultades al Congreso, para que éste pueda legislar en materias relacionadas al comercio, y por consiguiente el corredor público estará facultado para actuar en aquellas actividades que impliquen una actividad comercial o se relacionen con ella.

III. La dación de fe pública por parte del corredor público

Con fecha 23 de mayo de 2006, se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación* reformas a la Ley Federal de Correduría Pública, por lo que con base en lo anterior, se procede a analizar una de las funciones que tiene el corredor público, y quiero ser muy enfático en que sólo es una de ellas, porque la actividad del corredor público, va mas allá de ser un simple fedatario.

1. Fe pública y su detentación por parte del Estado

Al iniciar este análisis, quisiera comenzar por el concepto de fe pública y su necesaria detentación por parte del Estado.

Comúnmente se ha confundido la fe pública con la "formalidad" de los actos jurídicos, pero aquélla va mucho más allá de ser un simple requisito de validez.

En términos muy simples, podemos afirmar que la fe pública es: "El imperativo jurídico de considerar un acto o un hecho como verdadero".

Al ser un imperativo jurídico, ésta ocupa un lugar dentro del ordenamiento jurídico de un Estado.

En esta época moderna, el ordenamiento jurídico está dictado por el Estado, por ser éste el detentador del monopolio de la coacción legítima; por tanto, la fe pública pertenece necesariamente al Estado, en el entendido que es éste el facultado para autentificar un hecho o un acto. Dicha facultad la delega en servidores públicos o particulares.

Si la fe pública pertenece al Estado, dentro de nuestro régimen federal habrá que determinar: ¿quién se encuentra facultado para legislar sobre la facultad autentificadora del Estado?

Es mi opinión que, exceptuando el caso de la Ciudad de México,[4] el único facultado para legislar sobre esta materia es el Congreso de la Unión con fundamento en los artículos 73, fracción XXX, donde se señala: "Que el Congreso de la unión tendrá todas las facultades concedidas por esta Constitución a los poderes de la unión" y el artículo 121 que establece: "En cada Estado de la Federación se dará entera fe y crédito a los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todos los otros. *El Congreso de la Unión, por medio de leyes generales prescribirá la manera de probar dichos actos, registros y procedimientos*".

Es evidente que la manera para probar los actos a que se refiere el mencionado artículo 121 es a través de la fe pública que detenta el Estado, misma que es delegada en los servidores públicos o en los particulares, por lo que las entidades federativas, no pueden legislar en materia de fe pública al ser una facultad concedida expresamente a la Federación, aunque este punto no es tema del presente estudio y es preferible abundar sobre ello posteriormente.

Únicamente habrá que hacer mención que el artículo 121, antes que principio conflictual, es una norma de carácter constitucional que pretende circunscribir el orden jurídico de las entidades federativas a sus límites territoriales e impedir intentos indebidos de parte de ellas de excederse en su jurisdicción.[5]

[4] El artículo 122 constitucional establece expresamente la facultad de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, para legislar en materia de notariado.

2. Actos y hechos en los que puede intervenir

Entrando ya a lo que es objeto de este estudio, el artículo 6 de la Ley Federal de Correduría Pública nos menciona las actividades en las que el corredor público puede intervenir, y a continuación se estudiarán las que se refieren a la fe pública.

A. Contratos, convenios y actos jurídicos de naturaleza mercantil, excepto en tratándose de inmuebles

Para hablar de este apartado, es fundamental hablar de los actos de comercio.

a. Acto de comercio

La evolución del derecho mercantil ha pasado por dos etapas fundamentales. Primero, en su nacimiento, cuando el ámbito jurisdiccional de la materia mercantil quedaba condicionado al carácter de comerciante del sujeto que realizaba la conducta; y segundo, cuando el sistema objetivo se cristaliza en el Código de Comercio de Napoleón, donde lo que le da el carácter mercantil a una conducta, es el acto en sí, independientemente de su autor.[6]

Sin embargo, hay que hacer notar que aun en la primera etapa, donde existía el carácter subjetivo, siempre tenía importancia el "acto de comercio", ya que no todas las conductas del sujeto llamado "comerciante" entraban bajo la jurisdicción mercantil, sino únicamente las que tenían relación con su actividad comercial.

Autores clásicos de la talla de Vivante, Rocco, Garrigues o entre nosotros Tena, Pallares, Mantilla Molina, Rodríguez y Rodríguez,

[5] Arteaga Nava, Elisur, *Derecho constitucional*, Oxford University Press, México, 1997, p 546.

[6] Sobre este tema véase Trujillo Betanzos, Alfredo, "La objetivación del acto de comercio en el Código de Napoleón", conferencia impartida en la Escuela Libre de Derecho.

por mencionar sólo algunos y actualmente la doctora Quintana Adriano, han buscado desentrañar el concepto de "acto de comercio", e independientemente de las diversas posturas doctrinales que cada uno ha asumido, todos llegan a la misma conclusión: la dificultad de determinar lo que es un "acto de comercio".

Ya el maestro Vivante desde la primera edición de su famoso libro de *Derecho mercantil*,[7] hablaba de la dificultad de marcar los límites entre la materia civil y la materia mercantil, porque el concepto jurídico del comercio se va modificando y por lo general ensanchando con los progresos de la legislación y con la aparición de nuevas formas económicas.

Sin hacer un análisis de las diversas teorías existentes sobre la naturaleza del "acto de comercio", y las otras tantas definiciones que hay sobre el mismo, y siguiendo a la doctora Quintana,[8] podemos afirmar que hay tres factores que son determinantes y que constituyen un obstáculo para llegar a definir tajantemente el acto de comercio y que son:

a) La velocidad de la evolución del derecho mercantil.
b) El constante crecimiento del ámbito comercial.
c) La cada vez mayor especialización del derecho mercantil.

El derecho mercantil regula la actividad que hace que los pueblos evolucionen y es el motor del resto del ordenamiento jurídico, es por eso que la doctora Quintana concluye que el derecho mercantil es el centro del Universo.

Al no poder definirse el "acto de comercio", el legislador plasma lo que es su criterio respecto a los "actos de comercio" en el artículo 75 del Código de Comercio y al reconocer el propio legislador que dicha lista es incompleta, autoriza en la parte final de dicho artículo a los jueces para que de manera discrecional determinen la naturaleza del acto de comercio en una operación en donde exista duda sobre la misma.

[7] Vivante, César, *Derecho mercantil*, TSJDF, México, 2002, p. 42.
[8] Quintana, Adriano, *Ciencia del derecho mercantil*, Porrúa, México, 2002, p. 216.

Artículo 75. La ley reputa actos de comercio:
I. Todas las adquisiciones, enajenaciones y alquileres verificados con propósito de especulación comercial, de mantenimientos, artículos, muebles o mercaderías, sea en estado natural, sea después de trabajados o labrados.
II. Las compras y ventas de bienes inmuebles, cuando se hagan con dicho propósito de especulación comercial.
III. Las compras y ventas de porciones, acciones y obligaciones de las sociedades mercantiles.
IV. Los contratos relativos y obligaciones del Estado ú otros títulos de crédito corrientes en el comercio.
V. Las empresas de abastecimientos y suministros.
VI. Las empresas de construcciones, y trabajos públicos y privados.
VII. Las empresas de fábricas y manufacturas.
VIII. Las empresas de trasportes de personas o cosas, por tierra o por agua; y las empresas de turismo.
IX. Las librerías, y las empresas editoriales y tipográficas.
X. Las empresas de comisiones, de agencias, de oficinas de negocios comerciales, casas de empeño y establecimientos de ventas en pública almoneda.
XI. Las empresas de espectáculos públicos.
XII. Las operaciones de comisión mercantil.
XIII. Las operaciones de mediación de negocios mercantiles.
XIV. Las operaciones de bancos.
XV. Todos los contratos relativos al comercio marítimo y a la navegación interior y exterior.
XVI. Los contratos de seguros de toda especie, siempre que sean hechos por empresas.
XVII. Los depósitos por causa de comercio.
XVIII. Los depósitos en los almacenes generales y todas las operaciones hechas sobre los certificados de depósito y bonos de prenda librados por los mismos.
XIX. Los cheques, letras de cambio o remesas de dinero de una plaza a otra, entre toda clase de personas.
XX. Los vales u otros títulos a la orden o al portador, y las obligaciones de los comerciantes, a no ser que se pruebe que se derivan de una causa extraña al comercio.
XXI. Las obligaciones entre comerciantes y banqueros, si no son de naturaleza esencialmente civil.
XXII. Los contratos y obligaciones de los empleados de los comerciantes en lo que concierne al comercio del negociante que los tiene a su servicio.

XXIII. La enajenación que el propietario o el cultivador hagan de los productos de su finca o de su cultivo.
XXIV. Las operaciones contenidas en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
XXV. Cualesquiera otros actos de naturaleza análoga a los expresados en este código.
En caso de duda, la naturaleza comercial del acto será fijada por arbitrio judicial.

Un dato curioso es que la frase con la que inicia dicho artículo: "la ley reputa actos de comercio" se basa en el Código de Comercio italiano de 1882 y la interpretación que en su momento se dio a esa expresión en Italia, es que se daba a entender que la enumeración era sólo enunciativa y ejemplificativa.[9]

Todo lo anterior, nos lleva a concluir que el corredor público podrá intervenir en todos los actos de comercio con la amplitud que este concepto tiene y además en todas las obligaciones entre comerciantes, salvo los que tengan carácter esencialmente civil.

¿Pero qué es esencialmente civil? ¿Quién determina esta naturaleza? No conozco disposición alguna que haga el análisis correspondiente; por lo que tendremos que acudir a la doctrina y que mejor que buscar este concepto en un monstruo del derecho mercantil como es Alfredo Rocco quien dice:

"...y en este sentido no es acto esencialmente civil la donación, porque se hacen donaciones por causas de comercio, como, por ejemplo, donación para reclamo, gratificación a los empleados de un establecimiento mercantil, etc.; tampoco son en este sentido actos esencialmente civiles los actos ilícitos, aun cuando no sea muy raro que el comercio degenere en actividad ilícita; de igual modo son siempre actos esencialmente civiles los contratos agrícolas, aunque alguna vez puedan relacionarse también con el ejercicio del comercio, como, por ejemplo, con empresas municipales, y el comercio de ganados; en suma, *que civiles esencialmente no lo son sino aquellos cuya naturaleza misma rechaza el enlace con el comercio, tal cual ocurre con el testamento, el matrimonio y la adopción*".[10]

[9] Rocco, Alfredo, *Principios de derecho mercantil*, TSJDF, 2006, p. 151.
[10] Rocco, *op. cit.*, pp. 191 y 192.

También podemos acudir a Vivante que dice:

"...pero destrúyese la presunción cuando se prueba la naturaleza civil del negocio. Puede inferirse esto sin más que por sus caracteres constantes, como en el caso de la adopción, del testamento, del matrimonio, o bien por las circunstancias especiales y conocidas por ambos contratantes, que acompañaron a la celebración del contrato, por ejemplo, en el caso de un mutuo estipulado por un comerciante a sabiendas de la otra parte contratante para dotar a una hija o para pagar el precio de una casa de campo. En estos casos, como el acto no puede referirse a su comercio, está regido por las leyes civiles".[11]

Con base en las opiniones de estos grandes juristas, se debe afirmar que el campo de los actos esencialmente civiles es muy pequeño y sus fronteras son muy claras.

Por lo que toca a los inmuebles, la ley señala que el corredor público no puede intervenir en operaciones sobre ellos.

El argumento que se ha dado para excluir la participación del fedatario federal en este punto, es que en términos del artículo 13, fracción III, del Código Civil para el Distrito Federal y su correlativo del Código Civil Federal, los inmuebles se rigen por la legislación del lugar de su ubicación.

Este precepto significa que los derechos reales sobre inmuebles se regirán en nuestro caso, por el Código Civil del Distrito Federal; el cual establece como requisito que los derechos reales sobre inmuebles se constituyan, modifiquen, transmitan o extingan ante notario público y en escritura pública.

Al señalar el artículo 6 del Reglamento de la Ley Federal de Correduría Pública que cuando una disposición legal diga "notario" deberá entenderse "corredor público" y cuando se señale "escritura" deberá entenderse "póliza", el corredor público debería estar facultado para poder intervenir en materia de inmuebles.

El argumento de que al ser materia local el régimen sobre inmuebles, el único fedatario autorizado para intervenir es el fedatario local, y no el federal, cae por su propio peso, al permitirse al

[11] Vivante, *op. cit.*, p. 42.

amparo del artículo 121 constitucional antes visto, que fedatarios regidos por leyes del notariado distintas a la de la Ciudad de México actúen respecto a inmuebles ubicados en esta ciudad.

En mi opinión, el corredor público puede actuar en operaciones de inmuebles cuando haya un nexo mercantil, cumpliendo con su ley en cuanto a su actuación y cumpliendo con la legislación local en lo relativo al inmueble objeto de la transacción.

Además podemos añadir que la participación del corredor público tratándose de operaciones traslativas de dominio sobre inmuebles está reconocida en otros cuerpos normativos, como son el Código Fiscal de la Federación, la Ley del Impuesto sobre la Renta, la Ley del Impuesto al Valor Agregado y varias leyes locales.[12]

b. Transmisión gratuita de acciones

Otro punto interesante es el relativo a la transmisión gratuita de acciones. Algunos han considerado que en esta materia la actuación del corredor público está vedada ya que la donación es un acto esencialmente civil, lo cual es falso, según se desprende de las palabras de Rocco a que hemos hecho referencia anteriormente.

Además, no existe disposición legal alguna que excluya al corredor público de esta actuación, ya que no es esencial al "acto de comercio" el fin de lucro y por lo tanto puede haber "actos de comercio" que tengan una finalidad totalmente distinta y en algunos casos carente de cualquier contenido jurídico.

Pero además de lo anterior, las acciones son en términos del artículo 1 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito "cosas mercantiles".

> "Artículo 1o. Son cosas mercantiles los títulos de crédito. Su emisión, expedición, endoso, aval o aceptación y las demás operaciones que en ellos se consignen, son actos de comercio. Los derechos y obligaciones derivados de los actos o contratos que hayan dado lugar a la emisión o transmisión de títulos de crédito, o se hayan practicado con éstos, se rigen por las normas enumeradas en el artículo 2o., cuando no se puedan ejercitar o cumplir separadamente del título, y por la Ley que corresponda a la naturaleza civil o mercantil de tales actos o contratos, en los demás casos".

[12] García González, Jaime Salvador, "Comentarios sobre la prohibición en materia inmobiliaria de la Ley Federal de Correduría Pública", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, núm. 30, 2006, p. 161.

El régimen de transmisión de estos títulos tiene normas especiales, las cuales se encuentran en la Ley General de Sociedades Mercantiles y son el endoso del título y el Registro en el Libro de Registro de Acciones, lo que se desprende de los siguientes artículos.

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito:

> Artículo 22. Respecto a los títulos de deuda pública, a los billetes de banco, a las acciones de sociedades y a los demás títulos de crédito regulados por leyes especiales, se aplicará lo prescrito en las disposiciones legales relativas y, en cuanto ellas no prevengan, lo dispuesto por este Capítulo.
> Artículo 26. Los títulos nominativos serán transmisibles por endoso y entrega del título mismo, sin perjuicio de que puedan transmitirse por cualquier otro medio legal.
> Artículo 27. La transmisión del título nominativo por cesión ordinaria o por cualquier otro medio legal diverso del endoso, subroga al adquirente en todos los derechos que el título confiere; pero lo sujeta a todas las excepciones personales que el obligado habría podido oponer al autor de la transmisión antes de ésta. El adquirente tiene derecho a exigir la entrega del título.
> Artículo 28. El que justifique que un título nominativo negociable le ha sido transmitido por medio distinto del endoso, puede exigir que el juez, en vía de jurisdicción voluntaria, haga constar la transmisión en el documento mismo o en hoja adherida a él. La firma del juez deberá ser legalizada.
> Artículo 29. El endoso debe constar en el título relativo o en hoja adherida al mismo, y llenar los siguientes requisitos:
> I. El nombre del endosatario.
> II. La firma del endosante o de la persona que suscriba el endoso a su ruego o en su nombre.
> III. La clase de endoso.
> IV. El lugar y la fecha.Ley General de Sociedades Mercantiles.

Ley General de Sociedades Mercantiles:

> Artículo 129. La sociedad considerará como dueño de las acciones a quien aparezca inscrito como tal en el registro a que se refiere el artículo anterior.

A este efecto, la sociedad deberá inscribir en dicho registro, a petición de cualquier titular, las transmisiones que se efectúen.
Artículo 131. La transmisión de una acción que se efectúe por medio diverso del endoso deberá anotarse en el título de la acción.

Si consideráramos que es más importante el aspecto civil de la donación que la naturaleza jurídica del propio título, llegaríamos al absurdo de afirmar que la transmisión en forma gratuita de las acciones no debería hacerse a través del endoso y, por el contrario, en términos del artículo 2344 del Código Civil para el Distrito Federal, debería hacerse ante notario y no como simple ratificación de firmas de un contrato de donación sino forzosamente en escritura pública.

Este razonamiento destruiría totalmente la naturaleza y finalidad que los títulos valores tienen en el sistema jurídico. En materia mercantil y en particular, respecto a un título valor, después de la seguridad jurídica, la celeridad y la sencillez son los valores supremos.

c. Créditos refaccionarios y de avío

Para evitar enumeraciones inútiles, el legislador en el nuevo artículo sexto no menciona expresamente que el corredor puede intervenir en ese tipo de actos, sin embargo, la naturaleza de estos actos es claramente mercantil, lo cual es corroborado por el artículo 66 de la ley de Instituciones de Crédito:

Artículo 66. Los contratos de crédito refaccionario y de habilitación o avío, que celebren las instituciones de crédito, se ajustarán a lo dispuesto por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y a las bases siguientes:
I. Se consignarán, según convenga a las partes y cualquiera que sea su monto, en póliza ante corredor público titulado, en escritura pública o en contrato privado, que en este último caso se firmará por triplicado ante dos testigos y se ratificará ante notario público, corredor público titulado, juez de primera instancia en funciones de notario o ante el encargado del Registro Público correspondiente.
II. Sin satisfacer más formalidades que las señaladas en la fracción anterior, se podrán establecer garantías reales sobre bienes muebles o inmuebles, además de los que constituyen la garantía propia de estos créditos, o sobre la unidad agrícola, ganadera o de otras actividades primarias, industrial, comercial o de servicios, con las características que se mencionan en el artículo siguiente.

III. Los bienes sobre los cuales se constituya la prenda, en su caso, podrán quedar en poder del deudor en los términos establecidos en el artículo 329 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
IV. El deudor podrá usar y disponer de la prenda que quede en su poder, conforme a lo que se pacte en el contrato.
V. No excederá del cincuenta por ciento la parte de los créditos refaccionarios que se destine a cubrir los pasivos a que se refiere el párrafo segundo el artículo 323 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. La Comisión Nacional Bancaria podrá autorizar, en casos excepcionales, que se exceda este límite.

d. Emisión de obligaciones y otros títulos valor

e. Hipotecas sobre buques, navíos y aeronaves

Estos dos incisos no requieren mayor explicación, toda vez que es obvia la naturaleza mercantil de ambos actos y por consiguiente la actuación del corredor público está fuera de cualquier duda.

IV. Hechos de naturaleza mercantil

La primera pregunta que surge al analizar este punto es saber si existen hechos mercantiles, ya que el artículo 75 del Código de Comercio habla de conductas, y no de situaciones de hecho.

Rocco[13] menciona que los hechos mercantiles son las situaciones de hecho de los comerciantes, mientras que entre nosotros hay autores como Arturo Díaz Bravo,[14] que incluso niegan la existencia de hechos mercantiles y le dan el carácter de mercantil únicamente a sus consecuencias.

Al no encontrar ninguna disposición que defina al hecho mercantil o que nos dé ejemplo de alguno, en mi opinión, debe llegarse a la misma conclusión de Rocco y afirmar que el hecho será mercantil, cuando tenga relación con el comerciante y su actividad. De esta manera, hacemos nuestras las palabras del autor italiano, quien señala:

[13] Rocco, *op. cit.*, p. 217.
[14] Díaz Bravo, Arturo, *Derecho mercantil*, IURE, México, 2002, p. 24.

> "Podemos decir, en general, que todo hecho jurídico que motive el nacimiento, modificación o extinción de una relación jurídica comercial es hecho jurídico-mercantil. Pero de cuanto hemos expuesto anteriormente acerca de la materia de comercio se deduce que son hechos jurídico-mercantiles los actos de comercio y los estados de hecho comerciales".[15]

Con base en lo antes expuesto, considero que el corredor público está facultado para actuar en las siguientes situaciones, entre otras.

Notificación de derechos y obligaciones derivados del contrato de arrendamiento de inmuebles, cuando una de las partes sea un comerciante y el inmueble arrendado tenga relación con la actividad del mismo. Si bien, derivado de las fracciones I y II del artículo 75 del Código de Comercio, algunos han interpretado que el arrendamiento de inmuebles es materia civil,[16] el hecho jurídico, es decir, la notificación de la existencia de obligaciones y derechos derivados del contrato, tienen el carácter de mercantil, al estar relacionados con un comerciante.

Notificación de revocación de poderes. A reserva de hablar más adelante sobre el otorgamiento de poderes por parte de un comerciante, aun afirmando que el corredor público no se encuentra facultado para que ante él se revoquen mandatos distintos a los orgánicos; esto no sería obstáculo para que éste pudiera dar fe de la comunicación de la revocación al apoderado.

La información al apoderado de la revocación de sus facultades es una situación de hecho que no requiere formalidad alguna por parte de la legislación mercantil o civil, y así, no encontramos disposición legal alguna que pida una formalidad determinada.

El argumento en el sentido de que si ante el corredor público no se pueden revocar mandatos distintos a los orgánicos, por consecuencia, no se podría notificar la revocación ante él de los mismos, carece de cualquier lógica, de la misma manera que tampoco se podrían

[15] *Idem*.

[16] Este argumento tiene más una base histórica que científica pues no hay elemento alguno que nos lleve a la civilidad del acto.

argumentar que al no poder un notario dictar una sentencia, no podría notificar su contenido.

Fe de hechos sobre un inmueble. Dar fe de hechos sobre un inmueble que tenga relación con un comerciante es claramente competencia del corredor público, ya que estamos hablando de un hecho, no de la creación, transmisión, modificación o extinción de un derecho real.

Si dijéramos que debe ser ante notario porque la materia de inmuebles es local, llegaríamos al absurdo de decir, que entonces la fe de hechos que el notario realizara debería ser otorgada en escritura pública.

También estaríamos ante un absurdo cuando realizáramos una fe de hechos sobre una maquinaria, ya que ésta sería un bien mueble, salvo si estuviera adherida con tornillos al piso pues en este caso, sería inmueble por incorporación.

Este argumento es claramente seguido por el legislador cuando reforma la Ley Federal de Correduría Pública, pues la excepción de inmuebles la refirió únicamente a actos jurídicos y no a hechos jurídicos.

Protocolización de documentos. La palabra "protocolo" viene del latín *protocollum* y es definido por la Real Academia de la Lengua como: "La serie ordenada de escrituras matrices y otros documentos que un notario o escribano autoriza y custodia con ciertas formalidades".

Derivado de esto, considero que el hecho de incorporar documentos a un instrumento del corredor público puede perfectamente recibir el nombre de protocolización, aun cuando éste no tiene necesidad de llevar un "protocolo" como los notarios públicos, debido a que desde su aparición en el mundo jurídico, el corredor público ha sido una figura ágil y únicamente con los formalismos necesarios para brindar seguridad jurídica.

Esta protocolización no varía en nada la naturaleza del documento protocolizado y únicamente da certeza sobre tres aspectos:

1. Su existencia.
2. La fecha en que fue presentado ante el corredor público.
3. Su legalidad.

Así, ante el corredor público podrán ser presentados para su protocolización todo tipo de documentos, con la única condición de que estén relacionados con el comerciante.

Mención especial merece la situación de los poderes otorgados en el extranjero y apostillados. Es claro que estos documentos pueden protocolizarse ante corredor público por lo siguiente.

En primer lugar, y sin entrar en la discusión de si se pueden otorgar mandatos distintos a los orgánicos o no ante corredor público, lo cual se analizará posteriormente, aquí en este caso en particular, no se está otorgando un poder ante el corredor público, sino que únicamente se está agregando a un acta un documento que contiene un acto jurídico que ya fue previamente otorgado. Afirmar lo contrario, nos llevaría al absurdo de afirmar que si un notario público no puede expedir un dictamen médico, tampoco podría protocolizarlo.

Por otra parte, al ser un documento apostillado, ni siquiera requeriría de protocolización alguna para surtir plenos efectos, ya que la Convención por la que se Suprime el Requisito de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros, establece lo siguiente:

> Artículo 2. Cada Estado contratante eximirá de legalización a los documentos a los que se aplique la presente Convención y que deban ser presentados en su territorio. La legalización, en el sentido de la presente Convención, sólo cubrirá la formalidad por la que los agentes diplomáticos o consulares del país en cuyo territorio el documento deba surtir efecto certifiquen la autenticidad de la firma, la calidad en que el signatario del documento haya actuado y, en su caso, la identidad del sello o timbre que el documento ostente.

Además de lo anterior, el Protocolo sobre Uniformidad del Régimen Legal de los Poderes establece:

> Artículo V. En cada uno de los países que componen la Unión Panamericana serán válidos legalmente los poderes otorgados en cualquier otro de ellos que se ajusten a las reglas formuladas en este Protocolo, siempre que estuvieren además legalizados de conformidad con las reglas especiales sobre legalización.

Esto llevó a la Corte a emitir la tesis jurisprudencial P.J. 14/94, la cual establece que los poderes otorgados por sociedades en el extranjero para surtir efectos en México cuando se rigen por el artículo 1 del Protocolo sobre Uniformidad del Régimen Legal de los Poderes no deben observar los requisitos de forma previstos en otras leyes mexicanas para los poderes que se otorguen en territorio nacional.[17]

Podemos concluir entonces este apartado, afirmando en forma de conclusión, que un corredor público está plenamente facultado para intervenir en todo tipo de hechos jurídicos que tengan relación con el comerciante y su actividad. Estos hechos jurídicos no perderán el carácter de mercantiles, aun cuando tengan relación con otras ramas del derecho como pueden ser la civil, la administrativa, la judicial, etcétera.

Podemos poner como ejemplo el caso de las licitaciones públicas, donde aun cuando el procedimiento se rige por la materia administrativa, esto bajo ninguna circunstancia, puede interpretarse como una exclusión de la materia mercantil, ya que la actividad de los concursantes en la licitación está integrada claramente por hechos y actos jurídicos de naturaleza mercantil. Afirmar lo contrario, atentaría contra los principios básicos sobre la relación existente entre las diversas ramas del derecho.

V. Constitución y demás actos previstos por la Ley General de Sociedades Mercantiles incluso aquellos en los que se haga constar la representación orgánica

Una resolución de la Corte influyó en la reforma a la Ley Federal de Correduría Pública y ahora se reconoce la facultad de los Corredores Públicos para intervenir en la "representación orgánica".

Al no definir la ley lo que entiende por "representación orgánica" y únicamente señalar el artículo 27 del Código Civil Federal que las "personas morales obran y se obligan por medio de los órganos que las representan", tenemos que acudir a la interpretación doctrinal de este concepto, y qué mejor que ser guiados por dos ilustres juristas como son el notario don Bernardo Pérez Fernández del Castillo, quien

[17] Citado en Rios Hellig, Jorge, *La práctica del derecho notarial*, McGraw-Hill, México, 1995, p. 151.

al hablar de la representación de sociedades mercantiles reconoce que en ella puede haber distintos órganos que la representen a los cuales llama "órganos paralelos" y por don Joaquín Rodríguez y Rodríguez, quien analiza este tema con profundidad. El ilustre notario menciona:

> Ahora bien, puede suceder que en cada una de esas categorías de representantes, se otorguen los mismos poderes, con lo que encontraríamos *órganos paralelos* con iguales facultades. Así, por ejemplo, el consejo de administración, lo mismo que el presidente del consejo pueden estar dotados de las facultades para pleitos y cobranzas, actos de administración y de dominio, al mismo tiempo *en los estatutos* o por medio de la asamblea general, pueden otorgar estas facultades a los *gerentes* o a uno o varios *apoderados*.[18]

El maestro español por su parte afirma:

> El problema consiste en determinar quiénes son administradores. Es evidente que en un sentido estricto, lo son el administrador único y los miembros del consejo de administración; pero, es que junto a estos órganos administrativos primarios hay otros órganos de administración que en la doctrina se llaman secundarios en el sentido de que son órganos administrativos subordinados. Los consejeros delegados, los *gerentes*, los *apoderados generales* son indudablemente administradores en este sentido amplio. Así se deduce de la estructura y disposición de los artículos correspondientes a esta materia en la Ley General de Sociedades Mercantiles. En la exposición de motivos se habla expresamente de órganos principales y órganos secundarios de administración; entre los segundos, se menciona específicamente a los gerentes.
>
> Un *apoderado general* no es sino un gerente ya que entra dentro del concepto general de personas nombradas por el consejo o por la asamblea, que tendrán las facultades que expresamente se les confieren sin necesitar autorización especial del administrador o consejo de administración para los actos que ejecuten.
>
> Por todo lo expuesto entiendo que los *apoderados generales* de una sociedad anónima deben considerarse como administradores de ella en sentido amplio.[19]

[18] Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Representación, poder y mandato. Prestación de servicios profesionales y su ética*, Porrúa, 10a. ed., 1998, pp. 106 y 107.

[19] Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Tratado de sociedades mercantiles*, 7a. ed., Porrúa, México, 2001, pp. 418 y 419.

Creo que las opiniones de ambos juristas no admiten criterio jurídico en contra, pues son claros y precisos sus argumentos; eso sin mencionar su amplia experiencia académica en materia mercantil y los años que don Bernardo ha dedicado a la práctica notarial.

Si a esto añadimos que el artículo 27 del Código Civil Federal al que ya nos referimos, menciona: "Las personas morales obran y se obligan por medio de los órganos que las representan, sean por disposición de la ley *o conforme a las disposiciones relativas de sus escrituras constitutivas y de sus estatutos*", debemos afirmar que una sociedad mercantil no tendrá únicamente los órganos previstos por el legislador, sino que válidamente puede crear diversos tipos de órganos.

Así, desde un punto de vista científico estimo que la representación orgánica incluye a todo tipo de órganos, ya sean creados por la ley o por voluntad de la sociedad y dentro de este último grupo, basándome en lo señalado por el malogrado maestro español, debe considerarse comprendido todo tipo de apoderados.

Lo anterior nos lleva a dos conclusiones. Por una parte, es perfectamente claro que ante corredor público se pueden nombrar administradores, gerentes, directores y otro tipo de funcionarios, así como otorgarles sus correspondientes facultades, tomando en cuenta el aspecto laboral de dependencia frente a la empresa de los funcionarios nombrados, y por otra parte, siguiendo a la doctrina y a la legislación, se puede afirmar que el corredor público está facultado para intervenir en el nombramiento de los demás apoderados, como son factores o comisionistas.

VI Cotejar y certificar las copias de las pólizas o actas que hayan sido otorgadas ante ellos

1. Cotejar y certificar los documentos que hayan tenido a la vista que sean de los referidos en los artículos 33 a 50 del Código de Comercio

Es muy interesante esta fracción, ya que hay que analizar esta facultad a la luz de lo dispuesto por el artículo 46 del Código de Comercio que señala: "todo comerciante está obligado a conservar los libros, registros y documentos de su negocio por un plazo mínimo de 10

años...", y el 49 del mismo ordenamiento legal que establece: "El comerciante está obligado a conservar por un plazo mínimo de 10 años, los originales de aquellas cartas, telegramas, mensajes de datos, o cualesquiera otros documentos en que se consignen contratos, convenios o compromisos que den nacimiento a derechos y obligaciones".

En virtud de lo anterior, el corredor público estará facultado para cotejar cualquier documento que pertenezca al comerciante y que dé nacimiento a derechos y obligaciones, incluso escrituras públicas de notarios que incluyeran poderes.

Pensar lo contrario nos llevaría al absurdo de afirmar que el corredor público está facultado para cotejar actas de asambleas donde se otorgaran poderes porque la ley lo faculta en forma expresa en el artículo 36 del Código de Comercio, en relación con el artículo de la Ley Federal de Correduría Pública antes referido, y no podría cotejar las escrituras que los protocolizan.

> Artículo 36. En el libro o los libros de actas se harán constar todos los acuerdos relativos a la marcha del negocio que tomen las asambleas o juntas de socios, y en su caso, los consejos de administración.

Si ante un corredor público se casaran dos comerciantes, la intervención del fedatario no variaría en nada la esencia civil del contrato de matrimonio; del mismo modo, el hecho de que un documento mercantil se otorgue o se coteje ante notario público o cualquier otro fedatario, no altera en nada su naturaleza mercantil, ya que en materia de fe pública, tanto el notario como el corredor público, como cualquier otro fedatario, son meros formalizadores o autentificadores.

Cabe hacer mención que si bien anteriormente existía la resolución de la Corte[20] que impedía al corredor público cotejar escrituras donde se otorgaran poderes, ésta no es aplicable ya, en virtud de la reforma de la ley.

Lo antes expuesto es corroborado por la fracción IV del artículo 20 de la Ley Federal de Correduría Pública que lo único que prohíbe

[20] Sobre la poca solidez jurídica, de esta resolución judicial es interesante leer la opinión del doctor Salomón Vargas García en su libro *Algunos comentarios sobre el comercio electrónico y la correduría pública en México.*

a los corredores es cotejar documentos mercantiles cuando sus originales no les hubieran sido presentados para su cotejo y evidentemente es un documento mercantil, aquél que en términos de los artículos 46 y 49 del Código de Comercio, genere derechos y obligaciones para el comerciante.

Finalmente, en este tema es importante señalar que el artículo 20, en sus fracciones XI y XII, de la mencionada Ley señala:

> "A los corredores les estará prohibido: Actuar como fedatario fuera de los casos autorizados por la ley y su reglamento; así como en actos jurídicos no mercantiles; en tratándose de inmuebles, así como dar fe de hechos que no se consideren de naturaleza mercantil y [...] Actuar como fedatario en los casos a que se refiere la fracción anterior, aun cuando se modifique o altere su denominación, se trate de actos jurídicos, convenios o contratos innominados, intervengan sujetos que por su actividad sean calificados de comerciantes, o se refieran a cosas mercantiles o se denomine un acto como mercantil cuando el acto real tenga otra naturaleza".

Para poder ser analizado, este artículo debe ser interpretado en forma armónica con el resto de la legislación mercantil y por consiguiente y con base en el artículo 75 del Código de Comercio, el corredor público no podrá actuar en negocios sobre inmuebles, actos y hechos jurídicos no mercantiles y actos entre comerciantes cuando a pesar de generar obligaciones entre los mismos, la naturaleza de éstos sea esencialmente civil, y al no existir en nuestra legislación ninguna disposición que señale que es esencialmente civil debemos acudir al gran jurista napolitano Rocco, quien considera como únicos casos de actos esencialmente civiles a los actos relativos a la familia, al estado civil y sucesiones. Así, y una vez expuestos nuestros argumentos, se debe concluir lo siguiente: cuando el empresario Carlos Caballero se presente ante un corredor público, sabrá que tendrá a su servicio a un abogado especialista en la materia mercantil que le dará una asesoría integral, no sólo jurídica, sino también económica; cuya preparación, la cual es reconocida por la ley, le permitirá estimar, cuantificar y valuar todo tipo de bienes y derechos y además tendrá fe pública en todos los actos propios del comercio salvo determinadas excepciones y siempre guiada su actuación por la celeridad y sencillez que el comercio necesita sin descuidar el principio fundamental del derecho, la seguridad jurídica.

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. *Introducción*. 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. *¿Quiénes son los jueces?* VI. *¿La función judicial es una actividad exclusiva?* VII. *¿Podemos precisar en qué consiste la función judicial?* VIII. *¿Tienen sentido en el mundo actual las distinciones tradicionales modernas entre actos jurisdiccionales, administrativos y legislativos?*

I. INTRODUCCIÓN

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,[1] curiosamen-

[1] *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 t. III de la *Encyclopaedia*

te, el tema es poco conocido, aun entre los profesionales dedicados al derecho.

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 en provecho de 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 en una organización de propietarios de la justicia dedicados a explotar a la población. Así sucedió en Francia desde el siglo XVI hasta la Revolución.

Junto con estos existen muchos que para ascender convalidan crímenes y arbitrariedades y se someten servilmente a quienes tienen el poder político en sus países, cuando no es oportuno mostrar ninguna independencia. Estos son, con frecuencia, el tipo de jueces que se adaptan como una manera de vivir al gremio al que pertenecen y emiten las opiniones que son útiles o convenientes para su carrera, según los tiempos y las circunstancias políticas, 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 a otros órganos públicos usando el derecho, mantienen una estricta imparcialidad, e inclusive luchan contra sus propias creencias y prejuicios tratando de ser justos.

Casi todo lo anterior se refiere especialmente a los jueces de las cortes superiores. En los niveles inferiores, la situación y los problemas de los jueces son diferentes: jueces que para poder conservar sus

Británica, que lo describe como "orgulloso, ambicioso 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".

cargos tienen que seguir las órdenes de los jueces superiores que controlan los órganos de vigilancia; jueces dedicados a servir a los poderosos, especialmente en las provincias y las ciudades pequeñas; jueces impecablemente honrados y otros que, por el contrario, se dedican a buscar cuáles son los asuntos en los que pueden obtener dinero de alguna de las partes en los procesos civiles, de los acusados y las víctimas en los procesos penales, o de alguno de los interesados en los procedimientos administrativos; jueces dedicados a su trabajo que revisan todos los detalles de los asuntos que tienen encargados y otros que dejan en manos de sus ayudantes o sus secretarios las decisiones del procedimiento y las resoluciones finales. Junto a todos estos, hay jueces que además de ser absolutamente honrados trabajan jornadas extenuantes, sin días de descanso en materia penal, sobre un número de juicios que excede dos o tres veces la capacidad natural de cualquier juez y que, además, reciben salarios raquíticos y viven constantemente amenazados por los castigos administrativos y las acciones penales que arbitrariamente pueden aplicarles o desencadenar aquellos jueces superiores que son, en la realidad, los dueños de la justicia.

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 anteriormente 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 fuerza y por la guerra. Al paso del tiempo, los jueces también han ido dejando de conocer y resolver asuntos que han quedado 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 existiera 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.[2]

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, proporcionaban jueces dependientes de ellos para resolver los conflictos entre los particulares a petición de los mismos interesados. Mucho tiempo después, en la época que se conoce como la Edad Media, los reyes, igual que los señores, condes, barones y pequeños jefes, entonces y después, 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 casi no existía 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*.[3] El *wergeld*, dicen Brunner y Von

[2] Muchos años después, en 1769, William Blackstone en sus *Commentaries on the laws of England*, dividía los actos ilícitos en privados y públicos según si tales actos fueran sólo en contra de individuos en lo particular o fueran en contra del rey, pero sostenía ya entonces la idea muy útil para los gobernantes de que el rey era la persona lastimada por ciertas infracciones y, por lo tanto, era él el dueño del castigo, "*because the king, in whom centres the majesty of the whole community, is supposed by the law to be the person injured by every infraction of the public rights belonging to that community, and is therefore in all cases the proper prosecutor for every public offence*". *Commentaries, Book the fourth, Chapter the first, Of the nature of crimes; and their punishment*. Más adelante en el mismo volumen pero en el capítulo IV, Blackstone, sin duda el más reconocido de los autores ingleses de esa época, hace una amplia referencia a las ofensas contra Dios y la Religión, criticando algunas y justificando otras, entre estas últimas las que podía cometer "cualquier persona educada en la religión cristiana o que profesara la misma, al escribir, imprimir, enseñar, o aconsejar hablando, la negación de cualquiera de las personas de la santa trinidad de Dios, o la afirmación de que hay mas de un Dios". *Op. cit.*, cap. IV, párrafo final del punto II.

[3] *The Cambridge Medieval History*, Cambridge, 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 mas 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 un número muy pequeño) se pagaban 200 sólidos como *wergeld*.[4] 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".[5]

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 ya en los cinco libros (Pentateuco) de la Torah adoptados por los cristianos como parte del Viejo Testamento. Pero 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 contiene por lo menos 23 mandamientos, se establece: "El que maldice a su padre o a su madre, es reo de muerte" (Éxodo 21,

[4] 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*, *op. cit.*, pp. 631-684.

[5] Heinrich Brunner, Cl. von Schwerin, *Historia del derecho germánico*, Ed. Labor, Barcelona, 1936, p. 23.

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 (como parte de la pena) 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".[6]

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 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, ni, en la actualidad, con los intereses de la población. 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, ni tampoco los intereses

[6] Friedrich Karl von Savigny, *Sistema del derecho romano actual*, F. Góngora y compañía, Madrid, 1879, t. IV, p. 36.

tangibles de la población, 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 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, los cultos 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 empleados públicos 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 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.

Es interesante hacer notar que esta función de los jueces, en Europa, surge, al principio, 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. Después, en

[7] *Constitution du 22 Frimaire an VIII*, (13 décembre 1799). Art. 52. "*Sous la direction des consuls, un Conseil d'Etat est chargé de rédiger les projets de lois et les règlements d'administration publique, et de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative*".

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".[7] Lo cual, además de hacerlo parte del proceso legislativo, le daba una función administrativa y, por otro lado, le encomendaba 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.[8] 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.[9]

En la actualidad, en todos los países que han logrado un mediano 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. En algunos 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.[10] Por el

[8] Yves Robineau, Didier Truchet, *Le Conseil d'État*, Presses Universitaires de France, 2a. ed., 2002, pp. 6 y ss.

[9] Michèle-Laure Rassat, *La Justice en France*, París, 1994, p. 67.

[10] 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.

contrario, en otros países, los jueces y tribunales administrativos forman una organización totalmente 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*,[11] separada y diferente de la *Corte di cassazione*; así sucede también en Alemania, y naturalmente en Francia, en donde el órgano supremo de la justicia administrativa es el *Conseil d'État*, diferente y separado de la *Cour de cassation*.[12]

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: "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".[13] 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".[14]

[11] 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'amministrazione*". 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*".

[12] Yves Robineau y Didier Truchet, *Le Conseil d'État*, *op. cit.*

[13] Artículo 19, fracción 4, de la Constitución de la República Federal Alemana.

[14] 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"

Pero en algunos países el poder de ciertos 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 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 el poder político.

En este artículo sólo me propongo hacer una exploración inicial sobre el poder de los jueces en forma general y de comentar algo sobre su alcance, sus funciones y sus contradicciones, sin entrar a la manera y las circunstancias cómo se creó en 1803 el poder de la Suprema Corte de 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. Es decir del poder que se dieron a sí mismos los jueces de la Suprema Corte de 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,[15] y del poder que más de cien años después, a partir de

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 únicamente 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".

[15] El desconocimiento del hecho de que no existe una sola palabra en la Constitución de Estados Unidos que autorice a la Suprema Corte ni a ningún otro tribunal federal a

1920, por disposición expresa en las leyes y las constituciones en 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.

Desde hace varios siglos el poder de establecer las reglas generales y el poder de derogarlas 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 de Locke y de Montesquieu y por la influencia de la Constitución de Estados Unidos, la Revolución francesa y la Constitución francesa de 1791. Ahora bien, ¿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? Ese es precisamente el título de uno de los ensayos más conocidos de mi maestro Mauro Cappelletti, que se llama: *¿Jueces Legisladores*?[16] Él se pronunciaba por una respuesta afirmativa; yo, en aquel tiempo, sostenía que el poder de dejar sin efecto una regla general y por consecuencia mantener la regla que

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 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 número 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".

[16] 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.

existiese anteriormente, debía ser facultad exclusiva de los miembros de las asambleas legislativas, electos democráticamente. Creo que entonces yo estaba equivocado. Ahora pienso que no existe una respuesta ideal que sea conveniente y adecuada para todos los países, ni tampoco una respuesta sobre el asunto de los derechos de las mayorías en las sociedades modernas que se pueda usar tanto para las cuestiones de interés general que no tienen que ver con los derechos estrictamente personales de las minorías como para las cuestiones que, por el contrario, conciernen precisamente a los derechos de las minorías y a 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".[17]

Antes de seguir adelante es conveniente detenernos para precisar que el tema del papel de los jueces en una sociedad determinada no puede ni debe resolverse por lo que hace cuatro siglos hayan dicho Coke o Bacon en Inglaterra a favor de sus respectivos intereses políticos, ni por lo que hace 250 años haya sostenido Montesquieu, con el propósito de disminuir el despotismo de los reyes que reunían todas las magistraturas en su persona,[18] cuando decía: "el poder de juzgar no debe dársele a un cuerpo permanente sino que debe ser ejercido por personas sacadas del pueblo para formar un tribunal que sólo dure el tiempo que la necesidad lo requiera". Y agregaba: "De esta manera, el poder de juzgar, tan terrible entre los hombres, se hace invisible y nulo, al no estar ligado a determinado estado o profesión. Los jueces no son, como lo hemos dicho, más que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no deben tener poder para moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes".[19] Y, obviamente, el problema tampoco debe resolverse por lo que dijo John Marshall hace 200 años en la resolución que dictó en el caso Marbury *vs*. Madison con el propósito de acrecentar su poder político; ni por lo que, antes y después de él, con opiniones encontradas, dijeron Hamilton y Jefferson.

[17] Mauro Cappelletti, prólogo a *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Clarendon Press, Oxford, 1989. Traducción mía.

[18] "Aussi, les princes qui ont voulu se rendre despotiques ont-ils toujours commencé par reunir en leur personne toutes les magistratures, ...", *Del Espíritu de las Leyes*, Libro XI, Cap. VI.

La única forma adecuada de precisar cuál debe ser el papel de los jueces en una determinada sociedad es plantear el tema de una manera totalmente abierta, sin dogmas y sin prejuicios, viendo únicamente a lo que es conveniente para la mayoría de la población y para las minorías disidentes en diferentes circunstancias, a fin de establecer cuáles son los poderes que deben prestárseles a los jueces, no por lo que haya dicho alguien en el pasado, sino por lo que es más conveniente o menos malo en una sociedad determinada, dadas las necesidades reales actuales de los seres humanos en esa sociedad; estableciendo también, naturalmente, los límites de esos poderes y las medidas indispensables para que los jueces, como casi todos los empleados públicos, no abusen de los poderes que les presta la población.

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 generales, citando teorías, recordando dogmas e invocando "principios". 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" que les presta la población para crear cotos independientes de poder, e incluyendo también el principio misterioso de *la soberanía*, que

[19] "La puissance de juger ne doit pas être donnée à un sénat permanent, mais 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". "De cette facón, la puissance de juger, si terrible parmi les hommes, n'étant attachée ni à un certain état, ni à une certaine profesión, devient, pour ainsi dire, invisible et nulle". "Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la rigueur." *Del Espíritu de las Leyes*, Libro XI, Capítulo VI.

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 premisas o como recomendaciones en la ciencia política y en el derecho, 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.[20] Los principios, en las organizaciones políticas, 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 dioses 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.

"La interpretación de esas reglas –dice Max Weber– 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 consciente.

[20] Jean Dabin, prólogo de 1938 a su *Doctrine générale de l'État. Eléments de philosophie politique*, En español la tradujo y la publicó la Editorial Jus, México, 1955.

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 fundamental 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".[21]

El propósito de descubrir la verdad está, en los orígenes de los procedimientos judiciales, 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".[22] 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".[23] 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 judicial",[24] en el

[21] Max Weber, "Sociología del derecho", incluido en *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, reeditado de acuerdo con la cuarta versión alemana de *Wirtschaft und Gesellschaft, Grundriss der Verstehenden Soziologie*, Fondo de Cultura Económica, México, 1964, t. I, pp. 518, 519.

[22] Heinrich Brunner, Cl. von Schwerin, *Historia del derecho germánico*, Ed. Labor, Barcelona, 1936, p. 25.

[23] *Idem*.

[24] *Ibidem*, p. 26.

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 aún 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 por actos cometidos en contra de la comunidad. 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".[25] Así, dado que la justicia siempre debe apoyarse

[25] Catecismo de la Iglesia Católica, cap. 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",[26] 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".[27]

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 subsisten manifestaciones de la vinculación de Dios con el funcionamiento de la justicia. En 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

[26] Mateo, capítulo 7, versículo 1, y Lucas, capítulo 6, versículo 37.

[27] *Suma Teológica, Secunda Secundae*, questión 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",[28] 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".[29] 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*),[30] "y que la divina providencia se encargaría de su significado",[31] 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".[32]

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 la mayoría de las organizaciones religiosas y con muchos órganos legislativos que se dedican a obtener canonjías y todo tipo de privilegios 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 –con el pretexto de su independencia– se convierten en gremios en los que sus dirigentes se otorgan a sí mismos todo tipo de privilegios y otorgan beneficios económicos especiales a los jueces inferiores más serviles, sabiendo éstos 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 la organización a la que pertenecen por cualquier acto indebido que cometan.

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 nación" y "la familia", han sido cosas bien

[28] *Starki on Evidence*, citado en el *Black's Law Dictionary*, voz Oath.
[29] Citado en el *Black's Law Dictionary*, voz Oath.
[30] E. H. Carr, *¿What is History?* Utilizo la traducción al español de Seix Barral, Barcelona, 1981, *¿Qué es la historia?*, p. 11.
[31] *Ibidem*, p. 26.
[32] Prólogo de Juan José Carreras a la 2a. ed. en español de la obra de Theodor Mommsen, *Historia de Roma*, Aguilar, Madrid.

diferentes en diversas épocas en distintos países, mucho más lo han sido las instituciones públicas. Entre el Senado en la Roma antigua y el Senado en Francia casi no hay alguna semejanza, excepto tal vez la imagen antidemocrática, que como lo señalaba el primer ministro L. Jospin,[33] 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".[34] 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".[35] 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, la tarea de 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 pri-

[33] "*el Sénat francais 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.

[34] J. Mastias, J. Grangé, *Les Secondes Chambres du Parlement en Europe Occidentale*, Económica, 1987, p. 51.

[35] G. M. Trevelyan, *A Shortened History of England*, Penguin Books, Londres, 1971, p. 151.

mordialmente a la actividad legislativa. Tradicionalmente en el derecho constitucional de Gran Bretaña hay dos ideas clave: a) el Parlamento ejerce 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".[36]

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, según su voluntad, 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 gentes cercanas en quienes aquellos delegaban permanente o temporalmente la función de juzgar a los siervos que trabajaban las tierras,

[36] 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.

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 recibir 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.

Para entender las dudas y las incongruencias sobre el papel de los jueces, sus poderes y sus funciones, es conveniente recordar que todavía en muchos países, la enseñanza del derecho está basada en la búsqueda de definiciones de conceptos abstractos usando otros conceptos igualmente abstractos, así como en el afán de clasificar todo y en la repetición de teorías que habiendo tenido el propósito inicial de "explicar" algunos fenómenos y algunas formas jurídicas, terminaron, a fuerza de repetirlas constantemente, por ser utilizadas como modelos ideales a los cuales la realidad jurídica (que originalmente decían querer explicar) debía ajustarse. Es decir, por una distorsión absurda, la enseñanza del derecho se convirtió en la enseñanza de teorías como concepciones imaginarias a las que se les atribuye valor por sí mismas, las cuales muchas veces están desconectadas de las necesidades de los seres humanos.

La preocupación por clasificar empieza por tratar de separar las funciones y facultades que la población les presta a sus gobiernos en tres actividades que, se afirma, son distintas, aunque la distinción es bastante oscura. A continuación se les llama "poderes" a los órganos

entre los cuales se hace la separación y se les encomiendan las funciones de esos órganos 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, además, 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 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 útiles 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 sin duda tiene

mucho que ver con él 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".[37] Desde los primeros años del siglo XX, Bunge, en Argentina, hacía notar que la distinción entre derecho 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".[38] 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".[39]

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.[40] 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

[37] Hans Kelsen, *Teoría general del Estado*, Libro Primero, capítulo tercero, núm. 17. E, Ed. Nacional, México, 1948, p. 118.

[38] Carlos Octavio Bunge, *El derecho*, Ed. Valerio Abelardo, Buenos Aires, 3a. ed., 1907, p. 339.

[39] Kelsen, *op. cit.*, p. 105.

[40] TC 8 février 1873, *Blanco*, p. 61 (1 suppl.) concl. David, D 1873.3.17, concl. S 1873.3.153, concl.

partir de su *Précis de droit administratif et de droit public*, publicado por primera vez en 1892.[41] Su importancia se acrecienta por el debate entre Hauriou y Léon Duguit,[42] el célebre profesor y después *doyen* de la Facultad de Bordeaux.[43] 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".[44] 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"[45] (igual que se acostumbraba hacer en muchos de los textos escolares en México), finalmente no logra precisar en qué 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".[46]

[41] Maurice Hauriou, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, Sirey, 12a. ed., André Hauriou, 1933.

[42] 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 francais", Archives de philosophie du droit, 1932.

[43] Sobre la polémica entre Hauriou y Duguit véase C. Eisenmann, "Deux Théoriciens du Droit: Duguit et Hauriou", *Revue philosophique*, 1930, p. 279.

[44] Gabino Fraga, *Derecho administrativo*, 3a. ed., México, 1944, p. X.

[45] *Ibidem*, p. 131.

[46] *Ibidem*, título primero, capítulo segundo, pp. 20-31.

tó de una gran utilidad a los empleados gobernantes, pues 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 las arbitrariedades de ellos, y no para asegurarles a estos 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".[53]

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

[53] 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 Division 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 Division de la High Court).[54] 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.

V. ¿Quiénes son los jueces?

En la antigüedad eran los reyes, los líderes de las comunidades,[55] los sacerdotes de las distintas religiones y las asambleas de los habitantes[56] quienes ejercían la función de juzgar. Esta función se reducía a

[54] Jolowicz, "Judicial Reorganisation in England and Wales. Constitutional Change in Prospect", en 8 *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2004, pp. 289-305.

[55] 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).

[56] Véase H. Brunner y C. von Schwerin, *Historia del derecho germánico*, *op. cit.*, pp. 19 y 20.

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".[47] Así, por la falta de una distinción basada en los hechos, se explica que René David dijera: "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*",[48] 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*.[49] "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 derèchо 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".[50]

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. Algunas veces, además de su inutilidad para enseñar la operación real de los órganos públicos, las teorías se convierten en

[47] J. A. Jolowicz, *Derecho inglés*, Editorial Jurídica Venezolana, 1992, p. 76, que corresponde a la p. 55 de la versión original *Droit anglais*, Dalloz, París, 1986.

[48] René David, *Les grands systemes de droit contemporains*, núm. 278, citado por Jolowicz, *op. cit.*, p. 77.

[49] Dicey, *Introduction to the Law of the Constitution*, 10a. ed., 1959, p. 195, citado por Jolowicz, p. 78.

[50] Jolowicz, *op. cit.*

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. Así vemos cómo 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.[51] 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 XVIII 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".[52]

La teoría de Montesquieu sobre la imaginaria separación de los poderes en Inglaterra, fue 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 resul-

[51] "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*, Ed. 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.

[52] Colin Turpin, *British Government and the Constitution*, Weidenfeld y Nicolson, Londres, 1988, p. 39.

tó de una gran utilidad a los empleados gobernantes, pues 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 las arbitrariedades de ellos, y no para asegurarles a estos 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".[53]

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

[53] 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 Division 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 Division de la High Court).[54] 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.

V. ¿Quiénes son los jueces?

En la antigüedad eran los reyes, los líderes de las comunidades,[55] los sacerdotes de las distintas religiones y las asambleas de los habitantes[56] quienes ejercían la función de juzgar. Esta función se reducía a

[54] Jolowicz, "Judicial Reorganisation in England and Wales. Constitutional Change in Prospect", en 8 *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2004, pp. 289-305.

[55] 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).

[56] Véase H. Brunner y C. von Schwerin, *Historia del derecho germánico*, *op. cit.*, pp. 19 y 20.

resolver las controversias o conflictos entre los particulares, a decidir sobre la culpabilidad y el castigo a los súbditos por las faltas que pudieran haber cometido contra los intereses del monarca[57] y a absolver o condenar a los individuos acusados de haber ofendido a los dioses.

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

[57] 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 "*misdemeanors*", que eran castigados con prisión, multa o flagelación.

lugar que habrá escogido el Señor Dios tuyo donde recurrirás a los sacerdotes del linaje levítico, y al que como sumo sacerdote fuere en 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.[58]

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.[59]

VI. ¿La función judicial es una actividad exclusiva?

A primera vista el tema de los jueces y de la función judicial 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 asunto 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

[58] *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XVII, p. 77.
[59] Brunner C. von Schwerin, *op. cit.*, p. 20.

en la cual sus funciones como jueces son únicamente ocasionales y se ejercen al mismo tiempo que sus actividades privadas y, con frecuencia, aparecen mezcladas y confundidas con otras actividades públicas o, simplemente, se ejercen junto con otras funciones en los órganos de gobierno.

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".[60] 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.[61]

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 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.

[60] *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XVII, p. 682.
[61] *Ibidem*, t. XVII, p. 684.

> 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 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 Massachusets la corte de sesiones es a la vez un cuerpo administrativo propiamente dicho, y un tribunal político".[62]

Es curioso el asombro de Tocqueville frente a esos "ciudadanos ilustrados" que eran jueces temporales en Norteamérica, especialmente si consideramos que él conocía bien lo que había escrito Montesquieu, en el sentido de que el poder de juzgar no debía pertenecer a "un determinado estado o profesión".[63] 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".[64]

Al día de hoy, todavía, en algunos países, por ejemplo en Inglaterra, la mayoría de los jueces 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

[62] Alexis de Tocqueville, *La democracia en América*, Fondo de Cultura Económica, México, 1963, p. 89.
[63] Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, Libro XI, capítulo VI.
[64] *Idem*.

jueces en ciertas cuestiones familiares y en cuestiones penales[65] de pequeña importancia que se presentan en sus comunidades, las cuales 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[66] (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,[67] 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.[68]

En sus orígenes, el interés de los reyes y los señores en Europa por juzgar en sus territorios las disputas entre los particulares, tiene como único fin evitar las luchas violentas entre éstos. 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 estos mismos; esa función, como actividad del gobierno, tiene como intención 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, 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.

[65] Además de conocer como jueces de 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.

[66] 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.

[67] Jolowicz, *Derecho inglés*, traducción al español de su obra *Droit anglais*, publicada originalmente en francés por Dalloz, París.

[68] Justices of the Peace Rules 1986, SI 86/923.

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, son 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 ejecutar el castigo en lo que ahora llamamos el derecho penal. A partir de 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. ¿Podemos precisar en qué consiste la función judicial?

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".[69] Esta definición coincide con la idea más generalizada según la cual los jueces son unos individuos que a nombre del gobierno

[69] 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 (*prévots*) 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 su cargos y, a partir de 1604, se establece que los jueces deben pagar una cantidad anual (*la paulette*)[70] 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.*[71]

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;[72] y dejaría

[70] Así se le llamó a este pago por haber sido inventado por Charles Paulet, ministro de finanzas del rey.

[71] J. A. Jolowicz, "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.

[72] Yves Robineau y Didier Truchet, *Le Conseil d'État*, Presses Universitaires de France, 2002.

también fuera del tema de los jueces a los miembros de las *Federal Commissions* en 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".[73] 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".[74] Todo lo cual en vez de aclararnos algo complica mucho más el asunto.

VIII. ¿Tienen sentido en el mundo actual las distinciones tradicionales modernas entre actos jurisdiccionales, administrativos y legislativos?

Hasta principios del siglo XX en las doctrinas más aceptadas en Europa se partía, con frecuencia, de la creencia que existía, en la realidad, una distinción clara entre los actos materialmente jurisdiccionales, separándolos de los actos administrativos y legislativos. Esta era una de las premisas básicas en la enseñanza del derecho en muchos países. La determinación de lo que era el campo judicial respondía a la pregunta: ¿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

[73] E. Pallares, *Diccionario de derecho procesal civil*, voz "jurisdicción".

[74] Humberto Cuenca, *Proceso civil romano*, E. J. E. A., Buenos Aires, 1957, p. 2.

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 y pretensiones concretas 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 ordinarios ante los jueces, a fin de garantizar adecuadamente los derechos en conflicto de los diferentes interesados.

Esto supone dejar de preguntarnos, como una pregunta que pueda tener una respuesta universal, para todos los tiempos: ¿quiénes son los jueces?, ya que las diferencias entre quiénes eran en la historia los jueces, qué hacían, cómo lo hacían y qué otras actividades públicas tenían al mismo tiempo, son tan grandes respecto de lo que son los jueces en la actualidad, 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: "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".[75] Al paso del tiempo, entre la función de los *cónsules*, las tareas de administración y resolución de conflictos

[75] Theodor Mommsen, *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.

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*,[76] 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 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".[77] 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 *prévots*, que principalmente desempeñaban al principio 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 *prévots* 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*".[78]

[76] Vittorio Scialoja, *Procedimiento civil romano*, EJEA, Buenos Aires, 1954, pp. 105-121.

[77] *Ibidem*, p. 105.

[78] J. A. Jolowicz, "Judicial Re-Organization in England and Wales: Constitutional Change in Prospect", *en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 8, 2004, p. 291.

Una de las ideas que todavía se mencionan sobre la función judicial es la que señala que aun cuando no puede 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, que existe una distinción 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. Naturalmente esta distinción a partir 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 precisamente se contiene ese "*Common Law*". Por otra parte en los sistemas en que se sigue sosteniendo que el derecho lo hacen los órganos legislativos, cada vez se reconoce más la necesidad de darle a las resoluciones dictadas por los jueces, especialmente a los de las cortes superiores, por lo menos en ciertos casos, efectos generales, es decir, ver o reconocer como reglas generales los criterios contenidos en las resoluciones de las cortes y los tribunales superiores.

En su famosa conferencia sobre "El método en la sociología y el juez como legislador", recopilada después en su obra *The Judicial Process*,[79] Benjamín N. Cardozo, juez de la Suprema Corte de 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

[79] 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.

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*".[80] 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".[81]

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.[82] 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 sobre algunas decisiones judiciales en los últimos tiempos, concretamente en los casos Rookes *vs*. Barnard[83] y Burmah Oil Co.[84] 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 gene-

[80] "*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*". *Ibidem*, p. 116.

[81] Charmont, *La Renaissance du Droit Naturel*, p. 181, citado por Cardozo, p. 114.

[82] "*It was not more legislative than administrative, not more financial than judicial*", G. M. Trevelyan, *A Shortened History of England*, Penguin Books, Middlesex, England, 1971, p. 151.

[83] Rookes *vs*. Barnard (1964), A. C. 1129.

[84] Burmah Oil Co. Ltd. *vs*. Lord Advocate (1965), A. C. 75.

rales 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 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, 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 es 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 a la cuestión de si esa actividad va en contra del "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.

SECCIÓN MONOGRÁFICA

APUNTES SOBRE DERECHO ISLÁMICO CLÁSICO

LA OCULTA INTROMISIÓN HUMANA EN LA FORMACIÓN DE UN PRETENDIDO DERECHO INMUTABLE

Mario HERNÁNDEZ RAMOS

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Derecho islámico clásico*. III. *Características del derecho islámico clásico*. IV. *Contradicción continua en el derecho islámico clásico entre la teoría y la práctica*. V. *Conclusiones*. VI. *Glosario*.

I. INTRODUCCIÓN

Nuestro objeto de estudio tuvo su inicio en el año 622 d. C., con las primeras revelaciones divinas del arcángel San Gabriel a Muhammad,[1] el último de los profetas. Se inicia así una religión, el Islam, que engloba todas las facetas de la vida humana, tanto en su dimensión pública como privada. La concepción occidental de religión es muy diferente de lo que entraña el Islam. El Islam[2] es una forma de vida y de entender la vida. Es derecho, moral, ética y religión todo en uno. Establece normas vinculantes tanto para el foro interno de las personas como para el foro externo: reglas acerca de la oración, de la he-

[1] Muhammad es el nombre de Mahoma en árabe. En la medida de lo posible utilizaremos términos árabes para conocer su significado original a través de su etimología.

[2] La palabra árabe islam significa simplemente "sumisión", y deriva de una palabra que significa "paz". En un contexto religioso, significa completa sumisión a la voluntad de Alá.

rencia, el matrimonio, etc. Y esta forma de ver la vida se establece a través de un sistema de obligaciones religioso-jurídicas que se fue configurando durante los tres siglos posteriores a la muerte de Muhammad en un cuerpo normativo que hoy conocemos como Shari'ah.

Lo primero que debe tenerse en cuenta a la hora de abordar un estudio sobre las características del derecho islámico es que entre la religión y el derecho existen unos vínculos muy próximos. "El Islam no es solamente una religión; es además una civilización y una cultura. De esta cultura, la parte más importante es el derecho".[3] El Islam es una forma de vida que aborda todos los aspectos: el religioso, el ético, y el sistema jurídico, todo en uno.[4] Esta afirmación es el punto de partida básico de cualquier estudio que pretenda tratar con un mínimo de rigor el derecho islámico.

Por tanto, un estudio de estas características, por muy limitado que sea su carácter como el que nos ocupa, obliga a llamar la atención sobre tres dificultades previas: la complejidad y heterogeneidad del objeto de estudio, los catorce siglos de antigüedad del ordenamiento jurídico relevante y la inmensidad del ámbito geográfico donde está presente, desde Mauritania hasta Indonesia, así como el distanciamiento que supone estudiar exclusivamente con material traducido a lenguas muy diferentes del árabe (inglés, francés, castellano), ya que esto supone, como mantiene Rosenthal que "es triste tener que emplear términos occidentales para traducir los árabes, porque al hacerlo falseamos su sentido originario y les conferimos unas connotaciones cristianas".[5]

En particular prestaremos atención a las peculiaridades de los dos grupos resultantes de la primera y más importante escisión en el mundo islámico, el sunnismo y el chiísmo.

Una segunda afirmación que no podemos pasar por alto para enfocar adecuadamente nuestro estudio es que "la naturaleza del derecho

[3] L. Milliot, "La pensée juridique de l'Islam", *Revue Int. de Droit Comparè*, 1954, p. 441.

[4] H. A. R. Gibb, *Mohammedanism: An History Survey*, 2a. ed., Oxford, 1954, p. 90.

[5] E. I. J. Rosenthal, *El pensamiento político en el Islam medieval*, Ed. de la Revista de Occidente, Biblioteca de Política y Sociología, Madrid, 1967, p. 26.

islámico es determinada en gran manera por su historia, y su historia es dominada por el contraste entre teoría y práctica".[6] Teóricamente, la Sharī'ah es un conjunto de normas de origen divino, inmutable y omnicomprensible para todas las realidades jurídicas. A estas características se opone la realidad: desde la muerte del Profeta, han sido los expertos en derecho los que han ido recopilando el material y elaborando la Shari'ah que ha llegado hasta nuestros días. Tendremos ocasión de estudiar que incluso una vez que se entendió finalizada la recopilación de normas divinas y la conformación de la Shari'ah, los juristas acudieron a fuentes jurídicas extra-ortodoxas para escapar de la rigidez de las soluciones que en ciertos momentos imponía la Shari'ah.

En tal sentido nos detendremos brevemente en el fenómeno de abrogación en el Corán y la Sunnah para probar que, desde el punto de vista de Burton, los juristas manipularon las fuentes, supuestamente divinas, del derecho islámico y su contenido para apoyar sus propias teorizaciones que durante el proceso de conformación de la Shari'ah realizaron.

Por todo ello en las páginas que siguen nos limitaremos a apuntar algunas grandes cuestiones particularmente interesantes desde la perspectiva del jurista europeo, aun a riesgo de prescindir de otros aspectos más detallados que igualmente podrían resultar de cierta relevancia.

Finalmente, nuestro estudio se limita única y exclusivamente a la época clásica del derecho islámico, que comprende principalmente desde el inicio de las revelaciones hasta siglos después. Ello es debido no sólo a que las instituciones clásicas sigan teniendo hoy día protagonismo, pues constituyen un punto central de las sociedades y de las culturas musulmanas contemporáneas, sino también y sobre todo, porque cualquier intento de comprensión del derecho islámico actual resultaría imposible sin comprender el periodo clásico de su formación.[7]

[6] J. Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, Clarendon Press, Oxford, 1964, p. 199.

[7] Véase N. J. Coulson, "Religious Law and Social Progress in Contemporary Islam", en *A History of Islamic Law*, Edinburg University Press, Edinburgh, 1964, pp. 218-225.

Por tanto, el derecho islámico clásico es un paso previo para comprender el actual. Y en particular se podrán apuntar posibles soluciones en un futuro sobre la adecuada imbricación de los derechos fundamentales en este derecho, sin caer en el desconocimiento y desprestigio a los orígenes del derecho islámico, desde donde se puede avanzar en la realización de los ideales de libertad y progreso de todos los ciudadanos que han de inspirar a quien se dedique al estudio del derecho constitucional.

II. Derecho islámico clásico

1. Consideraciones introductorias

Parece oportuno comenzar con la definición de un elemento clave de la realidad jurídica islámica, la Shari'ah, realizada por alguien imbuido en esa realidad y que pueda aportarnos un enfoque alejado de cualquier punto de vista empapado de la ética e ideología occidental. Según el jeque y líder islámico del movimiento Hamas Mahfoud Nahnah: "el Islam es artículo de fe y dogma simultáneamente, al igual que Shari'ah y vida, y además ciencia y espíritu, justicia y libertad, derechos y deberes. Esto es el Islam propiamente hablado. El que presentan los orientalistas, los sionistas y los occidentales es el Islam de los "derviches", del desorden, de la ignorancia y del subdesarrollo. Lo describen refiriéndose a las coordenadas existentes en los países islámicos por el colonialismo y sus secuelas. La Shari'ah a la que se alude es la de las limitaciones, la de la represión penal mediante la imposición de castigos y penas legales, la que corta manos y hace rodar cabezas. Sin embargo, prohibir a las personas sus actividades es lo último que hay que aplicar en la Ley de Dios. La Shari'ah es ciencia, justicia, trabajo, seguridad y estabilidad; ahora bien, si la estabilidad y la seguridad se ven amenazadas entonces es cuando entran en acción los límites legales que se llaman "cortar manos y rodar cabezas".[8]

[8] Entrevista publicada en *Monde Árabe Maghreb-Maschrek*, núm. 133, julio-septiembre, p. 115.

La Shari'ah está compuesta por dos tipos de normas.[9] Las *Ibadan*,[10] normas que tienen que ver con las manifestaciones de la relación entre hombre y Dios, es decir, ese conjunto que impropiamente podría traducirse como ritual religioso. Hace referencia al conjunto de las acciones que sirven tanto para adaptar la vida entera ritual del creyente a la voluntad de Dios, como para indicar de manera más específica la categoría legal de la que forman parte los principales deberes de los musulmanes: las *arkan al-din,* los cinco pilares de la religión que permanecen eternos e inmutables.[11] Las *muamalat*,[12] que dictan las normas que gobiernan las acciones y relaciones del creyente con los demás seres humanos: aspectos de la vida social, económica, política.

En el mundo musulmán también hay una tensión entre el mensaje originario divino transmitido en el Corán y el resultado de su aplicación por los hombres, movidos en muchas ocasiones por intereses partidarios que se alejan de este mensaje originario. La autoridad pertenece en última instancia únicamente a Dios, y por tanto cualquier líder de la comunidad o gobernante es depositario no ya del poder de interpretarla sino del deber de aplicarla. Pero, ni el Corán ni el Profeta proporcionaron reglas ni indicaciones para los procedimientos de reproducción e interpretación de la revelación.[13] Es en esta labor de interpretación y desarrollo del mensaje divino donde la acción del hombre toma partido.

[9] A. R. I. Doi, *Shari'ah in the 1500 century of Hijra. Problems and prospects*, Ta-Ha Publishers, 1981, p. 45.

[10] *Ibadat* es palabra ligada a la raíz *bd*, de la que deriva esclavo, porque el hombre está en una relación directa de servidumbre con Dios, sin intermediarios humanos. En el Islam no hay clero de ningún tipo. El entendimiento o la interpretación sobre el Corán o Sunnah de un musulmán cualquiera no es superior a la de otro, ya que nadie tiene conferida esa capacidad, como ocurre en el cristianismo. La opinión de los expertos, como los imames, es seguida mayoritariamente *de facto* por su erudición, pero no porque Dios hubiera deseado un colectivo que mediara entre Él y las personas.

[11] *Shahada* o profesión de fe; oración; ayuno; limosna; peregrinación. Los términos oración, ayuno y limosna no se corresponden plenamente con el sentido cristiano. Para estudiar las particularidades que les confieren un sentido propiamente islámico véase Qadi 'Iyad, *Los fundamentos del Islam*, Kutubia Mazurca, Palma, 1999.

[12] *Muamalat* deriva de la raíz *ml* que significa "ser activo", "actuar".

[13] G. Vercellin, *Instituciones del mundo musulmán*, Bellaterra, Barcelona, 2003, p. 319.

El Islam es una teocracia en el sentido de que todos los poderes pertenecen a Dios. Pero dado que Dios no puede ejercerlos en primera persona, surgen las disputas sobre quién debe suceder a Muhammad o ser el vicario de Dios en la tierra: luchas que tienen como objeto la defensa de los valores y principios islámicos de la revelación, pero inevitablemente también luchas por detentar los puestos de poder dentro de la sociedad islámica (*ummah*). De esta forma se da la gran división en el mundo islámico entre chiíes y sunníes.

En la teoría sunnita, el "poder legislativo" corresponde sólo al Corán y a la Sunnah, o mejor dicho radica en ellas. El "poder judicial" corresponde a cualquier creyente de recta moralidad,[14] y el "ejecutivo", en su doble vertiente, civil y espiritual, como vicario de Dios, varía de manera importante a lo largo de la historia del Islam,[15] siendo la figura más importante la del califa.[16] Por el contrario, en la doctrina chiíta todos los poderes se concentran en la figura del Imam o líder y guía de la comunidad.

La primera, más típica y relevante característica del sistema jurídico islámico es la remisión a Dios como legislador supremo, a diferencia de otros sistemas jurídicos como los de corte occidental que sitúan elementos humanos. Dios es la "Fuente de fuentes jurídicas", y su palabra como "elemento normativo de tipo marco"[17] se refleja en un texto positivo: el Corán.

[14] A medida que la *ummah* crece y se transforma en Imperio, se hace necesario institucionalizar esta serie de funciones. Así, parecido a los jueces de hoy (teniendo en cuenta que el objeto de juicio es el comportamiento conforme a las normas islámicas de toda índole y no solamente las legales), hablaríamos del *qadi*, del *nazar fi l-mazalim* (que significa "investigación sobre la opresión" o "sobre los errores", o más simplemente llamados *mazalim*) y de otras jurisdicciones especiales. Sobre el papel de estas jurisdicciones véase J. Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, Clarendon Press, Oxford, 1964; G. Vercellin, *op. cit.*, pp. 299-307.

[15] Sobre la evolución de las figuras del poder en la doctrina sunnita, véase G. Vercellin, *op. cit.*, pp. 318-358.

[16] Califa es la palabra castellanizada de *jalifa*. *Jalifa* viene de la raíz "jlf" que significa "venir después en el tiempo", "venir detrás de alguien", "suceder". G. Vercellin, *op. cit.*, p. 239. Seguiremos de cerca la obra de Vercellin debido a que contiene abundante información bibliográfica sobre términos e instituciones islámicas.

[17] E. Mikunda Franco, *Derechos humanos y mundo islámico*, Secretariado de Publicaciones. Universidad de Sevilla, 2001, p. 172.

La característica fundamental que diferencia la Shari'ah o Ley Islámica de otros ordenamientos jurídicos es, por tanto, su origen divino: es un derecho sagrado revelado por Alá, a través del ángel Gabriel a su último Profeta, Muhammad. Lógicamente, de ello procederán la mayoría de los problemas relacionados con su interpretación, evolución y adaptación a lo largo del tiempo.

2. Fuentes en el derecho islámico clásico sunnita[18]

Tomando como criterio este origen divino del derecho islámico, podemos establecer una clasificación entre las fuentes que alimentan la Shari'ah:[19]

Fuentes de carácter primario: aquellas que tienen una relación directa con Alá y su Profeta, Mahoma. Son lo que se denomina el *naql*, "lo que es transmitido",[20] es decir, la revelación divina. Este primer grupo está formado por el Corán, piedra angular del mundo islámico y su derecho, y la Sunnah, a muy grandes rasgos, el estilo de vida, acciones y costumbres que el Profeta Mahoma llevó a cabo a lo largo de su vida.

Fuentes secundarias e interpretativas: aquellas basadas en las fuentes primarias y que las interpretan (*tafsir*):

> el *ichma (ijma)*: consenso unánime de los sabios o expertos del derecho de la comunidad islámica (*Ummah*).
> *Qijas* (o *kiyas*): razonamiento por analogía.
> La facultad de "*Ichtihad*" o "*Ijtihad*": la actividad intelectual de volver a las fuentes originales e interpretarlas por uno mismo. Esta facultad será tratada de manera especial, ya que no es entendida como una fuente del derecho islámico en sentido estricto por la mayoría de los autores, aunque su consideración fue variando a lo largo de la historia como tendremos oportunidad de estudiar.[21]

[18] Fuentes del derecho islámico en árabe: *usul a-fiqh*.

[19] Adoptamos y compartimos la denominación de fuentes primarias y secundarias que utiliza P. Bannerman, *Islam in perspective. A guide to Islamic society, politics and law*, Routledge, Nueva York-Londres, 1988, pp. 33-40.

[20] G. Vercellin: *op. cit.*, p. 273.

[21] Muy interesante es la puntualización que realiza Cantwell Smith: "El Corán, la Sunnah y el resto de fuentes del derecho islámico no son fuentes del derecho en sí mismas, sino

Esta clasificación es la más aceptada por los autores, pero coincidimos plenamente con la opinión de Mikunda acerca de que "ni siquiera el tema de las fuentes del derecho islámico es un tema de simple reconducción a un esquema general" evidenciándose "a través de las múltiples excepciones lógicas que aparecen en los diferentes autores islámicos,[22] según las épocas".[23]

A. Fuentes primarias[24]

a. Corán[25]

"Para los musulmanes creyentes el Corán es el libro sagrado en el que está consignada la revelación que Dios ha transmitido a los hombres por medio del profeta Mahoma. De ahí que sea la fuente y el patrón de la fe ortodoxa y el fundamento y norma de la recta conduc-

que son más bien fuentes del conocimiento humano del derecho. El derecho existiría incluso si no hubiera habido un proceso de revelación por parte de Dios. Ha sido este proceso de revelación el que ha hecho posible que los seres humanos conozcamos el derecho, y el Corán, la Sunnah, etcétera, son medios a través de los cuales lo conocemos". W. Cantwell Smith, *On Understanding Islam*, Mouton Publishers, The Hague, 1981, pp. 79-80.

[22] Por ejemplo, Hamed Sultan establece un riguroso orden de prelación en las fuentes: primero Corán, después Sunna, *Ijma*, en cuarto lugar incluye como clara fuente de la Shari'ah el razonamiento (*ra'y*) del jurista o juez encargado de dilucidar el caso concreto mediante la analogía (*Qijas*) y la deducción (*Ichtihad*), y por último la jurisprudencia islámica existente en cada escuela exegética oficial. Bannerman recoge que algunos autores incluyen entre las fuentes secundarias *maslaha*, principio basado en la máxima de que la necesidad puede convertir cosas prohibidas en lícitas. Este principio legitimaba decisiones jurídicas contrarias a la doctrina establecida pero más ecuánimes y favorables al interés público que una decisión basada únicamente en argumentos doctrinales. Bannerman, *op. cit.*, pp. 39-40.

[23] Mikunda, *op. cit.*, p. 81, nota a pie de página, núm. 38.

[24] Para una referencia más exhaustiva y profunda de las fuentes del derecho islámicó, véase L. Milliot, *Introduction à l'étude du Droit musulman*, Chap. II, L'Ordre légal, Recueil Sirey, París, 1953, pp. 97 y ss.

[25] Bibliografía útil para profundizar en el estudio del Corán, incidiendo especialmente en su carácter jurídico: S. A. Aldeeb Abu-Sahlieh, "Introduction à la lecture juridique du Coran", *Revue de droit international et de droit comparè*, núm. 65, 1988, pp. 76 y ss; R. Bell, *An Introduction to the Corán*, Edinburgh, 1954; J. Burton, *The Collection of the Qur'an*, Cambridge, 1977; M. V. Merchant, *Quaranic Laws*, Lahore, 1947; R. Roberts, *The social Laws of the Quran*, Edinburgh, 1977.

ta. Es la guía que Dios ha concedido a los hombres, para que siempre encuentren en el libro enseñanza y amonestación".[26] En esta definición podemos ver claramente cómo las dimensiones religiosa y jurídica se funden de manera inseparable, en cualquier tipo de norma, lo que constituye un elemento clave para acercarnos al punto de vista del musulmán creyente.

El Corán constituye la compilación de las revelaciones que Alá realizó al último de sus profetas y mensajeros: Muhammad (570-632 d. C).[27] Estas revelaciones son de una índole muy variada, pretendiendo ser una guía de comportamiento y organización del mundo islámico, haciendo referencia a materias relacionadas tanto con la moral, como con la guerra, la organización de la sociedad y la consideración de sus componentes, el derecho, etcétera, pero siempre girando en torno a la figura de Dios.

Nada dejó escrito el Profeta, ni en materia de dogma, ni en asuntos de derecho, sino que fueron las gentes que en su derredor se movieron las que memorizaron las diferentes azoras o suras del texto coránico.[28] Finalmente Utman, el tercer califa ortodoxo, manda recopilar las tradiciones orales para elaborar el primer texto del Corán[29] en el año 635 d. C.

El Corán es la piedra angular del mundo islámico y su ordenamiento jurídico y es considerado por los ortodoxos como la "*ipissima verbam*" de Dios, quien lo redactó en árabe desde la eternidad en el Cielo. Por esta razón, sólo el texto clásico y en árabe es considerado auténtico y dotado de autoridad. Las traducciones a otras lenguas son permitidas pero no tienen autoridad en sí mismas.[30]

[26] A. Khoury, *Los fundamentos del Islam*, Ed. Herder, Barcelona, 1981, p. 113. Versión castellana de Claudio Gancho, de la obra de Adel-Th. Khoury, *Einfürung in die Grundlagen des Islams*, Verlag Styria, Graz, Viena, Colonia, 1978.

[27] "En verdad, Nos te hemos revelado (a ti, Mahoma) el Libro que contiene la verdad, con objeto de que puedas juzgar entre los hombres sobre lo que Alá te ha mostrado", Corán IV:106.

[28] Sobre la gran y trascendente importancia de la transmisión oral en el Islam, véase G. Vervellin, *Instituciones...*, p. 72.

[29] A. Khuory, *op. cit.*, p. 114.

[30] Sobre la trascendente problemática de la traducción del Corán a otras lenguas: M. Arkoun, *Lectures du Coran*, Ed. Maisonneuve Larose, París. 1982. Además, para los

Que un texto revelado por un ser divino contenga preceptos jurídicos es una característica que hace peculiar y singular al derecho islámico. El número de versos o aleyas[31] de carácter jurídico es muy reducido aunque los autores no se ponen de acuerdo sobre cuántas.[32]

Aunque pocos versos en el Corán tienen un significado estrictamente legal, es cierto, defiende Anderson, que algunas reglas del derecho islámico están basadas en esta esencial fuente.[33] A pesar de esto, la derivación de normas legales del Corán ha tenido un carácter secundario, y no como afirman los teóricos tradicionales, un carácter principal, ya que muchas reglas de la Shari'ah no eran recogidas directamente del Corán "*in abstracto*" sino de costumbres legales y prácticas administrativas en cuanto que éstas, por supuesto, fueran confirmadas, rechazadas o modificadas por los juristas a la luz de las enseñanzas y directrices del Corán.[34]

Como afirmamos al principio, la palabra de Dios como "elemento normativo de tipo marco" se refleja en el Corán, texto que contiene,

musulmanes supone un serio problema el desconocimiento del árabe y la influencia de otras lenguas como el inglés y francés durante la época colonial, pues provoca un distanciamiento entre los musulmanes y el sentido original del Corán. Véase, por ejemplo, S. Qutb, "La nueva yahiliya y el nuevo despertar islámico", en O. Roy, *Genealogía del islamismo*, Bellaterra, 1996, Barcelona, pp. 112-113.

[31] Aleya (aya) también significa "señal" o "milagro", pues milagrosa fue su revelación, J. Riosalido Gambotti, *Compendio de derecho islámico (Risala fil-l Fiqh)*, Ed. Trotta, cap. II, "El Islam y su derecho", p. 24.

[32] Por ejemplo, Hamed Sultan cree que sólo 200 de las 6 600 aleyas, según recoge Mikunda, *op. cit.*, p. 81; Glenn opina que sobre 500 aproximadamente; H. Patrick Glenn, *Legal Traditions of the World*, Oxford University Press, 2000, p. 159; según Bannerman, el Corán contiene no más de 500 versos de carácter jurídico de los cuales sólo aproximadamente 80 son legislativos en el sentido estricto de la palabra, Bannerman, *op. cit.*, p. 34. "Sólo 80 versos pueden ser considerados legislativos en sentido estricto. Gran parte de la llamada legislación coránica consiste en principios de carácter ético, por ejemplo, cuando el Corán insta compasión por los miembros más débiles de la sociedad, o hace llamamientos a la buena fe en las transacciones comerciales, o da evidencias de un deseo de mejorar el *status* social de la mujer". R. M. Savory, *Introduction to Islamic Civilization*, Cambridge University Press, 1977, p. 54. Es por esto por lo que Anderson apunta que no es correcto hablar del derecho islámico como el derecho del Corán, "sería como describir el derecho romano como el derecho de las Doce Tablas", J. N. D. Anderson, *Islamic Law in the Modern World*, Greenwood Press, 1959, p. 11.

[33] Por ejemplo aleyas que tratan sobre las herencias y legados, Corán 4:11-12.

[34] J. Schacht, *Origins of Muhammaden Jurisprudence*, Oxford, 1959, pp 190 y ss; *Law in the Middle East*, Washington, 1955, pp. 39 y ss.

debido a esta naturaleza, principios normativos de cuño dogmático, universales, inmutables por el hombre e imprescriptibles.[35] Mikunda[36] señala una serie de consecuencias jurídicas que pueden extraerse de un texto dogmático positivo como es el Corán.

La primera consecuencia es la necesidad de una *codificación jurídica* previa de tales principios. Esta codificación[37] es realizada durante los primeros siglos de existencia del Islam por juristas de diferentes escuelas exegéticas, de las cuales sólo han llegado hasta nuestros días las cuatro Escuelas Clásicas Sunnitas y la Chiíta.[38]

El producto de esta codificación se conoce como Shari'ah o Ley Islámica, que implica las notas iusfilosóficas por una parte de dogmática, al asumir coherentemente el dogma implícito en sus principios filosófico-jurídicos; y por la otra, divina, puesto que ha sido "redactada por Dios".

Inderogabilidad de la Shari'ah o Ley Islámica por parte de cualquier otra fuente del derecho o por la mano de cualquier autoridad humana.

Aplicabilidad absoluta a todos los destinatarios de las normas islámicas, incluyendo las más altas magistraturas: reyes, presidentes de Estado, altos funcionarios, etc. A excepción de lo que expresamente prevea la Ley Islámica nadie tiene ningún tipo de prerrogativa que dispense su cumplimiento. Esto ha permitido a lo largo de la historia del Islam el derecho a la rebelión contra la tiranía o la injusticia, más conocido doctrinalmente como *derecho islámico de resistencia ante la opresión*.[39]

Con el apunte de estas simples consecuencias jurídicas, Mikunda[40] nos hace comprender –clave para un entendimiento correcto de la

[35] Corán 3:7, "Él es quien te ha revelado la Escritura. Algunas de sus aleyas son unívocas y constituyen la Escritura Matriz; otras son equívocas. (...) Pero nadie sino Dios conoce su interpretación...".

[36] E. Mikunda Franco, *op. cit.*, pp. 172-173.

[37] Esta codificación no tiene nada que ver con la realizada en Europa durante los siglos XIX y XX.

[38] Sobre las Escuelas de derecho véase más adelante.

[39] Véase G. E. von Grunebaum, *Islam. Essays in the Nature and Growth of a Cultural Tradition*, Ed. Greenwood Press Publishers, 1961, p. 133.

[40] Mikunda, *op. cit.*, p. 172.

materia– la "dimensión trascendente o trascendental religiosa" del derecho islámico, dimensión múltiple que abarca los siguientes campos esenciales:

- *Dimensión "legitimidad"*: Dios es el mayor valor pensable y por ende el legislador por antonomasia.
- *Dimensión "normatividad"*: la palabra de Dios reflejada en el Corán, considerado como texto positivo y de carácter constitucional.
- *Dimensión "efectividad"*: tiene aplicación en la comunidad islámica.

Parecerá con estas premisas que el Corán es entendido como la principal y fuente suprema de la Shari'ah, pero podemos señalar tres puntualizaciones que podrían dificultar el entendimiento de esta conclusión o al menos privarle de un rigor mínimo de coherencia.

La primera dificultad, y más evidente, está relacionada con el insuficiente material legislativo que contiene el Corán, ya que no es posible construir un ordenamiento jurídico que responda adecuadamente a las necesidades de una sociedad cuando su fuente primaria y fundamental es tan limitada.

La segunda es que la mayoría de los preceptos legislativos no son claros ni evidentes, haciéndose necesaria la interpretación. Dado el origen divino del Corán, ¿es posible que los seres humanos lleguen a descifrar o interpretar correctamente la voluntad divina?

Finalmente, ¿qué ocurriría con aquella parte del derecho consuetudinario que existía antes de la llegada del Corán y sobre la que el Corán no se pronuncia ni para modificarlo ni para rechazarlo?

Iremos contestando a estas preguntas a medida que tratemos el resto de las fuentes de la Shari'ah, de los principios de la *fiqh*[41] o filosofía del derecho islámico y de la evolución y desarrollo de éstos.

[41] *Fiqh*: literalmente "conocimiento, entendimiento o inteligencia": es la ciencia del derecho islámico o de la filosofía del derecho (*Jurisprudence*) islámico. La ciencia del derecho es el conocimiento de los derechos y obligaciones por la cual el hombre tiene la posibilidad de llevar a cabo la conducta correcta en este mundo y prepararse a sí mismo para la vida futura. Las fuentes del derecho islámico son los medios a través de los cuales se lleva a cabo este conocimiento.

b. Sunnah

Dentro de la Sunnah se incluyen "los detalles particulares del camino del Profeta que se conservan en la tradición"; concretamente la conducta de Muhammad, su forma de actuar en las distintas situaciones de la vida, considerándose tales actuaciones como modelos para los creyentes; las sentencias del Profeta y las amonestaciones, las ordenanzas que dictó y la postura que adoptó frente a diversas cuestiones.[42]

Pero el concepto de Sunnah para designar las enseñanzas en vida del Profeta no surgió hasta dos siglos después de su muerte. En la época preislámica, *sunna* se refería al conjunto de costumbres, usos y normas consuetudinarias de las diferentes tribus de Arabia.[43] Más tarde, durante los dos primeros siglos de la era musulmana, los expertos tomaron la palabra sunna para designar las enseñanzas y vida del Profeta Muhammad. En realidad, los viejos musulmanes, las escuelas de Malik, Hanafi y tantas otras hasta un número de dieciocho que luego quedaron reducidas a cuatro, no supieron nunca con plena seguridad de qué sunna hablaban hasta los trabajos del Imam Al-Shafi'i.[44]

Lo que contiene esta fundamental fuente tampoco está libre de discusión. Todos los expertos coinciden que la Sunnah incluye las enseñanzas en vida de Muhammad, pero hay una pluralidad de teorías que incluyen otro tipo de contenidos adicionales.[45] Al-Shafi'i incluye única y exclusivamente las enseñanzas del profeta Mahoma,[46]

[42] Khoury, *op. cit.*, p. 126.

[43] J. Schacht, *Origins of Muhammaden Jurisprudence*, Oxford, 1959, pp. 58 y ss; *Law in the Middle East*, Washington, 1955, pp. 42 y ss; D. Waines, *An Introduction to Islam*, Cambridge University Pres, 1995, p. 288.

[44] Riosalido, *op. cit.*, p. 25. Sobre Al-Shafi hablaremos en detalle posteriormente. Baste decir, por ahora, que su trabajo fue fundamental para la cristalización y sistematización del derecho islámico y sus fuentes.

[45] Para un estudio más detallado de los debates sobre la importancia y posición que debía ocupar la Sunnah dentro de las fuentes del derecho durante los dos primeros siglos del Islam, véase J. Burton, *The sources of Islamic Law. Islamic Theories of Abrogation*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 1990, pp. 22-25.

[46] *Ibidem*, p. 34.

definiéndolas como "costumbre del Profeta". Otros autores incluyen también la manera en que se comportaron los compañeros de Muhammad, en la medida en que éste los toleró.[47] Por último, los chiítas incluyen las enseñanzas de Alí y de los Imames.[48]

Lo cierto es que con Al-Shafi'i, la Sunnah adquiere, como fuente de derecho islámico, autoridad absoluta.[49] Esto quiere decir que la Sunnah, pese a retomar casi sin ninguna duda un núcleo coetáneo al Profeta, se fue constituyendo a lo largo de otros doscientos años, sin contar con los ejemplares "descubiertos" y aceptados varios siglos después.[50]

A los efectos de nuestro trabajo, Sunnah significa "el camino tomado" (por el Profeta), es decir, la vida y enseñanzas del Profeta Muhammad, "viviendo y explicando el Corán",[51] todo aquel conocimiento, costumbres, decisiones que se han deducido de la vida y comportamiento del Profeta, incluyendo las decisiones judiciales que adoptó como primer líder de la comunidad musulmana.[52]

Ya hemos apuntado que el Corán no podía constituir por sí mismo una fuente suficiente para ningún sistema jurídico. La Sunnah vino a suplir desde el primer momento esta carencia y a aclarar y explicar las ambigüedades que contenía el Corán.[53] Es una *fuente suplementaria del Corán pero de ningún modo debe de entenderse como alternativa*. Muhammad era el Profeta de Alá, y desde que recibió la primera revelación, se entiende que estuvo inspirado por Dios, por lo

[47] Khoury, *op. cit.*, p. 126.

[48] G. Vercellin, *op. cit.*, pp. 76 y 275. Véase el apartado sobre el chiísmo de este trabajo.

[49] Para Al-Shafi'i, la validez de la Sunnah depende del Corán, el cual contiene sus credenciales y garantías. El Corán contiene aleyas que imponen la obligación religiosa de obediencia incuestionada al Profeta, llegando a vincular la fe en Dios mismo con la fe en el Profeta. Dios manifiesta que la fe completa es creer en Dios y en el Profeta, así como que las decisiones de Muhammad son decisiones de Dios. J. Burton, *op. cit.*, p. 141. Corán 3:164, "Dios ha usado de Su gracia con los creyentes al suscitarles un Enviado salido de ellos, que les recita Sus aleyas, les purifica y les enseña la Escritura y la Sabiduría. Antes estaban evidentemente extraviados". En esta misma línea, por ejemplo, Corán 2:129 y 2:151. Corán 4:80, "Quien obedece al Enviado, obedece a Dios...".

[50] Vercellin, *op. cit.*, p. 108.

[51] P. Glenn, *op. cit.*, p. 160.

[52] Corán 53:2-4, "Vuestro paisano (el Profeta) no se descarría ni se extravía. Ni habla por capricho. No es (el Corán) sino una revelación que se le ha hecho".

que la comunidad le ha dado un valor normativo.[54] Sólo desde esta base podemos entender que la Sunnah es una fuente de carácter primario, es decir, emana directamente de Dios, y no es alternativa al Corán, sino que es otro medio usado por Alá para transmitir su voluntad divina.

La Sunnah está compuesta por un conjunto de tradiciones (*hadiz, hadices)*[55] de los actos y declaraciones de Muhammad, transmitidas[56] a través de una cadena ininterrumpida de intermediarios, de testigos que estuvieron en contacto con el Profeta o personas que vieron a gente que vivieron con él. Por tanto, cada *hadiz* ha de tener necesariamente dos partes:[57]

- La declaración normativa o texto (*matn*).
- La cadena de testigos que verifican su autenticidad (*isnad*).

El *isnad* resultaba fundamental para determinar la autenticidad de los *hadices*, desde el inicio de la desaparición de personas que fueron testigos directos de las palabras y obras del Profeta. Además, en los primeros siglos muchos *hadices* fueron modificados, tergiversados e incluso falsificados e inventados en provecho de distintas facciones que se disputaban la primacía en el mundo musulmán y sólo la posibilidad de reconstruir la reputación, la buena fe y el crédito personal exigibles a los distintos transmisores permitía aceptar o no un determinado *hadiz*.[58]

Por tanto, el grado de confianza que se podía depositar en los transmisores y en sus relatos era decisivo, llegándose a formar una verda-

[53] Según las teorías de Al-Shafi'i, véase J. Burton, *op. cit.*, p. 32.

[54] Vercellin, *op. cit.*, p. 76.

[55] Hadiz deriva del verbo *hadatha*, que significa "ser nuevo". "Son anécdotas que hacen referencia a un hecho, o a un dicho o también a un silencio entendido como asentimiento tácito que se remonta al Profeta (o a veces a sus Compañeros), que no pueden contradecir el Corán sino sólo esclarecerlo". Vercellin, *Instituciones*..., nota a pie de página núm. 78, p. 94.

[56] El problema de las hadices es que tenían que haber sido escuchadas y transmitidas oralmente, no admitiéndose en ningún caso el recurso a la documentación escrita. He aquí de nuevo el importante carácter de la tradición oral de la cultura islámica. Vercellin, *op. cit.*, p. 77.

[57] Riosalido, *op. cit.*, p. 24.

dera ciencia sobre la autenticidad de los *hadices*.[59] El examen crítico estaba dirigido sólo y exclusivamente a la *isnad*, a la cadena de transmisores, y nunca al contenido y a las eventuales variantes del texto, que en cambio no fueron sometidos nunca a examen. Obviamente, un *hadiz* claramente contrario a un precepto del Corán o a otro *hadiz* mejor establecido, era rechazado inmediatamente como no auténtico.[60]

A pesar de que Corán y Sunnah provienen de la misma fuente, la relación entre ambas fue objeto de problemas al darse conflictos o contradicciones en sus sentencias. Prueba de ello fue la técnica del *naskh*, al que dedicaremos nuestra atención posteriormente.

Mucho se ha escrito sobre la *Sunnah* y los *hadices*, y mucho queda, por tanto, por decir, para tener un conocimiento adecuado sobre estas figuras.

Pero no podemos seguir extendiéndonos en esta materia debido al limitado carácter del estudio que nos ocupa, por lo que basta con lo hasta aquí apuntado.[61]

[58] Vercellin, *op. cit.*, nota a pie de página núm. 82, p. 94.

[59] A título de curiosidad, las transmisiones realizadas por mujeres tenían el mismo valor que si lo realizaran hombres. Vercellin, *op. cit.*, p. 77.

[60] Ejemplos de estas cadenas de testigos podemos verlos en A. R. I. Doi, *Shari'ah, The Islamic Law*, Ta Ha Publishers, Londres, 1984, pp. 24, 25, 45, 49, 53; según H. P. Glenn, *op. cit.*, p. 161, pie de página 18; y en los *fatwas* que expone Mikunda, *op. cit.*, pp. 83 y 198.

[61] Aparte de estas notas introductorias a las que acabamos de hacer referencia, existe una abundante bibliografía sobre el tema para el lector que quiera profundizar sobre estas apasionantes instituciones. La primera obra de referencia que hemos utilizado ha sido, J. Burton, *An Introduction to the Hadith*, Edinburgh University Press, 1994. Otras fuentes bibliográficas en el tema a tener en cuenta son: Robson, *The isnad in Muslim tradition*, Trans. Glasgow University Oriental Society, XV, 15-26; J. B. Christopher, *The Islamic Tradition*, Nueva York, 1972; I. Goldziher, *Muslim Studies*, 2 vols., Londres, 1971; A. Guillaume, *The Traditions of Islam*, Oxford, 1924; G. H. A. Juynboll, *Muslim Tradition*, Cambridge, 1983; el profesor James Robson ha realizado una serie de importantes artículos sobre los *hadith*, pero aún no han sido recogidos en una monografía. Citamos aquí los siguientes: "The Material of Tradition", *Muslim World*, vol. 41, 1951, pp.166-180 y 257-270; "Tradition: Investigation and Classification", *Muslim World*, vol. 41, 1951, pp. 98-112; "Muslim Traditions: the Question of Authenticity", *Memoirs and Proc.Manchester Lit. Philosophical Society*, vol. 93, 1951-1952, pp. 84-102; "The isnad in Muslim Tradition", *Glasgow University Oriental Society Transactions*, vol. 15, 1953-1954, pp. 15-26; "IbnIshaq's Use of the isnad", *Bull. J. Rylands Lib.*, vol. 38, 1955-1956, pp. 449-465; "The Form of Muslim Tradition", *Guost*, vol. 16, 1955-1956, pp. 38-50; "Varieties of the hasan Tradition", *Journal of Semitic Studies*, vol. 6, 1961, pp. 47-61; "Traditions from Individuals", *Journal of Semitic Studies*, vol. 9, 1964, pp. 327-340; "Standards Applied by Muslim Traditionists", *Bull. J. Rylands Lib.*, vol. 43, 1961, pp. 459-479; "The Transmission of the Ibn Maja's Sunan", *Journal of Semitic Studies*, vol. 3, 1958, pp. 129-141; "The Transmission of Nasa'I's Sunan", *Journal of Semitic Studies*, vol. 1, 1956, pp. 38-59. También es de utilidad para el parágrafo que acabamos de tratar bibliografía sobre Mahoma: A. Guillame, *The life of Muhammad*, Oxford, 1955; W. Muir, *The life of Muhammad*, Londres, 1877; M. Rodinson, *Muhammad*, Londres, 1971; W. M. Watt: *Muhammad at Meca*, Oxford, 1953; *Muhammad at Madina*, Oxford, 1956; Muhammad, *Prophet and Statesman*, Londres, 1961.

B. Fuentes secundarias

La interrelación entre las diversas fuentes secundarias puede servir como un instrumento notablemente útil para solucionar uno de los principales problemas con los que debe enfrentarse un sistema de derecho divino, como el derecho islámico: la necesidad de conservar la puridad de la doctrina fundadora y al mismo tiempo encontrar su efectiva aplicación en una sociedad que evoluciona y cambia con el tiempo. Esto llama especialmente la atención en el caso islámico respecto de otros derechos religiosos porque, como estudiaremos, en el Islam se trató de cerrar durante gran parte de su historia la puerta a la *Ijtihad* o interpretación y entendimiento personal, debido a un intento prolongado de establecer y sentar, más en la teoría que en la práctica, un derecho con una determinada interpretación y significado para todos los tiempos.

a. El Ijma *o* Ichma[62]

Ni el Corán ni la Sunnah pueden dar respuesta a todas las situaciones planteadas en la sociedad. Tampoco sus normas son fácilmente adaptables a las situaciones cambiantes, particularidades y detalles de cada situación, que se dan en la vida diaria, que varían notablemente dependiendo del lugar y de la época.

[62] Bibliografía útil sobre el *ijma*: A. Iysa Bello, *The medieval Islamic controversy between philosophy and orthodoxy: Ijma' and Ta'will in the conflict between Al-Ghazali and Ibn Rushd*, Brill, Leiden, 1989; Ahmad Hasan, *The doctrin of Ijma: a study of the juridical principle of consensus*, Islamic Research Institute, Islamabad, 1978 (1984); C. Mansour, *L'autorité dans la pensée musulmane: le concept de'Ijma (Consensus) et la problématique de l'autorité*, París, Urin, 1975.

El *Ijma* es el procedimiento racional por el cual se llega a un acuerdo unánime, una opinión coincidente de los sabios y expertos juristas (*mujtahid*)[63] de la comunidad islámica (*ummah*) sobre un tema determinado y problemático, al que no podemos dar respuesta acudiendo únicamente a alguna de las fuentes a las que hemos hecho referencia con anterioridad. ¿No resulta contradictorio que seres humanos puedan pronunciarse sobre asuntos referentes a un derecho divino y revelado? La legitimidad de esta fuente secundaria de la Shari'ah está basada en varias *hadices*, de las cuales podemos citar las dos más importantes a juicio de la doctrina especializada.

> Mahoma estaba conversando con un juez (*Mu'adh*) que él mismo envió a Yemen. El Profeta interrogó a Mu'adh en qué basaría sus sentencias. El juez le respondió que en el libro de Dios. Ante la matización del Profeta sobre la hipotética situación de que no encontrara nada en el Corán, Mu'adh le respondió que en tal caso se basaría en la Sunna del Profeta. Y si no hubiera nada en la Sunna que le ayudara, el juez respondió: "entonces seguiré mi propia opinión",[64] respuesta tolerada totalmente por el Profeta. La tradición (*hadices*) dice que Mahoma agradeció a Alá que le hubiera enviado tan buen emisario. ¿No resulta demasiado subjetiva y susceptible al fallo esta decisión jurídica teniendo en cuenta que nos encontramos ante un derecho con autoridad divina? Responderemos a esta problemática a medida que avancemos en la explicación de esta figura del *ijma*.
>
> El segundo *hadiz*, quizás la más conocida y adecuada en este punto dice: "Toda mi comunidad jamás se pondrá de acuerdo en algo si es un error".[65] Y otra *hadiz* dice: "Lo que los musulmanes encuentran justo, es justo para Dios también". Aquí por comunidad debemos entender los sabios y expertos en el derecho islámico, los *Mudjtahid* (ya que se entiende que son herederos del Profeta), no todos y cada uno de los individuos que integran la *Ummah*.

El *ijma* nació de la necesidad de asegurar a la naciente doctrina del Islam una coherencia ante la dispersión de los creyentes y la proliferación de los *hadices*, para proteger la unidad social y de la fe de la comunidad originaria.[66] Se trató de impedir que debido a las características particulares de cada zona sometida al Imperio musulmán desarrollara un ordenamiento jurídico distinto, ya que podría poner en peligro el objetivo de alcanzar la unidad de la comunidad musulmana. Por tanto, en la época de gran expansión del Imperio islámico, se hizo indispensable que un elemento fundamental para mantener la cohesión de cualquier tipo de organización, como es el ordenamiento jurídico, tuviera homogeneidad a lo largo de todo el imperio.

Hemos de dejar bien claro que el *ijma* no es una fuente independiente, sino un medio de aclarar y resolver problemas con cierta autoridad basándose en los preceptos de las fuentes primarias.

La decisión por consenso debía reunir tanto la opinión favorable de la mayoría de los *mudjtahid*, como ninguna opinión en contra.[67] Una vez que una decisión era tomada por acuerdo de los *mudjtahid*, adquiría las notas de certeza e irrevocabilidad, y vinculaba a las sucesivas generaciones. El acuerdo se convertía en una decisión válida y legítima, proporcionando un precedente sobre el que basarse juicios posteriores.[68]

Siguiendo las explicaciones de Mandirola, "teóricamente, nada impide que un *ijma* establecido en un momento determinado no pueda ser reemplazado por uno posterior". Para que la nueva norma, fruto del consenso y aprobación de todos los *mudjtahid* de la zona, fuera efectiva requería finalmente el consentimiento popular, es decir, que fuera aplicado y aceptado por la *ummah*. "Si no hay oposición, la comunidad tendrá por verdadero lo que los m*udjtahid* afirmen respecto de la norma en cuestión".[69]

[63] En un principio, se trataba el consenso de toda la comunidad islámica de creyentes (ummah), pero muy pronto se vio restringido al parecer de los doctores de la ley, a los que precisamente se les confió el cuidado de tomar decisiones en materia jurídica. Vercellin, *op. cit.*, p. 275.

[64] J. N. D. Anderson, *Islamic Law in the Modern World*, Greenwood Press, 1959, p. 13.

[65] H. McCoubrey y N. D. White, *Textbook on Jurisprudence*, 3a. ed., Oxford University Press, 1999, p. 110; Renè David y J. E. C. Brierly, *Major Legal Systems in the World Today*, 3a. ed., 1985, Londres, Stevens & Sons, p. 458; Khoury, *op. cit.*, p. 134; entre muchos otros.

[66] Vercellin, *op. cit.*, p. 275.

[67] Waines, *op. cit.*, p. 82.

[68] *Ibidem*, p. 83. Sosteniendo un punto de vista contrario y defendiendo la limitada duración temporal, véase Bannerman, *op. cit.*, p. 37.

[69] P. Mandirola Brieux, *Introducción al derecho islámico*, Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 1998, p. 66.

Aunque los juristas divergen en este punto, los defensores del papel del *ijma*, consideran que puede extenderse a cualquier cuestión, incluso religiosa. A tal fin, sin embargo, se debería contar con un *ijma qati*, esto es, un *ijma* "explícito y dirimente", el único que podría valer como fuente del derecho o como concepto teológico. Pero en este caso la decisión debe tomarse con la unanimidad de todos los *mudjtahid* consultados a través de un sistema *liberum veto*, de ahí la imposibilidad para los *ulama* de estatuir obligaciones o prohibiciones válidas para toda la comunidad a falta de un preciso y declarado apoyo de la misma.[70]

Desde un punto de vista práctico, David[71] considera que el Corán y la Sunnah son simplemente fuentes históricas: el juez ya no consulta el Corán o la Sunna directamente debido a que ya han sido infalible y definitivamente interpretados por el *ijma*. Abundando en esta idea y concluyendo con esta figura, Mayer opina que para encontrar el derecho en el Islam tradicional no se consultan las fuentes originales. Esta tercera fuente de la Shari'ah tiene un "excepcional significado práctico, y sea cual sea el origen del *fiqh*[72] (Filosofía del derecho islámico) le debe su aplicación presente a su ratificación por el *ijma*".[73]

b. Qijjas *o* Kiyas[74]

El *qijas* es un proceso de razonamiento por analogía que, partiendo de los principios existentes, intenta llegar a soluciones para problemas que no son regulados exhaustivamente sino que son contenidos

[70] Vercellin, *op. cit.*, p. 275.

[71] R. David y J. E. C. Brierly, *Major Legal Systems in the World Today*, 3a. ed., 1985, Londres, Stevens & Sons, p. 460.

[72] *Fiqh* es la ciencia del derecho islámico o de la filosofía del derecho (*Jurisprudence*) islámico. La ciencia del derecho es el conocimiento de los derechos y obligaciones por la cual el hombre tiene la posibilidad de llevar a cabo la conducta correcta en este mundo y prepararse a sí mismo para la vida futura. Las fuentes del derecho islámico son los medios a través de los cuales se lleva a cabo este conocimiento.

[73] A. E. Mayer, *Islam and Human Rights*, Traditions and Politics, Westview Press, Boulder y San Francisco, Printer Publishers, Londres, 1991.

[74] Esta figura fue introducida por Abu Hanafi fundador de la escuela Hanafi de derecho islámico, McCoubrey, H. & N. D. White, *Textbook on Jurisprudence*, 3a. ed., Oxford University Press, 1999, p. 110.

en normas que prevén situaciones similares. Se usa la *qija* donde se requiera aplicar un precepto asentado a una nueva circunstancia no cubierta específicamente.

Este procedimiento de deducción analógica responde a la obligación de hacer frente a necesidades crecientes de diversificación y de explicitación de la Ley divina, encontrando soluciones de lo contrario no previstas y definiendo reglas aplicables a situaciones nuevas.[75]

Con el *qijas* no se trataba de buscar una certeza, sino más bien de elaborar un argumento que permitiera deducir una norma. Es un razonamiento que va de un caso concreto a otro, remitiendo de un hecho inédito a uno precedente. Es muy importante la idea para el correcto entendimiento de esta institución, de que no es una extensión de las observaciones hechas sobre un caso específico a todos los casos de un mismo tipo, sino que se limitaba siempre y de forma exclusiva a la única circunstancia específica sometida a examen.

Se trata siempre de una aplicación muy restringida. Para que se aplique *qijas* se requieren cuatro elementos:

1. Que se produzca una nueva contingencia que planteara un problema.
2. Un caso base (*asl*) fundamentado por una norma definida previamente.
3. Una razón de ser, causa efectiva, o común denominador compartido por ambos casos.
4. Una deducción, una nueva norma aplicada al caso concreto.[76]

Sin embargo, algunos expertos islámicos se opusieron a la idea de que la *qijas* fuera una fuente de la Shari'ah, basándose en su potencial peligro para la autoridad del Corán[77] y de la Sunnah, ya que recurrir a la opinión personal de un creyente (*raay*) de la que extraer una norma jurídica significaba de hecho afirmar una insuficiencia del Libro revelado.[78] Por ello, sigue siendo visto con cautela ya que

[75] Bannerman, *op. cit.*, p. 38.

[76] Vercellin, *op. cit.*, p. 276.

[77] Corán 16:89, "...Te hemos revelado la Escritura como aclaración de todo, como dirección y misericordia, como buena nueva para los que se someten".

[78] Waines, *op. cit.*, p. 80; Vercellin, *op. cit.*, p. 276.

es ejercido por un ser falible y por tanto susceptible de error. Además, este procedimiento de analogía no puede ser aplicado a todos los pronunciamientos de la Shari'ah. La determinación de la razón de ser o causa efectiva en las normas *muamalat*[79] es mucho más sencillo que en las *ibadat*, además de que estas últimas no son un objeto adecuado para el uso de la analogía. El derecho penal fue otro de los campos en los que había grandes reparos para ser aplicado el razonamiento analógico. Dentro de la misma escuela Hanafi se rechazaba la *qija* en el derecho penal por la dificultad que suponía identificar con certeza la "causa efectiva" compartida por ambos casos.[80]

No obstante, siempre que el *qijas* sea aplicado únicamente donde no haya un precepto del Corán o de la Sunnah, nadie duda que es una práctica aceptada y, de hecho, necesaria. Además hay que enfatizar, para despejar cualquier duda, que el *qijas* sólo puede ser considerado como un instrumento de interpretación y aplicación del derecho, no puede ser utilizado para crear reglas básicas con carácter absoluto y principal.

Como puntualiza Mandirola, "el Islam no cuenta con un *corpus iuris* al estilo del derecho romano, por el contrario tiende a evitar la sistematización y la codificación. El *qijas* le permitió al derecho islámico una plasticidad relativa, pero acostumbró al jurista a pensar el derecho en consideración a situaciones particulares más que en principios generales dispuestos *a priori*".[81]

Con la ayuda del *qijas* es posible descubrir, partiendo de las reglas del *fiqk*, la requerida solución en cualquier caso particular. ¿Podría esta figura, por tanto, ser el instrumento para adaptar un sistema jurídico de origen divino y de marcado carácter inmutable a los cambios y evolución constante de la sociedad musulmana? Ante esta pregunta Milliot[82] sostiene que no es posible adaptar el derecho musulmán

[79] Ya hicimos referencia en la introducción a esta importante diferenciación entre las normas del derecho islámico: las *ibadat* regulan la relación de los hombres con Dios, permaneciendo eternas e inmutables. Las *muamalat* regulan la relación de los hombres entre sí, en ámbitos como la política, economía, sociedad, etcétera.

[80] Waines, *op. cit.*, pp. 80-81.

[81] Mandirola, *op. cit.*, p. 70

[82] L. Milliot, "La pensée juridique de l'Islam", *Rev. Int. dr. comparé*, 1954, pp. 441-454 y 448.

a las necesidades de la sociedad moderna por este medio. Y esto es debido a la diferente concepción sobre el derecho que los expertos juristas islámicos tenían respecto de los juristas occidentales.

Ya hemos expresado en nuestra introducción que el estudio satisfactorio del derecho islámico exige adoptar la mentalidad de sus juristas y abandonar por un momento los esquemas positivistas o iusnaturalistas que estructuran nuestra manera jurídica de pensar. Los doctores del Islam tienen un enfoque fuertemente influido por consideraciones religiosas que trascienden a la propia realidad y que les aleja, indiscutiblemente, de las formas de interpretar el derecho por los juristas occidentales. No debemos olvidar el carácter aglutinador del Islam, englobando tanto ideales religiosos, como morales, jurídicos, culturales, etcétera, así como de su derecho. El *fiqh* no pretende reflejar la realidad, "es como un faro que guía al fiel hacia el ideal religioso, y a menudo esta es una dirección en la que no hay progresos o desarrollos. La idea de adaptar el *fiqh* a las situaciones contemporáneas es completamente ajena al sistema islámico".[83] El culto a Dios y a la salvación son las ideas centrales en el Islam que se mantienen inmutables a lo largo de los siglos y el derecho es un medio más para conseguirlo, dejando de lado las actividades que no conduzcan a este objetivo primario. Por eso el derecho islámico apenas presta atención al derecho público. No es en el ámbito de la política o instituciones públicas donde los individuos deben dar los pasos necesarios y correctos hacia su salvación y hacia Alá.

Por tanto, desde el punto de vista de la filosofía clásica del derecho islámico sunnita, la *Shari'ah* se basaba en el Corán, en la Sunna y en el consenso de la comunidad y de los expertos, junto con la deducción analógica de los preceptos que sientan estas tres últimas.

Es necesario hacer notar, como así lo hace Anderson, que una enorme proporción del derecho islámico descansa en las dos últimas fuentes estudiadas, consenso (*ijma*) y analogía (*qijas*), y en cierto sentido la *ijma* ha sido a lo largo de la historia la fuente más importante de todas, ya que incluso el Corán era necesario interpretarlo. Fue la fi-

[83] G. H. Bousquet, *Précis de droit musulman*, 3a. ed., 1954.

gura de la *ijma* la que, en los análisis finales, estuvo en posición de dar una sentencia o decisión con autoridad.[84]

Con estas cuatro útiles instituciones que hemos estudiado brevemente se fueron formando paulatinamente los amplísimos repertorios de jurisprudencia islámica hoy existente, no reconducibles a los esquemas de tipo cartesiano típicos de nuestro entorno jurídico.

c. El caso especial de la facultad de ijtihad *o* ichtihad[85]

El *ijtihad* es definido como la posibilidad, el derecho o la facultad que tienen ciertos expertos en la *Shari'ah* para acudir a las fuentes originales del derecho islámico e interpretarlas por uno mismo. Fue el proceso de razonamiento e interpretación independiente y, como tal, representó la contribución de la razón humana *strictu sensu* al desarrollo de la *Shari'ah*.

En los primeros años del desarrollo del derecho islámico se consideraba que los juristas-teólogos cualificados (*mudjtahid*) tenían esta facultad de interpretar el derecho por sí mismos. Según Vercellin "los primeros doscientos cincuenta años (hasta mediados del siglo IX d. C) la facultad para los expertos en derecho de ofrecer soluciones personales a los problemas jurídicos que iban surgiendo no quedó en entredicho".[86]

En el transcurso de los años, la cristalización de las diferentes escuelas de derecho y la progresiva enunciación de sus doctrinas, esta facultad fue cayendo en desuso, ya que se produjo una condensación del acuerdo en torno a las sistematizaciones llevadas a cabo por las cuatro escuelas, produciéndose una continua disminución de los espacios libres de elaboración. A partir del tercer siglo de la Era musulmana todos los juristas eran considerados como meros *muqallids*, juristas cuya obligación era aceptar las opiniones de sus grandes predecesores sin llevar a cabo ningún tipo de juicio privado.

[84] Anderson, *op. cit.*, pp. 13-14.

[85] En este apartado hemos seguido principalmente Weiss, B., "Interpretation in Islamic Law: The Theory of Ijtihad", en *American Journal of Comparative Law*, núm. 26, 1978, pp. 199 y ss.

[86] Vercellin, *op. cit.*, p. 295.

Es cierto que muchas autoridades político-religiosas permitieron que incluso un *muqallid* pudiera, en las exigencias de la vida privada, tomar y escoger entre las diferentes opiniones de sus grandes predecesores; pero generalmente los jueces y jurisconsultos no tuvieron tal libertad en su capacidad pública, sino que debieron seguir la opinión dominante con todo detalle dentro de la escuela a la que pertenecieran.

Así se vuelve paulatinamente dominante la opinión según la cual nadie estaba en posesión de las cualidades requeridas para proponer razonamientos autónomos. De este modo, sobre el siglo IV de la era musulmana se llegó a la prohibición del ejercicio del *Ijtihad*, teniendo los musulmanes la obligación de respetar el *taqlid*: la reconocida autoridad de los doctores de pasadas generaciones.[87] Algunos autores sostienen que la comunidad islámica alcanzó la conclusión de que la fase de esta forma de desarrollo del derecho islámico había llegado a su fin, acuñándose la famosa expresión de "*el cierre de las puertas al Ijtihad*". Con esta prohibición se eliminó uno de los instrumentos dinamizadores del sistema jurídico islámico, con lo que el anquilosamiento de la *Shari'ah* y su incapacidad para adaptarse a situaciones reales de la vida diaria se hizo aún más patente.

El *cierre de las puertas al Ijtihad* duró hasta el siglo XIX después de Cristo. Muchos autores consideran que esas puertas no fueron cerradas de una manera total y absoluta como defienden los más ortodoxos, pero su alcance, aún hoy día, se discute entre los expertos del derecho islámico.[88]

[87] Con el *taqlid* la doctrina no debía ya interpretar directamente el Corán y la Sunnah, sino atenerse a la interpretación de una de las escuelas cuya doctrina oficial no era la de las obras de los grandes maestros del pasado, sino la de los comentaristas y epígonos posteriores. Vercellin, *op. cit.*, p. 296.

[88] Por ejemplo, Waines defiende que nunca cesó la actividad del *ijtihad*. Waines, *op. cit.*, p. 86. Vercellin sostiene que durante la época en la que el *taqlid* permaneció en vigor (hasta el siglo XIX, cuando el mundo musulmán empezó a ser influido por ordenamientos jurídicos europeos) seguían habiendo manifestaciones originales jurídicas: existían instrumentos, sobre todo del *qanun* (legislación estatal que estudiaremos más adelante) que permitían la adaptación de la Shari'ah y del *fiqh* a realidades regionales, sociales y temporales muy distintas. Además algunos *mudjtahid* siguieron ejerciendo *ijtihad*, ya que consideraban inaceptable seguir sólo la autoridad de un mortal, por más que fuera el fundador de una escuela, en una materia que atañía a la Shari'ah. Vercellin, *op. cit.*, p. 297.

El *cierre de las puertas al ijtihad* contribuyó a la postura básica del derecho islámico clásico acerca de que los principios esenciales de la Shari'ah son inmutables, y el Islam no reconoce ninguna autoridad terrenal para modificarlos. Los soberanos de los Estados musulmanes no pueden crear derecho o legislar; sólo están autorizados para promulgar regulaciones administrativas dentro de los límites definidos por el derecho islámico (*qanun*).

En la Edad Moderna se empezó a desarrollar una práctica de *neo-ijtihad*, basada principalmente en la evidente necesidad de que las normas dieran respuesta a las nuevas circunstancias que se planteaban en una nueva sociedad, pero también por las dudas que existían sobre la naturaleza y necesidad del *cierre de las puertas al ijtihad*, cuestión de máximo interés pero que se sale de nuestro objeto de estudio.[89]

Ahora bien, estas consideraciones no son de aplicación a la ideología chiíta. En ella ha estado siempre abierta la *puerta del ijtihad* hasta el Día de la Resurrección como tendremos oportunidad de estudiar más adelante.[90]

3. Las cuatro escuelas de derecho clásicas sunnitas[91]

A pesar de que la Shari'ah es concebida como una Ley revelada por Dios, en el derecho musulmán se produjo una compleja labor de creación jurídica llevada a cabo por multitud de expertos juristas. En los primeros siglos del Islam se reunieron libremente y sin ninguna investidura por parte del poder político o religioso en cofradías o grupos o empleando términos occidentales "escuelas" (en árabe *madhhab*).

[89] Como señala Cantwell, la cuestión sobre el *ijtihad* no es una mera cuestión de interés académico. Si el *ijtihad* puede ser ejercitado, de qué manera y por quién, cambiando el derecho o adaptándolo a nuevas situaciones, es una cuestión de máxima importancia en la vida actual de la mayoría de los países musulmanes, entrañando no sólo significado jurídico, sino social, político, económico e incluso psicológico. Cantwell Smith, *op. cit.*, p. 79.

[90] S. M. Musavi Lavi, *Los fundamentos de la doctrina islámica. Libro IV. El Imamato*, Fundación para la difusión de la cultura islámica en el mundo, p. 126.

[91] Sobre la pluralidad de las escuelas sunnitas, véase J. Riosalido Gambotti, *Compendio de derecho islámico (Risala fil-l Fiqh)*, cap. II, "El Islam y su derecho", Ed. Trotta, pp. 23-31.

En su origen cada *madhhab* estaba construido en torno a un núcleo de *ulama*,[92] *faqi*[93] y *qadi*,[94] estudiantes, etc. Pero progresivamente la influencia de esta corriente de pensamiento se extendió también entre las masas populares, que se dirigían a sus representantes por cuestiones relacionadas a la prestación de las *Ibadan*,[95] la instrucción, la administración judicial, etc. En una fase posterior los *madhhab* alcanzaron una auténtica hegemonía, no sólo en el terreno jurídico, sino también en el religioso y político.

El esfuerzo de elaboración de las doctrinas jurídicas en el siglo II de la Hégira trascendía la fractura política de la *ummah* entre chiíes y sunníes, los *madhhab* originarios reunían a ambos. Sólo en una fase posterior los no sunníes se remitirían a sus propias escuelas, algunas de las cuales todavía sobreviven (los ibadíes, los zaydíes y algunas corrientes de los duodecimanos o imamíes). Estos últimos a partir del siglo XVIII atribuyen una denominación unitaria a la escuela *yafarí*, considerándola como quinta al lado de las cuatro sunníes, de la cual trataremos más tarde.

Las principales diferencias de las escuelas sunnitas entre sí y respecto a la chiíta estriban en la reglamentación de instituciones concretas, las fuentes constitutivas del derecho (*usul al-fiqh*), en particular la importancia que debía darse a los *hadices*, y por último la legitimidad, límites y método de la *ijtihad* y sobre todo del *qijas*.

Además las escuelas han conseguido mantener una unidad jurídica de fondo, pese a garantizar una gran adaptación a las peculiaridades y necesidades locales.[96] Hoy día subsisten cuatro escuelas ortodoxas o sunníes.[97]

[92] *Ulama* (singular, *alim*): el experto en *ilm*: conocimiento espontáneo, innato en cuanto conocimiento de Dios, ya que el hombre ha reconocido a Dios desde la preeternidad. Para un estudio más en profundidad de esta institución, véase, por ejemplo, Vercellin, *op. cit.*, pp. 242-248.

[93] *Faqih* (pl. *Fuqaha*): iusfilósofo musulmán.

[94] *Qadi* (pl. *qudah*): juez, nombrado por el soberano para resolver controversias basándose en la Shari'ah. Para un estudio más en profundidad de esta institución, por ejemplo, Vercellin, pp. 299-304.

[95] Normas *ibadat* son normas que regulan la relación y las obligaciones de los hombres parar con Dios.

[96] Vercellin, *op. cit.*, pp. 279-282.

[97] Ente los estudiosos del derecho islámico no hay unanimidad respecto de la posibilidad de que un jurista que pertenezca a una de las escuelas ortodoxas se cambie a otra.

Hanafi.[98] Esta escuela se caracteriza por un amplio uso del *raay*[99] y por la importancia concedida al *qijas* respecto a los *hadices*.[100] Los hanafies, guiados por un enfoque más formalista, recurrían mayormente a los *huyal*[101] (las argucias jurídicas) y dejaban un amplio margen al razonamiento individual[102] En su desarrollo posterior reconocieron y defendieron la figura de la *istihsan*[103] en aquellos supuestos en los que la aplicación de la analogía condujera a un resultado poco deseable.[104] Tiene el mayor número de seguidores y están principalmente en Turquía, las antiguas repúblicas soviéticas, Afganistán, Jordania, Siria, Pakistán e India. Por tanto la razón juega un papel importante pero siempre ciñéndose a la hegemonía y respeto escrupuloso de la revelación contenida en el Corán y la Sunnah.

Maliki o *malequí*.[105] Es el autor de la más antigua compilación[106] de derecho islámico,[107] el *Kitab al-mutwatta* o simplemente

Vercellin sostiene que no habría ningún tipo de problema, Vercellin, *op. cit.*, p. 283. Por el contrario, Doi señala el trastorno que supone el cambio de escuelas jurídicas, aunque actualmente el cambio de una escuela a otra facilita la posibilidad de encontrar soluciones a problemas no contemplados por una determinada escuela, e incluso facilita la labor de los *qadi* en un mundo en el que los musulmanes están desperdigados por todo el mundo. Véase Doi, A. R. I., *Shari'ah in the 1500 century of Hijra. Problems and prospects*, Ta-Ha Publishers, Londres, 1981, pp. 54-61.

[98] Cuyo principal exponente y epónimo fue el Imán Abu Hanifa af Bufa, 696-767 d. C.

[99] Raay o ra'y: parecer o razonamiento del jurista basado en su propia discreción.

[100] Vercellin, *op. cit.*, p. 283.

[101] *Hiyal*: Estratagemas legales para evitar resultados previstos por la Shari'ah no deseados. Los estudiaremos con más detalle más adelante.

[102] Debido a que era expresión de un centro urbano, Kufa, étnica y culturalmente cosmopolita, basado en la ganadería, agricultura y comercio.

[103] *Istihsan*: decisión discrecional del juez en un asunto jurídico concreto cuando el interés público pueda ser afectado, aproximándose a lo que podríamos entender por equidad.

[104] Waines, *op. cit.*, p. 66.

[105] Cuyo principal exponente y epónimo fue el Imán Malik de Medina 715-795 d. C.

[106] Las colecciones que contienen la elaboración cada vez más actualizada de la doctrina alcanzada por cada *madhhab* (y cuya producción continúa todavía hoy) no son "códigos legislativos" en el sentido occidental del término. No constituyen una compilación orgánica de toda la disciplina jurídica en sus distintos campos de aplicación, sino que son únicamente colecciones de interpretaciones que pueden sugerir pero no imponer un juicio.

[107] Malik en persona no fue quien escribió la *Muwatta*, sino que fueron sus discípulos quienes la recogieron. Riosalido, *op. cit.*, p. 46.

Muwatta[108] en el que reunió muchísimas tradiciones locales que toman precisamente el nombre de "sunna de Medina".[109] Junto a éstas, su manual recogía los dictámenes jurídicos (*fatwa*) del propio Malik. Reconoce como fuentes del derecho al Corán, la tradición (que puede ser tanto la del pueblo en general como la de los Compañeros y los Seguidores del Profeta), el *ijma* o *consensus* de la Comunidad (referido como es lógico en un primer lugar a la ciudad de Medina) y la razón o *raay*, de la que la analogía, escasamente mencionada, es una parte.[110] Recurría preferentemente y de manera amplia a la sunna respecto al *raay*, a parte de algunos criterios hermenéuticos subsidiarios como el *istihsan* (equidad) y el *istislah*[111] Además los malikíes tienen una visión de la ley en la que las intenciones, buenas o malas, subyacentes en una acción influyen en su permisividad.[112] Posteriormente extendieron el uso del instrumento jurídico del *amal*[113] a las prácticas judiciales de otras localidades.[114]

La escuela malikí se extendió rápidamente por el Magreb, el África subsahariana y Egipto. Es el rito seguido por los musulmanes del Norte y Oeste de África. Tiene además la peculiaridad de haber sido la doctrina oficial en la España musulmana.[115]

Shafi o *chafeí*.[116] Le corresponde sobre todo el mérito de haber conferido una sistematización racional a la doctrina de los *usul al-fiqh* (fuentes fundacionales del derecho islámico). Todo lo que se estudia como la teoría clásica del derecho islámico (las cuatro fuen-

[108] "Libro del camino allanado" o "transitado".

[109] Vercellin, *op. cit.*, p. 281.

[110] Riosalido, *op. cit.*, p. 46.

[111] Método subsidiario de argumentación, orientado a obtener la utilidad pública y que literalmente significa "el considerar útil".

[112] Vercellin, *op. cit.*, p. 281.

[113] *Amal* significa literalmente "acción" o "procedimiento". Figura jurídica a través de la cual el juez (*qadi*) podía elegir libremente entre las opiniones de los juristas, aquéllas que mejor se ajustaban a las realidades locales, aunque no contaran con el apoyo de la mayoría de los expertos. Vercellin, *op. cit.*, p. 284.

[114] Waines, p. 67.

[115] La obra de de Riosalido contiene una traducción al castellano de una recopilación malikí de derecho islámico.

[116] Fundada por el Imán Al-Shafi'i, 767-820. Fue estudiante directo de Malik y estudió con discípulos de Abu Hanifah, lo que le ayudó para conformar su teoría.

tes principales: Corán, Sunnah, *qijas* e *ijma*) se debe principalmente al esfuerzo sistematizador llevado a cabo por Al-Shafi.[117] Al igual que en la Escuela Hanafi, el papel de la razón está presente. Considera como fuentes del derecho islámico:[118]

> La primera fuente y sobre la que se basan las demás de una forma indiscutible es el Corán.
>
> La segunda es la Sunnah del Profeta, excluyendo cualquier otro tipo de tradiciones o contenido como ya indicamos con anterioridad.
>
> Al-Shafi'i reconocía como tercera fuente el razonamiento por analogía (*qijas*). Su diseño del razonamiento por analogía debía de basarse escrupulosamente en las dos fuentes anteriores,[119] y relegaba el papel de la razón a un segundo plano.[120]
>
> Por último, el consenso, pero un consenso que no es el espontáneo o popular de juristas anteriores, sino el admitido en las tradiciones proféticas debidamente criticadas y expurgadas de elementos reconocidos como espurios. Además, al-Shafi'i defendía que la comunidad, como un todo, no serían capaces de ignorar una norma dada por Alá o por el Profeta.
>
> Rechazó el *raay* y el *istihsan*, o cobertura de las lagunas dejadas por la ley según la razón. Para él, lo único realmente importante son las tradiciones. Confirió gran importancia a la teoría del *Naskh* o la abrogación de un elemento de la revelación por otro, a lo que dedicaremos especial atención por su importancia en la conformación de la Shari'ah.

Esta escuela prevalece en Malasia, Indonesia y en la costa Este de África y se ha extendido también en Pakistán y es la de los kurdos, incluidos los actuales habitantes de dentro de las fronteras de Irán.

[117] Al-Shafi'i no inventó los cuatro principios del derecho, pero su trabajo sistematizador y cristalizador es clave para ello.

[118] Riosalido, *op. cit.*, p. 46; Waines, *op. cit.*, pp. 67-70.

[119] Waines, *op. cit.*, p. 69.

[120] Uno de los objetivos de Al-Shafi'i era crear para los tradicionalistas una ciencia que pudiera ser usada como antídoto contra la *Kalam* (teología dialéctica que intentaba defender a través de argumentos racionales las creencias musulmanas y probar extremos tales como la unidad de Dios, sus atributos, el libre albedrío y la predeterminación). El racionalista Mu'tazila pretendía mostrar que "razón" y "revelación" no eran contradictorias. La victoria de Al-Shafi'i implicó la derrota del racionalismo y la imposición del tradicionalismo, así como el anquilosamiento del derecho islámico clásico. G. Makdisi, *Religión, Law and Learning in Classical Islam*, Hamsphire, 1991, pp. 12-14, 18, 43-46. También en "The judicial theology of Shafi'i: Origins and significance of usul al-fiqh", en *Studia Islamica*, LIX, París 1984, pp. 12-20.

Hanbalí.[121] Defendió rígidamente el entendimiento del Corán de forma literal, sin posibilidad de interpretaciones alegóricas, y la primacía de las tradiciones del Profeta hasta el punto de rechazar el uso del *qijas* y del *raay*,[122] aunque sin sumarse a la elaboración de un sistema de derecho propiamente dicho. Ésta fue obra, en cambio, de sus discípulos.[123] Hanbal apuntaba como tercera fuente del derecho los dictámenes jurídicos (*fatwas*) de los Compañeros del Profeta, ya que ellos estuvieron en una situación privilegiada para entender y practicar la sunna de Muhammad. En cuarto lugar se encuentra el *ijma* como acuerdo general de una verdad tomando como base el Corán y la Sunnah.

La Escuela Hanbalí desarrolla su actividad principalmente durante el tercer siglo de la Hégira, décimo de la era cristiana. Es un periodo en el que los cambios e innovaciones teóricas dejan de producirse y el periodo de *taklid* toma el relevo. Es por ello por lo que la doctrina Hanbalí es puramente tradicionalista. Su *Musnad*, o colección de tradiciones del Profeta según el *isnad*, es un clásico de la escolástica, y aunque con algunos párrafos y algunas soluciones brillantes, no aporta prácticamente nada nuevo, aunque sí a la seguridad, a la vez religiosa y jurídica, de los adeptos a la mencionada Escuela.[124]

La Escuela Hanbali es la dominante en Arabia Saudí y en algunas zonas del Golfo Pérsico. Como aún hoy puede constatarse claramente es la Escuela más radical de las cuatro citadas.

Para concluir con este apartado hemos de señalar, como así hace Vercellin, que los *madhhab* malikí y hanafí revelan una orientación pragmática, ya que ambas derivan en lo sustancial su propia metodología de unas tradiciones concretas de las regiones en las que se formaron en los siglos VIII y IX. Y viceversa, los shafiíes, condicionados por la fuerte personalidad de su fundador, parecen haberse preocupado, sobre todo, por desarrollar un corpus coherente de doctrinas derivadas de una precisa aplicación del *qijas* de acuerdo con el Corán y

[121] Fundada por el Imán Ibn Hanbal, discípulo de al-Shafi'i, 780-855.

[122] Ibn Hanbal desconfiaba realmente de la razón humana, considerando peligroso el papel que tanto los seguidores de Hanifah como los de Al-Shafi'i le habían asignado respecto de la interpretación y deducción de la Ley divina. Waines, *op. cit.*, p. 71.

[123] Vercellin, *op. cit.*, p. 282.

[124] Riosalido, *op. cit.*, p. 47.

con la Sunnah, y al seguir las enseñanzas de Al-Shafii, concedían gran relevancia al *faqih*. Por último, los hanbalíes tendieron sobre todo a la restauración de la pureza de la vida primitiva de la *ummah* de Medina, de la que por otra parte no derivaban una tradición directa, a diferencia de los malikíes.[125]

La escuela chiíta.[126] El chiísmo es la primera y más importante escisión dentro del mundo musulmán, aún presente en nuestros días.[127] El motivo de tal escisión no se debe a una diferencia sobre los dogmas que vertebran el Islam sino a un problema político: la sucesión de Muhammad. Muhammad era el líder y guía de la *ummah* tanto en el plano espiritual como en el plano político. A grandes rasgos, los sunníes defienden la elección de uno de los más ancianos y sabios Compañeros de Muhammad, Abu Bakú,[128] el primer *califa* (sucesor del Mensajero de Dios) ortodoxo y de los posteriores[129] como sucesores de Muhammad en la dirección de la *ummah*. La *shi'ah*,[130] como contraposición a la *sunna*, defiende el legítimo nombramiento de Alí por Muhammed como su sucesor. Por tanto la doctrina chiíta surgió a la muerte de Muhammad (632 d. C.), "cuando un grupo selecto de compañeros de Alí se negó a jurar fidelidad a Abu Bakú y se manifestaron así en defensa de las designaciones explícitas y las pruebas

[125] Vercellin, *op. cit.*, p. 283. Para una comparación más detallada, atendiendo más al contenido sustantivo, entre las cuatro escuelas ortodoxas sunníes véase el estudio que realiza J. Riosalido con base en la Risala Fi-l-Figh, de Ibn Abi Zayd Al-Qayrawani, contenida en "Compendio de derecho islámico", Ed. Trotta, Madrid, 1993, pp. 165-233.

[126] Para un recorrido y estudio de la evolución y diversificación de la ideología chiíta desde su nacimiento hasta la actualidad, con abundante bibliografía véase por todos H. Halm, "Shiism", Edinburgh University Press, Edinburgh, 1991, traducción de Janet Watson de la obra original "Die Shia", 1987. En castellano véase Y. Richard, *El islam Shií*, Ed. Bellaterra, Barcelona, 1996, Biblioteca del Islam Contemporáneo.

[127] Actualmente los chiíes constituyen el diez por ciento de la comunidad islámica. Waines, D., *An Introduction to Islamic Law*, Cambridge University Press, 1995, p. 156.

[128] Los sunníes sostenían que el califa se había de elegir entre los miembros de la tribu de Qurays, a la que perteneció el Profeta.

[129] Detenernos en los intereses políticos y disputas de poder que inspiraron ésta y las posteriores elecciones trascendería el ámbito de nuestro trabajo, por lo que nos remitimos a la bibliografía citada.

[130] Shi significa en árabe "partido". El término shií (chií) deriva de Shi' al Alí, "el partido de Alí". Alí era primo y yerno de Muhammad.

categóricas existentes sobre la nominación de Alí como gobernante de los musulmanes".[131]

A pesar de esta diferenciación, ambas teorías islámicas, tanto la chiíta como la sunnita, coinciden y respetan los aspectos fundamentales del Islam[132] y las mismas obligaciones fundamentales o los cinco pilares del Islam o normas *ibadat*: *shahada*,[133] oración, ayuno, peregrinación, limosna.[134] A juicio de Riosalido, estos puntos en común son más fundamentales que las divergencias: en teoría no hay ningún obstáculo (aunque en el pasado los hubo y de hecho todavía las hay) para que un chií haga la oración con un sunní, o viceversa.[135]

Pero las divergencias tienen una gran trascendencia para el diseño y desarrollo de la vida de los chiíes. Pueden ser agrupadas bajo dos grandes apartados:[136]

- La creencia en la justicia de Dios (*'adl*).
- La creencia en el imamato.

A. La creencia en la justicia de Dios

A diferencia de algunas tendencias del sunnismo (por ejemplo, el asharismo) el chiísmo de acuerdo con una ideología más racionalista (la de los mutazilíes) proclama que Dios sólo puede actuar con justicia, lo cual implica cierta racionalidad en la creación y, sobre todo, que el hombre es libre de elegir sus propios actos. De lo contrario

[131] S. M. Musavi Lari, *Los fundamentos de la doctrina islámica. El Imamato*, Libro IV, Fundación para la difusión de la cultura islámica en el mundo, p. 128.

[132] Aspectos fundamentales del Islam: el dogma central de la unicidad de Dios (tawhid: no hay más dios que Dios); el mismo texto sagrado (el Corán); al mismo profeta, Muhammad, y su profecía; la misma creencia en la resurrección seguida del Juicio Final.

[133] En la llamada a la oración y en la proclamación de su fe a la común aseveración de "No hay más que un Dios y Muhammad es su Enviado", los chiíes añaden: "Alí es el amigo de Dios": nótese que no dice de Muhammad, sino de Dios. Para los chiíes Alí es vicario de Dios en la tierra. Riosalido, *op. cit.*, p. 31.

[134] Para más detalle véase Qadi'iyad, *Los fundamentos del Islam*, Kutubia Mayurqa, Palma, 1999. Traducción por Abdel Ghani Melara del título original "Qawai'd al Isam".

[135] Riosalido, *op. cit.*, p. 19.

[136] Y. Richard, *op. cit.*, p. 20.

Dios castigaría al hombre por una desobediencia de la que éste no sería responsable.[137]

El carácter más racionalista de la concepción chiíta es una de las diferencias fundamentales respecto de la ortodoxia sunnita y una característica fundamental como tendremos oportunidad de ver más adelante.

B. El Imamato

La doctrina chiíta toma como base para la organización de su comunidad la aleya coránica 4:59[138] que establece con claridad cuáles son las fuentes de la autoridad en los diversos asuntos religiosos a las que deben remitirse los musulmanes.[139] Para nuestro estudio tiene gran trascendencia la legitimidad conferida a aquellos "dotados de autoridad" Con los dotados de autoridad se designa a aquellas personas a las cuales se les ha transferido las funciones de gobierno y la autoridad detentadas por el Profeta, y a quienes Dios y su Mensajero han confiado el liderazgo de la comunidad islámica, tanto de la *religión* como de los *asuntos mundanos de la gente*.[140] Estos "facultados de autoridad" son los llamados Imames.

El imamato[141] es, de alguna manera, la consecuencia y aplicación del principio de justicia a la dirección de la humanidad. Dios, quien creó a los hombres, no podía admitir que fueran hacia su perdición. Por eso les envió a los Profetas, el último de los cuales fue

[137] Riosalido, *op. cit.*, p. 20.

[138] Corán 4:59, "¡Creyentes! Obedeced a Dios, obedeced al Mensajero y a los dotados de autoridad entre vosotros".

[139] Corán 4:59. En primer lugar, y como no podría ser de otra manera, ordena dirigirse a Dios creador del Universo. A continuación viene la obediencia al Profeta, quien es el representante de Dios entre los hombres. En tercer lugar la orden coránica se refiere a la obediencia debida a los "dotados de autoridad", obediencia que Dios ha unido a la que se le debe a Él mismo y a su Mensajero.

[140] Lari, *op. cit.*, pp. 134-136.

[141] La palabra imam tiene muchos usos en la lengua árabe, todos los cuales designan al líder que supera a otros o se pone al frente de algo, puesto que deriva de la raíz "mm", que significa "dirigir hacia delante", "preceder", "estar delante de". Así imam puede hacer referencia tanto al que conduce la oración en la mezquita, como a ciertos grandes sabios fundadores de escuelas religiosas o filosóficas, etc. Lari, *op. cit.*, nota a pie de página 1, p. 9.

Muhammad, para guiarles por la senda de la justicia y la verdad. Pero tras la muerte del último Profeta era inconcebible que Dios, en su sabiduría, hubiera dejado a los hombres solos, sin que, en cada época, existiera un garante espiritual, una prueba de la verdad de la revelación, para dirigir a la comunidad: esta prueba y dirigente es el Imam, el "Guía".[142]

Por tanto, al igual que Muhammad, el Imam es el guía de la comunidad chiíta tanto en el plano espiritual como en el plano político. Estas dos dimensiones "son inseparables y el liderazgo de la Ummah no puede apoyarse en uno solo de ellos: la conducción política y social debe ir acompañada de la guía espiritual y la legislativa y además una dimensión externa, como gobernante y líder", siendo esta la única manera de "perpetuar el modo correcto de administrar los asuntos humanos que fue establecido por los Profetas".[143] Para la doctrina chiíta la religión y la política no pueden separarse, so pena de que la política deje de constituir una garantía de equidad en la sociedad. En consecuencia, si la religión considera que es la fuente de la salvación y de la felicidad del hombre, debe prestar atención al sistema político, proponiendo un sistema de gobierno específico que esté dotado de las normas e instrumentos necesarios para cumplir su cometido.[144]

La designación como líderes y guías de la comunidad de estos "dotados de autoridad" no ha sido nunca objeto de discusión. Sólo el establecimiento de los criterios para identificar a tales "dotados de autoridad" ha hecho surgir las discusiones y las discrepancias.[145]

C. Características del Imam

El Imam debe ser alguien capaz de enseñar a los musulmanes la cultura coránica, las verdades religiosas y las disposiciones sociales.

[142] Riosalido, *op. cit.*, p. 20.

[143] Lari, *op. cit.*, p. 152.

[144] G. E. von Grunebaum, *Islam. Essays in the Nature and Growth of a Cultural Tradition*, Greenwood Press Publishers, 1961, pp. 134-135. Esta es la argumentación que se esgrime para sustentar modelos de Estado de carácter religioso como es el caso de la República Islámica de Irán.

[145] Sobre la discusión de la elección de estos dotados de autoridad véase Lari, pp. 136-140.

Alguien digno de ser seguido (e imitado) en todos los aspectos, métodos y dimensiones. Las principales características que acompañan a la figura del Imam son las siguientes:[146]

Impecabilidad e infalibilidad del Imam (*ismah*). La escuela chiíta está unánimemente de acuerdo sobre la impecabilidad e infalibilidad del Imam.[147] El término *ismah* designa a un mismo tiempo la infalibilidad completa y la inmunidad en el Imam ante la contaminación con el pecado y las faltas, grandes o pequeñas, conscientes o inconscientes, en el ejercicio o no de su función específica.[148]

El Imam es designado por una investidura sobrenatural (*nass*) procedente de Dios por mediación del Profeta o del Imam anterior a él: su autoridad le viene de arriba. Es así como el Imam infalible enlaza la comunidad humana con el mundo invisible.[149]

La *shi'ah* cree también en la doctrina de la *bada*. La *bada* es la potestad de Dios de cambiar sus decisiones y de así alterar el curso de la historia según su grado. *Bada* significa en árabe innovación, y dentro de la ortodoxia tiene un sentido claramente peyorativo. No así para la *shi'ah*, que admite cambios en la actitud divina en tres sectores: la ciencia (*'ilm*), la voluntad (*irada*) y la decisión (*amr*).[150]

Están facultados para dictar, a la luz de las leyes divinas, normas y preceptos para la administración de la sociedad,[151] siendo obligatorio para el pueblo el obedecerlas.[152] La necesidad de obedecer los preceptos y mandatos de los "dotados de autoridad" es categórica y no deja margen para la duda. A los efectos de este trabajo lo que nos interesa es resaltar que en la ideología chiíta estos "dotados de autoridad" se les ha concedido la facultad de promulgar las normas imprescindibles para enfrentar cuestiones que cambian con el curso del tiempo y la modificación de las circunstancias,[153] de acuerdo con la doctrina de la *bada* antes apuntada. ¿Hay algún precepto en el Corán o en la Sunnah donde se reconozca esta capacidad? Siguiendo las explicaciones de Lari, "el hecho de que no se encuentre ningún mandato específico a este respecto en el Sagrado Corán y la Sunnah no se debería tomar como una señal de la deficiencia en la Shari'ah, sino que por el contrario es una indicación del potencial legislativo y la lógica evolutiva ínsita en la religión".[154] De esta forma, respetando las decisiones de los "dotados de autoridad" se resuelven los problemas de interpretación que pudieran surgir, ya que están investidos de una autoridad procedente de lo divino.[155]

Por tanto, la principal diferencia entre los líderes en la teoría sunnita y chiíta es el rol que juegan: mientras que para la concepción sunnita las dimensiones política y religiosa son dirigidas por personas diferentes (el califa como dirigente político y el imam, como conductor de las plegarias y conductor de aspectos predominantemente religiosos), para la concepción chiíta el Imam es guía y líder tanto en el campo político como en el espiritual, siendo necesarias la conjugación de ambos factores para la culminación de la implantación del Islam en el mundo. Además, a diferencia de los califas que son soberanos temporales, los Imames de la *shi'ah* son seres que participan en la ciencia divina, no pueden pecar, son infalibles y poseen el don de adivinar lo oculto, incluso a través de ellos puede hablar el mismo Dios y cambiar sus disposiciones y sus juicios.[156]

[146] Dado que desempeña un papel fundamental en la relación entre Dios y los hombres, el Imam no puede ser elegido por los hombres falibles ni depender de las vicisitudes de la historia. Debe cumplir ciertos requisitos básicos: estar perfectamente instruido en los asuntos religiosos, ser perfectamente justo y equitativo, carecer de defectos, ser el más perfecto de su época porque no se concibe que uno más perfecto obedezca a uno menos perfecto. Y. Richard, *op. cit.*, p. 20.

[147] Lari, *op. cit.*, p. 181.

[148] Sobre la infalibilidad del imam véase Lari, *op. cit.*, pp. 181-191; sobre la confirmación de estas notas en el Corán y la Sunnah, véase *ibidem*, pp. 193-203.

[149] Y. Richard, *op. cit.*, p. 20.

[150] Riosalido, *op. cit.*, p. 35.

[151] Las fuentes de conocimiento del Imam son principalmente tres: la inspiración directa que le llega del mundo invisible; el Sagrado Corán, pues los Imames purificados pueden extraer de la Revelación las respuestas a los más difíciles problemas, derivándolos de los sentidos ocultos de la Escritura; las enseñanzas que han heredado del Santo Profeta. Lari, *op. cit.*, p. 215. Estas enseñanzas, desde Alí, se van sucediendo entre los elegidos, quienes, de generación en generación, se van transmitiendo los secretos que les comunica Alá, y concretamente, la hermenéutica, o sea el sentido verdadero del Libro Santo. Por eso el chiísmo busca lo esotérico mientras que el sunnismo se detiene en lo esotérico. Riosalido, *op. cit.*, p. 31.

[152] Musavi Lari, pp. 135-136.

[153] *Ibidem*, p. 140.

[154] *Ibidem*, p. 141.

[155] Además, Corán 18:28, "Y no sigáis a aquellos cuyo corazón está distraído de Nuestro recuerdo, quien sigue sus pasiones y se comporta con insolencia".

[156] Riosalido, *op. cit.*, p. 31.

Llegados a este punto es preciso señalar la importante creencia en la teoría chiíta de la *gayba* u ocultación. Como explica Riosalido,[157] para los chiíes no hay salvación sino a través del Imam, y si el Imam faltara perecería el universo. Por eso, en todas las escuelas de la *shi'ah*, los imames no mueren, sino que se ocultan (*gayba*) en lugares ignotos, desde donde observan el desarrollo de la historia y desde donde regresarán para contemplar el fin del mundo e imponer justicia (*mahdi*). La doctrina de la *gayba* hubo de surgir, naturalmente, en el momento en que la descendencia de Alí, primer Imam, se fue extinguiendo.[158] Quedó entonces en cada secta chiíta,[159] un último Imam, que sigue, desde su escondrijo teológico, guiando a la comunidad y al que se rinde una veneración que no llega al culto propiamente dicho. El ejemplo más significativo es la rama chiíta del Imam duodécimo, la más numerosa e importante entre los chiíes. Esta rama defiende que el duodécimo Imam sucesor de Alí fue ocultado a las miradas de los suyos en el año 874 de la era cristiana; los chiíes duodecimamos creen que el último Imam sigue viviendo y volverá en el final de los tiempos para instaurar un reino de justicia y de verdad.[160] Esta es la modalidad que predomina en Irán hasta el punto de ser la religión oficial de la República Islámica de Irán.[161]

Ante la doctrina de la *gayba* y la creencia de que Dios no dejaría a su pueblo sin una prueba de su creación ni sin un guía, surgen los sustitutos de estos Imames purificados: imames temporales, quienes no ostentan las mismas potestades ni capacidades de los Imames descendientes de Alí.[162] Es el llamado "clero imam",[163] mullahs, ulamas, *mudjtahids* o los actualmente llamados ayatullahs[164] Esta nueva figura goza de unas características menos poderosas que las de los Imames descendientes de Alí, pero su posición dentro de la sociedad chií sigue siendo central tanto en el plano político como en el plano religioso. Dentro de estas características nos centraremos en aquellas importantes para el objeto de nuestro trabajo, como son la facultad del *ijtihad*, la falibilidad y la temporalidad.

[157] Riosalido, *op. cit.*, pp. 34-35.

[158] Esta doctrina de la *gayba* no estuvo libre de debates y de posiciones encontradas. Véase Halm, *op. cit.*, p. 68 y autores que allí se citan.

[159] Ver primera nota a pie de página de este epígrafe sobre las diferentes ramas dentro de la teoría chiíta.

[160] Riosalido, *op. cit.*, p. 21.

[161] El artículo 12 de la Constitución iraní de 1979 sienta una cláusula de intangibilidad sobre este aspecto: nunca puede cambiarse el Islam como religión del Estado y ni la doctrina chií del Duodécimo Imán. Hasta el regreso del Imam Duodécimo sólo un *mudjtahí* puede ser el líder y guía de la comunidad musulmana.

[162] Pero por supuesto deben de tener un extraordinario conocimiento del Islam entre otros requisitos. Véase Halm, *op. cit.*, p. 69.

[163] *Ibidem*, p. 70.

[164] Ayatallah significa "signo milagroso de Dios".

D. La facultad de ijtihad

En este punto debemos volver a hacer referencia a la importante influencia que las corrientes racionalistas[165] ejercieron en la doctrina chiíta. Fue en la escuela de Bagdad[166] en los siglos décimo y undécimo de la era cristiana donde se elaboró la doctrina chiíta sobre los *usul al-fiqh*, en donde se le asignó un papel fundamental a la razón (*'aql*).[167] A partir del trabajo de 'Allama al-Hilli,[168] el papel del *ijtihad*[169] pasó a ser uno de los elementos constitutivos y diferenciadores de la doctrina chiíta, evitándose lo que sucedió en la doctrina sunnita:[170] el cierre de la puerta del *ijtihad*.[171]

[165] Desde el 218 en la era musulmana, 833 d. C., hasta el 232/847, las doctrinas de los *Mu'tazilites* constituyeron, más o menos, el dogma estatal de los califas abasíes, para ser proscritas posteriormente. El método *kalam*, junto con sus dogmas –especialmente los que se referían al libre albedrío humano y la creación temporal, en un momento concreto, del Corán– fueron también rechazados por los doctores sunnitas que en ese tiempo se estaban consolidando. Los chiíes recogieron la *kalam* de los Mu'tazilies que es, a juicio de Halm, lo que dio a los chiíes Duodecimamos su carácter esencial. Los éxitos del chiísmo en Irán, a juicio del citado autor, no se pueden entender si no se toma en cuenta este extremo. Halm, *op. cit.*, p. 52.

[166] Para un estudio más detallado véase por todos, Halm, *op. cit.*, pp. 51-71.

[167] La adopción de un método argumentativo razonado en la filosofía del derecho y teología islámica chiíta prepararon el terreno para el futuro desarrollo del chiísmo hasta la instauración de la República Islámica de Irán. Halm, *op. cit.*, p. 51.

[168] Fue el primer doctor en derecho islámico nombrado con el título de *ayatallah*.

[169] Este principio de *ijtihad* está muy vinculado çon el *kalam* (argumentación razonada en materia de revelación) de la escuela de los Mu'tazilites.

[170] Ya hemos apuntado que "el cierre a las puertas del ijtihad" no es un debate cerrado.

[171] En árabe *ijtahada* significa "luchar, esforzarse uno mismo", con lo que el participio de presente mujtahid, significa "el que se esfuerza". En la doctrina sunnita alude a alguien que, basándose en su conocimiento de los usul al-fiqh, es capaz de encontrar decisiones vinculantes relativas tanto a cuestiones legales como rituales empleando su propio razonamiento. Halm, *op. cit.*, p. 68.

Con el reconocimiento del *ijtihad*, o razonamiento individual independiente partiendo de los principios básicos del Islam, se permitía al jurista emitir un razonamiento válido vinculante incluso en materia religiosa.[172]

a. Falibilidad

Pero la característica fundamental de este principio del *ijtihad* es su falibilidad: la conclusión a la que llegue el jurista puede ser correcta o no. Por lo tanto, es una facultad que se le niega tanto al Profeta (que tenía que esperar una revelación y no acudir a su propio razonamiento) como a los Imanes.[173] Es una facultad que sólo se le atribuye a los *ulamas* o *ayatullahs* para descubrir decisiones vinculantes a través de las reglas establecidas en el Corán y en la Sunnah valorando argumentos contradictorios. Para que los *ulamas* puedan ejercitar la facultad del *ijtihad* es necesario observar una serie de condiciones:[174]

1. Una condición necesaria para hacer uso de esta facultad y deducir una decisión vinculante es que los *ulamas* en su razonamiento deben basarse en normas reveladas totalmente asentadas y sobre las que no haya ninguna duda acerca de su autenticidad.
2. Sólo puede recurrir al *ijtihad* cuando el derecho derivado de la revelación no conceda unas directrices que puedan seguirse de manera inequívoca.
3. Deben tener en cuenta la opinión predominante entre los demás *ulamas* para que no sea contradictorio.

b. Temporalidad

Un importante principio del derecho islámico chiíta es que ningún *mudjtahid* es infalible, pero todos los *mujtahids* tienen razón al mismo tiempo. "La contradicción entre dos consejos legales no impide que ambos sean obligatorios, porque en la ausencia del Imam infalible, todas las decisiones tomadas por los juristas son provisionales".[175] De esta forma, las decisiones de estos *mudjtahids* son vinculantes sólo en lo que vivan. Ninguna decisión de un *mudjtahid* fallecido es válida y por tanto no será tenida en cuenta para nada.

Las dos características fundamentales que la doctrina chiíta dota a la figura del *ijtihad*, la falibilidad siendo posible la revisión de una decisión y la restricción a una autoridad viviente, permitieron a los *mujtahids* y a los actuales *ayatollahs* una gran flexibilidad y dinamismo a la capacidad de decidir y dar soluciones a problemas de actualidad sin estar demasiado apegados a la letra de la Shari'ah.

4. Fuentes del derecho en la doctrina chiíta

En la *shi'ah* hay diferentes interpretaciones, ritos o escuelas, unas más abiertas y tolerantes que otras como entre los sunníes.[176] En cuanto al derecho se refiere, aunque coincidan en lo esencial, la doctrina chiíta ostenta ciertas diferencias respecto de la sunnita que son dignas de ser mencionadas.[177] Los *usul al-fiqh* o fuentes del derecho chiíta:[178]

> En primer lugar el Corán; los chiíes creen que la interpretación verdadera del Corán fue transmitida de Muhammad a Alí, y a través de Alí a los Imames sucesivos, constituyendo la primera diferencia importante entre ambas concepciones.[179]

[172] Al contrario que la rama de los Duodecimamos chiítas que preservaron el principio del kalam, las Escuelas sunnitas más tradicionalistas la rechazaron cerrando desde entonces (235/859) la puerta del ijtihad. Halm, *op. cit.*, p. 68; Lari, *op. cit.*, p. 126.

[173] Ya apuntamos las tres fuentes de inspiración de los Imames.

[174] Halm, *op. cit.*, pp. 68-70.

[175] Halm, *op. cit.*, p. 70.

[176] J. Riosalido, *op. cit.*, pp. 36-38; Y. Richard, *op. cit.*, pp. 92-100.

[177] Debido a la limitada extensión de nuestro trabajo no podemos detenernos en realizar un examen exhaustivo sobre diferencias concretas. La doctrina chiíta difiere bastante de las escuelas sunnitas en lo concerniente a la herencia y el matrimonio. El lugar reservado a las mujeres se debe sin duda al importante papel que tuvo Fátima, mujer de Alí e hija de Muhammad, en el origen del chiísmo.

Un ejemplo significativo es el matrimonio *mut'a* o a plazo determinado, los chiíes lo aceptan y los sunníes lo condenan aproximándolo a la prostitución. Riosalido, *op. cit.*, p. 34. Sobre esta figura del matrimonio temporal y su reflejo en el Codigo Civil iraní véase Y. Richard, *op. cit.*, pp. 189-203.

[178] Riosalido, *op. cit.*, p. 64.

[179] Waines, *op. cit.*, p. 171.

La Sunnah y las Tradiciones, a las que llaman "noticias" o *ajbar,* que exhiben los *isnad*, o listas de transmisores más convenientes para la *shi'ah*. En opinión de Riosalido, para apoyar sus tesis, los chiíes se vieron obligados a dar una interpretación propia no sólo a las tradiciones del Profeta, sino también al mismo texto revelado.[180] Los chiíes incluyen en la Sunnah, además de los dichos y enseñanzas del Profeta, las palabras de los Imames o de sus delegados.[181]

Ijma: debido a que ya no se trata de una fuente primaria de la revelación, la diferencia sobre esta institución entre la concepción chiíta y la sunnita es mayor. Para Riosalido, en la *shi'ah* no existe *ijma* ya que sería contradictorio que la comunidad tomara decisiones cuando "el gobierno y la suprema decisión corresponden al Imam, en contacto casi directo con el creador".[182] Halm, en cambio, recoge la reelaboración que al-Mufid, autor clásico chiíta de la Escuela de El Cairo (siglo IX d. C), elabora del *ijma*: "el consenso de la comunidad sólo puede ser correcto cuando coincida con la opinión del Imam, la cual será siempre la decisión definitiva". Por tanto, en la doctrina chiíta, la decisión adoptada por el consenso de la comunidad será establecida con mucha dificultad.[183]

Qijas: el citado autor al-Mufid rechazó tanto la deducción por analogía, *qijas*, como el razonamiento jurídico personal basado en una deliberación individual, *ijtihad*. A pesar de ello, como ya hemos indicado, el *ijtihad* llegó a ser y, actualmente es, el principal instrumento de los imames chiítas. Traemos a colación la opinión de este jurisconsulto para enfatizar que también en la doctrina chiíta la "prioridad de los textos revelados (*nass*) permanece absolutamente necesaria y no pueden ser reemplazados por consideraciones racionales".[184]

[180] Los chiíes acusan a los sunníes de haber ocultado y desvirtuado intencionadamente el primer texto unificado del Corán, recopilado por el califa Utman, negando su plena validez. Así por ejemplo, en lengua árabe, la palabra Alí se escribe igual que "*ala*", preposición que significa "*sobre*". La *shi'ah* arguye que los sunníes en ciertos casos, cambiaron malévolamente la pronunciación del vocablo, de Alí a *ala*, retirando así el nombre del Sucesor más de quinientas veces del Corán, teniendo que interpretar el Corán de una manera diferente en ciertos pasajes. Riosalido, *op. cit.*, pp. 33-34; O. Roy, *Genealogía del Islamismo*, Ed. Bellaterra, Traducción de Juna Vivanco, Barcelona, 1996, p. 20.

[181] Vercellin, *op. cit.*, pp. 76 y 273.

[182] Riosalido, *op. cit.*, p. 34. Esta postura es la adoptada por la rama de los *ajbari*, Vercellin, *op. cit.*, p. 275.

[183] Halm, *op. cit.*, p. 52. Sobre la postura adoptada acerca del *ijma* de diferentes escuelas chiítas, véase Vercellin, *op. cit.*, p. 275.

[184] Halm, *op. cit.*, p. 52.

Pero al igual que al estudiar la doctrina sunnita, tanto en el Corán como en la Sunnah puede haber pasajes ambiguos que dificultan la puesta en práctica de las enseñanzas que contengan. Lari reconoce la ambigüedad de ciertos versículos del Corán y admite la necesidad de interpretar las normas del Islam para completar su implementación. "Que sean normas que se apoyen en las reglas y en la guía divina no supone un impedimento para ello, es más, la exégesis y la interpretación es necesaria para conocer en detalle y en su integridad el programa divino que no puede ser conocido únicamente a través del Corán". Por esa misma razón, la filosofía chiíta considera de esencial trascendencia la existencia de un guía que esté divinamente protegido contra el pecado, de opinión independiente, con amplio conocimiento del Libro de Dios y heredero de la sabiduría del Profeta. Es decir, "una autoridad que implemente los distintos mandatos del Sagrado Corán de una forma práctica y perceptible y que sirva como un tamiz indiscutible para separar la verdad del error, cuyas decisiones e interpretaciones estén inspiradas en el Corán y en la ley revelada, poniendo fin a toda diferencia de opinión".[185]

III. Características del derecho islámico

1. Consideraciones introductorias

Al intentar conformar el espectro de nuestro objeto de estudio hemos de realizar la advertencia de que el derecho islámico clásico ha estado (y aún está) vigente durante siglos y a lo largo de medio mundo. Es por ello que las características que estudiaremos a continuación, las cuales nos ayudarán a conformar el espectro del derecho islámico clásico, no pueden ser abordadas con ánimo de detalle.

Hemos estudiado las fuentes del derecho islámico, los diferentes puntos de vista de las principales escuelas y las principales diferencias entre las doctrinas sunnitas y chiítas. Aun así, estimamos oportuno el análisis de las principales características del derecho islámico clásico en aras de completar un estudio introductorio como el que estamos realizando.

[185] Lari, *op. cit.*, pp. 165-166.

En primer lugar, es necesario señalar que la naturaleza y los principios fundamentadores del derecho islámico son muy diferentes a los que sustentan la concepción occidental del derecho. La primera, básica y más obvia diferencia de todas es que "el derecho Occidental (...) es esencialmente secular, mientras que el derecho islámico es esencialmente religioso".[186] El derecho islámico es diferente en su esencia, en su fundamento más básico, ya que es un derecho divino, revelado por Dios. De esta afirmación se deriva otro de los fundamentos diferenciadores entre ambos sistemas: la no trascendencia de la acción del hombre para con este derecho, es decir, que este derecho es básicamente inmutable por la mano del hombre.

Frente a estas afirmaciones encontramos en la doctrina posturas encontradas. Vercellin, por ejemplo, defiende la idea de que el derecho islámico es básicamente una normativización de tipo humano, secular. Si excluimos las normas *Ibadant*,[187] "nos encontramos con una legislación que no tiene pretensión de ser religiosa (y mucho menos sagrada), a menos que no se defina como religioso el mayor énfasis puesto en el aspecto ético. El carácter humano se demuestra acudiendo al carácter de las fuentes del derecho islámico." Vercellin considera la Sunnah del Profeta como carente de sacralidad, ya que Muhammad era un mortal como otro cualquiera,[188] "digno de ser imitado pero nada más". El carácter temporal se demuestra de una forma más clara todavía con el *ijam* y el *qijas*, absoluta e inequívocamente humanas.[189]

La segunda diferencia fundamental entre ambos derechos es el diferente ámbito que cubre. Al tratar este tema, Anderson puntualiza que en un sentido jurídico-práctico y para el inmediato propósito de estas disquisiciones, desde una mentalidad occidental el derecho puede ser definido como aquello que vincula a las personas y puede hacerse cumplir por los tribunales. Por el contrario, el ámbito sobre lo que el derecho islámico tiene aplicación es mucho más amplio y general: es el ámbito de la conducta humana en general, entendida

[186] J. N. D. Anderson, *Islamic Law in the Modern World*, Greenwood Press Publishers, 1959, p. 2.

[187] Normas propiamente referidas a expresiones religiosas.

[188] A diferencia de Jesucristo que en el Cristianismo es considerado hijo de Dios.

[189] Vercellin, *op. cit.*, p. 271.

como un todo. Anderson prosigue en su exposición diciendo que si consultáramos cualquier compendio clásico de derecho islámico, encontraríamos en primer lugar asuntos relacionados con la pureza de las celebraciones religiosas o ritos, con las oraciones y asuntos relacionados; con menos profusión casos concernientes a derecho de familia como matrimonio, divorcio, paternidad, custodia, sucesiones, etcétera. Y con una presencia menor, derecho contractual, sobre responsabilidad extracontractual, derecho procesal, derecho regulador de las pruebas en el proceso, todo ello mezclado con "otros asuntos tales como las circunstancias en las que una invitación a una boda puede ser correctamente rechazada",[190] una gran cantidad de asuntos que desde el punto de vista occidental no tendrían la consideración de jurídico en absoluto.[191]

Expuestas estas dos afirmaciones iniciales que nos ayudan a encuadrar el objeto de nuestro estudio, conviene enumerar una serie de características del derecho islámico clásico.

2. Principales características del derecho islámico clásico[192]

1) El derecho islámico clásico no tiene validez universal. En otros términos, dependiendo de determinadas circunstancias, algunos preceptos de la Ley Islámica no serán aplicables. Estas circunstancias, básicamente, dependen de dos factores:

- Si el sujeto en cuestión es o no musulmán.
- Si el territorio en el que se encuentra ese sujeto es musulmán o no.

[190] Anderson, *op. cit.*, p. 4.

[191] Un ejemplo que puede aclararnos esta segunda característica y diferencia, la cual puede resultar un poco difícil de encajar en una mente estructurada a la manera occidental, es el papel que los abogados juegan en el mundo musulmán. En Occidente, nosotros acudimos a nuestro abogado para solicitarle consejo acerca de cómo actuar para evitar problemas con la justicia, o para proteger nuestros intereses financieros. Un musulmán, además de acudir por estos motivos, acude también para solicitar consejo respecto a cómo actuar y qué comportamiento debe de llevar a cabo para complacer a Dios. Ejemplos sacados de B. D. MacDonald, *The Development* of *Muslim Theology, Jurisprudence and Constitutional Theory*, Nueva York, 1903, p. 73.

[192] En este apartado seguiremos las explicaciones de J. Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, Oxford, Clarendon Press, 1964, pp. 199-209.

Si el sujeto en cuestión es musulmán y se encuentra en un Estado islámico, estaría vinculado absolutamente a todos los preceptos de la Shari'ah. Si el musulmán se encuentra en un Estado enemigo o no islámico, ciertos preceptos, muy pocos, dejarán de ser vinculantes. Por ejemplo, de acuerdo con la doctrina hanafi, los musulmanes pueden realizar negocios con no musulmanes en territorio enemigo y obtener un interés con ello (*riba*), cosa que prohíbe la Shari'ah en territorio musulmán y entre musulmanes.

El derecho islámico no sería de aplicación en su totalidad a los no musulmanes fuera de un país o Estado musulmán, solo ciertos aspectos son de aplicación. Por tanto, el mismo derecho islámico limita su propia aplicabilidad.[193]

2) La presencia del ideal religioso en el derecho islámico es una de las principales características y de mayor trascendencia. El ideal religioso del Islam vertebra el derecho islámico, y tiene como consecuencia que parte de su contenido sólo pueda ser contemplado desde un punto de vista teórico y no práctico. Por ejemplo, el derecho islámico cataloga en cinco las diversas acciones y comportamientos de origen humano: obligatorios, recomendados, indiferentes, reprensibles y prohibidos. Como asevera Schacht, las clasificaciones "recomendado" y "reprensible" responden más a un ideal o mero conocimiento teórico que a la dogmática de un riguroso sistema jurídico.[194]

La misma influencia de este carácter ideal puede ser identificada al tratarse la cuestión ateniente a la violación de los deberes religiosos, aspecto fundamental en un derecho de origen divino. Hay ciertas violaciones que se consideran de una importancia tal que se entiende que Alá es el ofendido y a quien corresponde "ejercitar la acción" para remediar o sancionar esa violación, y ante la cual, como no podría ser de otra manera, no cabe perdón humano (son los llamados castigos *hadd*). Este tipo de castigo está determinado por la Shari'ah, por ejemplo, la pena de muerte para èl que cometa un asesinato o un delito grave de adulterio. Pero respecto a infracciones de otros deberes religiosos no sancionados con castigos *hadd*, se observa la influencia

[193] Véase también Vercellin, *op. cit.*, p. 272.
[194] J. Schacht, *op. cit.*, p. 199.

del ideal religioso, dando a entender que esos deberes religiosos son todos obligatorios por igual, pero en algunos casos la Shari'ah prevé un castigo (por ejemplo, en el caso de beber vino o bebidas alcohólicas) y en otros no (por ejemplo, comer carne de cerdo).

3) Muy unida a la idea anterior, encontramos la característica fundamental de que el derecho ha sido "incorporado detalladamente en el sistema de obligaciones religiosas".[195] Por esta razón, cada vez que hablamos de derecho islámico debemos tener en cuanta que en él se junta, por un lado, un sistema de deberes religiosos con elementos no jurídicos, y, por otro, un sistema compuesto por elementos de carácter jurídico. La trascendencia del hecho religioso y su origen divino nos indica que los elementos de carácter jurídico se fueron incorporando a las obligaciones religiosas, formando un todo, un conjunto. Aunque no es cierto que los componentes de carácter jurídico de este todo resultante que es el derecho islámico quedara reducido a la expresión de obligaciones religiosas, los componentes jurídicos siguen manteniendo un cierto esquema y líneas generales jurídicas propias de su naturaleza. De esta manera, por tanto, podemos constatar la existencia separada de una esfera puramente religiosa y de una esfera jurídica propiamente dicha.

Hecha la aclaración referente a la separación de estas dos esferas, hemos de dejar sentado firmemente que todo el derecho islámico, tanto en su conjunto, como en todas y cada una de sus elementos de carácter jurídico, está impregnado por consideraciones de tipo ético y religioso. "Cada institución (transacción, negocio...) u obligación recogen los *standars* de las reglas morales y religiosas".[196] Para ilustrar este punto podemos hacer alusión a la prohibición de interés (*riba*) en los contratos o transacciones comerciales, la igualdad entre las partes, etcétera.

4) A juicio de Schacht, la característica que hace al derecho islámico lo que es y garantiza su unidad en toda su diversidad, es la mencionada clasificación de todos los actos y relaciones humanas,

[195] *Ibidem*, p. 201.
[196] *Idem*.

incluyendo también aquellas que podríamos calificar legales, como obligatorias, recomendadas, indiferentes, reprensibles y prohibidas.[197] Como ya hemos explicado en el derecho islámico el derecho propiamente dicho ha sido incorporado en el sistema de obligaciones de carácter religioso. Por tanto, cada vez que pensemos en el derecho islámico debemos tener siempre en cuenta que es una parte de un sistema de obligaciones religiosas y está mezclado con elementos que nada tienen que ver con el derecho, aunque conserven una nota jurídica.

5) El derecho islámico es sistemático. Es decir, representa un cuerpo coherente de doctrinas. Sus diferentes doctrinas están relacionadas de modo que no se contradicen entre sí. Por ejemplo, la mayor parte del derecho de contratos y obligaciones ha sido elaborado y desarrollado a través de la interpretación analógica del contrato de venta. Esta nota de sistematicidad es además apoyada por la característica de que lo religioso y lo legal se funde en un solo cuerpo, y sobre todo porque los contratos, obligaciones, y otras figuras jurídicas, están impregnadas, respetan e incorporan los mismos principios morales y religiosos.

6) En esta labor de sistematización del derecho islámico, los primeros especialistas legales tuvieron un papel fundamental. De un cuerpo legal preexistente a las revelaciones hechas por Alá a Muhammad, construyeron la Shari'ah a través de dos procesos convergentes: un proceso de islamización y otro proceso de sistematización. Del orden legal preexistente sólo tomaron ciertos preceptos materiales a los que le aplicaron normas religiosas y morales, un orden y una estructura.

[197] Acciones obligatorias: que al hombre se le imponen como un deber. Quien obedece a Dios cumpliendo tales acciones será recompensado; quien obra en contra de ese deber se expone al castigo de Dios. Acciones recomendadas: provechosas a la vida religiosa del individuo y de la comunidad. Su omisión no será castigada pero su cumplimiento tendrá una recompensa. Acciones permitidas: cuya calidad moral es neutra, por eso ni su cumplimiento merece premio ni su omisión castigo. Acciones desaconsejadas por ser nocivas a la obediencia que se debe a Dios. Quien las omite tendrá una recompensa, pero quien las hace no será castigado. Acciones prohibidas, cuya omisión se prescribe y premia, mientras que su comisión lleva incluido un castigo. Khoury, *op. cit.*, p. 223.

7) De este modo es un sistema jurídico que ha evolucionado de un carácter totalmente heterónomo hasta un carácter más o menos autónomo. Como ya hemos expuesto, las bases indiscutibles del derecho islámico son el Corán y la Sunnah. Pero estas dos fuentes eran insuficientes para regular todas las facetas de la vida de los musulmanes, lo cual requiere una regulación más exhaustiva. Tenemos tras estas dos fuentes el consenso de la comunidad y aunque, como no podía ser de otra manera, está basada en un *hadiz*, es autoridad divina[198] que representa el paso que da inicio a un derecho con un carácter cada vez más autónomo.

8) Los elementos mágicos e irracionales están presentes en el derecho islámico como ordenamiento de origen divino que es. Su mismo origen y fundamento divino es irracional y no comprobable empíricamente por los hombres, mezclándose figuras irracionales y metafóricas con elementos jurídicos y por encima de todo, como sostiene Schacht, el derecho islámico "fue organizado, sistematizado y completado no por un continuo proceso de revelación sino por un método de interpretación y aplicación el cual, por su propia naturaleza, es racional",[199] adquiriendo un componente racional de gran importancia. A pesar de que la aplicación de las normas religiosas y morales pueda llevar a decisiones irracionales, el autor citado defiende que "las consideraciones morales y religiosas son una parte esencial de la estructura sistemática del derecho islámico".[200]

Hay que tener en cuenta que el objetivo del derecho islámico no es imponer normas formales que respondan a intereses específicos, sino proporcionar un conjunto de concretos y materiales estándar a través de los cuales guiar el comportamiento de cada persona para complacer a Dios. De esta circunstancia se deriva, por el contrario, la importante característica de que el carácter jurídico-formal del derecho islámico está muy poco desarrollado.

[198] Se basa en la hadiz de Mahoma al decir "Mi comunidad nunca puede estar de acuerdo en un error".

[199] Schacht, *op. cit.*, p. 203.

[200] *Idem*.

9) Una característica muy llamativa del derecho islámico clásico es la concerniente a la definición y clasificación de conceptos jurídicos. Schacht sostiene que hay un gran número de conceptos legales, tanto específicos como generales, pero la mayoría de ellos adolecen de una falta de concreción y contenido positivo, pues los conceptos jurídicos en el derecho islámico son elaborados a partir de un pensamiento abstracto o idea. Muy habitual en el derecho islámico es formular un concepto determinado y deducir conceptos derivados, graduaciones del concepto original, en lugar de existir dos conceptos contrapuestos.[201]

10) Dadas los anteriores puntos de partida es lógico afirmar que el derecho islámico tradicional es principalmente casuístico. Al contrario que los ordenamientos jurídicos occidentales continentales que se centran más en los elementos de cada situación para subsumirlos bajo las reglas generales, el derecho islámico se centra en establecer una serie de casos graduados con los que abarcar la realidad social.

11) No hay una separación tajante de ordenamientos jurisdiccionales: las normas de procedimiento o procesales están entremezcladas con las normas de derecho sustantivo.[202] Tampoco el derecho constitucional ni el derecho administrativo tienen un tratamiento particularizado, estando contenidos en órdenes de carácter privado, ya que los poderes públicos y por ende el derecho constitucional y el

[201] Por ejemplo, el concepto de regalo de caridad o *sadaka*. Si una persona se encuentra algo podrá darle uso o no dependiendo de si es pobre, en cuyo caso podrá utilizarlo, o si es rica que no podrá. Si la persona es rica, podrá donar el objeto encontrado a otra persona sólo en concepto de regalo de caridad (*sadaka*). Pero esta situación podría no constituirse en un ejemplo de *sadaka* cuando decida regalárselo a sus parientes o hijos si son pobres. Este ejemplo concreto muestra la formación de matizaciones y graduaciones que regulan una única situación fáctica.

[202] La ciencia del derecho (*ilm̃ al-fiqh*) muestra una clara y precisa división entre:

• Fuentes constitutivas (*usul al-fiqh*, Corán, Sunnah, *ijma* y *qijas*), *corpus* que es el resultado de un concreto proceso histórico definitivamente fijado en su orden actual entre los siglos X y XI de la era cristiana.

• Las ramas del derecho (*furuq al-fiqh*) o instituciones jurídicas propiamente dichas, a su vez divididas en las ya citadas normas *ibadat* y *muamalat*: las ramas del derecho incluyen tanto lo que podríamos definir como derecho penal, procesal, capacidad jurídica de las personas, familia, derechos reales, etc. Vercellin, *op. cit.*, pp. 276-277.

derecho administrativo nunca han sido objeto de profusa regulación y estudio por parte del derecho islámico.

La mayoría de los poderes públicos tienen reducidas sus competencias a derechos y obligaciones privadas, tales como el impuesto-limosna, porque el concepto de institución como tal no se encuentra en todo el derecho islámico.[203] Es más, el concepto de autoridad en árabe no tenía desarrollado un significado jurídico. Por esto no existe en el derecho islámico clásico una rama que se ocupe del derecho público como tal, y debemos ir reconstruyendo, pieza a pieza, para formar un elenco de conceptos que nos den una visión de este tema que en el derecho islámico clásico no existía como lo entendemos ahora.

La *fiqh* o la ciencia del derecho, y que en árabe significa "conocimiento" o "entendimiento" (léase de los deberes del hombre) es definida adecuadamente por Savory[204] como "el conocimiento de los derechos y deberes mediante los cuales el hombre puede observar la conducta correcta en este mundo, y prepararse a sí mismo para la vida del más allá" Definida de este modo la ciencia del derecho, restringe el derecho claramente al campo del derecho privado. El campo del derecho público, que tiene que ver con las relaciones entre los ciudadanos con los poderes públicos, y los problemas referentes al interés público no están cubiertos por esta definición. Este es un importante punto débil del derecho islámico. Hay áreas completas del derecho como derecho constitucional, derecho penal, etc., donde la Shari'ah no aplica, o los aplica tan sólo teóricamente, el derecho administrado en los tribunales siendo basado primordialmente en derecho consuetudinario.

Es por tanto un derecho que otorga prioridad al mundo privado sobre la organización colectiva, con un marcado carácter individual.

12) El método analógico representa un elemento fundamental en el derecho islámico, tanto para la sistematización de la Shari'ah como

[203] La normativa emanada de las autoridades político-administrativas o *qanun* será objeto de nuestro estudio más adelante.

[204] R. M. Savory, *Introduction to Islamic Civilisation*, Cambridge University Press, 1976, p. 54.

para la elaboración de conceptos jurídicos. No debemos olvidar que una de las fuentes de la Shari'ah es la *qija*, basada en la analogía.

13) El derecho islámico clásico representa un "Derecho de juristas".[205] En efecto el derecho islámico fue creado y desarrollado posteriormente por especialistas. Los motores de la formación de este ordenamiento jurídico no fueron las exigencias de una sociedad que necesitaba unas normas para convivir, ni tampoco una práctica judicial, sino el celo religioso que un número cada vez mayor de musulmanes demandaban en la aplicación de las normas religiosas a todos los problemas de comportamiento.[206]

14) El derecho islámico es quizá el único ejemplo en el que los poderes públicos no juegan un papel de legislador. El derecho ha sido revelado por Alá, y al ser de origen divino no puede ser modificado por ninguna persona o institución humana. ¿Cómo puede un ordenamiento jurídico tan arcaico y tradicional tener una aplicación aceptable y efectiva con el paso de las décadas si es inmutable? Una luz a esta interrogante puede ser arrojada con la famosa afirmación de Schacht, de que el derecho islámico constituye unos de los pocos ejemplos en los que la ciencia jurídica es un factor de renovación y desarrollo del derecho.

Por tanto, todo el derecho islámico clásico, tanto en su conjunto como en cada elemento de que se compone, está impregnado por consideraciones de tipo ético y religioso, ya que el derecho se fue incorporando al sistema de obligaciones religiosas, teniendo como consecuencia la poca aplicabilidad práctica de alguna de sus componentes. La sistematicidad del derecho islámico se establece a través de la clasificación de todas las acciones humanas en obligatorias,

[205] Schacht, *op. cit.*, p. 209.

[206] En contra de que el derecho islámico es un derecho de juristas se expresa Doi. "Aquellos que piensen que la filosofía jurídica islámica es una invención de juristas, están equivocados sin lugar a dudas. La postura correcta es que los juristas, a pesar de su gran erudición, no introducen novedades por su propia imaginación. El derecho divino existe, complementado con teoría y principios divinos. La teoría de los juristas es explicarlos y analizarlos", A. R. I. Doi, *Shari'ah in the 1500 century of Hijra. Problems and prospects*, Ta-Ha Publishers, Londres, 1981, p. 13.

recomendadas, indiferentes, reprensibles y prohibidas, además de que todos sus elementos incorporan y respetan los mismos principios religiosos. En esta sistematización tuvieron un papel muy importante los primeros especialistas en materia legal en el inicio de la existencia del derecho islámico. Por último, el carácter casuístico, la poca concreción y contenido positivo de los conceptos legales, la ausencia de separación de órdenes jurisdiccionales y el importante papel de desarrollo y renovación del derecho que juega la ciencia jurídica en lugar del Estado son características que ilustran la complicación que caracteriza al derecho islámico clásico.

IV. Contradicción continua en el derecho islámico clásico entre la teoría y la práctica

A lo largo del estudio del derecho islámico se puede apreciar una tensión continua entre los principios inspiradores de la Shari'ah, posteriormente declarados como intocables tras el cierre de las puertas del *ijtihad*, y la realidad práctica. Esta tensión se produce en dos etapas diferentes: antes y después de la configuración de la Shari'ah y *cierre de las puertas a la ijtihad.*

Utman, tercer califa ortodoxo realizó la primera recopilación de tradiciones constituyendo el primer Corán en el año 635 d. C. La labor de los juristas en las escuelas y la recopilación de los *hadices* con sus cadenas de

isnad culminó a mediados del siglo noveno y principios del décimo de la era cristiana en un cuerpo normativo que conocemos como Shari'ah. Durante esta larga labor, ¿fueron respetados los dogmas principales del Islam o la mano del hombre tomó partido interesada o desinteresadamente en la conformación de un sistema normativo de obligaciones jurídico-religiosas que determinaría finalmente la forma correcta de actuar de todos los musulmanes?

Una vez conformada la Shari'ah tres siglos después de la muerte de Muhammad y cese de la divina revelación, nos encontramos ante un conjunto de normas supuestamente cerrado y con vocación de regir el comportamiento de los fieles musulmanes eternamente, pues los principios que sanciona son de carácter divino y por ende inmutables e infalibles. ¿Ha sido capaz la Shari'ah de regular y dar respuesta durante diez siglos de manera satisfactoria a todas las circunstancias

que surgen y seguirán surgiendo en el día a día de los musulmanes? ¿Se ha mantenido intacta la Shari'ah durante todo este tiempo o ha asimilado nuevos contenidos procedentes de fuentes ajenas a la divina revelación?

En primer lugar estudiaremos la figura de la abrogación islámica o *naskh* para ilustrar que, presumiblemente, durante el proceso de conformación de la Shari'ah, los juristas expertos interpretaron e incluso manipularon lo que finalmente serían las fuentes primarias en aras del éxito de su propia concepción de ciencia islámica (*fiqh*).

En segundo lugar, destacaremos la poca conocida flexibilidad que caracteriza al derecho islámico para adaptar nuevas figuras jurídicas siempre que se respete el espíritu del Islam y de la revelación.

1. La técnica *Naskh*[207]

Desde las primeras revelaciones divinas y su recopilación por Utman (635 d. C) hasta la primera recopilación de derecho islámico, como fue la *Muwatta*, de la escuela Malikí en el siglo octavo de la era cristiana hay un espacio de ciento cincuenta años. Este intervalo, a pesar de no estar bien documentado, constituye el punto de inicio de este capítulo. Este intervalo de siglo y medio fue una época de exégesis del Corán y estudio de la Sunnah. Fue cuando surgió la técnica *naskh* (*al-nasihk wa-'l-mansuk*).

Naskh significa literalmente borrar, y ha sido definida como la suspensión, derogación o sustitución de una norma de la Sharia por otra.[208] Según Burton, la teorización sobre *nask* surgió a partir del reconocimiento por parte de los hombres de las lagunas que existían entre el Corán, la Sunna y la *Fiqh*,[209] y de la existencia de conflictos entre ellos.

[207] En este apartado seguiremos de cerca la posición de J. Burton, *The sources of Islamic Law. Islamic Theories of abrogtion*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 1990.

[208] Sobre si *naskh* significa suprimir, o sustituir y sus diferencias véase Burton, *op. cit.*, pp. 201-202.

[209] La *fiqh* es el proceso por el cual la Ley divina es trasladada a normas jurídicas y de conducta, llegándose al conocimiento de los derechos y deberes mediante los cuales el hombre puede observar la conducta correcta en este mundo, y prepararse a sí mismo para la vida del más allá.

Su objetivo ha sido simplemente tender puentes solucionando estas lagunas y problemas.[210] Aunque su legitimidad ha sido muy discutida e incluso rechazada por autores ortodoxos,[211] hay una teorización muy amplia que muestra la importancia de esta figura, a pesar de la poca atención que ha sido objeto por parte de expertos occidentales en derecho islámico. Por el contrario, los juristas musulmanes prestaron gran atención a la materia, pero nunca la elevaron a un nivel metafísico. La pregunta más importante a la que trataremos de dar respuesta es la siguiente: ¿es esta figura del *naskh* una parte de la revelación divina o es simplemente una invención del hombre?

Burton defiende que las cinco escuelas jurídicas principales (las cuatro sunnitas y la chiíta) se basaron en técnicas *naskh* para reclamar haber realizado la interpretación correcta de la Ley divina, su particular *fiqh*. Al contrario de la creencia actual de los musulmanes, Burton intenta demostrar que las teorías de abrogación (*naskh*) fueron discusiones entre los juristas de la primera generación más que el producto de la revelación divina.

Hay gran pluralidad de teorías *naskh*. Cada una surge en diferentes fases de la escolástica islámica y debido a estímulos de muy diversa índole que sólo tuvieron algo en común cuando fueron agrupados bajo la misma rúbrica de técnicas de *naskh*.

Un primer estímulo, por ejemplo, sería las exégesis sobre el Corán,[212] ya que los musulmanes pensaron que habían detectado contradicciones en su fuente más fundamental.[213]

[210] Burton, *op. cit.*, p. 30.

[211] Principales argumentos esgrimidos por estos juristas: Si el Corán recoge o no *naskh* no es un asunto de la fe musulmana; es una técnica empleada en el primer siglo de la era musulmana; los expertos no poseen indicios infalibles sobre si un verso en anterior o posterior a otro; sorprende que no haya un *hadiz* del Profeta que pueda ser tomado para ser una cierta prueba de que cierto verso es *nasikh*. Burton, *op. cit.*, pp. 30-31.

[212] El ejemplo más clásico de *naskh* del Corán por el Corán: Corán 2:106, "Si abrogamos (*naskh*) una aleya o provocamos su olvido, aportamos otra mejor o semejante. ¿No sabes que Dios es omnipotente?"

[213] Los requisitos para que pudiera sustituir un verso del Corán a otro serían: 1) que ambos versos se encontraran en contextos separados; 2) que un verso sea posterior a otro, prevaleciendo aquél sobre éste; 3) que ambos versos contengan mandatos, ya sean prohibiciones o imperativos.

Otro estímulo sería el descubrimiento de contradicciones en la Sunnah. Afortunadamente, lo que podemos estudiar de la Sunnah es el resultado final de esta fuente primaria tras haber sido armonizada tras las teorías *naskh*.

Un estímulo más discutible es la contradicción entre Sunnah y Corán. Los principios de abrogación (*naskh*) de Corán por Sunnah[214] y de *naskh* de Sunnah por Corán encontraron firme oposición.[215] En el primer caso, *naskh* de Corán por la Sunnah,[216] no se admitió porque de lo contrario sería reconocer que el Profeta estaría haciendo o diciendo lo contrario de lo que Dios le habría revelado. En el segundo caso, *naskh* de Sunnah por el Corán, no se admitió porque de lo contrario Dios estaría desconfiando o contradiciendo al hombre que proclamó su Profeta. Esta oposición propició debates internos entre los musulmanes generando principios aún más refinados. Se alcanza la conclusión de que tanto el Corán como la Sunnah son revelación[217] de Dios, y por tanto *naskh* consistiría simplemente en cambiar un elemento de la revelación por otro.[218]

Llegados a este punto debemos diferenciar entre la teoría general de *naskh* y su aplicación y las teorías especiales.

A. Teoría general de naskh

Por *naskh*, los expertos en derecho islámico entendieron un proceso revelador por el cual ciertas decisiones divinas, promulgadas en un

[214] Burton estudia en profundidad un ejemplo de este caso: la pena de lapidación por adulterio, al que haremos referencia de una forma más detallada más adelante, pues constituye el ejemplo paradigmático de un modo especial de *naskh*. Burton, *op. cit.*, pp. 123-156.

[215] Al-Shafi'i rechaza categóricamente que ninguna de las dos fuentes primarias pueda abrogar a la otra. La Sunnah sólo puede ser abrogada por la Sunnah y el Corán sólo puede ser abrogado por el Corán. Esta puntualización es uno de los aspectos que distingue a la escuela shafí de las demás, incluso con posterioridad a la muerte de Al-Shafi'i.

[216] Los que apoyaban esta oposición se basaban, por ejemplo, en la aleya Corán 10:15: "No me toca a mí (Muhammad) modificar (el Corán) por iniciativa propia. Lo único que hago es seguir lo que se me ha revelado".

[217] Argumento que apoya que la Sunnah es parte de la revelación divina. Corán 53:2-4: "Vuestro paisano (Muhammad) no habla por propio impulso. No es sino una revelación".

[218] Burton, *op. cit.*, p. 5.

momento concreto, fueron sustituidas por otras decisiones divinas promulgadas en una fecha posterior. Dios, cuya divina prerrogativa es el *naskh*, revoca una de sus divinas decisiones apoyadas en una de sus revelaciones divinas a través de otra revelación apoyando una decisión bastante diferente sobre el mismo asunto.

Los elementos fundamentales para identificar *naskh* son los siguientes: 1) ambas decisiones o mandatos tienen que ser de origen divino. 2) Imposibilidad de aplicar ambas normas en conflicto a la vez. 3) Conocimiento de las fechas de ambas revelaciones.

Según Burton, la teoría general de *naskh* fue adaptada para servir a los expertos en derecho en su tarea de justificar la selección hecha por los fundadores de sus respectivas escuelas y en trazar los errores cometidos por los fundadores de las escuelas rivales.[219]

Los conflictos entre Sunnah y Corán son inconcebibles, ya que la falibilidad no es una característica aplicable a Dios. Los conflictos surgen debido a nuestra ignorancia en distinguir las *nasikh*[220] de las *mansukh*.[221] La principal actividad de los expertos era determinar la fecha de ambos, este es el punto crucial.

Un aspecto importante en la teoría de *naskh* es la idea del desarrollo gradual de la revelación divina. La teoría no insinúa lo más remotamente la posibilidad de la mutabilidad de la voluntad divina.

Para llevar a cabo la aplicación de la teoría general de *naskh*, han de seguirse los siguientes pasos. Si el experto jurista, de entre la masa de documentos de las dos fuentes primarias se encuentra con dos normas aparentemente contradictorias lo primero que ha de realizar es una labor de exégesis, determinando el completo significado de cada una. Si con la exégesis no se resuelve esta dificultad, correspondería averiguar si ambas afirmaciones tratan el mismo aspecto de la obligación. Si ambas tratan el mismo aspecto, el experto debe conseguir una interpretación que permita la reconciliación y, por tanto, la aplicación de ambas, excluyendo la aplicación de *naskh*. Finalmente, si la incompatibilidad de ambas es declarada, el siguiente paso

[219] *Ibidem*, p. 20.

[220] Las normas posteriores, "abrogantes", valga la expresión.

[221] Las normas anteriores y abrogadas.

es establecer sus fechas respectivas, para determinar cuál norma es *nasikh* y cuál *mansukh*.

Una vez analizadas las líneas generales de la teoría de *naskh*, Burton estudia tres teorías especiales de *naskh* o modos de *naskh*.

B. Teorías especiales de naskh

El primer modo de *naskh* se trata de la supresión tanto de la redacción como de la norma de un verso coránico por otro verso coránico.[222] Este primer modo de *naskh* sólo puede referirse a textos coránicos.[223] Surge a través de la argumentación de que una serie de palabras no presentes en el *mushaf*[224] ahora, habrían estado en el Corán una vez, o habrían sido reveladas una vez al Profeta realmente.[225]

El segundo modo de *naskh* consiste en que una porción de revelación sustituye a la regla original de otra porción de revelación pero no su redacción.[226] Esta supresión es la figura elaborada por los expertos del derecho para explicar los casos en los que ellos percibían que ciertas aleyas coránicas o ciertas sunnas eran inoperativas. Es el modo clásico de *naskh*, y el único que es utilizado tanto para el Corán como para la Sunnah.

El ejemplo clásico de este modo para probar el hecho del *naskh* es la *idda*, el periodo de espera impuesto por Dios a las viudas durante el cual no pueden contraer legalmente un segundo matrimonio válido. Sobre la *idda* hay dos textos coránicos: Corán 2:240 que establece un periodo de 12 meses; y Corán 2:234, que establece un periodo de cuatro meses y 10 noches. El *nasikh* resulta ser la aleya Corán 2:234 y el *mansukh* Corán 2:240.[227]

El tercer modo de *naskh* consiste en que una porción de la revelación suprime la redacción de otra porción de revelación pero no la

[222] La llamada *naskh al-hukmwa-'l-tilawa*.
[223] Burton, *op. cit.*, pp. 43-55.
[224] *Mushsaf* es la parte del Corán escrito que ha llegado a nuestros días.
[225] Los expertos que emplearon este modo de *naskh* esgrimieron las siguientes aleyas coránicas, entre otras: la ya citada 2:106; Corán 87:6-7 "Te haremos recitar y no olvidarás, Salvo lo que Dios quiera".
[226] La llamada naskh al-hukm duna'l l-tilawa.
[227] Para estudiar cómo se llega a esta conclusión, véase Burton, *op. cit.*, pp. 60-61.

norma.[228] El ejemplo que toma Burton para explicar este modo es la pena de lapidación por adulterio. En el *fiqh* se encuentra la citada pena capital si se comete adulterio. Pero en el *mushaf* no hay un solo verso que haga referencia a la lapidación entre musulmanes.

Este asunto es uno de los más fructíferos y prolijos para la discusión entre los expertos. Excede a las dimensiones de este limitado trabajo de carácter introductorio siquiera hacer mención a todas las teorizaciones que suscita,[229] limitándonos a resumir que todos los expertos coincidían por unanimidad en que la lapidación era una pena no recogida en el *mushaf*, chocando de hecho con las penas que contenía. Los malikíes y hanafíes asumían que era un ejemplo de *naskh* del Corán por Sunnah. Al´Shafi'i también aceptó la pena de lapidación pero negó la posibilidad de que la Sunnah pudiera abrogar el Corán. Su legado teórico imposibilitó conducir a los que compartían su teoría a otra cosa que no fuera admitir que se estaba dando *naskh* de Corán por Corán. Por tanto en este caso nos estaríamos encontrando con un segundo ejemplo de un verso revelado pero ausente del *mushaf*.

Para concluir con esta introducción sobre la teoría de *naskh*, hemos de apuntar como Burton que el Corán puede contener casos y ejemplos de *naskh*, pero no contiene una doctrina de *naskh*. Las *doctrinas* de *naskh* fueron la creación de aquellos que asumieron la tarea de reconciliar el *fiqh* con sus fuentes putativas.[230]

Los primeros escolásticos buscaron en el Corán pruebas para sustentar sus teorías de *naskh*. A lo largo de su trabajo Burton critica las elecciones y las justificaciones que los primeros expertos realizaron. Estas malas elecciones estaban inspiradas por el interés de los escolásticos de adaptar ciertos contenidos y sanciones coránicas a sus teorías, y no al revés como debería ser en un derecho de origen divino. Una vez desarrolladas las técnicas de *naskh*, los estudiosos posteriores se dieron cuenta de lo deficiente y de la debilidad de las elecciones de los escolásticos anteriores. Pero los escolásticos posteriores no tenían licencia para innovar, y estaban obligados a trabajar

[228] El llamado naskh al-tilawa duna'l-hukm.
[229] Burton, *op. cit.*, pp. 127-164.
[230] *Ibidem*, p. 198.

bajo los estudios de sus predecesores (*taqlid*). De este modo, Burton cree haber demostrado a través de su trabajo[231] el oportunismo y sutileza de los escolásticos así como el grado de sus intervenciones que han hecho la literatura sobre *naskh* intolerablemente confusa.

Sea como fuere, lo cierto es que parece demostrado que la mano del hombre sí influyó en la conformación de la Shari'ah, conjunto normativo que hoy día se considera de origen divino y por tanto inmutable e infalible.

2. Flexibilidad del derecho islámico

El derecho islámico clásico fue formulado fundamentalmente en los primeros siglos de existencia por los expertos en derecho. Los más ortodoxos han defendido siempre el carácter de invariabilidad de este derecho, cuyo reflejo más visible es el intento de eliminar la interpretación personal.[232]

Pero junto a esta característica de invariabilidad del derecho islámico clásico debemos resaltar su flexibilidad. Debido a esta flexibilidad, desconocida por los occidentales, "sólo en casos excepcionales la naturaleza arcaica de determinadas instituciones o reglas del derecho islámico constituirán un obstáculo".[233] Esta flexibilidad del derecho islámico permite el uso de mecanismos para evitar ciertos resultados rígidos o no deseados debido a una aplicación muy estricta del derecho, una suerte de "*summum ius, summa iniuria*", sin contradecir los principios del Islam y el derecho islámico. Estos mecanismos, a juicio de David, son principalmente el recurso a la

[231] Breve resumen del estudio y tesis de Burton, en Burton, *op. cit.*, pp. 205-209.

[232] El *cierre a las puertas de la interpretación* del derecho islámico, cuya eficacia absoluta aún hoy se discute, fue debido a diversos factores. Uno de los principales fue el miedo a un cisma en la sociedad musulmana al ser conquistada Bagdad por los mongoles en 1258. Esta invasión pudo haber acabado con el Islam como cultura si se hubieran implantado las costumbres y forma de vida del pueblo mongol, completamente diferentes a las islámicas: otra religión, otro estilo de vida como es el nomadismo en contraposición de la vida en ciudad, etc. A pesar de ello la sociedad islámica perduró y, sorprendentemente, el pueblo invasor se adaptó.

[233] R. David y J. E. C. Brierley, *Major Legal Systems in the World Today*, 3a. ed., Stevens & Sons, Londres, 1985, p. 466.

costumbre, el uso de contratos, mecanismos legales o ficciones y, finalmente, la intervención de la autoridad.[234]

A. Recurso a la costumbre (urf)

El derecho islámico no tuvo en cuenta apenas las costumbres preexistentes de los diversos pueblos donde se implantó y, por tanto, no las incorporó como una parte integrante. A pesar de eso, muchas sociedades islámicas han vivido y aún viven de acuerdo con sus costumbres al mismo tiempo que reconocen y profesan la autoridad y la fe por el Islam. "La propagación del Islam no habría tenido lugar sin este componente liberal, el cual no exige a los creyentes abandonar un tipo de vida encarnada en la costumbre".[235] No debemos olvidar que a los ojos del derecho islámico todos los actos que cometan los hombres pueden ser obligatorios, recomendados, indiferentes, desaconsejados y prohibidos. La costumbre no puede establecer un comportamiento prohibido por el derecho islámico o prohibir un comportamiento declarado obligatorio. Pero puede establecer acciones o comportamientos indiferentes, desaconsejadas o recomendadas para el derecho islámico.

Además, la costumbre ha sido el vehículo de penetración en la sociedad islámica de muchos elementos extranjeros, unas veces acogiendo instituciones de origen consuetudinario que posteriormente hizo suyas el *fiqh*, otras constituyendo excepciones a los principios *shariáticos* introducidos por la propia costumbre.[236]

En teoría, para que se produzca el reconocimiento de las disposiciones *urf*, es necesario que las normas consuetudinarias no choquen con la Shari'ah. Pero en la práctica histórica han sido reconocidos y aceptados a menudo también usos *praeter* o *contra legem*. Es más, en algunas regiones del mundo musulmán, la costumbre ha prevalecido sobre la Shari'ah, como en las zonas bereberes del norte de África o Indonesia, donde el *fiqh* no ha tenido la fuerza de socavar el ante-

[234] David, *op. cit.*, pp. 465-472.

[235] *Ibidem*, p. 467.

[236] G. Vercellin, *Instituciones del mundo musulmán*, Bellaterra, Barcelona, 2003, pp. 283-284.

rior sustrato jurídico. Particularmente en Marruecos se ha extendido como una práctica judicial paralela el llamado *amal* que tiene fuerza normativa. Documentado a partir del siglo XV en las regiones del Magreb el uso por parte de los jueces de procedimientos gracias a los cuales el juez (*qadi*) podía elegir libremente entre las opiniones de los juristas aquellos que mejor se ajustaban a las realidades locales, aunque no contaran con el apoyo de la mayoría de los expertos. La exégesis marroquí reduce el *amal* a una pura cuestión técnica: cuando las costumbres locales así lo exigen el *qadi* tiene derecho a hacer prevalecer sobre la opinión dominante una opinión aislada o anómala.[237]

B. El uso de contratos

El uso de contratos está permitido expresamente por un *hadiz*: "No hay crimen alguno en celebrar acuerdos con excepción de aquellos prohibidos por la ley".[238] A través del uso de contratos pueden hacerse cambios muy importantes en las reglas recomendadas, pero no en las impuestas por el derecho islámico. El derecho matrimonial y de familia ha sido objeto de cambios considerables como resultado de ese tipo de contratos. Por ejemplo, por contrato se puede permitir al marido y a la mujer acordar al contraer matrimonio que la mujer podrá utilizar la prerrogativa del marido que consiste en repudiar a la mujer, y por tanto la mujer podrá repudiarse a sí misma, si su marido, por ejemplo, no permanece monógamo o por otra causa diferente y no impuesta.

*C. Estratagemas y ficciones jurídicas (*hiyal*)*

Es lo que Schacht denomina como "el uso de instrumentos legales para fines extra-legales que no podrían ser conseguidos directamente a través del uso de la Shari'ah".[239] Por tanto, muchas reglas formales

[237] *Ibidem*, p. 284.

[238] David, *op. cit.*, p. 468; J. N. D. Anderson, *Islamic Law in the Modern World*, Greenwood Publishers, 1959, p. XV.

[239] J. Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, Clarendon Press, Oxford, 1964, pp. 78 y ss.

de la Shari'ah pueden ser consideradas como inefectivas si no son violadas directamente. Por ejemplo, la Shari'ah permite la poligamia y el repudio por parte del marido a su mujer. Sin embargo, es posible desestimular esta práctica sin cambiar estas reglas, si se recompensa sustanciosamente a la mujer repudiada injustamente por su marido o si el marido establece una relación poligámica y no trata a su mujer de igual forma que al resto de las mujeres.[240]

Estas instituciones forman parte del *fiqh* tal como éste es aplicado en la práctica. Existen diferencias entre las distintas escuelas jurídicas por lo que se refiere al grado de aceptabilidad de los *hiyal*.[241]

D. El papel de las autoridades o legislación estatal, qanun

Qanun es el conjunto de medidas promulgadas por el soberano en razón de la potestad normativa que le correspondía discrecionalmente en el ámbito de la *siyasa shariya*,[242] es decir, la materia administrativa que no entraba en el *fiqh*, pues ésta sólo plasmaba unas pocas normas de derecho público.

Todo *qanun* debía presentarse como aceptable bajo el punto de vista de la Shari'ah y esencialmente para el bien de la fe y de la *ummah*.[243] En materia administrativa el *qanun* no entraba casi nunca en conflicto con la Shari'ah, ya que ésta, en la mayoría de los casos, nada dice acerca de estas cuestiones.

Pero esto no es una posición unánime. Doi sostiene que la Shari'ah es un conjunto normativo completo, es decir, que ella sola es capaz de responder a todas las necesidades y situaciones que se planteen en la *ummah*, ya sea de derecho público como de derecho privado y en cualquier momento ya que eficacia también es temporal.[244]

A pesar del *hadiz* de que "Dios urge a través del soberano lo que no urgió a través del Corán",[245] la siyasa shariya es una técnica

[240] Otros ejemplos en Vercellin, *op. cit.*, pp. 285-286.

[241] Véase Vercellin, *op. cit.*, p. 285.

[242] *Siyasa* significa "político", y *Shariyyah* significa "relativo a la Shari'ah".

[243] A. R. I. Doi, *Shari'ah in the 1500 century of Hijra. Problems and prospects*, Ta-Ha Publishers, Londres, 1981, p. 48.

[244] Doi, *op. cit.*, pp. 8, 44.

[245] *Ibidem*, p. 46.

que debe de respetar los principios básicos del Islam. Ha sido un instrumento a través del cual algunos Estados musulmanes han tratado de abandonar los principios de la Shari'ah, no mediante la supresión directa de la Shari'ah, sino mediante imperativos a los tribunales para que no fallaran con base en la Shari'ah hasta que ésta quedara obsoleta.[246] Por esta razón, hay varios *hadices* que autoriza a los musulmanes a desobedecer a los líderes de la comunidad si éstos ordenan actuar en contra de Alá.[247]

E. Variantes de los "arkan al-din"[248]

Los *arkan al-din* son los pilares de la fe islámica: *shahaba* o confesión de la unicidad de Dios; *salat*, para los occidentales sería una especie de oración; *zakat* o reparto de riquezas; ayuno; y peregrinación. La eternidad e inmutabilidad de estos cinco principios son inamovibles. Pero aun así, junto a las versiones oficiales, eternas e inmutables, se desarrollaron una serie de variantes locales, de cambios históricos y sobre todo de formas y costumbres populares de la religiosidad a menudo avaladas por las propias autoridades islámicas.[249] Por tanto, esta serie de instituciones constituyen una válvula de escape por medio de la cual la religiosidad del creyente evita, integrándola y no ya eliminándola, la rigidez normativa de la ortopraxis.

F. Normas muamalat

Según Bannerman[250] y otros autores,[251] las normas *muamalat* de la Shari'ah pueden ser modificadas con tal de que sean aceptados y

[246] Por ejemplo, el legislador egipcio declaró que los tribunales no deberían de conocer sobre litigios matrimoniales cuando los matrimonios no habían sido registrados civilmente o la esposa no hubiera atendido a la edad mínima para casarse.

[247] Doi, *op. cit.*, p. 47.

[248] Vercellin, *op. cit.*, pp. 223-230.

[249] Detenernos a estudiar las variantes supondría un desvío respecto de nuestro objeto de estudio. Por tanto nos remitimos a la bibliografía que hemos señalado sobre el tema. Véase la exposición detallada en Vercellin, *op. cit.*, pp. 227-230.

[250] P. Banerman, *Islam in perspective. A guide to Islamic society, politics and law*, Routledge, Nueva York-Londres, 1988, pp. 245-246.

[251] Véase Vercellin, *op. cit.*, p. 38.

respetados el dogma de la unicidad de Dios y la aplicación de las inmutables *ibadat*. De este modo el Islam podría adoptar otros esquemas que respondieran de una manera más adecuada a las necesidades seculares de la comunidad, argumento esgrimido por los reformadores liberales en el mundo musulmán.

Nursi y otros autores son totalmente contrarios a esta forma de concebir la Shari'ah. Para Nursi la Shari'ah fue conformada para hacer a los musulmanes más felices, y en aras de este objetivo debe mantenerse indivisible e inmodificable.[252] Rechazan totalmente los intentos que muchos líderes políticos de países islámicos han intentado en aras de la modificación de las muamalat y su alejamiento de la Shari'ah persiguiendo un objetivo de laicidad en las instituciones públicas.

V. Conclusión

A lo largo de nuestro trabajo hemos realizado un estudio introductorio de las principales instituciones jurídicas que conforman el derecho islámico clásico. Nada de este estudio puede ser entendido en su correcta dimensión si las diferencias en el concepto de derecho entre la tradición islámica y la occidental no son puestas de relieve y tenidas en cuenta.

La diferencia esencial estriba en el carácter complejo y metajurídico del derecho en el Islam. Mientras que en la tradición occidental existen grandes esfuerzos y logros, tanto doctrinales como políticos, por separar la dimensión religiosa de la político-jurídica, en la tradición islámica el derecho y la religión constituyen las dos caras de una misma moneda, el Islam.

[252] Said Nursi, "¿Por qué no tuvimos una revolución francesa en el Islam?", en O. Roy, *Genealogía del islamismo*, Ed. Bellaterra, Barcelona, 1996, p. 104. Otros ejemplos de juristas que defienden que el Islam y la SharI'ah es unitaria y no se pueden separar: A. R. I. Doi, *op. cit.*, pp. 5, 44; "la Shari'ah es completa y flexible, aplicable a todos los tiempos"; "Él mismo (Muhammad) demostró los fundamentos sociales del Islam, aportando hasta las cuestiones más secundarias, hasta los menores temas de conducta comunitaria. Él mismo habló específicamente de todo esto y los ilustró con su comportamiento. Por tanto en el Islam no podemos separar una semilla original de la evolución posterior. Todo forma un solo cuerpo". Sayyid Qutb, "La nueva yahiliya y el nuevo despertar islámico", en O. Roy, *Genealogía del islamismo*, p. 113.

A pesar de que el derecho islámico surgió hace catorce siglos, las instituciones clásicas que fueron asentadas durante los trescientos primeros años de existencia del Islam, así como el acervo religioso, cultural y jurídico (*Shari'ah*) conformado entonces, tiene una presencia tan fundamental en la actualidad que fundamentan e inspiran la realidad contemporánea de los países y sociedades islámicas. Esto se debe fundamentalmente a la firme creencia en la revelación divina que vertebra el Islam y su derecho y a los esfuerzos llevados a cabo para conseguir *el cierre de las puertas al ijtihad*.

La creencia en la revelación realizada por Dios, Alá, de un estilo de vida y de un "ordenamiento jurídico" constituye el principal obstáculo a la hora de intentar adaptar o modificar cualquier precepto a las situaciones cambiantes de la realidad cotidiana.

El material revelado contenido en las fuentes primarias, el Corán y la Sunnah, resulta insuficiente para regular la vida de una sociedad extendida por todo el mundo y dar respuesta a los problemas que diariamente pudieran surgir. El resto de las fuentes secundarias, al igual que la recopilación y conformación de las primarias (por ejemplo las apuntadas diferencias en las fuentes primarias entre chiíes y sunníes y las teorías de *naskh*), no están exentas de discusiones y están más cerca de la dimensión humana que de la divina.

Tras tres siglos de debates y discusiones, la recopilación de normas concluye en la Shari'ah o ley islámica, para regir todas las facetas, tanto públicas como privadas, de la vida de los musulmanes. Esta compilación es seguida por el periodo de *taqlid* y del *cierre de las puertas al ijtihad*, basándose en el carácter divino de esta recopilación y por ende inmutable, omnicomprensible e infalible, no exento de debate y disconformidad dentro del mundo intelectual musulmán.

Este carácter divino, omnicomprensible e inmutable de la Shari'ah llega hasta la época de la colonización de los países musulmanes por las potencias occidentales, abriéndose un período de pérdida de identidad cultural, política y jurídica de estos países. El Islam queda como único nexo de unión y de identidad entre los musulmanes de una *ummah* fraccionada ahora por fronteras nacionales y políticas inexistentes antes de la colonización occidental.

En la actualidad, tras los movimientos de descolonización, en la mayoría de los países islámicos ha surgido una pluralidad de movimientos islamistas cuyo principal objetivo es la búsqueda de una identidad personal y colectiva.[253] Para ello, estos grupos islamistas pretenden implantar los valores originarios inspiradores de la primera comunidad musulmana, la de Muhammad en Medina, una sociedad utópica e ideal.

La importancia de la Shari'ah como derecho divino es uno de los presupuestos fundamentales de la ideología de estos grupos islamistas. Pero el carácter divino de la Shari'ah provoca una serie de dificultades imposibles de superar sin abandonar la creencia de la revelación por parte de Dios. La creencia en esta revelación hace adoptar a los musulmanes creyentes un punto de vista interno[254] respecto a su vinculación con los preceptos de la Shari'ah y a los juristas a rechazar cualquier tipo de modificación o cambio en la Shari'ah, tanto en las *ibadat* como en las *muamalat*.[255]

Pero a lo largo de nuestro trabajo hemos examinado una serie de instituciones a través de las cuales hemos podido comprobar que la supuesta base divina de la Shari'ah queda en entredicho: el uso de *naskh* a favor de intereses particulares en el proceso de recopilación y sistematización de la Shari'ah por los juristas durante el periodo clásico, el recurso a la costumbre (*urf*), a las argucias jurídicas (*hiyal*), la legislación administrativa o estatal (*qanun*) incluso con posterioridad a la conformación de la Shari'ah, la facultad de *ijtihad* de los imames temporales chiítas son ejemplos que ilustran la presencia de la mano del hombre en este "Derecho divino revelado". Esto socavaría la defensa a ultranza de la no modificación de la Shari'ah debido a su carácter divino que sostienen los movimientos islamistas actuales.

Independientemente de estas consideraciones, no puede olvidarse todo lo que la Shari'ah implica: no es sólo derecho, sino moral, religión, etcétera, y si nuestro estudio se limita sólo al campo del dere-

[253] Y también Estados soberanos: véanse, por ejemplo, los casos de Pakistán y Malasia en S. V. Reza Nasr, *Islamic Leviathan. Islam and the Making of State Power*, Oxford University Press, 2001.

[254] Sobre la contraposición entre musulmanes y doctrina que adopta un punto de vista externo y los que adoptan un punto de vista interno, véase D. Weines, *An introduction to Islam*, p. 267. Sobre el significado de punto de vista interno: H. L. A. Hart: *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 111.

[255] Ejemplos de autores que adoptan este punto de vista interno: véase bibliografía citada en nota a pie núm. 252.

cho, es necesario tener en cuenta que cada norma jurídica está impregnada de un espíritu religioso y moral, difícilmente separable del jurídico.

Pero en los países musulmanes también nos encontramos con creyentes que intentan separar los planos religioso y laico, adaptando un punto de vista externo. Tomaría entonces gran trascendencia la separación entre las *ibadat* y las *muamalat*. Sólo estas últimas podrían ser objeto de modificación y adaptación a los tiempos modernos,[256] respetando en mayor o menor medida los principios básicos del Islam.[257]

Ambas posturas son irreconciliables, generando conflictos y debates en el mundo musulmán. Cualquier estudio sobre la realidad islámica, en cualquiera de sus facetas en particular, o en conjunto en general, llevará a conclusiones distintas dependiendo de si adoptamos un punto de vista interno o externo, apoyadas además por la bibliografía de autores que a su vez adoptan un punto de vista u otro.

En un terreno donde las posturas subjetivas son tan encontradas y tan poco susceptibles de transacción y acuerdo, es donde el intento de comprensión y el respeto de las otras posturas cobra un papel fundamental.

Este respeto y comprensión requiere un mínimo conocimiento de las otras realidades así como una adecuada actitud a la hora de abordar su estudio.

La adopción de acuerdos dependerá como siempre de la actitud que las personas adopten al abordar este tema.

Nuestro trabajo, como muchos otros, tan sólo pretende arrojar una luz más a un tema muy desconocido y lleno de prejuicios por Occidente, facilitando una mejor comprensión recíproca entre las personas a través de la cual pueda llegarse a un clima de respeto, imprescindible punto de partida para poder abordar cuestiones jurídicas.

[256] Esta postura puede encontrarse también en la doctrina, véase G. Vercellin, *Instituciones del mundo musulmán*, Bellaterra, Barcelona, 2003, pp. 37-39.

[257] Entre ambas posturas existe una amplia gama de opiniones que generan un debate muy interesante que por lo general pasa desapercibido, intencionadamente o no, por el mundo occidental. Para una idea introductoria de este debate véase por todos E. Mikunda Franco, *Derechos humanos y mundo islámico*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Sevilla, 2001, pp. 132-135.

VI. Glosario

Alá: contracción de *Al'Ilah*, que significa "el Dios".

Al Siyah: Derecho internacional.

Amal: significa literalmente "acción" o "procedimiento". Figura jurídica a través de la cual el juez (*qadi*) podía elegir libremente entre las opiniones de los juristas aquéllas que mejor se ajustaban a las realidades locales, aunque no contaran con el apoyo de la mayoría de los expertos.

Arkan al-din: literalmente "pilares de la fe". Son la *shahada* o profesión de la fe islámica, oración o *salat*, ayuno o *sawm*, limosna o *zakat* y peregrinación a la Meca.

Aya (pl. aleyas): cada uno de los versículos de los que se compone una sura o capítulo del Corán. Expresión que también significa señal o milagro, pues la revelación fue milagrosa.

Ayatallah (pl. *ayatullahs*): significa "signo milagroso de Dios". Líderes políticos y religiosos de la comunidad chiíta.

Azora: capítulo o también llamado *sura* del Corán (el Corán se compone de 114 *azoras*) que a su vez se divide en versículos o *aleyas*.

Bada: potestad de Dios de cambiar sus decisiones y de así alterar el curso de la historia según su agrado, de acuerdo con la doctrina chiíta.

Califa, Khalifa: literalmente "sucesor" o "alguien que viene después". En la teoría sunnita, *khalifa* era el título para designar al sucesor de la autoridad temporal de Muhammad sobre la comunidad. Para otros, el *khalifa* también heredaba la autoridad espiritual del Profeta, aunque no su función profética.

Corán (Qur'an): el libro sagrado del Islam, frecuentemente llamado a sí mismo como *al-Kitab*, literalmente "la escritura". Es la palabra de Dios tal y como se la reveló a su Profeta. Muhammad recitó la revelación a sus seguidores. La revelación completa, que tuvo lugar durante varios años, fue recopilada posteriormente y escrita. Esta recopilación escrita se llama Corán (Qur'an). Véase *mushaf*. Los musulmanes creen que el Corán es la Palabra de Dios y la última y más perfecta de las series de revelaciones transmitidas por Dios a través de una serie de profetas, y contiene los mandatos de Dios a los hombres comprendiendo todos los aspectos del com-

portamiento de los hombres. Por tanto, es la primera y más importante fuente del derecho islámico.

Faqi (pl. *Fuqaha*): iusfilósofo musulmán.

Fatwa (pl. *fatawa*): opinión que expresa un jurista sobre una cuestión legal.

Fiqh: literalmente "conocimiento, entendimiento o inteligencia": es la ciencia del derecho islámico o de la filosofía del derecho (*Jurisprudence*) islámico. La ciencia del derecho es el conocimiento de los derechos y obligaciones por la cual el hombre tiene la posibilidad de llevar a cabo la conducta correcta en este mundo y prepararse a sí mismo para la vida futura. Las fuentes del derecho islámico son los medios a través de los cuales se lleva a cabo este conocimiento.

Gayba: doctrina chiíta de la ocultación del último Imam para reaparecer posteriormente y restablecer el orden y la justicia en el mundo.

Hadd (pl. *hudud*): un castigo o pena fijada, específica, en el que la acción de reclamar pertenece a Dios.

Hadiz: informe de una decisión, acción u omisión del Profeta viviendo el Corán. Colectivamente conforman la *Sunnah*. Constan de dos partes: el texto de lo dicho o sentenciado por Muhammad (*matn*) y una cadena de transmisores honestos hasta el mismo Profeta que da fe de la veracidad del informe (*isnad*).

Hiba: regalo, o transferencia gratuita de un objeto en propiedad.

Hila (pl. *hiyal*): mecanismo o estratagema legal usada en derecho islámico para evitar las rigideces de la Shari'ah.

Hisba: en el sentido más amplio, la función de asegurar que los preceptos de la Shari'ah son respetados y cumplidos, particularmente aquellos que tienen una naturaleza moral y religiosa.

Ibadat: literalmente "actos de devoción", "obligaciones religiosas". Comprenden los deberes y obligaciones impuestas por Dios a todos los musulmanes, incluidas prácticas religiosas. Suponen el vínculo de una persona con Alá. Son básicamente los cinco pilares de la fe o *arkan al-din*. Uno de los dos tipos de normas junto con las *Muamalat* de las que se compone la Shari'ah.

Idda: el periodo que sigue a la disolución del matrimonio durante el cual los derechos y obligaciones legales de los cónyuges no están completamente extinguidos, particularmente no está permitido volver a casarse durante este periodo si se es viudo o divorciado.

Ijma (también *ichma*): acuerdo o consenso de opinión, generalmente de los expertos en derecho islámico, sobre una cuestión jurídica determinada explícitamente por el Corán y la Sunnah.

Ijtihad (también *Ichtihad*): entendimiento a través del razonamiento personal, acudiendo a las fuentes originales para averiguar una norma de la Shari'ah.

Illa: causa efectiva, eficaz. La averiguación de la razón o ratio (*illa*) de la causa fundamental de una norma legal es un paso fundamental en el proceso de razonamiento por analogía (*qijas*). Un principio legal establecido por un caso original es extendido para cubrir casos nuevos con base en que esos casos nuevos poseen un *illa* común.

Imam: Para los sunníes el imam es el líder espiritual de la comunidad. A menudo es intercambiado por khalifa. En la práctica la distinción entre liderazgo espiritual y temporal es borrosa. Para los chiíes, Imam es uno de los doce sucesores designados del Profeta, ejercitando autoridad temporal y espiritual. Hoy día el término imam es aplicado tanto por los sunníes como por los chiíes para designar a la persona elegida para liderar la oración del viernes, la más comunitaria, y para realizar el sermón durante esa oración.

Islam: significa "sumisión a la divinidad". Musulmán es una derivación del Islam.

Ismah: designa a un mismo tiempo la infalibilidad completa y la inmunidad en el Imam ante la contaminación con el pecado y las faltas, grandes o pequeñas, conscientes o inconscientes, en el ejercicio o no de su función específica.

Isnad: cadena de autoridades que fundamentan la autenticidad de una tradición del Profeta o hadiz.

Istihsan: decisión discrecional del juez en un asunto jurídico concreto cuando el interés público pueda ser afectado, aproximándose a lo que podríamos entender por equidad.

Istislah: Método subsidiario de argumentación, orientado a obtener la utilidad pública y que literalmente significa "el considerar útil".

Kalam: teología dialéctica que intentaba defender a través de argumentos racionales las creencias musulmanas y probar extremos tales como la unidad de Dios, sus atributos, el libre albedrío y la predeterminación.

Madhhab: Escuela de derecho o rito. En la actualidad sólo perduran cuatro sunnitas (hanafí, maliki, shafí, hanbali) y la chiíta (yafarí).

Mahdi: el "correctamente guiado" que traerá justicia y paz al mundo antes del fin del mundo y del Día del Juicio Final. En la doctrina chiíta, el *mahdi* será el Imam escondido que regresará para gobernar el mundo en justicia y paz y convertirá a toda la humanidad al Islam chiíta.

Mansukh: verso coránico o sunna abrogado por otro verso o sunna posterior en el tiempo.

Maslaha: Interés público. Principio basado en la máxima de que la necesidad puede convertir cosas prohibidas en lícitas. Este principio legitimaba decisiones jurídicas contrarias a la doctrina establecida pero más ecuánimes y favorables al interés público que una decisión basada únicamente en argumentos doctrinales.

Muamalat (mu'amalat): normas que gobiernan las acciones y relaciones del creyente de los seres humanos entre sí. Uno de los dos tipos de normas junto con las *ibadat* de las que se compone la Shari'ah.

Mufti: alguien cualificado para promulgar pronunciamientos legales tales como *fatwas*.

Muhtasib: el "funcionario" que ejerce la función de *hisba*.

Mujtahid: literalmente quien ejercita *ijtihad*. En sentido general experto en derecho islámico.

Muqallid: quien está sujeto al principio de *taqlid*. Aquellos que tienen la obligación de aceptar la opinión de sus grandes predecesores sin el ejercicio de un juicio privado.

Mushaf: la versión escrita del Corán que ha llegado hasta nuestros días. El Corán debería contener toda la revelación divina, pero durante la transmisión se perdieron ciertos fragmentos. Se diferencia así entre Corán, que contiene toda la revelación, y mushaf, que sólo contiene la parte de la revelación que ha llegado hasta nuestros días.

Mutawatir: un *hadiz* o tradición que tiene un número suficientemente largo de cadenas de autoridad para garantizar su autenticidad.

Mu'tazalis: grupo de devotos musulmanes con firmes tendencias racionalistas. Disfrutaron un breve periodo de predominio en la época de clásica del Islam antes de ser rechazados y acusados de herejes.

Naql: "aquello que es transmitido", contenido en el Corán y en la Sunnah.

Nasikh: verso coránico o sunna que abroga a otro verso o sunna anterior en el tiempo.

Naskh: revocación o abrogación.

Nass: Revelación. En la doctrina chiíta, además, la doctrina que sostiene que cada Imam fue designado por su predecesor, el primer Imam, Alí, habiendo sido designado por Alá a través del Profeta.

Qadi: juez nombrado por el soberano para resolver cuestiones referentes a la Shari'ah.

Qanun: regulaciones administrativas, legislación estatal, basadas en la potestad de *siyasa shariya*.

Qija: razonamiento jurídico por analogía.

Ra'y (o raay): razonamiento jurídico de los *qadis*, basado en precedentes jurídicos y sentido común.

Riba: ventaja monetaria sin un contravalor, el cual ha sido estipulado a favor de una de las dos partes contratantes en un intercambio monetario, es decir, intereses en las operaciones comerciales o de capital.

Salat: parecido a lo que en occidente se entiende por oración. Uno de los cinco pilares de la fe islámica. Todo creyente debe cumplirla según un ritual muy preciso cinco veces al día, caracterizándose por la explícita declaración de querer llevarla a cabo.

Sawm: Otro de los cinco *arkan al-din*. Es la abstinencia durante el mes de *ramadán*.

Shahada: Es la proclamación, libre, individual y pública, de la proposición enunciadora de la fe islámica "No hay más dios que Alá y Muhammad es Su enviado". Es el primer factor de pertenencia al Islam y encierra su principal dogma, la unicidad absoluta de Dios. Los chiíes añaden a esta afirmación "Alí es el amigo de Dios".

Shari'ah: literalmente, "el camino recto, justo". Cuerpo legal que recoge derechos y obligaciones religiosas, la totalidad de los mandatos que regulan la vida de todos los musulmanes en todos sus aspectos. Pero hay desacuerdo conforme a la definición exacta. Para algunos consiste únicamente en la legislación establecida en el Corán y la Sunnah junto con las normas y principios derivadas de estas dos fuentes. Para la mayoría de los musulmanes la Shariáh está conformada por un cuerpo jurídico establecido en los códigos de las principales escuelas.

Shi'a: de manera estricta, "shi'at Ali", el partido de Alí: aquellos que creen que Alí era el legítimo sucesor de Muhammad (*chiíes*). Aunque originariamente fue un movimiento puramente político, el Islam chiíta evolucionó en un sistema teológico y doctrinal de creencias diferentes.

Siyasa Shariya: Literalmente, *siyasa* significa "político" y *shariya* "relativo a la Shari'ah" Principio por el cual la autoridad política tiene la potestad de promulgar normas o medidas administrativas para completar el ordenamiento jurídico siempre y cuando respeten los principios del Islam. La autoridad política tiene el deber de proteger el interés público durante el proceso de ejecutar las directrices divinas en la sociedad musulmana.

Sunnah: literalmente "camino tomado". Históricamente ha habido tres fases principales en el desarrollo del concepto de sunna. En primer lugar, durante el primer siglo del Islam el término significaba costumbre local o práctica tradicional. En segundo lugar, para las primeras escuelas de derecho significaba la doctrina generalmente aceptada por la escuela. En tercer y último lugar, desde al-Shafi'i en adelante denota el modelo de comportamiento del Profeta, las prácticas que él autorizó y los precedentes que él sentó.

Sunni: musulmán que acepta la legitimidad de la línea de los *Khalifas* que sucedieron al Profeta.

Tafsir: proceso de interpretación y clarificación, particularmente del Corán, incluyendo un examen detallado del texto, junto con una interpretación de su preciso significado.

Taqlid: imitación o emulación. Este principio requiere a los juristas seguir las afirmaciones y sentencias de sus predecesores al pie de la letra sin cuestionarlas.

Talfiq: el proceso en corrientes legales modernas de combinar los puntos de vista de escuelas jurídicas y juristas diferentes para formar una única norma legal.

Tawhid: Dogma sobre la unicidad de Alá, sólo hay un Dios, y es Alá.

Ulama (plural de *Alin*): hombre sabio que es especialista en derecho religioso.

Ummah: comunidad islámica extendida por todo el mundo.

Urf: costumbre.

Usul al-fiqh: los "pilares" o bases teóricas del derecho islámico.

Zakat: uno de los cinco pilares de la fe. Pago anual por parte del creyente de parte de sus riquezas en proporción a sus posesionos siguiendo unas normas muy complejas. *Zakat* significa literalmente en árabe "purificación", ya que al realizar este pago se purifican los bienes materiales del fiel.

UNA HISTORIA DE TERROR. CÓMO LEVANTAR UNA HUELGA EN TIERRA DE NADIE
(EL ABUSO DEL DERECHO DE HUELGA)

Luis M. DÍAZ MIRÓN

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Desarrollo del tema*.

I. INTRODUCCIÓN

La huelga, como una de las instituciones preclaras en el derecho del trabajo, ha tenido un distinto desarrollo en la historia.

En efecto, de haber sido tipificada como un acto delictivo en el viejo Código Penal de 1871, hoy 135 años después, es considerada como uno de los pilares de más prestigio en el derecho vigente en México.

"La suspensión temporal del trabajo llevada a cabo por una coalición de trabajadores", a que se refiere con toda claridad el artículo 440 de la Ley Federal del Trabajo, ha sido objeto de innumerables abusos, y excesos tanto por conducto de los trabajadores, algunas organizaciones sindicales, patrones y; la falta oportuna de la aplicación de la normatividad, para evitarlo, ha traído como resultado, el terror, el chantaje, y evidentemente la desnaturalización de su noble finalidad.

El título de la presentación que realizo, se relaciona con los calificativos a que me refiero en el último párrafo. Una empresa, es llevada a un conflicto de huelga por su sindicato; el sindicato es rebasado por los trabajadores; la dirigencia sindical no reporta a los trabajadores; la toma de nota de la organización sindical se vence en plena

huelga; los legítimos trabajadores, no deseosos de la huelga –con la empresa–, en uso del derecho para concluirla, la finiquitan, pero, el gran problema, no había las garantías para levantar la huelga. Para colmo, en medio del conflicto de huelga de prácticamente cuatro meses de duración, se presenta el proceso de elecciones federales más peleado en la historia de México. La autoridad competente no quiso avalar la terminación voluntaria y fue hasta después de una nueva toma de nota, con un convenio especial, que se dio fin formal a la huelga. La entrega de la planta fue motivo de un acto de negociación especial por parte, no de la autoridad laboral, sino de la Procuraduría de Justicia estatal, la cual, actuando en uso de sus facultades, apoyó para que se entregara físicamente la planta o fuente de trabajo a la empresa y se reanudaran las labores. Los detalles serán objeto, si Dios quiere, de una novela con tintes jurídicos, políticos, penales y llena, como diría Kelsen, de infinidad de hechos "metajurídicos".

La razón del título de este trabajo obedece a lo que los expertos en mercadotecnia de hoy, recomiendan: un "título de impacto". El tema de fondo, porque este es un foro académico y de juristas, es el abuso del derecho de huelga.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, curiosamente, no define a la huelga. Tan sólo en cinco ocasiones utiliza ese vocablo. Recordemos, históricamente, que fue el Constituyente del 1917, quien con profunda vocación social, vistos los enormes problemas colectivos y huelgas de hecho, que se vivieron a principios del siglo pasado, que, recogiendo los factores reales, reconoce ese derecho en la Carta Magna y, por primera vez en la historia de las constituciones en el mundo, en el artículo 123 plasma todo un precepto en el que se reconocen y garantizan los derechos de los trabajadores. Técnicamente, nace en norma vigente el derecho del trabajo mexicano.

Las aportaciones constitucionales, en materia de huelga, constituyen disposiciones de carácter sustantivo y la única norma en la misma Constitución que establece un punto de naturaleza procesal tratándose de huelga, se encuentra en la fracción XVIII, del Apartado A, en la cual se le impone la obligación a los trabajadores, en tratándose de los servicios públicos, de dar aviso a la Junta de Conciliación y Arbitraje de la fecha señalada para la suspensión de labores.

En este documento haremos una sucinta presentación de la huelga, sus orígenes, fines, sus abusos y, al final, propondremos algunas medidas que nos den claridad, transparencia y seguridad jurídica y, a su vez, que permitan que sea, la huelga como tal, usada en su más legítima expresión.

II. Desarrollo del tema

De 1917 a 1929, la materia laboral era, constitucionalmente, de competencia local. Una vez federalizada, la primera Ley Federal del Trabajo de agosto de 1931, no tuvo un capítulo especial sobre el procedimiento de huelga. Existió un Título Quinto "De las Coaliciones, Huelgas y Paros". No había procesalmente, un procedimiento especial en la huelga. Lo mismo ocurrió en la Ley Federal del Trabajo vigente a partir del 1 de mayo de 1970, que no contenía un capítulo exclusivo para el procedimiento de huelga. Sin embargo, la técnica legislativa fue mejor, toda vez que se dividió en dos capítulos, uno sobre disposiciones generales y otro relativo a objetivos y procedimientos de huelga, en los artículos 440 al 471.

Fue hasta mayo de 1980, en lo que se conoció como "La gran reforma procesal de 1980", que incluyó nuestra Ley el Capítulo XX denominado "Procedimiento de Huelga", en el que se agrupan los artículos del 920 al 938 y que derogó en la parte conducente, los artículos del 452 al 458 del Código Federal Laboral.

La huelga, como fenómeno social, según mi colega y amigo el doctor Néstor de Buen, implica, por supuesto, de alguna manera, la respuesta coactiva en contra de una imposición.

Ya lo decíamos, la huelga en México fue considerada, como típicamente un delito, en términos del Código Penal de 1871; durante la época de la Revolución, se castigaba con la pena de muerte, para posteriormente, ya en nuestra Constitución, atribuirle un verdadero carácter de Garantía Social.

La huelga como tal, es un hecho jurídico *lato sensu*. Se ha reconocido, como un derecho social.

Afortunadamente, en la época actual, la huelga, como derecho encuentra su fundamento en la norma positiva. El Estado hace un reconocimiento expreso de esa garantía social. Por ende, el derecho de huelga es, valga la redundancia, un derecho legal, es el derecho a

la suspensión temporal del trabajo llevada a cabo por una coalición de trabajadores (artículo 440 de la Ley Federal del Trabajo).

Entendemos la huelga como un instrumento de presión, y como un poderoso derecho para mejorar las condiciones de trabajo y también como un método para la lucha de clases.

Sin embargo, desafortunadamente ha habido abusos. Para calificar si hay un ejercicio indebido del derecho de huelga se hace indispensable primero determinar cuál es la naturaleza, los alcances y los fines de ese derecho a la luz de la Constitución Política y de la Ley reglamentaria. La fracción XVIII del apartado A del artículo 123 constitucional dice: "Las huelgas serán lícitas cuando tengan por objeto conseguir el equilibrio entre los diversos factores de la producción, armonizando los derechos del trabajo con los del capital".

El precepto en comento tiene un contenido netamente económico, lo cual adquiere verdadera trascendencia para los fines a que más adelante me referiré en relación con la suspensión de labores cuyo fin sea de naturaleza política.

Obviamente no se debe de dudar en cuanto a la finalidad de la huelga como instrumento de reivindicación económica. La Suprema Corte de Justicia, desde el año de 1935, en el Amparo 242/34, determinó lo siguiente:

> "La fracción XVIII del artículo 123 constitucional previene que las huelgas serán lícitas cuando tengan por objeto conseguir el equilibrio entre los diversos factores de la producción, armonizando los derechos del trabajo con los del capital, equilibrio que no es otro que la existencia de las mejores condiciones posibles de trabajo, hasta donde el estado económico de las negociaciones lo permita".

El maestro Mario de la Cueva, en su obra *Derecho mexicano del trabajo*, edición de 1943, considera, al comentar esta resolución de la Corte, que no es necesario agregar nada a esa ejecutoria y, según él, resuelve definitivamente esa cuestión.

En tal virtud, queda clara la naturaleza del derecho de huelga establecido en la Constitución, cuyo fin es obtener un equilibrio económico entre los factores de la producción, armonizando los derechos del trabajo con los del capital.

Pero, ¿cuáles son esos derechos?, porque precisamente esta última parte del precepto constitucional es la que desafortunadamente ha traído confusión al llevar a algunos a pensar que no son de naturaleza económica.

Siguiendo con la ejecutoria, los derechos de los trabajadores en materia de huelga consisten en que a todo estado económico próspero de la empresa o patrón, debe corresponder, como contra-partida, un mejoramiento en las condiciones de trabajo. ¿Y cuáles son los derechos del capital? El propio De la Cueva, en la obra citada, responde esta pregunta en el sentido de que es derecho del capital obtener, en todo caso, una utilidad, pues un derecho de propiedad que no produce efectos utilitarios o económicos, deja de ser un derecho de propiedad para transformarse en un título honorífico.

Ahora bien, lógicamente, nos preguntamos, ¿cuál debe ser la utilidad del capital? En la ejecutoria que se ha hecho referencia, la Corte resolvió un amparo promovido a raíz de un conflicto petrolero por la Compañía Mexicana de Petróleo El Águila, y expresa en la parte conducente:

> "...que si los trabajadores tienen derecho a que se les mejore su nivel de vida, ese derecho se encuentra subordinado a que las empresas obtengan una utilidad, porque si se obligara a los patrones a trabajar con pérdida, se les impondría, en realidad la obligación de hacer donaciones a favor de los obreros; una empresa que no tiene utilidad, o que percibe utilidades que no corresponden al capital invertido, no puede ser obligada a mejorar las condiciones de los obreros, porque entonces la justicia distributiva que impartiera el Estado no respondería a la equidad, al no asignar al capital la parte que le toca, consistente en una utilidad proporcionada a su monto".

Consideramos que la utilidad proporcionada al monto de capital, no es otra que no sea la que sea determinada razonablemente en función del interés, o sea de la renta del dinero precisado por el mercado de capitales, que a su vez se rige por la ley de oferta y demanda.

¿Cuáles deben ser, en mérito de lo anterior, los límites del derecho de huelga? En primer término, el mismo orden jurídico y político que lo creó, puesto que de otra forma traería aparejada el germen de su propia destrucción si la huelga pudiera ir más allá de los alcances que la propia Constitución indica. En segundo lugar, la huelga como

parte de un derecho social, como es el derecho del trabajo, que nació en oposición a un régimen de exceso de garantías individuales puro y simple, debe contemplar y respetar los derechos reales del individuo, persona física o moral, que forman parte del todo que integra el sistema jurídico mexicano, de tal suerte que la huelga también tiene como límite las propias garantías individuales que se consagran en nuestra propia Constitución.

Por ello, consideramos que es evidente que todo acto que en nombre del derecho del trabajo desvirtúe su objetivo de naturaleza económica, de reivindicación para los trabajadores y de respeto a la propiedad del capital, o bien, atenten en contra del orden político o de garantías individuales, constituye un abuso de la huelga que no debe de ser permitido por la autoridad.

Ahora bien, en la Ley Federal del Trabajo, al reglamentar el precepto constitucional, encontramos cuáles son los casos en los que se da el desequilibrio entre los factores de la producción por no estar armonizados los derechos del trabajo con los del capital dentro de una empresa. Dichos casos son, siguiendo el artículo 450, los siguientes:

I. Cuando no existe celebrado un contrato colectivo de trabajo entre un sindicato y un patrón, que tiene a su servicio trabajadores miembros de aquél, o que no exista celebrado un contrato ley en los casos que señala la ley.
II. Cuando el patrón o patrones se nieguen a revisar el contrato colectivo o el contrato ley, al término de su vigencia.
III. Cuando haya sido violado, por el patrón, el contrato colectivo de trabajo o el contrato ley aplicable.
IV. Cuando el patrón se niegue a cumplir con las disposiciones en materia de participación sobre utilidades.
V. Cuando se niegue el patrón a revisar los salarios en efectivo por cuota diaria.

Lo anterior es importante, porque en la práctica, advertimos desafortunadamente que algunas causas o motivos de huelga frecuentes son el abuso para exigir el cumplimiento del contrato colectivo en las empresas en que, teóricamente ha sido violado y, algunos pliegos "hacen" solicitudes improcedentes sindicales que van desde la reinstalación de uno o varios trabajadores despedidos, remoción del personal directivo de confianza, exigencias en las limitaciones o facultades de administración y producción, aumentos o beneficios especiales, y varias análogas.

Estas exageraciones, que no deberían ser permitidas por las autoridades jurisdiccionales del trabajo, en el deber ser, podrían traer como resultado la revisión del artículo 450 de la propia Ley, a efecto de evitar los abusos. En términos de la Ley vigente, no es si no hasta el incidente de imputabilidad, si es que los trabajadores lo promueven, que la autoridad puede entrar a analizar el criterio y la naturaleza real del fondo del caso por cuanto en el sentido de que si el patrón violó o no un contrato colectivo de trabajo o un contrato ley.

Empero, si el sindicato o los trabajadores no promueven la imputabilidad, obviamente el patrón no nada más perderá su derecho a obtener una utilidad proporcional, sino también podrá perder su derecho incluso hasta de las propiedades, sin haber sido oído ni vencido en juicio, con total violación flagrante a las garantías individuales establecidas en los artículos 14 y 16 de la Constitución.

Una de las soluciones de este problema, está tan sólo en que la autoridad respete e interprete bien la Ley. Si el artículo 459 de la Ley Federal del Trabajo establece con claridad que la huelga será legalmente inexistente si no ha tenido alguno de los objetos a que se refiere el artículo 450 de la misma, en el caso de que el patrón pida que se declare la inexistencia de la huelga, por falta de objeto, la autoridad en dicho incidente debería de entrar al fondo para valorar si se ha violado o no el contrato; si ha habido desequilibrio entre los factores de la producción o si procede o no reconocer la exigencia de los trabajadores para que se armonicen los derechos del trabajo con los del capital, exigencias que una vez reconocidas, pueden mantener en estado de congelamiento la suspensión de labores, hasta el momento en que los trabajadores decidan promover la imputabilidad de la huelga a fin de que la Junta, mediante un Laudo Arbitral imponga al patrón la obligación de cumplir con el contrato colectivo o contrato ley en su caso, so pena de sancionarlo con responsabilidades económicas si se niega a someterse al arbitraje; es decir, la procedencia de la huelga como derecho se debe decidir en el incidente de calificación de inexistencia y no hasta el diverso incidente de imputabilidad.

Otro abuso desafortunado, y terrorífico, en materia de huelga, es el que ocurre cuando agrupaciones "sindicateras", mas no sindicalis-

tas respetables, emplazan a huelga a una negociación exigiéndole la firma de un contrato colectivo, sin tener trabajadores afiliados que estuvieran al servicio y obviamente buscando un desistimiento mediante una "dádiva", a cambio de no estallar la huelga. Éste es un problema real de chantaje. El meollo de este caso está en que el sindicato, en términos de la Ley vigente, no tiene obligación de demostrar, al emplazar a huelga, que cuenta con trabajadores a su servicio ya que de acuerdo con el artículo 451, fracción II, de la Ley, la determinación de la mayoría requerida en este precepto sólo podrá promoverse como causa para solicitar la declaración de inexistencia, y en ningún caso como cuestión previa, lo que desafortunadamente aprovechan ese tipo de sindicatos no reales para lucrar, amenazar al patrón con el cierre, en virtud de que siempre un paro le trae perjuicios económicos imponderables, provocando lo que se debe de terminar, es decir los chantajes.

Este abuso se podría solucionar con una reforma al 451, fracción II, que le imponga al sindicato emplazante la obligación de acreditar previamente a la suspensión de labores, que tiene la mayoría de los trabajadores. En algunas Juntas en la República esto ha sido el criterio. No debemos de alarmarnos, han existido, afortunadamente, Juntas y Tribunales Laborales que han sostenido, para evitar este tipo de actos contrarios a derecho, ese requisito.

Afortunadamente, los buenos sindicatos, que son los más, están de acuerdo prácticamente en este recuento previo, ya que da garantía, tolerancia, paz y confianza en las relaciones laborales que más tarde que temprano se van a llevar a cabo profesionalmente.

No menos importante es señalar también que el abuso de la huelga se ha dado con reales emplazamientos cuya finalidad u objeto es la de impedir a terceros acreedores de buena fe el cobro legítimo de sus créditos, toda vez que el artículo 924 de la Ley laboral dispone que a partir de la notificación del pliego petitorio con emplazamiento a huelga, deberá suspenderse toda ejecución de sentencia, diligencia o desahucio en contra de la empresa o establecimiento, y no secuestrar bienes del local en que se encuentren instalados.

Este abuso ha traído como resultado un desprestigio del derecho del trabajo mexicano y trastornos en las relaciones comerciales, bancarias y de arrendamiento.

La Corte, en jurisprudencia definida, ha resuelto que el artículo 924 es violatorio de la garantía de audiencia, "...al no señalar un procedimiento que dé oportunidad de defensa a aquéllos que con tal suspensión puedan quedar afectados o privados de sus derechos; máxime que la suspensión puede ser prorrogada indefinidamente y, con ello, en vez de proteger a los trabajadores, la norma protege al patrón, propiciando que deje de cumplir con las obligaciones contraídas con otros acreedores".

El legislador debe modificar este artículo y encontrar una fórmula, en que, sin hacer a un lado la preferencia de los créditos de los trabajadores, no se lesione la seguridad jurídica en las transacciones civiles y mercantiles. Obviamente, de este abuso no se han hecho esperar las denuncias penales contra el emplazado y el sindicato que se presta a dichos emplazamientos, por estar obteniendo un lucro indebido mediante una maquinación.

Una verdadera solución para evitar los abusos de la huelga es que nosotros, los abogados reales, honorables, respetuosos, de las normas, actuemos con honor, con independencia de que, los órganos legislativos, en este periodo de sesiones, puedan tomar nota, conciencia, de algunos de los abusos comentados en este ensayo para actuar en consecuencia, reformando nuestra legislación.

Venturosamente, en palabras del poeta Machado, "Caminante no hay camino, se hace camino al andar", y gracias a la verdadera llave maestra del derecho del trabajo que reconoce que los convenios y las relaciones de trabajo obligan a lo pactado, que es a base de confianza y buena fe, los factores reales, los trabajadores, los sindicatos serios, las empresas y sus representantes, y muchos, colegas honorables, han coadyuvado en llevar a la práctica acuerdos y normas que han ido más allá de la ley, con contratos colectivos modernos y relaciones individuales profesionales y respetuosas que permitan tener trabajo, estabilidad, real uso y disfrute de los beneficios laborales, en un ambiente de reconocimiento y respeto a los derechos de los verdaderos trabajadores y propiciar una utilidad razonable para el empleador.

LAS LAGUNAS DE LA LEY

Manuel RUIZ DAZA

De vez en cuando hay que asomarse a los viejos problemas del derecho. Volver los ojos y tratar de encontrar los orígenes de los mismos, no sólo desde el punto de vista histórico-jurídico, sino lo que es más, el por qué se dan y presentan tales problemas y si se les ha encontrado solución con certeza definitiva, solución probable o, por lo menos, opinión fundada. Siempre me he preguntado por qué se dan las lagunas en la ley y precisamente en la ley positiva.

Recordemos algunas cuestiones básicas sobre la naturaleza, el hombre, la sociedad. Pienso que en las leyes que rigen la naturaleza, *natura naturata*, no hay lagunas. Donde parece que no hay leyes que rigen los fenómenos y acontecimientos naturales, las hay, pero el científico tiene que investigar mucho para encontrarlas. En lo íntimo del átomo ya encontraron los físico-atómicos la ley que rige el cambio de partícula en onda y viceversa. Ya se echó por tierra la afirmación de que la mecánica ondulatoria no suprime las discontinuidades que imposibilitan la predicción exacta. El principio de indeterminación o de incertidumbre de Heisenberg. La física clásica permite predecir dónde se puede encontrar un cuerpo en movimiento; la física cuántica no permite esta predicción en el mundo del átomo. La constante de Plank, número significativo, introduce discontinuidades que imposibilitan la predicción de la física clásica. La constante de Plank (h), aunque representa un mínimo de magnitud, puede originar una incertidumbre mayor. Claro, con el razonamiento estadístico es posible, sin embargo, la predicción aunque no sea exacta. Einstein probó con su teoría del "continuo espacio-temporal" que se pueden hacer predicciones; refutó, pues, la "Ley de indeterminación" de Heisenberg.

Cuál teoría nos dará la prueba plena. Aún hay más en la naturaleza física. Sabemos que se ha iniciado una nueva etapa de investigación científica: La Teoría del Caos. Distinta de las físicas conocidas, esta nueva física pretende descubrir las leyes que rigen fenómenos hasta ahora no atendidos por la ciencia. Hay leyes que rigen el movimiento del humo de un cigarrillo que se apaga, de una vela que se apaga, del movimiento de las nubes, de los gases, de las arritmias del corazón, etc., y de todos aquellos fenómenos atmosféricos o de los líquidos en estado turbulento. Hay leyes, y van a ser encontradas por los científicos, que rigen los procesos químicos, biológicos y aun los sociales. Hay leyes que rigen el caos. Se podrán predecir estos acontecimientos. El desorden, complejidad, caos de la naturaleza es sólo aparente. "Existe el azar en la naturaleza. Y en caso de que exista, ¿cuál es su naturaleza?", como se pregunta Boecio en el libro quinto de *La consolación de la filosofía*. Hay acontecimientos sin causas. O, por el contrario, lo que se llama azar no es otra cosa que "un acontecimiento que un conjunto de causas concurrentes hacen entrar en la cadena de hechos realizados con determinado plan", tal como lo definió Boecio. Si el cosmos es número y geometría, como lo señaló Pitágoras, si "el libro de la naturaleza está escrito en lenguaje matemático", como lo sostuvo Galileo, si "el universo es ordenado y predecible y tiene leyes expresables en lenguaje matemático, y podemos descubrirlas", como lo dijo Newton, entonces hay que aceptar que nuestro mundo es un mundo inteligible, un mundo basado en la razón, como lo dijo Einstein. Cito su reflexión completa: "Reconocemos en la base de todo trabajo científico de cierta envergadura una convicción comparable al sentimiento religioso, pues acepta un mundo basado en la razón, un mundo inteligible. Esta convicción, ligada a un sentimiento profundo de una razón superior que se revela en el mundo de la experiencia, expresa para mí la idea de Dios". Esperemos con alegría que se cumpla en el futuro la aspiración de los nuevos científicos de la física, aspiración expresada por Moisés José Sametband en su libro *Entre el orden y el caos* (La Complejidad) que, textualmente cito: "La ciencia postula así que detrás de la complejidad del mundo hay leyes matemáticas que muestran una armonía subyacente, en la que no hay lugar para el desorden y lo imprevisible; éstos se disiparán al ser iluminados por la luz de la razón".

En la posible nueva ciencia del caos se llegará a establecer definitivamente que el determinismo impera en el Universo, aunque no sea predecible o, por el contrario, que reina el caos, que nada hay estable ni ordenado. Se ha comprobado ya y se ha confirmado "que el comportamiento del sistema solar entero evidencia signos de caos"; que habrá caos, sin daño para los humanos, en el sistema planetario a partir de los próximos cuatro millones de años. Así lo sostienen, con base en cálculos matemáticos, Sussman y J. Wisdom, en el artículo de la revista *Science* de 3 de julio de 1992, y que cita Moisés José Sametband. Murieron, pues, para siempre las leyes de la mecánica celeste que sostuvieron la predicción a perpetuidad del movimiento de los astros. Aún hay más. En los sistemas dinámicos, cuyo comportamiento responde a ecuaciones no lineales, "el conocimiento aproximado del estado inicial no permite deducir un conocimiento aproximado del estado final". Sametband asienta categórico: "sólo un Ser Absoluto podría conocer el futuro a cualquier plazo, siempre y cuando conociera todas las condiciones iniciales con infinita precisión, y, en sus cálculos, además manejara números con una infinita cantidad de cifras, como los números irracionales. Ni los seres humanos ni las computadoras pueden hacer esto, ya que necesariamente utilizan una cantidad finita de condiciones iniciales y un número limitado de cifras en sus cálculos".

Entremos ahora al hombre y al mundo social. Pienso que se pueden buscar las raíces de las lagunas de la ley. Pregunto: en la complejidad del mundo social, ¿se dan leyes, matemáticas o no matemáticas, que a la postre demuestren, en un futuro lejano, que en el universo humano tampoco hay desorden y desarmonía, sino que toda conducta privada o social estuvo y está regulada por "leyes que producen una armonía subyacente" o, por el contrario, también rige el caos, el azar? Y es posible subsumir el mundo social caótico en la nueva –o aún teoría incipiente– ciencia física del caos. ¿Se aplicará algún día la ciencia matemática a la ética, como lo anticipó Sócrates, al derecho? Se necesita una herramienta metódica totalmente distinta de la física del caos, precisamente por observar movimientos también distintos que dependen de la libertad del hombre. Hay determinismo o indeterminismo en la conducta humana. Es predecible o impredecible. Veamos.

Sabemos que el hombre es un compuesto sintético, un sunolon, un compuesto de alma y de cuerpo, principios psico-físicos; un animal racional, principios metafísicos. Se ha estudiado con hondura y seriamente por las inteligencias más eminentes del mundo la parte racional del hombre, esto es, su inteligencia, su voluntad, su libertad. Claro, no hay acuerdo ni uniformidad en las opiniones pero hay algunas que tienen más peso por las razones o demostraciones en que se fundan y no por la autoridad de quien las sostiene. Hay, pues, opiniones más convincentes que otras.

Si seguimos al lector por excelencia, Aristóteles, aclarado y precisado por el Doctor Angélico, Buey Mudo, cuyos mugidos aún se escuchan y tienen validez en pleno siglo XXI, entonces tenemos que aceptar, por la fuerza y solidez de los razonamientos, en materia de conocimiento, que la inteligencia conoce todo, *fieri omnia* = nous tw panta gignesqai, que la inteligencia especulativa conoce mediante abstracción las cosas materiales y mediante intuición las inmateriales; las relaciones, el bien, la justicia, la virtud y sus contrarios. No es este el lugar apropiado para el desarrollo *in extenso* de la doctrina aristotélico-tomista del conocimiento. La inteligencia conoce que existen entes materiales e inmateriales y generalmente conoce también la esencia de tales entidades el to de ti de las cosas. Respecto a la razón práctica (inteligencia práctica) cabe decir que apetece y tiende hacia el bien, aprehendido por la inteligencia, como conveniente, esto es, conoce la *ratio boni* y la apetece y se inclina a él. Tal más o menos la definición de la voluntad.

Hay distinción real entre ambas facultades, inteligencia-voluntad, se especifican por sus objetos formales: la inteligencia por la verdad (objeto formal); la voluntad por el bien (objeto formal). Son distintos, pues, los objetos formales, luego son distintas las facultades. Pero ambas intervienen en los actos humanos, en los hechos del hombre.

La libertad se encuentra en la voluntad. Respecto a ésta hay diversas opiniones. El tema se ha estudiado a fondo, sobre todo en teología, para saber hasta donde se puede, si el hombre es libre ante Dios o si, por el contrario, está determinado en sus actos, en su conducta. Determinismo o indeterminismo. Por tanto, son o no conocibles y predecibles los actos humanos. Las doctrinas deterministas sostienen que el hombre está determinado bien por fuerzas cosmológicas mediante las cuales se perfecciona la evolución espontánea y necesaria del Ente Absoluto; bien por las fuerzas propias del organismo, fuerzas mecánicas o fisiológicas; ya por un motivo o bien prevalente, como lo sostiene Leibniz; bien por Dios. Conviene citar el argumento de Leibniz. Es éste: la elección de la voluntad está determinada siempre por la razón, lo mismo que por las pasiones. El alma humana es una especie de autómata espiritual. Kant negó la libertad en el mundo fenoménico, pero la aceptó en el nouménico por razones de moralidad. Todas estas opiniones han sido refutadas con argumentos sólidos en los tratados de psicología racional (*Psicología Metaphísica*, de Paulo Siwek, S. I y de Carolo Boyers, S. I.) y se ha discutido acremente en teología el determinismo teológico. Nosotros aceptamos la libertad en el hombre, entendida como propiedad de la voluntad por la cual somos señores, dueños de nuestros actos. Sabemos que la libertad de especificación y la de contrariedad tienen como raíz la libertad de ejercicio o de contradicción. Querer o no querer; producir el acto o no producirlo, esto es, la voluntad actúa o no actúa. Se le llama también libertad de indiferencia o libre albedrío, porque en la deliberación, acto de la inteligencia, hay indiferencia para seguir "*esto o esto*" que aconseja la deliberación. La prueba de que se da la libertad de ejercicio se apoya en la inteligencia, pues de nada serviría que la inteligencia nos presentara alternativas si no tuviéramos la libertad, la excelencia de elegir, de escoger, entre los extremos: actuar o no actuar; y una vez que se ha decidido a actuar, escoger uno de los contrarios: decir mentiras o la verdad; o bien, decidirse en un restaurante por tomar café en lugar de chocolate (libertad de especificación). Claro, el movimiento depende de la voluntad, no de la libertad; pero, a su vez, la voluntad se mueve hacia el bien (o mal) conocido, previsto, aprehendido, por la razón teórica (inteligencia especulativa). Es conveniente precisar que se debe distinguir perfectamente bien la libertad de indiferencia de la libertad moral y de la jurídica. Éstas suponen la ausencia de prohibición.

Ahora bien, se pueden conocer de antemano los actos libres del hombre. Los puede conocer el legislador. Los puede prever para poner el remedio en caso de actos lesivos para otros. El hombre puede conocer el futuro necesario. Puede conocer que habrá día siguiente. El hombre puede conocer el futuro contingente, pero no con certeza absoluta. Puede conocer si lloverá mañana, pero aun ayudado con aparatos *ad hoc*, su previsión puede fallar. Incluso es más difícil que

el hombre pueda conocer los futuribles, esto es, los futuros hipotéticos. Primero debe darse la condición o antecedente para que se dé lo condicionado o consecuente. Si estudias, obtendrás buena calificación. La buena calificación depende de que se cumpla la hipótesis: si estudias. Ahora viene un problema más serio. Se conocen o pueden conocer de antemano los actos libres del hombre. Los actos que entrañan deliberación de la inteligencia, reflexión, para que la voluntad elija, escoja, lo mejor y no lo peor. Tiene razón Horacio al decir: *meliora video peiora sequor*. Es la constante de cada vida humana. La propia experiencia de cada uno confirma la sentencia de Horacio. Categóricamente sostengo que el hombre no puede conocer los actos futuros libres del hombre.

El legislador no puede prever los actos libres del hombre. Los actos o hechos que recoge en sus leyes, son a posteriori *y, por cierto, son los comunes, los ordinarios, los usuales, los que nos da la experiencia actual o la experiencia histórica. Dada la naturaleza viciada del hombre nos aventuramos a predecir que así actuará, aunque no haya certeza absoluta. Pero al legislador se le escapan los casos excepcionales, extraordinarios, los nunca dados, y precisamente por ser actos libres. Esto está en la naturaleza humana, naturaleza psíquica y jamás nadie podrá conocer de antemano los actos libres del hombre. Con mayor razón, los excepcionales. Hay, pues, necesariamente lagunas en la ley.*

Veamos ahora qué dicen los iuspositivistas al afirmar que el derecho positivo no tiene lagunas. Norberto Bobbio ha señalado que el derecho positivo, como teoría, liga al derecho con la formación del Estado. Éste es el único que tiene el monopolio para establecer leyes, normas jurídicas. Es lógica entonces la deducción de que los tribunales aplican las normas creadas por el Estado al decidir conflictos. El Poder Ejecutivo se encargará de que leyes y decisiones judiciales se cumplan. Entre las características que Bobbio reconoce al derecho positivo se encuentran: la carencia de lagunas, la coactividad, la de ser mandatos, etc. Aquí nos detenemos un poco. El derecho positivo se entiende como un todo, un todo íntegro, un sistema jurídico integral. No acepta que el juez pueda crear o producir derecho. Las razones que se aducen son varias: aun suponiendo y aceptando que los jueces "creen" derecho, la sentencia judicial es norma individualizada, lo mismo cuando se aplican leyes generales que cuando se crean

para resolver casos no previstos por el legislador. Estos últimos casos bien pueden quedar comprendidos dentro de las fuentes formales de creación jurídica, ya se trate de completar, interpretar, adaptar, las normas generales a situaciones no previstas por el legislador. El razonamiento no convence, sostengo, porque el concepto de que la ley –la constitucional– declare que todo proceso productivo de normas generales, como lo sostiene Bobbio, constituye fuente formal del derecho, rompe con el principio establecido en la Constitución para la creación de normas generales. Veamos: el juez no forma parte del Poder Legislativo, cuando crea una norma individual para colmar una laguna de la ley, no crea una ley general, sino individual, no sigue el procedimiento establecido en la Constitución para establecer leyes generales; en la Constitución no hay un procedimiento establecido para crear leyes individuales por la sencilla razón que el legislador constitucional ignora qué lagunas surgirán en la aplicación del derecho. Pero, además, para que el juez pueda colmar lagunas de la ley, no sólo atiende a que no hay disposición jurídica aplicable al caso concreto no previsto por el legislador, sino, además, el juez sopesa, valora pruebas, toma en cuenta las circunstancias de persona, de cosa, de modo, de tiempo, usos, costumbres, tradiciones, etc., para crear la norma individualizada que resuelva el caso en equidad o justicia absoluta. Cierto, completa el orden jurídico positivo, pero el juez completa este orden jurídico precisamente por haber una laguna de la ley positiva. Se tiene que aceptar que la jurisprudencia es fuente formal del derecho con la misma categoría que el derecho legislado, Uberto Scarpelli sostiene también que el derecho positivo es completo, carece de lagunas. Acepta la pirámide jurídica positiva kelseniana. La norma fundamental, válida *ex suppositione*, *ex hipotesi*, da validez a las normas subsiguientes integradoras del sistema jurídico y éstas son las únicas que deben calificar y determinar los comportamientos humanos regidos por tal sistema jurídico. No debe aceptarse la intromisión de elementos ajenos al sistema jurídico positivo y menos aceptar que los comportamientos humanos sean calificados jurídicamente con esos elementos ajenos. El principio de integridad es completo y esencial al derecho positivo. García Máynez trae esta cita de Scarpelli en el libro que recogió el "*cursillo*" que dio en 1967 en el Colegio Nacional (p. 65): "En el sistema fundamental de un sistema de derecho positivo hemos reconocido una elección

política. Una elección política o, mejor aún, la elección política en uno de sus caracteres importantes, consiste también en esta integración del principio fundamental que hace del derecho positivo algo exclusivo y, en cuanto exclusivo, completo". Si se presentasen lagunas, podrían colmarse, según Scarpelli, mediante la analogía *legis* y la analogía *iuris*, que constituyen procedimientos de autointegración. Esto es, en el derecho positivo no hay lagunas.

Ahora entremos a Kelsen. Dice el autor de la *Teoría pura del derecho* (Porrúa, 12a. ed., México, 2002, pp. 254 y ss.): "El orden jurídico siempre es aplicado por un tribunal en un caso concreto, aun en el caso en que el orden jurídico, en opinión del tribunal, no contenga ninguna norma general que regule positivamente la conducta del demandado o acusado, es decir, en cuanto le imponga la obligación de una conducta que, según afirman el demandante, privado o el acusador público, no habrían cumplido". Kelsen opina: "que en ese caso su conducta se encuentra negativamente regulada por el orden jurídico, es decir, regulada en cuanto esa conducta no le está jurídicamente prohibida y, en ese sentido, le está permitida". Este caso lo interpreta la jurisprudencia tradicional –en determinadas circunstancias– como una laguna en el orden jurídico. Kelsen considera que "esta teoría es errada". Para Kelsen no hay tal laguna. Acepta sin conceder la existencia de lagunas, cuando "el derecho válido no es aplicado en un caso concreto, y cuando ninguna norma jurídica general se refiere a ese caso", pues falta la premisa necesaria, la norma general para poder concluir de lo general a lo particular y, por tanto, para colmar la laguna el tribunal debe producir la norma jurídica correspondiente; norma individual, por cierto. El error de esta doctrina, según Kelsen, estriba y "reposa en la ignorancia del hecho de que cuando el orden jurídico no estatuye ninguna obligación a cargo de un individuo, su comportamiento está permitido". Si no existe una norma jurídica aislada para colmar la laguna, es posible la aplicación del orden jurídico, y "ello también constituye aplicación del derecho". Kelsen acepta, muy a pesar de sus argumentos contrarios, que la teoría de las lagunas "desempeña un papel significativo en la técnica de la legislación moderna". Kelsen cita la disposición del Código Civil suizo: "La ley se aplicará en todas las cuestiones jurídicas en cuyo respecto contenga, según su tenor literal o interpretación, una determinación. Si no puede extraerse de la ley un precepto, el juez resolverá según el derecho consuetudinario y, de faltar éste también, según la regla que el mismo juez establecerá como juez". Estima que la disposición del Código Civil suizo para colmar lagunas es como una ficción pues "un orden jurídico siempre es aplicable y efectivamente es aplicado cuando el tribunal tiene que rechazar la demanda fundándose en que el orden jurídico no contiene ninguna norma general, que imponga al demandado la obligación pretendida por el demandante". El legislador limita al tribunal en el sentido de emitir normas jurídicas individuales, adecuadas a las circunstancias, no previstas por el legislador. Kelsen manifiesta que es "una coyuntura indemostrable" la suposición que hace el tribunal de "que el caso no ha sido previsto por el legislador, y que el legislador hubiera configurado de otra manera el derecho, si hubiera previsto el caso". En estas expresiones oímos muy de cerca la voz de Aristóteles, a quien critica Kelsen. El legislador –dice Kelsen– autoriza al juez para actuar como legislador "por razones objetivas, lógicas cuando el derecho exhibe una laguna", no por razones subjetivas, moral-políticas. Reitera Kelsen su postura de que "el derecho válido, sin embargo, siempre es lógicamente aplicable puesto que no tiene laguna alguna en este sentido". Los iuspositivistas niegan la existencia de "lagunas auténticas" y sólo aceptan las "lagunas técnicas". Las primeras consisten en la discrepancia entre el derecho positivo y un derecho deseado; y las segundas se dan cuando el legislador "omite normar lo que habría tenido que regular si, en general, debe ser técnicamente posible aplicar la ley". La laguna técnica puede ser una laguna auténtica, originaria, o bien una laguna propiamente técnica. Hasta aquí Kelsen.

Veamos ahora qué nos dicen Platón y Aristóteles. Platón en el *Diálogo El Político*, en voz del Extranjero, advierte con toda claridad y precisión los defectos de toda ley. Ésta no podrá "abrazar nunca lo que es verdaderamente mejor y más justo en todas ocasiones, no puede tampoco ordenar lo más excelente. Porque las diferencias que distinguen a todos los hombres y a todas las acciones, y la incesante variación de las cosas humanas, que siempre está en movimiento, no permiten a un arte, cualquiera que él sea, establecer una regla sencilla y única, que convenga en todos tiempos y a todos los hombres". Sócrates el joven (otro personaje del diálogo) conviene con el razonamiento de El Extranjero. Nosotros al respecto podemos notar que Platón asienta que jamás habrá leyes perfectas, que ordenen lo más

excelente, porque –simplificamos, glosamos y profundizamos– las acciones, la constante variación de las cosas humanas, que dependen de la libertad, no permiten una ley absoluta que prevea, inclusive, las acciones extraordinarias, excepcionales. El Extranjero –Platón– admite que el legislador, "que debe obligar a rebaños de hombres a respetar la justicia y arreglar sus relaciones recíprocas, nunca será capaz, al mandar a la multitud entera, de prescribir precisamente a cada uno lo que le conviene". Las leyes, pues, necesariamente son generales. Platón asienta categórico (El Extranjero) que "lo que conviene al mayor número de individuos y de circunstancias será lo que constituirá la ley, y el legislador la impondrá a toda la multitud". Este pensamiento, en el fondo, habla de lagunas de la ley. Si jamás aparecerá "el varón regio que pueda gobernar con sabiduría y arte, dotado por la naturaleza con estos atributos, al rebaño de hombres, y que, por lo mismo, resuelva todos y cada uno de los casos, entonces el legislador debe evitar el mayor número de lagunas en sus leyes generales; pensamos, si es buen legislador.

Aristóteles en su *Ética Nicomaquea*, Libro V, Cap. 10, al hablar de la equidad menciona las lagunas de la ley, dejadas por el legislador. Las razones que da Aristóteles son las siguientes: La "Ley en general y, en los casos específicos, no puede expresarse con suficiente precisión, al hablar de manera genérica; supuesto, pues, que es indispensable hablar en general y que no se puede hacer con toda la exactitud deseable, la ley no retiene más que los casos ordinarios, sin desconocer por otra parte su insuficiencia. La ley no resulta por ello menos bien ordenada. Esta falta no le es imputable, como tampoco se le puede achacar al legislador; deriva simplemente de la naturaleza de la acción, al ser esta exactamente la materia de los actos. Puesto que la ley se expresa para la mayoría genérica de los casos, y dado que con posterioridad a ella se dan cosas que contrarían estas disposiciones generales, es normal llenar la laguna dejada por el legislador y corregir la omisión, imputable sólo al hecho mismo, de expresarse en general: El mismo legislador, si estuviera presente, admitiría el caso y, de haber previsto la cosa, habría introducido precisiones especiales en la ley".

Las lagunas de la ley se dan, pues, por ser la ley necesariamente general, insuficiente, y sólo para casos ordinarios. Esta falta ni se la imputa a la ley ni al legislador, pues "deriva simplemente de la acción, al ser esta exactamente la materia de los actos." Al respecto, nuestra Constitución dice en el artículo 14: "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". A su vez, el artículo 19 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal prescribe: "las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de la ley se resolverán conforme a los principios generales de derecho". Sabemos con Aristóteles que las lagunas de la ley, las colma el juez mediante la equidad o justicia absoluta. En lo personal sigo la opinión de Aristóteles por las razones que aporta y por las reflexiones propias surgidas al estudiar la libertad. En conclusión, se está investigando si en el caos, en la complejidad, hay causas y leyes que expliquen el aparente desorden y que eliminan el azar, lo fortuito; si en el mundo atómico aún no se sabe con certeza absoluta si hay determinación o indeterminación, problema que ya se extiende al macrocosmos; si ya se percibe –y hay indicios probados científicamente– de que el sistema solar evidencia signos de caos, podemos aceptar que en el mundo social, el problema es aún más complicado que en el mundo celeste y en el atómico; por tanto, si no se sabe si hay determinación o indeterminación en el mundo de la naturaleza a pesar de los cálculos matemáticos, mal estaría aceptar, sin argumentos a fondo, sin demostraciones palpables, sino con base en el argumento de autoridad: "Lo dice Bobbio", "lo sostiene Kelsen", que en el derecho positivo no hay lagunas, cuando precisamente lo indeterminado, lo indefinido es la libertad humana y nadie sabe ni conoce de antemano –incluido el legislador– qué piensa el hombre, qué elección tomará y qué decidirá. Tampoco puede aceptarse que "la aplicación del orden jurídico", "la aplicación del derecho válido" lógicamente manejado, todo lo resuelve ya que desde el punto de vista lógico el derecho positivo no tiene lagunas. Es suficiente y apropiada al derecho esta interpretación lógica. Me inclino por la existencia de lagunas en la ley.

MANUEL LÓPEZ MEDINA
(1934-2006)

Ignavi coram morte quidem animam trahunt,
audaces autem illam non saltem advertunt.
Julio César

El penúltimo día del año pasado, en la Ciudad de México, falleció don Manuel López Medina, quien sirvió en las aulas y el cubículo de investigación de nuestra *alma mater* durante diecinueve años. Injusto sería recordar su labor como docente, investigador y jurisperito si ignoramos que fue, ante todo, en la docencia y en su filosofía de la vida, un gran humanista.

De su natal Pátzcuaro, Michoacán (12 de junio de 1934), fue a estudiar al Seminario Diocesano de Morelia, famoso por su elevado nivel de estudios. Aunque descubrió que el sacerdocio no era su vocación, ahí aprendió el latín y las humanidades que serían la insignia de su labor docente y profesional el resto de sus días. Ingresó en la Escuela Libre de Derecho en febrero de 1959 y presentó examen profesional el 27 de octubre de 1964 con una tesis tutulada *Notas sobre la protección internacional de los derechos humanos*. Entre 1962 y 1964 trabajó como pasante de la Notaría 74 del Distrito Federal, a cargo del licenciado Francisco Vázquez Pérez.

A los pocos meses de haberse titulado, de abril a septiembre de 1965, ganó una beca de la Facultad de Derecho de la UNAM, con el fin de estudiar un curso especial para la formación de maestros de Derecho romano, donde comenzó su labor docente siendo profesor adjunto dentro de la misma cátedra. Como resultado del gran interés y de su alto desempeño, obtuvo otra beca para estudiar un curso bienal en la Escuela de Perfeccionamiento en Derecho Romano e Histo-

ria del Derecho de la Universidad Católica del Sagrado Corazón, en Milán, Italia, donde cursó las materias respectivas de noviembre de 1965 a septiembre de 1967, y registró como trabajo de tesis *La nozione romana del ius naturale*, el 16 de enero de 1967.

A su regreso a México, retomó las clases de Derecho romano, pero no se limitó a dicha materia ni, al parecer, a ninguna otra, ya que resulta más fácil mencionar las cátedras de las que no fue docente dentro del ámbito jurídico y de algunas disciplinas sociales y humanidades, en los más de treinta años que profesó en la UNAM, la Escuela Libre de Derecho, la Universidad Anáhuac, la Universidad Autónoma de Guerrero, la Universidad del Tepeyac, la Universidad del Valle de México, el Instituto Politécnico Nacional, la Universidad Autónoma de Sinaloa, la Universidad Tecnológica de México, y la ENEP Aragón. Su curriculum registra la impartición de 32 cátedras diferentes, que incluyen, entre otras, los cuatro cursos de Derecho civil, los dos de Derecho romano y Derecho administrativo, Sociología, Teoría general del Estado, Economía política, Historia del derecho mexicano, Filosofía del derecho, Lógica jurídica, Teoría general del proceso, Introducción al estudio del derecho, varios cursos de métodos y técnicas de investigación jurídica y socioeconómica, un seminario de tesis para la especialidad de literatura, y un curso de italiano, sin dejar de mencionar uno de sus favoritos, el de latín para juristas.

Como complemento de su intensa labor pedagógica, también ocupó varios cargos administrativos docentes: coordinador de los seminarios de investigación jurídica de la Universidad Autónoma de Guerrero (1972-1976) y de la Escuela Libre de Derecho (1979-1980); director de la Escuela de Derecho de la Universidad Autónoma de Guerrero (interino en 1973 y titular en 1973-1976) y de la Universidad de Mazatlán (1993-1996); y jefe de la sección de posgrado en derecho (Ciencias Penales) en la ENEP-Aragón (1993).

El maestro López Medina, como lo conocíamos todos sus alumnos, fue también un decidido impulsor de los preseminarios y seminarios jurídicos, desde los primeros años de la carrera hasta el seminario de tesis; de la formación de nuevos investigadores del derecho, así como un incansable colaborador de nuestra *Revista de Investigaciones Jurídicas*, en donde publicó algunos de los más importantes artículos sobre los temas que hemos mencionado, además de reseñas, noticias y obituarios. Los exhaustivos índices que cada decenio aparecen en la revista fueron iniciados y estructurados por él, y así me ha tocado en suerte continuar con ellos, apegándome a los lineamientos fijados por el maestro, en las dos décadas pasadas. La misma publicación anual estuvo a su cuidado desde sus primeros números.

A pesar de su inmensa erudición, el maestro siempre se dirigía a los alumnos con la sencillez característica de su persona. Su método de enseñanza era fiel reflejo de los ideales de la pedagogía humanista, sin abordar con demasiada solemnidad los temas, por complejos que fueran, salpicándolos de anécdotas curiosas y divertidas, pero, sobre todo, dirigiendo al alumno, sin agobiarlo, hasta que por sí solo encontrara y se convenciera de la respuesta más satisfactoria.

Mientras realizábamos nuestro servicio social, durante el curso escolar de 1990-1991, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de nuestra escuela, tres alumnos, entre los que me contaba, le pedimos que nos diera un breve curso de latín para juristas, pues nuestra principal labor consistía en transcribir el texto bilingüe, latín-español, del Libro XVIII del *Digesto*, sobre la compraventa. El maestro López Medina accedió con gran entusiasmo, utilizando como texto un libro en inglés, *Latin for Lawyers* de E. Hilton Jackson, y el *Nuevo Diccionario Latino-Español Etimológico* de Raimundo de Miguel, para despejar nuestras dudas sobre palabras específicas. Recuerdo que el maestro podía pasar una clase entera explicándonos las acepciones, aplicaciones y variantes de un solo término. A quienes interese el tema, pueden leer su artículo "Los latines del jurista", publicado en el número 3 de la *Revista de Investigaciones Jurídicas*, que ofrece, además, un buen ejemplo de lo amenas y eruditas que llegaban a ser sus clases.

El maestro López Medina participó en varios congresos jurídicos, principalmente sobre Derecho romano, Derecho de la Antigüedad e Historia del derecho, tanto a nivel nacional como internacional, destacando, por su relevancia: *Omnium gentium ac nationum latinis litteris linguaeque favendis* (Roma, 14-18 de abril de 1966), el Congreso Interamericano de Derecho Romano (Ciudad de México, 17-21 de julio de 1972), la IV Conferencia Panamericana de Facultades de Derecho (Bogotá, 26 de septiembre-1 de octubre de 1976), la Reunión Nacional sobre Aspectos Normativos del Sistema de Edu-

cación Superior (Durango, 4-6 de septiembre de 1980), el X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social (Ciudad de México, 29 de julio-6 de agosto de 1981), el Primer Coloquio Italo-Mexicano de Derecho Romano (UNAM, 25-27 de agosto de 1982), y el IV Congreso de Historia del Derecho Mexicano (Querétaro, 6-9 agosto de 1986). Fue miembro del *Istituto di Studi Romani* (Roma, n. 3336), de la *Société d'Histoire des Droits de l'Antiquité* (Bruselas) y del Colegio de Profesores de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la UNAM.

También fue secretario auxiliar del Consejo Permanente de la Unión Internacional del Notariado Latino, encargado de la redacción y revisión de textos, estudios y documentos, tanto en nuestra lengua, como en italiano y francés; colaboró como traductor de textos jurídicos latinos en El Colegio de Michoacán; fue asesor jurídico de la Rectoría y del Bufete Jurídico Gratuito de la Universidad Autónoma de Guerrero; asesor jurídico del Gobierno del Estado de Guerrero; abogado consultor externo de Asesoría Jurídica Operativa del Banco Nacional de México; y asesor jurídico de la Dirección General de Servicios Jurídicos de la Secretaría de Educación Pública. En sus últimos años, fue jefe de departamento del Servicio de Administración Tributaria.

Con gran cariño dedicó algunos de sus artículos a su esposa, Raquel Soledad Cortés, y a sus hijos Juan Manuel, Raquel y Teresa de Jesús, apenas un testimonio del inmenso amor que siempre sintió por su familia, y no menos por sus alumnos, dedicándoles otro de ellos *a los jóvenes entusiastas del derecho (cupidae legum iuventuti)*. El trágico accidente que le arrebató la vida puede ignorarse si recordamos, haciendo eco de su enseñanza, las palabras de los grandes humanistas, como aquellas de la carta dedicatoria que dirigió el maestro Bernardo Pérez de Chinchón a la duquesa de Gandía, que prologa su traducción de la *Praeparatio ad mortem* de Erasmo de Rotterdam: "Cuando el hombre nace del vientre de su madre, entra en el vientre de naturaleza; y cuando el hombre muere, es el parto de naturaleza... Alta filosofía es decir que el hombre tiene dos concebimientos, dos vidas y ninguna muerte".

Miguel Ángel FERNÁNDEZ DELGADO

ÍNDICES A LA *REVISTA DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS* 1997-2006

Miguel Ángel FERNÁNDEZ DELGADO

SUMARIO: I. *Índice por autores*. II. *Índice por disciplinas*: 1. *Filosofía, Introducción y Teoría general del derecho*. 2. *Historia del derecho y del pensamiento jurídico*. 3. *Derecho romano*. 4. *Derecho internacional público y política internacional*. 5. *Derecho internacional privado*. 6. *Derecho comparado y derecho extranjero*. 7. *Ciencia política*. 8. *Derecho constitucional*. 9. *Derecho administrativo*. 10. *Derecho fiscal*. 11. *Derecho económico*. 12. *Derecho penal y ciencias penales*. 13. *Derecho civil*. 14. *Derecho notarial*. 15. *Derecho mercantil*. 16. *Derecho del trabajo*. 17. *Derecho bancario*. 18. *Derecho ecológico*. 19. *Derecho procesal civil*. 20. *Derecho procesal penal*. 21. *Derecho procesal administrativo*. 22. *Derecho procesal mercantil*. 23. *Economía y sociología*. III. *Índice de secciones monográficas*. IV. *Índice misceláneo*. 1. *Enseñanza e investigación del derecho*. 2. *Humanismo y derecho*. 3. *Alegatos*. 4. *Semblanzas*. 5. *Discursos*. 6. *Presentaciones*. 7. *Noticias*. 8. *Escuela Libre de Derecho*. V. *Índice analítico*.

I. ÍNDICE POR AUTORES

ADAME GODDARD, Jorge
Comentarios a las reformas del Código Civil del Distrito Federal en materia de matrimonio y concubinato, núm. 24, 2000, pp. 9-21
El concepto de contrato en el derecho romano clásico, núm. 26, 2002, pp. 761-776
En memoria de Álvaro D'Ors, núm. 28, 2004, pp. 811-818
La difamación y calumnia como delitos privados, núm. 30, 2006, pp. 809-826

ESCUELA LIBRE DE DERECHO
BIBLIOTECA

Discurso pronunciado por el Señor Dr. Don..., en la ceremonia de inauguración de la maestría en derecho y de los cursos de posgrado 2006-2007, núm. 30, 2006, pp. 867-871
AGUILAR ÁLVAREZ DE ALBA, Horacio,
Una aproximación a la libertad religiosa, en el derecho mexicano, núm. 26, 2002, pp. 9-34
ALAMILLA RAMOS, Felipe,
La Unión Europea: origen, instituciones y ámbito competencial, núm. 25, 2001, pp. 9-36
El crédito de la nación, núm. 26, 2002, pp. 35-51
La Unión Europea, proceso de ampliación y principales modificaciones introducidas por el Tratado de Niza, núm. 27, 2003, pp. 9-27
ALESSIO ROBLES, Miguel,
La influencia del Código Civil de Napoleón en la legislación sobre derechos reales de 1928, núm. 28, 2004, pp. 783-791
ARRIOLA, Juan Federico,
Constitución 2000, núm. 23, 1999, pp. 675-680
Para una gobernabilidad democrática: Preservación de los derechos humanos y lucha contra el crimen organizado, núm. 26, 2002, pp. 823-827
ASPRÓN PELAYO, Juan Manuel,
El Código Napoleón y el Código Civil vigente del Distrito Federal en materia de herencias, núm. 28, 2004, pp. 793-803
ÁVILA FERNÁNDEZ, Rosa María,
Hacia un nuevo federalismo: El federalismo cooperativo y las leyes marco, núm. 27, 2003, pp. 639-672
BARRERA ARDURA, Pedro,
In Memoriam. Rafael Montesinos Casas (1976-2003), núm. 27, 2003, pp. 787-788
BARROSO MONTERO, Susana,
Reservas al uso exclusivo, núm. 22, 1998, pp. 505-517
La biotecnología desde el punto de vista de un país "en vías de desarrollo", núm. 24, 2000, pp. 597-608
BATES, Jorge,
Discurso pronunciado por el Presidente de la Sociedad de Alumnos..., en la apertura del curso 1998-1999, el 24 de agosto, núm. 22, 1998, pp. 575-577

BECERRA POCOROBA, Mario A.,
Discurso del Señor Licenciado Don..., Rector de la Escuela Libre de Derecho en la ceremonia de inauguración de cursos 1999-2000, núm. 23, 1999, pp. 709-712
Discurso del Señor Licenciado Don..., Rector de la Escuela Libre de Derecho en la ceremonia de donación del manuscrito original de "El Artículo 14. Estudio Constitucional", de Don Emilio Rabasa, núm. 23, 1999, pp. 731-735
Discurso del Señor Licenciado Don..., Rector de la Escuela Libre de Derecho, en la ceremonia de inauguración de cursos 2000-2001, núm. 24, 2000, pp. 623-625
Discurso del Señor Licenciado Don..., Rector de la Escuela Libre de Derecho, en la ceremonia de inauguración de cursos 2001-2002, núm. 25, 2001, pp. 573-575
Discurso del Señor Lic. Don..., Rector de la Escuela Libre de Derecho, en la ceremonia de inauguración de cursos 2003-2004, núm. 27, 2003, pp. 789-791
Discurso del Señor Lic. Don..., Rector de la Escuela Libre de Derecho, en la ceremonia de inauguración de cursos 2004-2005, núm. 28, 2004, pp. 857-859
BETANZOS TORRES, Eber Omar,
Discordia constitucional: Benito Juárez y la Constitución de 1857, núm. 27, 2003, pp. 673-722
BILLECOQ, Juan Luis José,
Discurso sobre la profesión de abogado (introducción y traducción de Carlos Herrejón Peredo), núm. 29, 2005, pp. 27-51
BISOGNO CARRIÓN, Miguel Ángel,
La procedencia del juicio de amparo por la violación de derechos políticos, núm. 29, 2005, pp. 583-603
¿Cuáles son los derechos procesales del denunciante ante la Ley Federal de Competencia Económica?, núm. 30, 2006, pp. 665-704
BONIALIAN, Mariano Alberto,
Hacia una historia crítica del derecho (Una aproximación comparativa a las nociones de derecho medieval, derecho indiano y derecho contemporáneo), núm. 30, 2006, pp. 11-32
BONILLA LÓPEZ, Miguel,
Algunas consideraciones sobre la profesión judicial, núm. 22, 1998, pp. 43-57

El Amparo y sus Reformas, de Isidro Rojas y Francisco Pascual García, núm. 23, 1999, pp. 29-66
Sobre el régimen disciplinario de los secretarios de Juzgados de Distrito y Tribunales de Circuito, núm. 24, 2000, pp. 47-73
BYK, Christian,
Organizando la democracia y la ciencia: Un desafío para "Un Nuevo Mundo Feliz", núm. 29, 2005, pp. 701-721
CACHO PÉREZ, Luis Norberto,
El movimiento estudiantil de 1968. Una opinión jurídica, núm. 25, 2001, pp. 79-103
La pena de muerte en el Código Penal Cubano de 1987, núm. 27, 2003, pp. 29-67
Un falso concepto de la libertad religiosa: La recomendación general número 5/2003 de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, núm. 28, 2004, pp. 9-48
Hacia la despenalización del narcotráfico. Una forma de política criminal para enfrentar este fenómeno delictivo, núm. 29, 2005, pp. 53-81
Breves comentarios sobre derecho familiar, núm. 30, 2006, pp. 33-63
CAMPUZANO CABALLERO, Claudia,
Algunas consideraciones sobre la reincidencia, núm. 21, 1997, pp. 729-747
CÁNDANO CONESA, Gerardo,
In Memoriam. José Cándano García de la Mata (1913-2004), núm. 29, 2005, pp. 749-750
CANO LÓPEZ, Luis Miguel,
La acción de inconstitucionalidad, núm. 25, 2001, pp. 105-203
Algunas incertidumbres en el derecho, núm. 27, 2003, pp. 69-110
——, y RODRÍGUEZ MANZO, Graciela,
Los problemas en México para la ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, núm. 26, 2002, pp. 71-98
Sobre el nombramiento del Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, núm. 28, 2004, pp. 49-118
Entre el derecho al honor y las libertades de expresión e información, núm. 29, 2005, pp. 83-166
CAÑAS MORENO, Rolando,
Derecho, lenguaje y sociedad: Un diálogo furtivo, núm. 30, 2006, pp. 65-74

CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel,
Equidad electoral y actos de autoridad: una perspectiva constitucional, núm. 21, 1997, pp. 805-822
CÁRDENAS GUTIÉRREZ, Salvador,
Pluralidad jurídica y democracia consociativa en México (Una aproximación metalegal a la cuestión de los derechos indígenas), núm. 26, 2002, pp. 99-131
CÁRDENO-SHAADI, José Ramón,
El himno nacional mexicano, ¿propiedad de los norteamericanos?, núm. 28, 2004, pp. 819-824
CASAOPRIEGO VALENZUELA, José Manuel,
La prevención especial del delito o el arte de readaptar, núm. 21, 1997, pp. 749-768
La ejecución de penas tal como se vislumbra en el siglo XXI. Realidad o humanismo. Verdad o ficción, núm. 30, 2006, pp. 75-93
CASTRO ESTRADA, Álvaro,
Respuesta al reto que planteara Don Antonio Carrillo Flores a los alumnos de la Escuela Libre de Derecho sobre el instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado, núm. 23, 1999, pp. 67-122
CASTRO MEDINA, Edmundo,
Criterios hermenéuticos aplicables a la norma laboral, núm. 30, 2006, pp. 95-116
CAULLIERES ELIZARRARÁS, Lisette,
Discurso pronunciado por la Presidenta de la Sociedad de Alumnos..., en la apertura del Curso 1997-1998, el 2 de agosto, núm. 21, 1997, pp. 911-913
Discurso de la Señorita..., en la ceremonia de donación del manuscrito original de "El Artículo 14. Estudio Constitucional" de Don Emilio Rabasa, núm. 23, 1999, pp. 737-741
CIENFUEGOS SALGADO, David,
La protección civil de la persona humana en México. Aproximación a dos instituciones del derecho mexicano: Derechos de la personalidad y daño moral, núm. 24, 2000, pp. 435-510
COLÍN PIANA, Roberto,
Derecho del trabajo: De la revolución a la evolución, núm. 24, 2000, pp. 75-90
Hacia nuevos paradigmas en el derecho del trabajo, núm. 26, 2002, pp. 133-161

CONSEJO EDITORIAL,
Treinta años, treinta números, núm. 30, 2006, pp. 9-10
CRISTIANI, Julio Javier,
Defensa y aplicación efectiva de los derechos de propiedad intelectual en México, núm. 21, 1997, pp. 37-83
DE ICAZA DUFOUR, Francisco,
Simbolismo y simbología de las Siete Partidas, núm. 28, 2004, pp. 369-411
DE LA PEZA, Fernando,
In Memoriam. José Luis de la Peza Muñoz Cano (1927-2005), núm. 29, 2005, pp. 751-754
DE LA PEZA, José Luis,
Los usos y costumbres indígenas y la justicia electoral en México, núm. 22, 1998, pp. 429-504
DE LA PEZA, Rodrigo,
El renacimiento del derecho natural en la jurisprudencia del Tribunal Federal Alemán durante la posguerra, núm. 26, 2002, pp. 631-684
DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime,
Discurso del Profesor Don..., en la apertura del Curso Escolar 1997-1998, el día 25 de agosto, núm. 21, 1997, pp. 903-910
Las virtudes del jurista, núm. 21, 1997, pp. 9-36
In Memoriam. Don Íñigo Laviada Arrigunaga (1927-1997), núm. 21, 1997, pp. 855-857
Instituciones judiciales de la Nueva España, núm. 22, 1998, pp. 9-41
In Memoriam. Julio Montejano Hilton (1955-1998), núm. 23, 1999, pp. 699-700
La "Libertad" y otras divisas en los decretos, planes y manifiestos políticos mexicanos del siglo XIX, núm. 23, 1999, pp. 9-27
In Memoriam. Ramón Sánchez Medal (1917-2000), núm. 24, 2000, pp. 619-622
El proyecto de Constitución del Segundo Imperio Mexicano: Notas sobre el manuscrito de la archiduquesa Carlota, núm. 24, 2000, pp. 23-45
El humanismo jurídico en tres juristas mexicanos del siglo XX, núm. 25, 2001, pp. 37-78

In Memoriam. Martín Díaz y Díaz (1956-2001), núm. 25, 2001, pp. 569-571
Enrique Meza Llorente, estudiante de la Escuela Libre de Derecho y diputado constituyente en 1917, núm. 26, 2002, pp. 53-70
Bienvenida al Prof. Paolo Grossi, núm. 27, 2003, pp. 781-783
Las carpetas de *Dictámenes, cartas y opiniones constitucionales* de Don Manuel Herrera y Lasso, núm. 27, 2003, pp. 615-637
In Memoriam. Javier Fernández del Castillo Sánchez (1935-2003), núm. 27, 2003, pp. 785-786
A 200 años de la codificación napoleónica, núm. 28, 2004, pp. 771-782
La imagen del buen gobernante: Isabel la Católica en la historiografía mexicana del siglo XIX, núm. 29, 2005, pp. 9-26
In Memoriam. Álvaro Espinosa Barrios (1914-2005), núm. 29, 2005, pp. 755-756
In Memoriam. José Gómez Gordoa (1913-2005), núm. 30, 2006, pp. 845-846
Don Luis R. Lagos: "Paladín de las buenas causas" en tiempos difíciles (datos inéditos sobre su vida y su obra), núm. 30, 2006, pp. 827-843
DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio,
Aspectos de la práctica jurídica de Alonso de la Veracruz: su colaboración con Las Casas y uso alternativo del derecho, núm. 21, 1997, pp. 599-621
Racionalidad analógica: Un modo de acceso al iusnaturalismo histórico, núm. 22, 1998, pp. 411-428
Persona y derecho desde el realismo personalista de Mounier, núm. 23, 1999, pp. 123-135
Democracia y ley natural desde el iusnaturalismo católico de Suárez, núm. 24, 2000, pp. 413-426
El derecho y los pobres, en las raíces de la tradición hispanoamericana de los derechos humanos, núm. 25, 2001, pp. 427-471
Liberación y justicia: La historización de lo jurídico en Ellacuría, núm. 26, 2002, pp. 735-760
Tradición hispanoamericana de los derechos humanos: Dos jueces y un litigante defendiendo los derechos de los indios, núm. 27, 2003, pp. 537-579

Algunas aplicaciones de la hermenéutica analógica al derecho, núm. 28, 2004, pp. 711-749
La tradición democrática y la dimensión sapiencial del derecho en la independencia de Aguascalientes, núm. 29, 2005, pp. 515-543
Los acuerdos de San Andrés: El derecho de decir el derecho, núm. 30, 2006, pp. 537-577
DÍAZ MIRÓN A., Luis M.,
In Memoriam. Fernando Yllanes Ramos (1908-1999), núm. 23, 1999, pp. 701-702
DE ROJAS, José Luis,
Por el humo se sabe dónde está el fuego. Evidencias de la complejidad social novohispana en el testamento de Don Pedro Moctezuma (siglo XVI), núm. 25, 2001, pp. 379-392
DÍAZ Y DÍAZ, Martín,
La crisis contemporánea de los derechos subjetivos (Reseña de su naufragio en el sistema), núm. 22, 1998, pp. 59-137
El aprovechamiento de los recursos naturales. Hacia un nuevo discurso patrimonial, núm. 24, 2000, pp. 91-172
ELIZONDO CASTRO, León R. *Ver* GINEBRA SERRABOU, Xavier
ESPINOSA OLIVERA, Fernando Israel,
Testimonio radiofónico de Hans Kelsen (en el 30 aniversario de su fallecimiento), núm. 27, 2003, pp. 111-142
ESTRADA CHÁVEZ, Óscar A.,
Las escuelas clásicas de interpretación y la argumentación jurídica. Primera parte. La Escuela de la Exégesis, núm. 24, 2000, pp. 205-234
Orden social, orden jurídico y legitimidad: Un intento por comprender y explicar la problemática de lo jurídico, núm. 25, 2001, pp. 205-227
ESTRADA MICHEL, Rafael,
Antropología y derecho: Las trampas de la ley, núm. 23, 1999, pp. 137-150
Territorio y poder a fines del antiguo régimen en España y las Indias, núm. 26, 2002, pp. 199-292
¿Existe un solo *ombudsman* nacional?, núm. 30, 2006, pp. 117-131
ESTRADA SÁMANO, José Antonio,
San Isidoro de Sevilla y la legislación gótico-hispánica, núm. 27, 2003, pp. 143-167

ESTRADA TANCK, E. Dorothy,
Los derechos indígenas como una cuestión de justicia. Propuestas federalistas sobre la regulación de la diversidad étnica y cultural, núm. 26, 2002, pp. 163-197
FÉLIX CÁRDENAS, Rodolfo,
Delitos de comisión por omisión impropia dolosos en el Código Penal español y en el Código Penal Federal mexicano. Una reflexión comparada, núm. 26, 2002, pp. 293-329
Principios de orden sustantivo relativos a la responsabilidad penal de los menores en la Ley Orgánica 5/2000, núm. 28, 2004, pp. 119-155
FERNÁNDEZ DELGADO, Miguel Ángel,
Índices a la *Revista de Investigaciones Jurídicas*: 1987-1996, núm. 21, 1997, pp. 915-1002
Rebelión en el ciberespacio, núm. 21, 1997, pp. 85-125
FERRER MAC-GREGOR, Eduardo,
La Constitución española de 1931 y el juicio de amparo mexicano, núm. 23, 1999, pp. 151-173
Panorámica actual de la doctrina procesal, núm. 24, 2000, pp. 235-270
Aportaciones de Héctor Fix-Zamudio al derecho procesal constitucional, núm. 26, 2002, pp. 331-362
Del amparo nacional al amparo internacional, núm. 28, 2004, pp. 157-186
Breves notas sobre el amparo iberoamericano (desde el derecho procesal constitucional comparado), núm. 30, 2006, pp. 133-157
FERRER MUÑOZ, Manuel,
El fin del orden constitucional en la Nueva España. Problemas en la organización de la justicia, núm. 21, 1997, pp. 127-187
FIGUERUELO, Ángela,
Significado y funciones del derecho constitucional, núm. 27, 2003, pp. 723-739
GARCÍA GONZÁLEZ, Jaime Salvador,
Comentarios sobre la prohibición en materia inmobiliaria de la Ley Federal de Correduría Pública, núm. 30, 2006, pp. 159-176
GINEBRA SERRABOU, Xavier,
Las alianzas estratégicas o *joint ventures* y el derecho de la competencia, núm. 21, 1997, pp. 189-220

Las concesiones ferroviarias en la Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario, núm. 25, 2001, pp. 473-485
La sentencia de la Ley Robles sobre el aborto: ¿Una flagrante violación a los derechos humanos y a la Constitución?, núm. 26, 2002, pp. 363-377
La ley mexicana para regular las agrupaciones financieras, núm. 27, 2003, pp. 169-210
La crisis bancaria mexicana, el FOBAPROA y el IPAB, núm. 28, 2004, pp. 187-211
Régimen fiscal de las cooperativas de producción en la reforma de 2006, núm. 30, 2006, pp. 705-728
——, y ELIZONDO CASTRO, León R.,
Análisis económico de la Ley Federal de Telecomunicaciones, núm. 24, 2000, pp. 173-204
——, LÓPEZ PADILLA Y LAPUENTE, Ana Paula, y PÉREZ ROBLES, Arturo,
Efectos jurídicos de la consideración como persona jurídica de la asociación en participación para efectos fiscales, núm. 29, 2005, pp. 167-193
GÓMEZ ALCALÁ, Rodolfo Vidal,
El Código Civil de Napoleón y su contribución a la teoría general del derecho, núm. 29, 2005, pp. 195-233
El derecho y la ciencia, núm. 30, 2006, pp. 177-230
GÓMEZ ROMERO, Luis,
Algunas consideraciones en torno a los derechos sociales en materia del trabajo en México: Una propuesta para romper el círculo vicioso entre el olvido y el no me acuerdo, núm. 27, 2003, pp. 211-243
GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco,
Medidas precautorias en arbitraje, núm. 27, 2003, pp. 245-303
Mecanismos alternativos de solución de controversias. Nota sobre el creciente desarrollo del área, núm. 28, 2004, pp. 213-240
El árbitro, ¿autoridad responsable para el juicio de amparo?, núm. 29, 2005, pp. 605-662
Discriminación de precios, núm. 30, 2006, pp. 231-273
GONZÁLEZ MÁRQUEZ, Cecilio,
Discurso del Señor Licenciado Don..., Profesor de la Escuela Libre de Derecho, en la ceremonia de inauguración de cursos 2000-2001, núm. 24, 2000, pp. 627-630

Discurso del Señor Lic. Don..., Profesor de la Escuela Libre de Derecho, en la ceremonia de inauguración de cursos 2003-2004, núm. 27, 2003, pp. 793-796
La naturaleza jurídica del pacto comisorio en el Código de Napoleón y su influencia en el Código Civil para el Distrito Federal, núm. 29, 2005, pp. 235-242
GONZÁLEZ ROLDÁN, Yuri,
Propuesta sobre la venta de herencia en el derecho romano clásico, núm. 21, 1997, pp. 221-491
Senatusconsultum Iuventianum: Apuntes para la reconstrucción de un litigio fiscal en la época de Adriano, núm. 22, 1998, pp. 139-187
La transmisión de la propiedad en la compraventa. Un estudio de la edad arcaica romana al derecho preirneriano, núm. 23, 1999, pp. 175-270
Gai Institutiones. Commentarius Primus. Instituciones de Gayo. Comentario Primero (traducción y notas), núm. 24, 2000, pp. 271-354
La apelación frente al Senado en la edad adrianea: Una teoría con base en D.5.3.20.6, núm. 25, 2001, pp. 229-283
Gai Institutiones. Commentarius Secundus. Instituciones de Gayo. Comentario Segundo (traducción y notas), núm. 26, 2002, pp. 379-484
El principio *dolus pro possessione est* en la perspectiva del senadoconsulto Juvenciano, núm. 27, 2003, pp. 305-361
La subrogación del precio a las cosas hereditarias en la perspectiva del senadoconsulto Juvenciano, núm. 28, 2004, pp. 241-297
Gai Institutiones. Commentarius Tertius. Instituciones de Gayo. Comentario Tercero (traducción y notas), núm. 29, 2005, pp. 243-332
La titularidad de las ciudades en materia de bienes vacantes y hereditarios en derecho romano, núm. 30, 2006, pp. 275-292
Ver también, GUODONG, Xu, y PETRUCCI, Aldo
GORCHES, Esteban C., y PÉREZ JOHNSTON, Raúl,
Contencioso administrativo y funciones jurisdiccionales del IMPI: Crónica de una ruptura constitucional anunciada, núm. 26, 2002, pp. 485-527
GUODONG, Xu,
La libertad religiosa en la República Popular China (traducción de Yuri González Roldán), núm. 22, 1998, pp. 519-527

GUTIÉRREZ PARADA, Óscar,
La prueba pericial en materia civil. Conforme a las reformas que entraron en vigor el 24 de julio de 1996 (artículos 346 a 356 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal), núm. 23, 1999, pp. 271-304
HERNÁNDEZ CUEVAS, Ramón,
Tratados internacionales y jerarquía normativa, el principio de especialidad en la solución de antinomias, derivadas de su aplicación en derecho interno, núm. 28, 2004, pp. 299-367
Principios rectores del juicio de amparo. Actualidad y perspectivas (nota comparativa con la propuesta para una nueva ley de amparo), núm. 29, 2005, pp. 663-699
HERNÁNDEZ ROMO, Miguel Ángel,
El acreedor extranjero ante los juicios concursales, núm. 21, 1997, pp. 493-501
Discurso del señor Rector Don..., en el LXX Aniversario de la Escuela el día 23 de julio de 1997, núm. 21, 1997, pp. 897-901
La mística de nuestra Escuela: a los 85 años de su fundación, núm. 21, 1997, pp. 799-804
¿Un nuevo Código Civil?, núm. 22, 1998, pp. 529-531
HERREJÓN PEREDO, Carlos. *Ver* BILLECOQ, Juan Luis José
JIMÉNEZ ILLESCAS, Juan Manuel,
La imperiosa necesidad de fortalecer el marco jurídico tributario de los entes de la seguridad social, hacia el cumplimiento de la universalidad de la seguridad social, núm. 28, 2004, pp. 413-457
LABARDINI, Rodrigo,
El protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador, núm. 22, 1998, pp. 189-251
Sobre el concepto de los derechos humanos, núm. 24, 2000, pp. 511-565
La violación de los derechos humanos por los particulares, núm. 26, 2002, pp. 529-599
LANDAVAZO, Marco Antonio,
Gobernadores y congresos en los estados: ¿Supremacía del Legislativo o equilibrio de poderes? Un análisis a partir de las constituciones estatales durante el régimen constitucional mexicano de 1824, núm. 24, 2000, pp. 355-369

LIRA GONZÁLEZ, Andrés,
Derechos del hombre y garantías individuales. Vallarta en la Constitución de 1917, núm. 29, 2005, pp. 575-582
LÓPEZ LÓPEZ, Julio César,
Discurso del Alumno..., Presidente de la Sociedad de Alumnos de la Escuela Libre de Derecho, en la ceremonia de inauguración de cursos 2003-2004, núm. 27, 2003, pp. 797-799
LÓPEZ MEDINA, Manuel,
Algunos datos del curso escolar de 1996/1997, núm. 21, 1997, pp. 859-896
In Memoriam. Don José García Pimentel y Braniff (18-IX-1933-7-IX-1996), núm. 21, 1997, pp. 851-852
In Memoriam. Don Graciano Contreras (16-XII-1906-27-II-1997), núm. 21, 1997, pp. 853-854
Algunos datos del curso escolar de 1997-1998, núm. 22, 1998, pp. 551-564
LÓPEZ PADILLA Y LAPUENTE, Ana Paula. *Ver* GINEBRA SERRABOU, Xavier
LOZANO ALARCÓN, Gerardo,
Comentarios acerca de la reestructuración de créditos empresariales, núm. 21, 1997, pp. 503-531
Reflexiones en torno al abanderamiento en México de buques extranjeros al amparo de un convenio internacional vigente, núm. 28, 2004, pp. 825-839
MANZANERO ESCUTIA, Francisco Xavier,
Necesidad de difundir y promover el estudio del derecho marítimo en México, núm. 22, 1998, pp. 533-549
MAQUEO RAMÍREZ, María Solange,
La constitución económica en la Constitución española de 1978, núm. 28, 2004, pp. 653-710
MARTÍNEZ MALDONADO, Marco Antonio,
Discurso de inauguración pronunciado por el Alumno..., Presidente del Comité Ejecutivo de la Sociedad de Alumnos de la Escuela Libre de Derecho, núm. 23, 1999, pp. 727-729
MARTÍNEZ YOUN, Paulina,
Inclusión de un periodo de espera en el procedimiento de notificación previa de concentraciones en México, núm. 27, 2003, pp. 363-413

MAYAGOITIA, Alejandro,
240 años del I. y N. Colegio de Abogados de México, núm. 24, 2000, pp. 609-612
MINUTTI ZANATTA, Rubén,
Derecho de acceso a la información: Leyes e iniciativas en México, núm. 26, 2002, pp. 601-618
MOCTEZUMA BARRAGÁN, Javier,
La política laboral y las perspectivas de reformar a la Ley Federal del Trabajo, núm. 25, 2001, pp. 487-505
MOGUEL ANCHEYTA, Beatriz,
Los procedimientos administrativos y los delitos de naturaleza fiscal, núm. 21, 1997, pp. 769-779
MOGUEL CABALLERO, Manuel,
Pago hecho por un tercero, núm. 25, 2001, pp. 285-293
Responsabilidad civil extracontractual. Comentario de los artículos 1382 y 1383 del Código Napoleón: La falta, núm. 26, 2002, pp.777-789
La definición justinianea de obligación civil, aumentada, concordada y puesta al día, núm. 27, 2003, pp. 415-429
MONROY CAMPERO, Gerardo,
El matrimonio como derecho: Algunas consideraciones jurídicas sobre éste, en el caso de personas del mismo sexo, núm. 23, 1999, pp. 305- 325
MORALES BRAND, José Luis Eloy
Funcionalismo penal en México (la experiencia de una nueva forma de pensar el derecho en el sistema de justicia penal de Aguascalientes), núm. 30, 2006, pp. 293-335
MORALES LECHUGA, Ignacio R.,
Discurso del Señor Lic. Don..., Rector de la Escuela Libre de Derecho, en la ceremonia de inauguración de cursos 2005-2006, núm. 29, 2005, pp. 757-762
Discurso pronunciado por el Señor Lic. Don..., 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, núm. 30, 2006, pp. 873-877
MORÉ DOMENECH, Ricardo L.,
Principios jurídicos esenciales en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, núm. 25, 2001, pp. 295-335

MÜGGENBURG, Carlos,
Una década de régimen desregulado de franquicias. El registro de contratos de franquicia y la obligación de revelación anticipada de información del franquiciante, núm. 25, 2001, pp. 507-517
La cláusula de jurisdicción y el arbitraje. Contratos de licencia y franquicia, núm. 28, 2004, pp. 459-481
OGARRIO RAMÍREZ ESPAÑA, Alejandro,
Discurso pronunciado por el Señor Lic. Don..., a nombre del Comité de Posgrado, en la ceremonia de inauguración de la maestría en derecho y de los cursos de posgrado 2006-2007, núm. 30, 2006, pp. 859-865
ORENDAY SERRATOS, Rodrigo,
La figura de la sociedad relacionada en el establecimiento de filiales de instituciones financieras del exterior en territorio nacional, núm. 30, 2006, pp. 729-781
OROPEZA Y SEGURA, Mauricio,
In Memoriam. Víctor Manuel Ortega, el hombre y el maestro (1913-1999), núm. 23, 1999, pp. 703-705
Discurso del Señor Lic. Don..., Profesor de la Escuela Libre de Derecho, en la ceremonia de inauguración de cursos 2004-2005, núm. 28, 2004, pp. 861-865
ORTIZ PORRAS, Carolina,
Derechos sociales e intereses difusos (una cita a ciegas), núm. 24, 2000, pp. 371-377
ORVAÑANOS REA, Carlos,
Discurso del Alumno..., Presidente de la Sociedad de Alumnos de la Escuela Libre de Derecho, en la ceremonia de inauguración de cursos 2004-2005, núm. 28, 2004, pp. 867-869
OSTOS DE LA GARZA, Alejandro,
In Memoriam. Armando Ostos Luzuriaga (1914-1999), núm. 23, 1999, pp. 707-708
OVANDO, Víctor,
El descuento bancario de títulos, núm. 22, 1998, pp. 253-275
PADILLA GONZÁLEZ, Bonifacio,
Eutanasia, núm. 21, 1997, pp. 533-555
Justicia. *Physis y nomos*. El dilema jurisdiccional, núm. 26, 2002, pp. 619-629

PADRÓN GARCÍA, Ana Lucía,
La psicoterapia como tratamiento para prevenir la reincidencia de conductas antisociales, núm. 21, 1997, pp. 781-798
PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo,
Nociones generales y esquemas ordenadores introductorios al curso de historia general del derecho, núm. 28, 2004, pp. 483-544
Los valores de la Escuela Libre de Derecho. Tradición, actualidad y perspectivas, núm. 29, 2005, pp. 723-748
Sobre el pensamiento contemporáneo en torno a la justicia, núm. 30, 2006, pp. 337-351
PÉREZ JOHNSTON, Raúl. *Ver* GORCHES, Esteban C.
PÉREZ LARA, Narciso,
Discurso del Profesor Don..., pronunciado en la apertura del curso escolar 1998-1999, el día 24 de agosto, núm. 22, 1998, pp. 565-574
PÉREZ LÓPEZ, Miguel,
El recurso de revisión de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, núm. 24, 2000, pp. 379-412
La reforma de la administración pública federal para el periodo 2000-2006, núm. 25, 2001, pp. 519-559
PÉREZ ROBLES, Arturo. *Ver* GINEBRA SERRABOU, Xavier
PETRUCCI, Aldo,
Protección de los intereses económicos y protección de los clientes. Algunas reflexiones sobre la experiencia del derecho romano en materia bancaria (traducción de Yuri González Roldán), núm. 25, 2001, pp. 337-377
PISARELLO, Gerardo,
Notas sobre constitucionalismo y conflictividad social, núm. 22, 1998, pp. 277-294
PLATAS PACHECO, María del Carmen,
Axiología del acto justo, núm. 27, 2003, pp. 431-466
REYES ÁLVAREZ, Jaime,
Manejo de la economía en el Estado franquista: derecho, economía y *Poliburocracia*, núm. 28, 2004, pp. 545-598
RICO ÁLVAREZ, Fausto,
La herencia del Código de Napoleón en el tratamiento de los contratos en el Código Civil para el Distrito Federal, núm. 28, 2004, pp. 805-809

ROBLES CUEVAS, Gustavo Antonio,
Discurso pronunciado por el Alumno..., en la ceremonia de inauguración de cursos 2000-2001, núm. 24, 2000, pp. 631-634
ROBLES FARÍAS, Diego,
La relación jurídica obligatoria (El nuevo concepto de obligación), núm. 26, 2002, pp. 791-822
ROBLES GÓMEZ MONT, Emiliano,
Discurso del Alumno..., Presidente de la Sociedad de Alumnos de la Escuela Libre de Derecho, en la ceremonia de inauguración de cursos 2005-2006, núm. 29, 2005, pp. 767-771
Discurso del Alumno..., Presidente de la Sociedad de Alumnos de la Escuela Libre de Derecho, en la ceremonia de inauguración de cursos 2006-2007, núm. 30, 2006, pp. 855-858
RODRÍGUEZ MANZO, Graciela. *Ver* CANO LÓPEZ, Luis Miguel
RODRÍGUEZ PRIETO, Rafael. *Ver* SECO MARTÍNEZ, José María
ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro,
Fundamentación bíblica de los derechos humanos, núm. 28, 2004, pp. 599-627
Solidaridad y derechos humanos: El caso de la patrística y el cristianismo primitivo, núm. 30, 2006, pp. 353-400
RUIZ QUIROZ, Humberto,
Los elementos esenciales y presupuestos necesarios del contrato de seguro, núm. 21, 1997, pp. 557-597
SÁINZ, Jaime,
¿Qué hacer con los embriones sobrantes?, núm. 23, 1999, pp. 327-368
SÁNCHEZ MEDAL, Ramón,
Medios de impugnación del laudo arbitral, núm. 23, 1999, pp. 681-691
A las hijas e hijos de la Escuela Libre de Derecho, núm. 24, 2000, pp. 613-618
SÁNCHEZ RUBIO, David,
Derechos humanos, producción y reproducción de la vida humana y trabajo vivo, núm. 24, 2000, pp. 567-595
Ciencia-ficción y derechos humanos. Una aproximación desde la complejidad, las tramas sociales y los condicionales contrafácticos, núm. 29, 2005, pp. 353-378
SANDROCK, Otto,
Cláusulas "candado" en los contratos comerciales internacionales: Reflexiones básicas sobre la autonomía de las partes para

escoger la ley aplicable a sus contratos (traducción de Josette Serrato Combe), núm. 23, 1999, pp. 535-555
SARUWATARI ZAVALA, Garbiñe,
Aspectos jurídicos a considerar con respecto a la clonación humana. Marco regulatorio internacional y nacional, núm. 27, 2003, pp. 467-496
Declaración de las Naciones Unidas sobre la clonación humana: Impacto internacional y nacional, núm. 29, 2005, pp. 379-436
SECO MARTÍNEZ, José María,
El derecho como mediación, en la realización de la persona, según Mounier, núm. 23, 1999, pp. 369-379
——, y RODRÍGUEZ PRIETO, Rafael,
¿Es posible hoy la democracia sin ciudadanos formados cívicamente?, núm. 29, 2005, pp. 333-352
SENDÍN MATEOS, José Antonio,
La crítica de Hans Kelsen a la doctrina del derecho natural, núm. 29, 2005, pp. 437-513
La crítica de Hans Kelsen a la doctrina del derecho natural (II), núm. 30, 2006, pp. 401-455
SEPÚLVEDA I., Ricardo J.,
Facultades de control parlamentario en nuestra realidad constitucional, núm. 22, 1998, pp. 295-355
Reflexiones sobre la controversia constitucional. (Hacia un Tribunal Constitucional), núm. 23, 1999, pp. 381-404
El reencuentro de los derechos humanos y el Estado, a través de la Constitución, núm. 27, 2003, pp. 741-780
SERRANO, César,
Consideraciones sobre la responsabilidad penal del jefe de Estado, justicia universal y razón de Estado, núm. 27, 2003, pp. 497-535
Algunas notas sobre la acción afirmativa y la discriminación positiva, núm. 28, 2004, pp. 629-652
Lengua y derecho en México. Evolución y actualidad de los derechos lingüísticos de la población indígena, núm. 30, 2006, pp. 457-485
SERRATO COMBE, Josette,
La Ley de Cámaras Empresariales y sus confederaciones, núm. 22, 1998, pp. 357-391
Bienvenidos al siglo XXI, reflexiones sobre la globalización, las leyes de los Estados y los contratos internacionales, núm. 23, 1999, pp. 693-697

Discurso de la Señora Lic. Doña..., Profesora de la Escuela Libre de Derecho, en la ceremonia de inauguración de cursos 2006-2007, núm. 30, 2006, pp. 847-854
Ver también SANDROCK, Otto, y VARGAS, Jorge A.
SIERRA MADERO, Dora María,
Inconstitucionalidad de la circular de la Secretaría de Salud del Distrito Federal en materia de aborto, núm. 26, 2002, pp. 685-719
SILVA, Teresa Dolores,
El proceso de ratificación del Tratado Constitucional Europeo. Su alcance y efectos, núm. 30, 2006, pp. 487-535
SILVA MEZA, Juan,
Nuevos criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en relación con el artículo 73, fracción X de la Ley de Amparo, núm. 21, 1997, pp. 823-834
SIMÓN CONEJOS, Francisco José,
Discurso del Señor Licenciado Don..., Profesor de la Escuela Libre de Derecho, en la ceremonia de inauguración de cursos 2001-2002, núm. 25, 2001, pp. 577-580
SODI SERRET, Carlos,
Discurso del Señor Licenciado Don..., Profesor de la Escuela Libre de Derecho en la ceremonia de inauguración de cursos 1999-2000, núm. 23, 1999, pp. 713-725
SOLORIO RAMÍREZ, Daniel,
La corrupción del desgano (...de las relaciones, buenas y malas, entre jueces federales y locales...), núm. 23, 1999, pp. 405-426
SPECKMAN GUERRA, Elisa,
El Código de Procedimientos Penales de José Hilarión Romero Gil, una breve presentación, núm. 22, 1998, pp. 393-410
El delito y la sanción. Legislación penal en el Distrito Federal (1872-1910), núm. 23, 1999, pp. 427-512
TEJEDA REYES, Manuel,
El *ombudsman* en la Unión Europea. Una institución supranacional, núm. 26, 2002, pp. 721-733
TÉLLEZ G., Mario A.,
Viejos temas, nuevos problemas. La justicia criminal ordinaria en primera instancia: La criminalidad en Toluca (1800-1829), núm. 25, 2001, pp. 393-426

TORRES GONZÁLEZ, Luis Francisco,
La cooperación procesal internacional en materia comercial, el juicio ejecutivo mercantil mexicano y sus figuras afines, núm. 23, 1999, pp. 557-673
TORRES IBARROLA, Agustín,
Discurso del Alumno..., Presidente de la Sociedad de Alumnos de la Escuela Libre de Derecho, en la ceremonia de inauguración de cursos 2001-2002, núm. 25, 2001, pp. 581-584
TRUJILLO BETANZOS, Alfredo,
La desestimación de la personalidad jurídica, núm. 29, 2005, pp. 545-573
Competencia desleal (análisis del artículo 6 bis del Código de Comercio), núm. 30, 2006, pp. 783-807
URÍAS HORCASITAS, Beatriz,
De la justicia a la ley: individuo y criminalidad en México independiente: 1821-1871, núm. 21, 1997, pp. 623-668
URZAIZ DE GARCÍA NARANJO, María Cristina,
Algunas consideraciones sobre la obligatoriedad del derecho en Kant, núm. 28, 2004, pp. 841-855
VALDÉS S., Clemente,
Los distintos enfoques de los grandes problemas de la bioética, núm. 28, 2004, pp. 751-769
El poder de los jueces, núm. 30, 2006, pp. 579-618
VARGAS, Jorge A.,
El régimen legal de México sobre sus espacios marinos: una propuesta para la delimitación de la plataforma continental en la parte más profunda del Golfo de México, traducción de Josette Serrato Combe, núm. 21, 1997, pp. 669-727
VILLALÓN EZQUERRO, Francisco Javier,
El notariado: Producto refinado de la evolución jurídica occidental de la prudencia jurídica, núm. 26, 2002, pp. 829-836
VILLALPANDO CÉSAR, José Manuel,
Federico Gamboa en la Escuela Libre de Derecho, núm. 23, 1999, pp. 513-533
Los fines del Estado mexicano, núm. 30, 2006, pp. 619-646
WOLKMER, Antonio Carlos,
Matrices teóricas para repensar una crítica al derecho, núm. 24, 2000, pp. 427-434

Fundamentos de la crítica en el pensamiento político y jurídico latinoamericano, núm. 27, 2003, pp. 581-613
ZALDÍVAR L., Arturo F.,
Discurso del Profesor Don..., en el homenaje a Don Emilio Rabasa con motivo de la donación del manuscrito original de "El Artículo 14. Estudio Constitucional", núm. 23, 1999, pp. 743-747
ZAMORA ETCHARREN, Rodrigo,
Reformas 1998 a distintos ordenamientos de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, núm. 21, 1997, pp. 835-850
ZANA, Mario,
Contrattualizzazione dell'assistenza, núm. 30, 2006, pp. 647-664
ZUBIRÍA MAQUEO, Emiliano,
Homenaje a Ramón Sánchez Medal, núm. 25, 2001, pp. 561-568
Discurso del Señor Lic. Don..., Profesor de la Escuela Libre de Derecho, en la ceremonia de inauguración de cursos 2005-2006, núm. 29, 2005, pp. 763-766

II. ÍNDICE POR DISCIPLINAS

1. Filosofía, introducción y teoría general del derecho

BONIALIAN, Mariano Alberto,
Hacia una historia crítica del derecho (Una aproximación comparativa a las nociones de derecho medieval, derecho indiano y derecho contemporáneo), núm. 30, 2006, pp. 11-32
BYK, Christian,
Organizando la democracia y la ciencia: Un desafío para "Un Nuevo Mundo Feliz", núm. 29, 2005, pp. 701-721
CANO LÓPEZ, Luis Miguel,
Algunas incertidumbres en el derecho, núm. 27, 2003, pp. 69-110
CAÑAS MORENO, Rolando,
Derecho, lenguaje y sociedad: Un diálogo furtivo, núm. 30, 2006, pp. 65-74
CÁRDENAS GUTIÉRREZ, Salvador,
Pluralidad jurídica y democracia consociativa en México (Una aproximación metalegal a la cuestión de los derechos indígenas), núm. 26, 2002, pp. 99-131

CASTRO MEDINA, Edmundo,
Criterios hermenéuticos aplicables a la norma laboral, núm. 30, 2006, pp. 95-116
DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime,
Las virtudes del jurista, núm. 21, 1997, pp. 9-36
La "Libertad" y otras divisas en los decretos, planes y manifiestos políticos mexicanos del siglo XIX, núm. 23, 1999, pp. 9-27
DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio,
Racionalidad analógica: Un modo de acceso al iusnaturalismo histórico, núm. 22, 1998, pp. 411-428
Persona y derecho desde el realismo personalista de Mounier, núm. 23, 1999, pp. 123-135
Las escuelas clásicas de interpretación y la argumentación jurídica. Primera parte. La Escuela de la Exégesis, núm. 24, 2000, pp. 205-234
Democracia y ley natural desde el iusnaturalismo católico de Suárez, núm. 24, 2000, pp. 413-426
El derecho y los pobres, en las raíces de la tradición hispanoamericana de los derechos humanos, núm. 25, 2001, pp. 427-471
Liberación y justicia: La historización de lo jurídico en Ellacuría, núm. 26, 2002, pp. 735-760
Algunas aplicaciones de la hermenéutica analógica al derecho, núm. 28, 2004, pp. 711-749
DÍAZ Y DÍAZ, Martín,
La crisis contemporánea de los derechos subjetivos (Reseña de su naufragio en el sistema), núm. 22, 1998, pp. 59-137
ESTRADA CHÁVEZ, Óscar A.,
Orden social, orden jurídico y legitimidad: Un intento por comprender y explicar la problemática de lo jurídico, núm. 25, 2001, pp. 205-227
GÓMEZ ALCALÁ, Rodolfo Vidal,
El Código Civil de Napoleón y su contribución a la teoría general del derecho, núm. 29, 2005, pp. 195-233
El derecho y la ciencia, núm. 30, 2006, pp. 177-230
LABARDINI, Rodrigo,
Sobre el concepto de los derechos humanos, núm. 24, 2000, pp. 511-565

La violación de los derechos humanos por los particulares, núm. 26, 2002, pp. 529-599
MONROY CAMPERO, Gerardo,
El matrimonio como derecho: Algunas consideraciones jurídicas sobre éste, en el caso de personas del mismo sexo, núm. 23, 1999, pp. 305-325
PADILLA GONZÁLEZ, Bonifacio,
Eutanasia, núm. 21, 1997, pp. 533-555
Justicia. *Physis y nomos*. El dilema jurisdiccional, núm. 26, 2002, pp. 619-629
PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo,
Sobre el pensamiento contemporáneo en torno a la justicia, núm. 30, 2006, pp. 337-351
PLATAS PACHECO, María del Carmen,
Axiología del acto justo, núm. 27, 2003, pp. 431-466
ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro,
Fundamentación bíblica de los derechos humanos, núm. 28, 2004, pp. 599-627
Solidaridad y derechos humanos: El caso de la patrística y el cristianismo primitivo, núm. 30, 2006, pp. 353-400
SÁNCHEZ RUBIO, David,
Derechos humanos, producción y reproducción de la vida humana y trabajo vivo, núm. 24, 2000, pp. 567-595
SECO MARTÍNEZ, José María,
El derecho como mediación, en la realización de la persona, según Mounier, núm. 23, 1999, pp. 369-379
SENDÍN MATEOS, José Antonio,
La crítica de Hans Kelsen a la doctrina del derecho natural, núm. 29, 2005, pp. 437-513
La crítica de Hans Kelsen a la doctrina del derecho natural (II), núm. 30, 2006, pp. 401-455
SERRANO, César,
Lengua y derecho en México. Evolución y actualidad de los derechos lingüísticos de la población indígena, núm. 30, 2006, pp. 457-485
TRUJILLO BETANZOS, Alfredo,
La desestimación de la personalidad jurídica, núm. 29, 2005, pp. 545-573

URZAIZ DE GARCÍA NARANJO, María Cristina,
Algunas consideraciones sobre la obligatoriedad del derecho en Kant, núm. 28, 2004, pp. 841-855
VALDÉS S., Clemente,
El poder de los jueces, núm. 30, 2006, pp. 579-618
WOLKMER, Antonio Carlos,
Matrices teóricas para repensar una crítica al derecho, núm. 24, 2000, pp. 427-434
Fundamentos de la crítica en el pensamiento político y jurídico latinoamericano, núm. 27, 2003, pp. 581-613

2. Historia del derecho y del pensamiento jurídico

BETANZOS TORRES, Eber Omar,
Discordia constitucional: Benito Juárez y la Constitución de 1857, núm. 27, 2003, pp. 673-722
BILLECOQ, Juan Luis José,
Discurso sobre la profesión de abogado (introducción y traducción de Carlos Herrejón Peredo), núm. 29, 2005, pp. 27-51
BONIALIAN, Mariano Alberto,
Hacia una historia crítica del derecho (Una aproximación comparativa a las nociones de derecho medieval, derecho indiano y derecho contemporáneo), núm. 30, 2006, pp. 11-32
BONILLA LÓPEZ, Miguel,
El amparo y sus reformas, de Isidro Rojas y Francisco Pascual García, núm. 23, 1999, pp. 29-66
CACHO PÉREZ, Luis Norberto,
El movimiento estudiantil de 1968. Una opinión jurídica, núm. 25, 2001, pp. 79-103
DE ICAZA DUFOUR, Francisco,
Simbolismo y simbología de las Siete Partidas, núm. 28, 2004, pp. 369-411
DE LA PEZA, Rodrigo,
El renacimiento del derecho natural en la jurisprudencia del Tribunal Federal Alemán durante la posguerra, núm. 26, 2002, pp. 631-684
DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime,
Instituciones judiciales de la Nueva España, núm. 22, 1998, pp. 9-41

La "Libertad" y otras divisas en los decretos, planes y manifiestos políticos mexicanos del siglo XIX, núm. 23, 1999, pp. 9-27
El proyecto de Constitución del Segundo Imperio Mexicano: Notas sobre el manuscrito de la archiduquesa Carlota, núm. 24, 2000, pp. 23-45
El humanismo jurídico en tres juristas mexicanos del siglo XX, núm. 25, 2001, pp. 37-78
Enrique Meza Llorente, estudiante de la Escuela Libre de Derecho y diputado constituyente en 1917, núm. 26, 2002, pp. 53-70
Las carpetas de *Dictámenes, cartas y opiniones constitucionales* de Don Manuel Herrera y Lasso, núm. 27, 2003, pp. 615-637
A 200 años de la codificación napoleónica, núm. 28, 2004, pp. 771-782
La imagen del buen gobernante: Isabel la Católica en la historiografía mexicana del siglo XIX, núm. 29, 2005, pp. 9-26
DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio,
Aspectos de la práctica jurídica de Alonso de la Veracruz: su colaboración con Las Casas y uso alternativo del derecho, núm. 21, 1997, pp. 599-621
Democracia y ley natural desde el iusnaturalismo católico de Suárez, núm. 24, 2000, pp. 413-426
El derecho y los pobres, en las raíces de la tradición hispanoamericana de los derechos humanos, núm. 25, 2001, pp. 427-471
Tradición hispanoamericana de los derechos humanos: Dos jueces y un litigante defendiendo los derechos de los indios, núm. 27, 2003, pp. 537-579
La tradición democrática y la dimensión sapiencial del derecho en la independencia de Aguascalientes, núm. 29, 2005, pp. 515-543
DE ROJAS, José Luis,
Por el humo se sabe dónde está el fuego. Evidencias de la complejidad social novohispana en el testamento de Don Pedro Moctezuma (siglo XVI), núm. 25, 2001, pp. 379-392
ESPINOSA OLIVERA, Fernando Israel,
Testimonio radiofónico de Hans Kelsen (en el 30 aniversario de su fallecimiento), núm. 27, 2003, pp. 111-142
ESTRADA MICHEL, Rafael,
Territorio y poder a fines del antiguo régimen en España y las Indias, núm. 26, 2002, pp. 199-292

ESTRADA SÁMANO, José Antonio,
San Isidoro de Sevilla y la legislación gótico-hispánica, núm. 27, 2003, pp. 143-167
FERRER MUÑOZ, Manuel,
El fin del orden constitucional en la Nueva España. Problemas en la organización de la justicia, núm. 21, 1997, pp. 127-187
LANDAVAZO, Marco Antonio,
Gobernadores y congresos en los estados: ¿Supremacía del Legislativo o equilibrio de poderes? Un análisis a partir de las constituciones estatales durante el régimen constitucional mexicano de 1824, núm. 24, 2000, pp. 355-369
LIRA GONZÁLEZ, Andrés,
Derechos del hombre y garantías individuales. Vallarta en la Constitución de 1917, núm. 29, 2005, pp. 575-582
MAYAGOITIA, Alejandro,
240 años del I. y N. Colegio de Abogados de México, núm. 24, 2000, pp. 609-612
PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo,
Nociones generales y esquemas ordenadores introductorios al curso de historia general del derecho, núm. 28, 2004, pp. 483-544
REYES ÁLVAREZ, Jaime,
Manejo de la economía en el Estado franquista: Derecho, economía y *Poliburocracia*, núm. 28, 2004, pp. 545-598
ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro,
Fundamentación bíblica de los derechos humanos, núm. 28, 2004, pp. 599-627
SPECKMAN GUERRA, Elisa,
El Código de Procedimientos Penales de José Hilarión Romero Gil, una breve presentación, núm. 22, 1998, pp. 393-410
El delito y la sanción. Legislación penal en el Distrito Federal (1872-1910), núm. 23, 1999, pp. 427-512
TÉLLEZ G., Mario A.,
Viejos temas, nuevos problemas. La justicia criminal ordinaria en primera instancia: La criminalidad en Toluca (1800-1829), núm. 25, 2001, pp. 393-426
URÍAS HORCASITAS, Beatriz,
De la justicia a la ley: individuo y criminalidad en México independiente: 1821-1871, núm. 21, 1997, pp. 623-668

VALDÉS S., Clemente,
El poder de los jueces, núm. 30, 2006, pp. 579-618

3. Derecho romano

ADAME GODDARD, Jorge,
El concepto de contrato en el derecho romano clásico, núm. 26, 2002, pp. 761-776
La difamación y calumnia como delitos privados, núm. 30, 2006, pp. 809-826
GONZÁLEZ ROLDÁN, Yuri,
Propuesta sobre la venta de herencia en el derecho romano clásico, núm. 21, 1997, pp. 221-491
Senatusconsultum Iuventianum: Apuntes para la reconstrucción de un litigio fiscal en la época de Adriano, núm. 22, 1998, pp. 139-187
La transmisión de la propiedad en la compraventa. Un estudio de la edad arcaica romana al derecho preirneriano, núm. 23, 1999, pp. 175-270
Gai Institutiones. Commentarius Primus. Instituciones de Gayo. Comentario Primero (traducción y notas), núm. 24, 2000, pp. 271-354
La apelación frente al Senado en la edad adrianea: Una teoría con base en D.5.3.20.6, núm. 25, 2001, pp. 229-283
Gai Institutiones. Commentarius Secundus. Instituciones de Gayo. Comentario Segundo (traducción y notas), núm. 26, 2002, pp. 379-484
El principio *dolus pro possessione est* en la perspectiva del senadoconsulto Juvenciano, núm. 27, 2003, pp. 305-361
La subrogación del precio a las cosas hereditarias en la perspectiva del senadoconsulto Juvenciano, núm. 28, 2004, pp. 241-297
Gai Institutiones. Commentarius Tertius. Instituciones de Gayo. Comentario Tercero (traducción y notas), núm. 29, 2005, pp. 243-332
La titularidad de las ciudades en materia de bienes vacantes y hereditarios en derecho romano, núm. 30, 2006, pp. 275-292
MOGUEL CABALLERO, Manuel,
La definición justinianea de obligación civil, aumentada, concordada y puesta al día, núm. 27, 2003, pp. 415-429
PETRUCCI, Aldo,
Protección de los intereses económicos y protección de los clientes. Algunas reflexiones sobre la experiencia del derecho romano

en materia bancaria (traducción de Yuri González Roldán), núm. 25, 2001, pp. 337-377

4. Derecho internacional público y política internacional

CANO LÓPEZ, Luis Miguel, y RODRÍGUEZ MANZO, Graciela,
Los problemas en México para la ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, núm. 26, 2002, pp. 71-98
HERNÁNDEZ CUEVAS, Ramón,
Tratados internacionales y jerarquía normativa, el principio de especialidad en la solución de antinomias, derivadas de su aplicación en derecho interno, núm. 28, 2004, pp. 299-367
LABARDINI, Rodrigo,
El protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador, núm. 22, 1998, pp. 189-251
LOZANO ALARCÓN, Gerardo,
Reflexiones en torno al abanderamiento en México de buques extranjeros al amparo de un convenio internacional vigente, núm. 28, 2004, pp. 825-839
MANZANERO ESCUTIA, Francisco Xavier,
Necesidad de difundir y promover el estudio del derecho marítimo en México, núm. 22, 1998, pp. 533-549
SARUWATARI ZAVALA, Garbiñe,
Declaración de las Naciones Unidas sobre la clonación humana: Impacto internacional y nacional, núm. 29, 2005, pp. 379-436
SERRANO, César,
Consideraciones sobre la responsabilidad penal del jefe de Estado, justicia universal y razón de Estado, núm. 27, 2003, pp. 497-535
VARGAS, Jorge A.,
El régimen legal de México sobre sus espacios marinos: una propuesta para la delimitación de la plataforma continental en la parte más profunda del Golfo de México, traducción de Josette Serrato Combe, núm. 21, 1997, pp. 669-727

5. Derecho internacional privado

SANDROCK, Otto,
Cláusulas "candado" en los contratos comerciales internacionales: Reflexiones básicas sobre la autonomía de las partes para escoger la ley aplicable a sus contratos (traducción Josette Serrato Combe), núm. 23, 1999, pp. 535-555
SERRATO COMBE, Josette,
Bienvenidos al siglo XXI, reflexiones sobre la globalización, las leyes de los Estados y los contratos internacionales, núm. 23, 1999, pp. 693-697
TORRES GONZÁLEZ, Luis Francisco,
La cooperación procesal internacional en materia comercial, el juicio ejecutivo mercantil mexicano y sus figuras afines, núm. 23, 1999, pp. 557-673

6. Derecho comparado y derecho extranjero

ADAME GODDARD, Jorge,
La difamación y calumnia como delitos privados, núm. 30, 2006, pp. 809-826
ALAMILLA RAMOS, Felipe,
La Unión Europea: origen, instituciones y ámbito competencial, núm. 25, 2001, pp. 9-36
La Unión Europea, proceso de ampliación y principales modificaciones introducidas por el Tratado de Niza, núm. 27, 2003, pp. 9-27
ALESSIO ROBLES, Miguel,
La influencia del Código Civil de Napoleón en la legislación sobre derechos reales de 1928, núm. 28, 2004, pp. 783-791
ASPRÓN PELAYO, Juan Manuel,
El Código Napoleón y el Código Civil vigente del Distrito Federal en materia de herencias, núm. 28, 2004, pp. 793-803
BISOGNO CARRIÓN, Miguel Ángel,
La procedencia del juicio de amparo por la violación de derechos políticos, núm. 29, 2005, pp. 583-603
CACHO PÉREZ, Luis Norberto,
La pena de muerte en el Código Penal cubano de 1987, núm. 27, 2003, pp. 29-67

Hacia la despenalización del narcotráfico. Una forma de política criminal para enfrentar este fenómeno delictivo, núm. 29, 2005, pp. 53-81
CANO LÓPEZ, Luis Miguel, y RODRÍGUEZ MANZO, Graciela,
Los problemas en México para la ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, núm. 26, 2002, pp. 71-98
DE LA PEZA, José Luis,
Los usos y costumbres indígenas y la justicia electoral en México, núm. 22, 1998, pp. 429-504
DE LA PEZA, Rodrigo,
El renacimiento del derecho natural en la jurisprudencia del Tribunal Federal Alemán durante la posguerra, núm. 26, 2002, pp. 631-684
ESTRADA TANCK, E. Dorothy,
Los derechos indígenas como una cuestión de justicia. Propuestas federalistas sobre la regulación de la diversidad étnica y cultural, núm. 26, 2002, pp. 163-197
FÉLIX CÁRDENAS, Rodolfo,
Delitos de comisión por omisión impropia dolosos en el Código Penal español y en el Código Penal Federal mexicano. Una reflexión comparada, núm. 26, 2002, pp. 293-329
Principios de orden sustantivo relativos a la responsabilidad penal de los menores en la Ley Orgánica 5/2000, núm. 28, 2004, pp. 119-155
FERRER MAC-GREGOR, Eduardo,
La Constitución Española de 1931 y el juicio de amparo mexicano, núm. 23, 1999, pp. 151-173
Panorámica actual de la doctrina procesal, núm. 24, 2000, pp. 235-270
Aportaciones de Héctor Fix-Zamudio al derecho procesal constitucional, núm. 26, 2002, pp. 331-362
Del amparo nacional al amparo internacional, núm. 28, 2004, pp. 157-186
Breves notas sobre el amparo iberoamericano (desde el derecho procesal constitucional comparado), núm. 30, 2006, pp. 133-157
GINEBRA SERRABOU, Xavier,
Las alianzas estratégicas o *joint ventures* y el derecho de la competencia, núm. 21, 1997, pp. 189-220

GÓMEZ ALCALÁ, Rodolfo Vidal,
El Código Civil de Napoleón y su contribución a la teoría general del derecho, núm. 29, 2005, pp. 195-233
GÓMEZ ROMERO, Luis,
Algunas consideraciones en torno a los derechos sociales en materia del trabajo en México: Una propuesta para romper el círculo vicioso entre el olvido y el no me acuerdo, núm. 27, 2003, pp. 211-243
GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco,
Medidas precautorias en arbitraje, núm. 27, 2003, pp. 245-303
Mecanismos alternativos de solución de controversias. Nota sobre el creciente desarrollo del área, núm. 28, 2004, pp. 213-240
Discriminación de precios, núm. 30, 2006, pp. 231-273
GONZÁLEZ MÁRQUEZ, Cecilio,
La naturaleza jurídica del pacto comisorio en el Código de Napoleón y su influencia en el Código Civil para el Distrito Federal, núm. 29, 2005, pp. 235-242
GUODONG, Xu,
La libertad religiosa en la República Popular China, núm. 22, 1998, pp. 519-527
HERNÁNDEZ CUEVAS, Ramón,
Tratados internacionales y jerarquía normativa, el principio de especialidad en la solución de antinomias, derivadas de su aplicación en derecho interno, núm. 28, 2004, pp. 299-367
HERNÁNDEZ ROMO, Miguel Ángel,
El acreedor extranjero ante los juicios concursales, núm. 21, 1997, pp. 493-501
LABARDINI, Rodrigo,
La violación de los derechos humanos por los particulares, núm. 26, 2002, pp. 529-599
MAQUEO RAMÍREZ, María Solange,
La constitución económica en la Constitución española de 1978, núm. 28, 2004, pp. 653-710
MARTÍNEZ YOUN, Paulina,
Inclusión de un periodo de espera en el procedimiento de notificación previa de concentraciones en México, núm. 27, 2003, pp. 363-413
MOCTEZUMA BARRAGÁN, Javier,
La política laboral y las perspectivas de reformar a la Ley Federal del Trabajo, núm. 25, 2001, pp. 487-505

MOGUEL CABALLERO, Manuel,
Responsabilidad civil extracontractual. Comentario de los artículos 1382 y 1383 del Código Napoleón: La falta, núm. 26, 2002, pp. 777-789
MORÉ DOMENECH, Ricardo L.,
Principios jurídicos esenciales en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, núm. 25, 2001, pp. 295-335
REYES ÁLVAREZ, Jaime,
Manejo de la economía en el Estado franquista: Derecho, economía y *Poliburocracia*, núm. 28, 2004, pp. 545-598
SÁINZ, Jaime,
¿Qué hacer con los embriones sobrantes?, núm. 23, 1999, pp. 327-368
SARUWATARI ZAVALA, Garbiñe,
Aspectos jurídicos a considerar con respecto a la clonación humana. Marco regulatorio internacional y nacional, núm. 27, 2003, pp. 467-496
Declaración de las Naciones Unidas sobre la clonación humana: Impacto internacional y nacional, núm. 29, 2005, pp. 379-436
SERRANO, César,
Algunas notas sobre la acción afirmativa y la discriminación positiva, núm. 28, 2004, pp. 629-652
SILVA, Teresa Dolores,
El proceso de ratificación del Tratado Constitucional Europeo. Su alcance y efectos, núm. 30, 2006, pp. 487-535
TEJEDA REYES, Manuel,
El *ombudsman* en la Unión Europea. Una institución supranacional, núm. 26, 2002, pp. 721-733
TORRES GONZÁLEZ, Luis Francisco,
La cooperación procesal internacional en materia comercial, el juicio ejecutivo mercantil mexicano y sus figuras afines, núm. 23, 1999, pp. 557-673
TRUJILLO BETANZOS, Alfredo,
Competencia desleal (análisis del artículo 6 bis del Código de Comercio), núm. 30, 2006, pp. 783-807
VALDÉS S., Clemente,
Los distintos enfoques de los grandes problemas de la bioética, núm. 28, 2004, pp. 751-769

El poder de los jueces, núm. 30, 2006, pp. 579-618
VILLALPANDO CÉSAR, José Manuel,
Los fines del Estado mexicano, núm. 30, 2006, pp. 619-646
WOLKMER, Antonio Carlos,
Fundamentos de la crítica en el pensamiento político y jurídico latinoamericano, núm. 27, 2003, pp. 581-613
ZANA, Mario,
Contrattualizzazione dell'assistenza, núm. 30, 2006, pp. 647-664

7. Ciencia política

ARRIOLA, Juan Federico,
Para una gobernabilidad democrática: Preservación de los derechos humanos y lucha contra el crimen organizado, núm. 26, 2002, pp. 823-827
ÁVILA FERNÁNDEZ, Rosa María,
Hacia un nuevo federalismo: El federalismo cooperativo y las leyes marco, núm. 27, 2003, pp. 639-672
BISOGNO CARRIÓN, Miguel Ángel,
La procedencia del juicio de amparo por la violación de derechos políticos, núm. 29, 2005, pp. 583-603
CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel,
Equidad electoral y actos de autoridad: una perspectiva constitucional, núm. 21, 1997, pp. 805-822
DE ICAZA DUFOUR, Francisco,
Simbolismo y simbología de las Siete Partidas, núm. 28, 2004, pp. 369-411
ESTRADA MICHEL, Rafael,
Antropología y derecho: Las trampas de la ley, núm. 23, 1999, pp. 137-150
ESTRADA TANCK, E. Dorothy,
Los derechos indígenas como una cuestión de justicia. Propuestas federalistas sobre la regulación de la diversidad étnica y cultural, núm. 26, 2002, pp. 163-197
ORTIZ PORRAS, Carolina,
Derechos sociales e intereses difusos (una cita a ciegas), núm. 24, 2000, pp. 371-377

PÉREZ LÓPEZ, Miguel,
La reforma de la administración pública federal para el periodo 2000-2006, núm. 25, 2001, pp. 519-559
REYES ÁLVAREZ, Jaime,
Manejo de la economía en el Estado franquista: Derecho, economía y *Poliburocracia*, núm. 28, 2004, pp. 545-598
SECO MARTÍNEZ, José María, y RODRÍGUEZ PRIETO, Rafael,
¿Es posible hoy la democracia sin ciudadanos formados cívicamente?, núm. 29, 2005, pp. 333-352
SERRANO, César,
Consideraciones sobre la responsabilidad penal del jefe de Estado, justicia universal y razón de Estado, núm. 27, 2003, pp. 497-535
Algunas notas sobre la acción afirmativa y la discriminación positiva, núm. 28, 2004, pp. 629-652
VILLALPANDO CÉSAR, José Manuel,
Los fines del Estado mexicano, núm. 30, 2006, pp. 619-646
WOLKMER, Antonio Carlos,
Fundamentos de la crítica en el pensamiento político y jurídico latinoamericano, núm. 27, 2003, pp. 581-613

8. Derecho constitucional

AGUILAR ÁLVAREZ DE ALBA, Horacio,
Una aproximación a la libertad religiosa, en el derecho mexicano, núm. 26, 2002, pp. 9-34
ALAMILLA RAMOS, Felipe,
El crédito de la nación, núm. 26, 2002, pp. 35-51
ARRIOLA, Juan Federico,
Constitución 2000, núm. 23, 1999, pp. 675-680
ÁVILA FERNÁNDEZ, Rosa María,
Hacia un nuevo federalismo: El federalismo cooperativo y las leyes marco, núm. 27, 2003, pp. 639-672
BETANZOS TORRES, Eber Omar,
Discordia constitucional: Benito Juárez y la Constitución de 1857, núm. 27, 2003, pp. 673-722
BISOGNO CARRIÓN, Miguel Ángel,
La procedencia del juicio de amparo por la violación de derechos políticos, núm. 29, 2005, pp. 583-603

BONILLA LÓPEZ, Miguel,
El amparo y sus reformas, de Isidro Rojas y Francisco Pascual García, núm. 23, 1999, pp. 29-66
CACHO PÉREZ, Luis Norberto,
Un falso concepto de la libertad religiosa: La recomendación general número 5/2003 de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, núm. 28, 2004, pp. 9-48
CANO LÓPEZ, Luis Miguel,
La acción de inconstitucionalidad, núm. 25, 2001, pp. 105-203
——, y RODRÍGUEZ MANZO, Graciela,
Sobre el nombramiento del Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, núm. 28, 2004, pp. 49-118
Entre el derecho al honor y las libertades de expresión e información, núm. 29, 2005, pp. 83-166
CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel,
Equidad electoral y actos de autoridad: una perspectiva constitucional, núm. 21, 1997, pp. 805-822
CÁRDENAS GUTIÉRREZ, Salvador,
Pluralidad jurídica y democracia consociativa en México (Una aproximación metalegal a la cuestión de los derechos indígenas), núm. 26, 2002, pp. 99-131
DE LA PEZA, José Luis,
Los usos y costumbres indígenas y la justicia electoral en México, núm. 22, 1998, pp. 429-504
DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime,
El proyecto de Constitución del Segundo Imperio Mexicano: Notas sobre el manuscrito de la archiduquesa Carlota, núm. 24, 2000, pp. 23-45
DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio,
Los acuerdos de San Andrés: El derecho de decir el derecho, núm. 30, 2006, pp. 537-577
ESTRADA MICHEL, Rafael,
¿Existe un solo *ombudsman* nacional?, núm. 30, 2006, pp. 117-131
ESTRADA TANCK, E. Dorothy,
Los derechos indígenas como una cuestión de justicia. Propuestas federalistas sobre la regulación de la diversidad étnica y cultural, núm. 26, 2002, pp. 163-197

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo,
Aportaciones de Héctor Fix-Zamudio al derecho procesal constitucional, núm. 26, 2002, pp. 331-362
Del amparo nacional al amparo internacional, núm. 28, 2004, pp. 157-186
Breves notas sobre el amparo iberoamericano (desde el derecho procesal constitucional comparado), núm. 30, 2006, pp. 133-157
FIGUERUELO, Ángela,
Significado y funciones del derecho constitucional, núm. 27, 2003, pp. 723-739
GINEBRA SERRABOU, Xavier,
La sentencia de la Ley Robles sobre el aborto: ¿Una flagrante violación a los derechos humanos y a la Constitución?, núm. 26, 2002, pp. 363-377
GÓMEZ ROMERO, Luis,
Algunas consideraciones en torno a los derechos sociales en materia del trabajo en México: Una propuesta para romper el círculo vicioso entre el olvido y el no me acuerdo, núm. 27, 2003, pp. 211-243
GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco,
El árbitro, ¿autoridad responsable para el juicio de amparo?, núm. 29, 2005, pp. 605-662
HERNÁNDEZ CUEVAS, Ramón,
Tratados internacionales y jerarquía normativa, el principio de especialidad en la solución de antinomias, derivadas de su aplicación en derecho interno, núm. 28, 2004, pp. 299-367
Principios rectores del juicio de amparo. Actualidad y perspectivas (nota comparativa con la propuesta para una nueva ley de amparo), núm. 29, 2005, pp. 663-699
LABARDINI, Rodrigo,
La violación de los derechos humanos por los particulares, núm. 26, 2002, pp. 529-599
LANDAVAZO, Marco Antonio,
Gobernadores y congresos en los estados: ¿Supremacía del Legislativo o equilibrio de poderes? Un análisis a partir de las constituciones estatales durante el régimen constitucional mexicano de 1824, núm. 24, 2000, pp. 355-369

LIRA GONZÁLEZ, Andrés,
Derechos del hombre y garantías individuales. Vallarta en la Constitución de 1917, núm. 29, 2005, pp. 575-582
MAQUEO RAMÍREZ, María Solange,
La constitución económica en la Constitución española de 1978, núm. 28, 2004, pp. 653-710
MARTÍNEZ YOUN, Paulina,
Inclusión de un periodo de espera en el procedimiento de notificación previa de concentraciones en México, núm. 27, 2003, pp. 363-413
MINUTTI ZANATTA, Rubén,
Derecho de acceso a la información: Leyes e iniciativas en México, núm. 26, 2002, pp. 601-618
ORTIZ PORRAS, Carolina,
Derechos sociales e intereses difusos (una cita a ciegas), núm. 24, 2000, pp. 371-377
PISARELLO, Gerardo,
Notas sobre constitucionalismo y conflictividad social, núm. 22, 1998, pp. 277-294
SARUWATARI ZAVALA, Garbiñe,
Aspectos jurídicos a considerar con respecto a la clonación humana. Marco regulatorio internacional y nacional, núm. 27, 2003, pp. 467-496
SEPÚLVEDA I., Ricardo J.,
Facultades de control parlamentario en nuestra realidad constitucional, núm. 22, 1998, pp. 295-355
Reflexiones sobre la controversia constitucional. (Hacia un Tribunal Constitucional), núm. 23, 1999, pp. 381-404
El reencuentro de los derechos humanos y el Estado, a través de la Constitución, núm. 27, 2003, pp. 741-780
SERRANO, César,
Consideraciones sobre la responsabilidad penal del jefe de Estado, justicia universal y razón de Estado, núm. 27, 2003, pp. 497-535
SIERRA MADERO, Dora María,
Inconstitucionalidad de la circular de la Secretaría de Salud del Distrito Federal en materia de aborto, núm. 26, 2002, pp. 685-719

SILVA, Teresa Dolores,
El proceso de ratificación del Tratado Constitucional Europeo. Su alcance y efectos, núm. 30, 2006, pp. 487-535
SILVA MEZA, Juan,
Nuevos criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en relación con el artículo 73, fracción X de la Ley de Amparo, núm. 21, 1997, pp. 823-834
VILLALPANDO CÉSAR, José Manuel,
Los fines del Estado mexicano, núm. 30, 2006, pp. 619-646

9. Derecho administrativo

ALAMILLA RAMOS, Felipe,
El crédito de la nación, núm. 26, 2002, pp. 35-51
BONILLA LÓPEZ, Miguel,
Sobre el régimen disciplinario de los secretarios de Juzgados de Distrito y Tribunales de Circuito, núm. 24, 2000, pp. 47-73
CASTRO ESTRADA, Álvaro,
Respuesta al reto que planteara Don Antonio Carrillo Flores a los alumnos de la Escuela Libre de Derecho sobre el instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado, núm. 23, 1999, pp. 67-122
GINEBRA SERRABOU, Xavier,
Las concesiones ferroviarias en la Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario, núm. 25, 2001, pp. 473-485
GORCHES, Esteban C., y PÉREZ JOHNSTON, Raúl,
Contencioso administrativo y funciones jurisdiccionales del IMPI: Crónica de una ruptura constitucional anunciada, núm. 26, 2002, pp. 485-527
JIMÉNEZ ILLESCAS, Juan Manuel,
La imperiosa necesidad de fortalecer el marco jurídico tributario de los entes de la seguridad social, hacia el cumplimiento de la universalidad de la seguridad social, núm. 28, 2004, pp. 413-457
LOZANO ALARCÓN, Gerardo,
Reflexiones en torno al abanderamiento en México de buques extranjeros al amparo de un convenio internacional vigente, núm. 28, 2004, pp. 825-839

MANZANERO ESCUTIA, Francisco Xavier,
Necesidad de difundir y promover el estudio del derecho marítimo en México, núm. 22, 1998, pp. 533-549
PÉREZ LÓPEZ, Miguel,
La reforma de la administración pública federal para el periodo 2000-2006, núm. 25, 2001, pp. 519-559
SARUWATARI ZAVALA, Garbiñe,
Aspectos jurídicos a considerar con respecto a la clonación humana. Marco regulatorio internacional y nacional, núm. 27, 2003, pp. 467-496
SOLORIO RAMÍREZ, Daniel,
La corrupción del desgano (...de las relaciones, buenas y malas, entre jueces federales y locales...), núm. 23, 1999, pp. 405-426

10. Derecho fiscal

GINEBRA SERRABOU, Xavier,
Régimen fiscal de las cooperativas de producción en la reforma de 2006, núm. 30, 2006, pp. 705-728
——, LÓPEZ PADILLA Y LAPUENTE, Ana Paula, y PÉREZ ROBLES, Arturo,
Efectos jurídicos de la consideración como persona jurídica de la asociación en participación para efectos fiscales, núm. 29, 2005, pp. 167-193
GONZÁLEZ ROLDÁN, Yuri,
Senatusconsultum Iuventianum: Apuntes para la reconstrucción de un litigio fiscal en la época de Adriano, núm. 22, 1998, pp. 139-187
JIMÉNEZ ILLESCAS, Juan Manuel,
La imperiosa necesidad de fortalecer el marco jurídico tributario de los entes de la seguridad social, hacia el cumplimiento de la universalidad de la seguridad social, núm. 28, 2004, pp. 413-457
MOGUEL ANCHEYTA, Beatriz,
Los procedimientos administrativos y los delitos de naturaleza fiscal, núm. 21, 1997, pp. 769-779

11. Derecho económico

BARROSO MONTERO, Susana,
Reservas al uso exclusivo, núm. 22, 1998, pp. 505-517
La biotecnología desde el punto de vista de un país "en vías de desarrollo", núm. 24, 2000, pp. 597-608
CÁRDENO-SHAADI, José Ramón,
El himno nacional mexicano, ¿propiedad de los norteamericanos?, núm. 28, 2004, pp. 819-824
CRISTIANI, Julio Javier,
Defensa y aplicación efectiva de los derechos de propiedad intelectual en México, núm. 21, 1997, pp. 37-83
GINEBRA SERRABOU, Xavier, y ELIZONDO CASTRO, León R.,
Análisis económico de la Ley Federal de Telecomunicaciones, núm. 24, 2000, pp. 173-204
SARUWATARI ZAVALA, Garbiñe,
Aspectos jurídicos a considerar con respecto a la clonación humana. Marco regulatorio internacional y nacional, núm. 27, 2003, pp. 467-496

12. Derecho penal y ciencias penales

ADAME GODDARD, Jorge,
La difamación y calumnia como delitos privados, núm. 30, 2006, pp. 809-826
ARRIOLA, Juan Federico,
Para una gobernabilidad democrática: Preservación de los derechos humanos y lucha contra el crimen organizado, núm. 26, 2002, pp. 823-827
CACHO PÉREZ, Luis Norberto,
La pena de muerte en el Código Penal cubano de 1987, núm. 27, 2003, pp. 29-67
Hacia la despenalización del narcotráfico. Una forma de política criminal para enfrentar este fenómeno delictivo, núm. 29, 2005, pp. 53-81
CAMPUZANO CABALLERO, Claudia,
Algunas consideraciones sobre la reincidencia, núm. 21, 1997, pp. 729-747

CASAOPRIEGO VALENZUELA, José Manuel,
La prevención especial del delito o el arte de readaptar, núm. 21, 1997, pp. 749-768
La ejecución de penas tal como se vislumbra en el siglo XXI. Realidad o humanismo. Verdad o ficción, núm. 30, 2006, pp. 75-93
FÉLIX CÁRDENAS, Rodolfo,
Delitos de comisión por omisión impropia dolosos en el Código Penal español y en el Código Penal Federal mexicano. Una reflexión comparada, núm. 26, 2002, pp. 293-329
Principios de orden sustantivo relativos a la responsabilidad penal de los menores en la Ley Orgánica 5/2000, núm. 28, 2004, pp. 119-155
FERNÁNDEZ DELGADO, Miguel Ángel,
Rebelión en el ciberespacio, núm. 21, 1997, pp. 85-125
MOGUEL ANCHEYTA, Beatriz,
Los procedimientos administrativos y los delitos de naturaleza fiscal, núm. 21, 1997, pp. 769-779
MORALES BRAND, José Luis Eloy
Funcionalismo penal en México (la experiencia de una nueva forma de pensar el derecho en el sistema de justicia penal de Aguascalientes), núm. 30, 2006, pp. 293-335
PADRÓN GARCÍA, Ana Lucía,
La psicoterapia como tratamiento para prevenir la reincidencia de conductas antisociales, núm. 21, 1997, pp. 781-798
SARUWATARI ZAVALA, Garbiñe,
Aspectos jurídicos a considerar con respecto a la clonación humana. Marco regulatorio internacional y nacional, núm. 27, 2003, pp. 467-496
SERRANO, César,
Consideraciones sobre la responsabilidad penal del jefe de Estado, justicia universal y razón de Estado, núm. 27, 2003, pp. 497-535
SPECKMAN GUERRA, Elisa,
El delito y la sanción. Legislación penal en el Distrito Federal (1872-1910), núm. 23, 1999, pp. 427-512
TÉLLEZ G., Mario A.,
Viejos temas, nuevos problemas. La justicia criminal ordinaria en primera instancia: La criminalidad en Toluca (1800-1829), núm. 25, 2001, pp. 393-426

URÍAS HORCASITAS, Beatriz,
De la justicia a la ley: individuo y criminalidad en México independiente: 1821-1871, núm. 21, 1997, pp. 623-668

13. Derecho civil

ADAME GODDARD, Jorge,
Comentarios a las reformas del Código Civil del Distrito Federal en materia de matrimonio y concubinato, núm. 24, 2000, pp. 9-21
ALESSIO ROBLES, Miguel,
La influencia del Código Civil de Napoleón en la legislación sobre derechos reales de 1928, núm. 28, 2004, pp. 783-791
ASPRÓN PELAYO, Juan Manuel,
El Código Napoleón y el Código Civil vigente del Distrito Federal en materia de herencias, núm. 28, 2004, pp. 793-803
CACHO PÉREZ, Luis Norberto,
Breves comentarios sobre derecho familiar, núm. 30, 2006, pp. 33-63
CIENFUEGOS SALGADO, David,
La protección civil de la persona humana en México. Aproximación a dos instituciones del derecho mexicano: Derechos de la personalidad y daño moral, núm. 24, 2000, pp. 435-510
DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime,
A 200 años de la codificación napoleónica, núm. 28, 2004, pp. 771-782
GARCÍA GONZÁLEZ, Jaime Salvador,
Comentarios sobre la prohibición en materia inmobiliaria de la Ley Federal de Correduría Pública, núm. 30, 2006, pp. 159-176
GÓMEZ ALCALÁ, Rodolfo Vidal,
El Código Civil de Napoleón y su contribución a la teoría general del derecho, núm. 29, 2005, pp. 195-233
GONZÁLEZ MÁRQUEZ, Cecilio,
La naturaleza jurídica del pacto comisorio en el Código de Napoleón y su influencia en el Código Civil para el Distrito Federal, núm. 29, 2005, pp. 235-242
HERNÁNDEZ ROMO, Miguel Ángel,
¿Un nuevo Código Civil?, núm. 22, 1998, pp. 529-531

MOGUEL CABALLERO, Manuel,
Pago hecho por un tercero, núm. 25, 2001, pp. 285-293
Responsabilidad civil extracontractual. Comentario de los artículos 1382 y 1383 del Código Napoleón: La falta, núm. 26, 2002, pp. 777-789
La definición justinianea de obligación civil, aumentada, concordada y puesta al día, núm. 27, 2003, pp. 415-429
MONROY CAMPERO, Gerardo,
El matrimonio como derecho: Algunas consideraciones jurídicas sobre éste, en el caso de personas del mismo sexo, núm. 23, 1999, pp. 305-325
ROBLES FARÍAS, Diego,
La relación jurídica obligatoria (El nuevo concepto de obligación), núm. 26, 2002, pp. 791-822
SÁINZ, Jaime,
¿Qué hacer con los embriones sobrantes?, núm. 23, 1999, pp. 327-368
SARUWATARI ZAVALA, Garbiñe,
Aspectos jurídicos a considerar con respecto a la clonación humana. Marco regulatorio internacional y nacional, núm. 27, 2003, pp. 467-496
Declaración de las Naciones Unidas sobre la clonación humana: Impacto internacional y nacional, núm. 29, 2005, pp. 379-436
VALDÉS S., Clemente,
Los distintos enfoques de los grandes problemas de la bioética, núm. 28, 2004, pp. 751-769
ZANA, Mario,
Contrattualizzazione dell'assistenza, núm. 30, 2006, pp. 647-664

14. Derecho notarial

VILLALÓN EZQUERRO, Francisco Javier,
El notariado: Producto refinado de la evolución jurídica occidental de la prudencia jurídica, núm. 26, 2002, pp. 829-836

15. Derecho mercantil

GARCÍA GONZÁLEZ, Jaime Salvador,
Comentarios sobre la prohibición en materia inmobiliaria de la Ley Federal de Correduría Pública, núm. 30, 2006, pp. 159-176

GINEBRA SERRABOU, Xavier,
Las alianzas estratégicas o *joint ventures* y el derecho de la competencia, núm. 21, 1997, pp. 189-220
La ley mexicana para regular las agrupaciones financieras, núm. 27, 2003, pp. 169-210
Régimen fiscal de las cooperativas de producción en la reforma de 2006, núm. 30, 2006, pp. 705-728
———, LÓPEZ PADILLA Y LAPUENTE, Ana Paula, y PÉREZ ROBLES, Arturo,
Efectos jurídicos de la consideración como persona jurídica de la asociación en participación para efectos fiscales, núm. 29, 2005, pp. 167-193
GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco,
Discriminación de precios, núm. 30, 2006, pp. 231-273
HERNÁNDEZ ROMO, Miguel Ángel,
El acreedor extranjero ante los juicios concursales, núm. 21, 1997, pp. 493-501
LOZANO ALARCÓN, Gerardo,
Comentarios acerca de la reestructuración de créditos empresariales, núm. 21, 1997, pp. 503-531
MANZANERO ESCUTIA, Francisco Xavier,
Necesidad de difundir y promover el estudio del derecho marítimo en México, núm. 22, 1998, pp. 533-549
MARTÍNEZ YOUN, Paulina,
Inclusión de un periodo de espera en el procedimiento de notificación previa de concentraciones en México, núm. 27, 2003, pp. 363-413
MÜGGENBURG, Carlos,
Una década de régimen desregulado de franquicias. El registro de contratos de franquicia y la obligación de revelación anticipada de información del franquiciante, núm. 25, 2001, pp. 507-517
ORENDAY SERRATOS, Rodrigo,
La figura de la sociedad relacionada en el establecimiento de filiales de instituciones financieras del exterior en territorio nacional, núm. 30, 2006, pp. 729-781
RUIZ QUIROZ, Humberto,
Los elementos esenciales y presupuestos necesarios del contrato de seguro, núm. 21, 1997, pp. 557-597

SERRATO COMBE, Josette,
La Ley de Cámaras Empresariales y sus confederaciones, núm. 22, 1998, pp. 357-391
TRUJILLO BETANZOS, Alfredo,
La desestimación de la personalidad jurídica, núm. 29, 2005, pp. 545-573
Competencia desleal (análisis del artículo 6 bis del Código de Comercio), núm. 30, 2006, pp. 783-807
ZAMORA ETCHARREN, Rodrigo,
Reformas 1998 a distintos ordenamientos de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, núm. 21, 1997, pp. 835-850

16. Derecho del trabajo

CASTRO MEDINA, Edmundo,
Criterios hermenéuticos aplicables a la norma laboral, núm. 30, 2006, pp. 95-116
COLÍN PIANA, Roberto,
Derecho del trabajo: De la revolución a la evolución, núm. 24, 2000, pp. 75-90
Hacia nuevos paradigmas en el derecho del trabajo, núm. 26, 2002, pp. 133-161
GÓMEZ ROMERO, Luis,
Algunas consideraciones en torno a los derechos sociales en materia del trabajo en México: Una propuesta para romper el círculo vicioso entre el olvido y el no me acuerdo, núm. 27, 2003, pp. 211-243
MOCTEZUMA BARRAGÁN, Javier,
La política laboral y las perspectivas de reformar a la Ley Federal del Trabajo, núm. 25, 2001, pp. 487-505

17. Derecho bancario

GINEBRA SERRABOU, Xavier,
La crisis bancaria mexicana, el FOBAPROA y el IPAB, núm. 28, 2004, pp. 187-211

OVANDO, Víctor,
El descuento bancario de títulos, núm. 22, 1998, pp. 253-275
PETRUCCI, Aldo,
Protección de los intereses económicos y protección de los clientes. Algunas reflexiones sobre la experiencia del derecho romano en materia bancaria (traducción de Yuri González Roldán), núm. 25, 2001, pp. 337-377

18. Derecho ecológico

DÍAZ Y DÍAZ, Martín,
El aprovechamiento de los recursos naturales. Hacia un nuevo discurso patrimonial, núm. 24, 2000, pp. 91-172

19. Derecho procesal civil

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo,
Panorámica actual de la doctrina procesal, núm. 24, 2000, pp. 235-270
GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco,
Medidas precautorias en arbitraje, núm. 27, 2003, pp. 245-303
Mecanismos alternativos de solución de controversias. Nota sobre el creciente desarrollo del área, núm. 28, 2004, pp. 213-240
El árbitro, ¿autoridad responsable para el juicio de amparo?, núm. 29, 2005, pp. 605-662
GUTIÉRREZ PARADA, Óscar,
La prueba pericial en materia civil. Conforme a las reformas que entraron en vigor el 24 de julio de 1996 (artículos 346 a 356 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal), núm. 23, 1999, pp. 271-304
SÁNCHEZ MEDAL, Ramón,
Medios de impugnación del laudo arbitral, núm. 23, 1999, pp. 681-691

20. Derecho procesal penal

SPECKMAN GUERRA, Elisa,
El Código de Procedimientos Penales de José Hilarión Romero Gil, una breve presentación, núm. 22, 1998, pp. 393-410

21. Derecho procesal administrativo

GORCHES, Esteban C., y PÉREZ JOHNSTON, Raúl,
Contencioso administrativo y funciones jurisdiccionales del IMPI: Crónica de una ruptura constitucional anunciada, núm. 26, 2002, pp. 485-527
MOGUEL ANCHEYTA, Beatriz,
Los procedimientos administrativos y los delitos de naturaleza fiscal, núm. 21, 1997, pp. 769-779
PÉREZ LÓPEZ, Miguel,
El recurso de revisión de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, núm. 24, 2000, pp. 379-412

22. Derecho procesal mercantil

BISOGNO CARRIÓN, Miguel Ángel,
¿Cuáles son los derechos procesales del denunciante ante la Ley Federal de Competencia Económica?, núm. 30, 2006, pp. 665-704
GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco,
Mecanismos alternativos de solución de controversias. Nota sobre el creciente desarrollo del área, núm. 28, 2004, pp. 213-240
HERNÁNDEZ ROMO, Miguel Ángel,
El acreedor extranjero ante los juicios concursales, núm. 21, 1997, pp. 493-501
MÜGGENBURG, Carlos,
La cláusula de jurisdicción y el arbitraje. Contratos de licencia y franquicia, núm. 28, 2004, pp. 459-481

23. Economía y sociología

ALAMILLA RAMOS, Felipe,
La Unión Europea: origen, instituciones y ámbito competencial, núm. 25, 2001, pp. 9-36
BYK, Christian,
Organizando la democracia y la ciencia: Un desafío para "Un Nuevo Mundo Feliz", núm. 29, 2005, pp. 701-721

CACHO PÉREZ, Luis Norberto,
El movimiento estudiantil de 1968. Una opinión jurídica, núm. 25, 2001, pp. 79-103
DE ROJAS, José Luis,
Por el humo se sabe dónde está el fuego. Evidencias de la complejidad social novohispana en el testamento de Don Pedro Moctezuma (siglo XVI), núm. 25, 2001, pp. 379-392
ESTRADA MICHEL, Rafael,
Antropología y derecho: Las trampas de la ley, núm. 23, 1999, pp. 137-150
GINEBRA SERRABOU, Xavier, y ELIZONDO CASTRO, León R.,
Análisis económico de la Ley Federal de Telecomunicaciones, núm. 24, 2000, pp. 173-204
GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco,
Discriminación de precios, núm. 30, 2006, pp. 231-273
MAQUEO RAMÍREZ, María Solange,
La constitución económica en la Constitución española de 1978, núm. 28, 2004, pp. 653-710
REYES ÁLVAREZ, Jaime,
Manejo de la economía en el Estado franquista: Derecho, economía y *Poliburocracia*, núm. 28, 2004, pp. 545-598

III. Índice de secciones monográficas

Bicentenario del Código Napoleón, núm. 28, 2004, pp. 771-809
DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime, A 200 años de la codificación napoleónica
ALESSIO ROBLES, Miguel, La influencia del Código Civil de Napoleón en la legislación sobre derechos reales de 1928
ASPRÓN PELAYO, Juan Manuel, El Código Napoleón y el Código Civil vigente del Distrito Federal en materia de herencias
RICO ÁLVAREZ, Fausto, La herencia del Código de Napoleón en el tratamiento de los contratos en el Código Civil para el Distrito Federal
Derecho Administrativo, núm. 25, 2001, pp. 473-559
GINEBRA SERRABOU, Xavier, Las concesiones ferroviarias en la Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario

MOCTEZUMA BARRAGÁN, Javier, La política laboral y las perspectivas de reformar a la Ley Federal del Trabajo
MÜGGENBURG, Carlos, Una década de régimen desregulado de franquicias. El registro de contratos de franquicia y la obligación de revelación anticipada de información del franquiciante
PÉREZ LÓPEZ, Miguel, La reforma de la administración pública federal para el periodo 2000-2006
Derecho Civil, núm. 26, 2002, pp. 761-822
ADAME GODDARD, Jorge, El concepto de contrato en el derecho romano clásico
MOGUEL CABALLERO, Manuel, Responsabilidad civil extracontractual. Comentario de los artículos 1382 y 1383 del Código Napoleón: La falta
ROBLES FARÍAS, Diego, La relación jurídica obligatoria (El nuevo concepto de obligación)
Derecho Constitucional, núm. 27, 2003, pp. 615-780
DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime, Las carpetas de *Dictámenes, cartas y opiniones constitucionales* de Don Manuel Herrera y Lasso
ÁVILA FERNÁNDEZ, Rosa María, Hacia un nuevo federalismo: El federalismo cooperativo y las leyes marco
BETANZOS TORRES, Eber Omar, Discordia constitucional: Benito Juárez y la Constitución de 1857
FIGUERUELO, Ángela, Significado y funciones del derecho constitucional
SEPÚLVEDA I., Ricardo J., El reencuentro de los derechos humanos y el Estado, a través de la Constitución
Derecho Indígena y Justicia Electoral, núm. 22, 1998, pp. 429-504
DE LA PEZA, José Luis, Los usos y costumbres indígenas y la justicia electoral en México
Derecho Mercantil, núm. 30, 2006, pp. 665-807
BISOGNO CARRIÓN, Miguel Ángel, ¿Cuáles son los derechos procesales del denunciante ante la Ley Federal de Competencia Económica?
GINEBRA SERRABOU, Xavier, Régimen fiscal de las cooperativas de producción en la reforma de 2006

ORENDAY SERRATOS, Rodrigo, La figura de la sociedad relacionada en el establecimiento de filiales de instituciones financieras del exterior en territorio nacional
TRUJILLO BETANZOS, Alfredo, Competencia desleal (análisis del artículo 6 bis del Código de Comercio)
Derecho Mercantil Internacional, núm. 23, 1999, pp. 535-673
SANDROCK, Otto, Cláusulas "candado" en los contratos comerciales internacionales: Reflexiones básicas sobre la autonomía de las partes para escoger la ley aplicable a sus contratos (traducción de Josette Serrato Combe)
TORRES GONZÁLEZ, Luis Francisco, La cooperación procesal internacional en materia comercial, el juicio ejecutivo mercantil mexicano y sus figuras afines
Derecho Penal, núm. 21, 1997, pp. 729-798
CAMPUZANO CABALLERO, Claudia, Algunas consideraciones sobre la reincidencia
CASAOPRIEGO VALENZUELA, José Manuel, La prevención especial del delito o el arte de readaptar
MOGUEL ANCHEYTA, Beatriz, Los procedimientos administrativos y los delitos de naturaleza fiscal
PADRÓN GARCÍA, Ana Lucía, La psicoterapia como tratamiento para prevenir la reincidencia de conductas antisociales
Derechos Humanos, núm. 24, 2000, pp. 435-595
CIENFUEGOS SALGADO, David, La protección civil de la persona humana en México. Aproximación a dos instituciones del derecho mexicano: Derechos de la personalidad y daño moral
LABARDINI, Rodrigo, Sobre el concepto de los derechos humanos
SÁNCHEZ RUBIO, David, Derechos humanos, producción y reproducción de la vida humana y trabajo vivo
Garantías Individuales y Juicio de Amparo, núm. 29, 2005, pp. 575-699
LIRA GONZÁLEZ, Andrés, Derechos del hombre y garantías individuales. Vallarta en la Constitución de 1917
BISOGNO CARRIÓN, Miguel Ángel, La procedencia del juicio de amparo por la violación de derechos políticos
GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, El árbitro, ¿autoridad responsable para el juicio de amparo?

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

IV. ÍNDICE MISCELÁNEO

1. Enseñanza e investigación del derecho

BONILLA LÓPEZ, Miguel,
Algunas consideraciones sobre la profesión judicial, núm. 22, 1998, pp. 43-57
DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime,
Las virtudes del jurista, núm. 21, 1997, pp. 9-36
ESTRADA CHÁVEZ, Óscar A.,
Orden social, orden jurídico y legitimidad: Un intento por comprender y explicar la problemática de lo jurídico, núm. 25, 2001, pp. 205-227
PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo,
Nociones generales y esquemas ordenadores introductorios al curso de historia general del derecho, núm. 28, 2004, pp. 483-544

2. Humanismo y derecho

BILLECOQ, Juan Luis José,
Discurso sobre la profesión de abogado (introducción y traducción de Carlos Herrejón Peredo), núm. 29, 2005, pp. 27-51
CASAOPRIEGO VALENZUELA, José Manuel,
La ejecución de penas tal como se vislumbra en el siglo XXI. Realidad o humanismo. Verdad o ficción, núm. 30, 2006, pp. 75-93
DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime,
Las virtudes del jurista, núm. 21, 1997, pp. 9-36
El humanismo jurídico en tres juristas mexicanos del siglo XX,- núm. 25, 2001, pp. 37-78
DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio,
Aspectos de la práctica jurídica de Alonso de la Veracruz: su colaboración con Las Casas y uso alternativo del derecho, núm. 21, 1997, pp. 599-621

El derecho y los pobres, en las raíces de la tradición hispanoamericana de los derechos humanos, núm. 25, 2001, pp. 427-471
LABARDINI, Rodrigo,
La violación de los derechos humanos por los particulares, núm. 26, 2002, pp. 529-599
PADILLA GONZÁLEZ, Bonifacio,
Eutanasia, núm. 21, 1997, pp. 533-555
ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro,
Fundamentación bíblica de los derechos humanos, núm. 28, 2004, pp. 599-627
Solidaridad y derechos humanos: El caso de la patrística y el cristianismo primitivo, núm. 30, 2006, pp. 353-400
SÁNCHEZ RUBIO, David,
Derechos humanos, producción y reproducción de la vida humana y trabajo vivo, núm. 24, 2000, pp. 567-595
SERRANO, César,
Lengua y derecho en México. Evolución y actualidad de los derechos lingüísticos de la población indígena, núm. 30, 2006, pp. 457-485
WOLKMER, Antonio Carlos,
Matrices teóricas para repensar una crítica al derecho, núm. 24, 2000, pp. 427-434

3. Alegatos

CASTRO ESTRADA, Álvaro,
Respuesta al reto que planteara Don Antonio Carrillo Flores a los alumnos de la Escuela Libre de Derecho sobre el instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado, núm. 23,1999, pp. 67-122

4. Semblanzas

ADAME GODDARD, Jorge,
En memoria de Álvaro D'Ors, núm. 28, 2004, pp. 811-818
BARRERA ARDURA, Pedro,
In Memoriam. Rafael Montesinos Casas (1976-2003), núm. 27, 2003, pp. 787-788

CÁNDANO CONESA, Gerardo,
In Memoriam. José Cándano García de la Mata (1913-2004), núm. 29, 2005, pp. 749-750
DE LA PEZA, Fernando,
In Memoriam. José Luis de la Peza Muñoz Cano (1927-2005), núm. 29, 2005, pp. 751-754
DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime,
In Memoriam. Íñigo Laviada Arrigunaga (1927-1997), núm. 21, 1997, pp. 855-857
In Memoriam. Julio Montejano Hilton (1955-1998), núm. 23, 1999, pp. 699-700
In Memoriam. Ramón Sánchez Medal (1917-2000), núm. 24, 2000, pp. 619-622
In Memoriam. Martín Díaz y Díaz (1956-2001), núm. 25, 2001, pp. 569-571
In Memoriam. Javier Fernández del Castillo Sánchez (1935-2003), núm. 27, 2003, pp. 785-786
In Memoriam. Álvaro Espinosa Barrios (1914-2005), núm. 29, 2005, pp. 755-756
In Memoriam. José Gómez Gordoa (1913-2005), núm. 30, 2006, pp. 845-846
DÍAZ MIRÓN A., Luis M.,
In Memoriam. Fernando Yllanes Ramos (1908-1999), núm. 23, 1999, pp. 701-702
ESPINOSA OLIVERA, Fernando Israel,
Testimonio radiofónico de Hans Kelsen (en el 30 aniversario de su fallecimiento), núm. 27, 2003, pp. 111-142
LÓPEZ MEDINA, Manuel,
In Memoriam. José García Pimentel y Braniff (18-IX-1933-7-IX-1996), núm. 21, 1997, pp. 851-852
In Memoriam. Graciano Contreras (16-XII-1906-27-II-1997), núm. 21, 1997, pp. 853-854
OROPEZA Y SEGURA, Mauricio,
In Memoriam. Víctor Manuel Ortega, el hombre y el maestro (1913-1999), núm. 23, 1999, pp. 703-705
ZUBIRÍA MAQUEO, Emiliano,
Homenaje a Ramón Sánchez Medal, núm. 25, 2001, pp. 561-568

5. Discursos

ADAME GODDARD, Jorge,
Discurso pronunciado por el Señor Dr. Don..., en la ceremonia de inauguración de la maestría en derecho y de los cursos de posgrado 2006-2007, núm. 30, 2006, pp. 867-871
BATES, Jorge,
Discurso pronunciado por el Presidente de la Sociedad de Alumnos..., en la apertura del curso 1998-1999, el 24 de agosto, núm. 22, 1998, pp. 575-577
BECERRA POCOROBA, Mario A.,
Discurso del Señor Licenciado Don..., Rector de la Escuela Libre de Derecho en la ceremonia de inauguración de cursos 1999-2000, núm. 23, 1999, pp. 709-712
Discurso del Señor Licenciado Don..., Rector de la Escuela Libre de Derecho en la ceremonia de donación del manuscrito original de "El Artículo 14. Estudio Constitucional", de Don Emilio Rabasa, núm. 23, 1999, pp. 731-735
Discurso del Señor Licenciado Don..., Rector de la Escuela Libre de Derecho, en la ceremonia de inauguración de cursos 2000-2001, núm. 24, 2000, pp. 623-625
Discurso del Señor Licenciado Don..., Rector de la Escuela Libre de Derecho, en la ceremonia de inauguración de cursos 2001-2002, núm. 25, 2001, pp. 573-575
Discurso del Señor Lic. Don..., Rector de la Escuela Libre de Derecho, en la ceremonia de inauguración de cursos 2003-2004, núm. 27, 2003, pp. 789-791
Discurso del Señor Lic. Don..., Rector de la Escuela Libre de Derecho, en la ceremonia de inauguración de cursos 2004-2005, núm. 28, 2004, pp. 857-859
BILLECOQ, Juan Luis José,
Discurso sobre la profesión de abogado (introducción y traducción de Carlos Herrejón Peredo), núm. 29, 2005, pp. 27-51
CAULLIERES ELIZARRARÁS, Lisette,
Discurso pronunciado por la Presidenta de la Sociedad de Alumnos..., en la apertura del Curso 1997-1998, el 2 de agosto, núm. 21, 1997, pp. 911-913

Discurso de la Señorita..., en la ceremonia de donación del manuscrito original de "El Artículo 14. Estudio Constitucional" de Don Emilio Rabasa, núm. 23, 1999, pp. 737-741
DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime,
Discurso del Profesor Don..., en la apertura del Curso Escolar 1997-1998, el día 25 de agosto, núm. 21, 1997, pp. 903-910
GONZÁLEZ MÁRQUEZ, Cecilio,
Discurso del Señor Licenciado Don..., Profesor de la Escuela Libre de Derecho, en la ceremonia de inauguración de cursos 2000-2001, núm. 24, 2000, pp. 627-630
Discurso del Señor Lic. Don..., Profesor de la Escuela Libre de Derecho, en la ceremonia de inauguración de cursos 2003-2004, núm. 27, 2003, pp. 793-796
HERNÁNDEZ ROMO, Miguel Ángel,
Discurso del señor Rector Don..., en el LXX Aniversario de la Escuela el día 23 de julio de 1997, núm. 21, 1997, pp. 897-901
LÓPEZ LÓPEZ, Julio César,
Discurso del Alumno..., Presidente de la Sociedad de Alumnos de la Escuela Libre de Derecho, en la ceremonia de inauguración de cursos 2003-2004, núm. 27, 2003, pp. 797-799
MARTÍNEZ MALDONADO, Marco Antonio,
Discurso de inauguración pronunciado por el Alumno...; Presidente de la Sociedad de Alumnos de la Escuela Libre de Derecho, núm. 23, 1999, pp. 727-729
MAYAGOITIA, Alejandro,
240 años del I. y N. Colegio de Abogados de México, núm. 24, 2000, pp. 609-612
MORALES LECHUGA, Ignacio R.,
Discurso del Señor Lic. Don..., Rector de la Escuela Libre de Derecho, en la ceremonia de inauguración de cursos 2005-2006, núm. 29, 2005, pp. 757-762
Discurso pronunciado por el Señor Lic. Don..., 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, núm. 30, 2006, pp. 873-877
OGARRIO RAMÍREZ ESPAÑA, Alejandro,
Discurso pronunciado por el Señor Lic. Don..., a nombre del Comité de Posgrado, en la ceremonia de inauguración de la maestría

en derecho y de los cursos de posgrado 2006-2007, núm. 30, 2006, pp. 859-865
OROPEZA Y SEGURA, Mauricio,
Discurso del Señor Lic. Don..., Profesor de la Escuela Libre de Derecho, en la ceremonia de inauguración de cursos 2004-2005, núm. 28, 2004, pp. 861-865
ORVAÑANOS REA, Carlos,
Discurso del Alumno..., Presidente de la Sociedad de Alumnos de la Escuela Libre de Derecho, en la ceremonia de inauguración de cursos 2004-2005, núm. 28, 2004, pp. 867-869
PÉREZ LARA, Narciso,
Discurso del Profesor Don..., pronunciado en la apertura del curso escolar 1998-1999, el día 24 de agosto, núm. 22, 1998, pp. 565-574
ROBLES CUEVAS, Gustavo Antonio,
Discurso pronunciado por el Alumno..., en la ceremonia de inauguración de cursos 2000-2001, núm. 24, 2000, pp. 631-634
ROBLES GÓMEZ MONT, Emiliano,
Discurso del Alumno..., Presidente de la Sociedad de Alumnos de la Escuela Libre de Derecho, en la ceremonia de inauguración de cursos 2005-2006, núm. 29, 2005, pp. 767-771
Discurso del Alumno..., Presidente de la Sociedad de Alumnos de la Escuela Libre de Derecho, en la ceremonia de inauguración de cursos 2006-2007, núm. 30, 2006, pp. 855-858
SERRATO DE GARCÍA, Josette,
Discurso de la Señora Lic. Doña..., Profesora de la Escuela Libre de Derecho, en la ceremonia de inauguración de cursos 2006-2007, núm. 30, 2006, pp. 847-854
SIMÓN CONEJOS, Francisco José,
Discurso del Señor Licenciado Don..., Profesor de la Escuela Libre de Derecho, en la ceremonia de inauguración de cursos 2001-2002, núm. 25, 2001, pp. 577-580
SODI SERRET, Carlos,
Discurso del Señor Licenciado Don..., Profesor de la Escuela Libre de Derecho en la ceremonia de inauguración de cursos 1999-2000, núm. 23, 1999, pp. 713-725
TORRES IBARROLA, Agustín,
Discurso del Alumno..., Presidente de la Sociedad de Alumnos de la Escuela Libre de Derecho, en la ceremonia de inauguración de cursos 2001-2002, núm. 25, 2001, pp. 581-584

ZALDÍVAR L., Arturo F.,
Discurso del Profesor Don..., en el homenaje a Don Emilio Rabasa con motivo de la donación del manuscrito original de "El Artículo 14. Estudio Constitucional", núm. 23, 1999, pp. 743-747
ZUBIRÍA MAQUEO, Emiliano,
Discurso del Señor Lic. Don..., Profesor de la Escuela Libre de Derecho, en la ceremonia de inauguración de cursos 2005-2006, núm. 29, 2005, pp. 763-766

6. Presentaciones

BECERRA POCOROBA, Mario A.,
Discurso del Señor Licenciado Don..., Rector de la Escuela Libre de Derecho en la ceremonia de donación del manuscrito original de "El Artículo 14. Estudio Constitucional", de Don Emilio Rabasa, núm. 23, 1999, pp. 731-735
CONSEJO EDITORIAL,
Treinta años, treinta números, núm. 30, 2006, pp. 9-10
DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime,
Bienvenida al Prof. Paolo Grossi, núm. 27, 2003, pp. 781-783
CAULLIERES ELIZARRARÁS, Lisette,
Discurso de la Señorita..., en la ceremonia de donación del manuscrito original de "El Artículo 14. Estudio Constitucional" de Don Emilio Rabasa, núm. 23, 1999, pp. 737-741
ZALDÍVAR L., Arturo F.,
Discurso del Profesor Don..., en el homenaje a Don Emilio Rabasa con motivo de la donación del manuscrito original de "El Artículo 14. Estudio Constitucional", núm. 23, 1999, pp. 743-747

7. Noticias

FERNÁNDEZ DELGADO, Miguel Ángel,
Índices a la *Revista de Investigaciones Jurídicas*: 1987-1996, núm. 21, 1997, pp. 915-1002
LÓPEZ MEDINA, Manuel,
Algunos datos del curso escolar de 1996/1997, núm. 21, 1997, pp. 859-896

8. Escuela Libre de Derecho

CACHO PÉREZ, Luis Norberto,
El movimiento estudiantil de 1968. Una opinión jurídica, núm. 25, 2001, pp. 79-103
CASTRO ESTRADA, Álvaro,
Respuesta al reto que planteara Don Antonio Carrillo Flores a los alumnos de la Escuela Libre de Derecho sobre el instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado, núm. 23, 1999, pp. 67-122
DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime,
Enrique Meza Llorente, estudiante de la Escuela Libre de Derecho y diputado constituyente en 1917, núm. 26, 2002, pp. 53-70
Bienvenida al Prof. Paolo Grossi, núm. 27, 2003, pp. 781-783
Don Luis R. Lagos: "Paladín de las buenas causas" en tiempos difíciles (datos inéditos sobre su vida y su obra), núm. 30, 2006, pp. 827-843
HERNÁNDEZ ROMO, Miguel Ángel,
La mística de nuestra Escuela: a los 85 años de su fundación, núm. 21, 1997, pp. 799-804
MAYAGOITIA, Alejandro,
240 años del I. y N. Colegio de Abogados de México, núm. 24, 2000, pp. 609-612
PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo,
Los valores de la Escuela Libre de Derecho. Tradición, actualidad y perspectivas, núm. 29, 2005, pp. 723-748
SÁNCHEZ MEDAL, Ramón
A las hijas e hijos de la Escuela Libre de Derecho, núm. 24, 2000, pp. 613-618
VILLALPANDO CÉSAR, José Manuel,
Federico Gamboa en la Escuela Libre de Derecho, núm. 23, 1999, pp. 513-533

V. ÍNDICE ANALÍTICO

A

ABANDERAMIENTO DE BUQUES EXTRANJEROS, reflexiones en torno al, en México, al amparo de un convenio internacional vigente, 28, 825-839

ABOGADO, las virtudes del jurista, 21, 9-36; discurso sobre la profesión de, 29, 27-51
ABORTO, la sentencia de la Ley Robles sobre el, 26, 363-377; inconstitucionalidad de la circular de la Secretaría de Salud del Distrito Federal en materia de, 26, 685-719; legalización del, 29, 67-71
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD, 25, 105-203
ACCIÓN AFIRMATIVA, algunas notas sobre la, y la discriminación positiva, 28, 629-652
ACREEDOR EXTRANJERO, el, ante los juicios concursales, 21, 493-501
ACTO JUSTO, axiología del, 27, 431-466
ACTOS DE AUTORIDAD, equidad electoral y, desde una perspectiva constitucional, 21, 805-822
ACTOS DE EJECUCIÓN INMEDIATA, en *El amparo y sus reformas*, de Isidro Rojas y Francisco Pascual García, 23, 59-64
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), y la figura de la sociedad relacionada en el establecimiento de filiales de instituciones financieras del exterior en territorio nacional, 30, 751-753
ACUERDOS DE SAN ANDRÉS, los, el derecho de decir el derecho, 30, 537-577
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, en la Nueva España, 21, 127-187
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL, la reforma de la, para el periodo 2000-2006, 25, 519-559
ADRIANO, emperador romano, y la apelación frente al Senado en la edad adrianea, 25, 229-283
AGRUPACIONES FINANCIERAS, la ley mexicana para regular las, 27, 169-210
AGUASCALIENTES, la tradición democrática y la dimensión sapiencial del derecho en la independencia de, 29, 515-543; funcionalismo penal en México: la experiencia de una nueva forma de pensar el derecho en el sistema de justicia penal de, 30, 293-335
ALCALDÍAS MAYORES, en las instituciones judiciales de la Nueva España, 22, 29-32

ALEMANIA, el renacimiento del derecho natural en la jurisprudencia del Tribunal Federal Alemán durante la posguerra, 26, 631-684
ALFONSO X, EL SABIO, simbolismo y simbología de las Siete Partidas, 28, 369-411
ALIANZAS ESTRATÉGICAS. *Ver Joint Ventures*
AMPARO Y SUS REFORMAS, EL, de Isidro Rojas y Francisco Pascual García, 23, 29-66
ANTINOMIAS, tratados internacionales y jerarquía normativa, el principio de especialidad en la solución de, derivadas de su aplicación en derecho interno, 28, 299-367
ANTROPOLOGÍA y derecho, 23, 137-150
APARTHEID, y la violación de los derechos humanos por los particulares, 26, 576-577
APELACIÓN, la, frente al Senado en la edad adrianea, 25, 229-283
AQUINO, SANTO TOMÁS DE, 21, 14-19
ARBITRAJE, y la cooperación procesal internacional en materia comercial, 23, 652-668; medios de impugnación del laudo arbitral, 23, 681-691; en la panorámica actual de la doctrina procesal, 24, 235-270; a través de Internet, 24, 268-269; medidas precautorias en, 27, 245-303; la cláusula de jurisdicción y el, contratos de licencia y franquicia, 28, 459-481
ÁRBITRO, el, ¿autoridad responsable para el juicio de amparo?, 29, 605-662
ARCARIA, Francesco, y la apelación frente al Senado en la edad adrianea, 25, 239-243
ARGUMENTACIÓN JURÍDICA, las escuelas clásicas de interpretación y la, primera parte: la Escuela de la Exégesis, 24, 2000, 205-234
ARTÍCULO 14. ESTUDIO CONSTITUCIONAL, EL, y el discurso del Señor Licenciado Don Mario A. Becerra Pocoroba, Rector de la Escuela Libre de Derecho en la ceremonia de donación del manuscrito original de, de Don Emilio Rabasa, 23, 731-735; y el discurso de la Señorita Lisette Caullieres Elizarrarás, en la ceremonia de donación del manuscrito original de, de Don Emilio Rabasa, 23, 737-741; y el discurso del Profesor Don Arturo Zaldívar L., en el homenaje a Don Emilio Rabasa con motivo de la donación del manuscrito original de, 23, 743-747

ASAMBLEA DE REPRESENTANTES DEL DISTRITO FEDERAL, y la procedencia del juicio de amparo por la violación de derechos políticos, 29, 584
ASISTENCIA, contrato de, 30, 647-664
ASOCIACIONES EN PARTICIPACIÓN, efectos jurídicos de la consideración como persona jurídica de las, para efectos fiscales, 29, 167-193
AUTORIDAD RESPONSABLE, el árbitro y la, para el juicio de amparo, 29, 605-662
AUTORIDADES JURISDICCIONALES NO JUDICIALES, hacia nuevos paradigmas en el derecho del trabajo, 26, 156-161
AVONZO, Marini, y la apelación frente al Senado en la edad adrianea, 25, 232-239

B

BIBLIA, fundamentación bíblica de los derechos humanos, 28, 599-627; solidaridad y derechos humanos: el caso de la patrística y el cristianismo primitivo, 30, 374-378
BIEN COMÚN, y su historización, 746-752
BIENES HEREDITARIOS, la titularidad de las ciudades en materia de bienes vacantes y, en derecho romano, 30, 275-292
BIENES VACANTES, la titularidad de las ciudades en materia de, y hereditarios en derecho romano, 30, 275-292
BIOÉTICA, y los aspectos jurídicos a considerar con respecto a la clonación humana, marco regulatorio internacional y nacional, 27, 494-496; los distintos enfoques de los grandes problemas de la, 28, 751-769; nuevas interrogantes acerca de la, organizando la democracia y la ciencia: un desafío para "Un Nuevo Mundo Feliz", 29, 709-715
BIOTECNOLOGÍA, la, desde el punto de vista de un país "en vías de desarrollo", 24, 597-608
BUEN GOBERNANTE, la imagen del, Isabel la Católica en la historiografía mexicana del siglo XIX, 29, 9-26
BUQUES EXTRANJEROS, reflexiones en torno al abanderamiento en México de, al amparo de un convenio internacional vigente, 28, 825-839

C

CALAMANDREI, PIERO, y las aportaciones de Héctor Fix-Zamudio al derecho procesal constitucional, 26, 331-337
CALUMNIA, la difamación y la, como delitos privados, 30, 809-826
CÁNDANO GARCÍA DE LA MATA, JOSÉ, *in memoriam*, 29, 749-750
CÁMARAS DE COMERCIO, en la Ley de Cámaras Empresariales y sus confederaciones, 22, 372-373
CÁMARAS DE INDUSTRIA, en la Ley de Cámaras Empresariales y sus confederaciones, 22, 372-373
CARACTERÍSTICAS GRÁFICAS DISTINTIVAS, y las reservas al uso exclusivo de los derechos de autor, 22, 513-515
CARLOTA AMALIA DE BÉLGICA, archiduquesa, y el proyecto de Constitución del Segundo Imperio Mexicano, 24, 23-45
CARRERA JUDICIAL, algunas consideraciones sobre la profesión judicial, 22, 43-57
CARRILLO FLORES, ANTONIO, y la respuesta al reto que planteara a los alumnos de la Escuela Libre de Derecho sobre el instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado, 23, 167-122
CASAS, BARTOLOMÉ DE LAS. *Ver* De las Casas, Bartolomé
CHINA, la libertad religiosa en la República Popular, 22, 519-527
CIENCIA, organizando la democracia y la, un desafío para "Un Nuevo Mundo Feliz", 29, 701-721
CIENCIA JURÍDICA, el derecho y la, 30, 177-230
CIUDADES, la titularidad de las, en materia de bienes vacantes y hereditarios en derecho romano, 30, 275-292
CLÁUSULA DE JURISDICCIÓN, la, y el arbitraje: contratos de licencia y franquicia, 28, 459-481
CLÁUSULAS "CANDADO", en los contratos comerciales internacionales, 23, 535-555
CLÁUSULAS DE "DESASTRE", en los comentarios acerca de la reestructuración de créditos empresariales, 21, 503-531
CLONACIÓN HUMANA, aspectos jurídicos a considerar con respecto a la, marco regulatorio internacional y nacional, 27, 467-496; Declaración de las Naciones Unidas sobre la, impacto internacional y nacional, 29, 379-436; breves comentarios sobre derecho familiar, 30, 47-50
CÓDIGO CIVIL DE JALISCO, y la naturaleza jurídica del pacto comisorio en el Código de Napoleón y su influencia en el Código Civil para el Distrito Federal, 29, 239-240
CÓDIGO CIVIL FEDERAL, como norma reguladora del acreedor extranjero ante los juicios concursales, 21, 493-501; necesidad de un nuevo, 22, 529-531; comentarios a las reformas del, en materia de matrimonio y concubinato, 24, 9-21; la influencia del Código Civil de Napoleón en la legislación sobre derechos reales de 1928, 28, 783-791; el Código Napoleón y el, en materia de herencias, 28, 793-803; la herencia del Código de Napoleón en el tratamiento de los contratos en el, 28, 805-809; la naturaleza jurídica del pacto comisorio en el Código de Napoleón y su influencia en el, 29, 235-242
CÓDIGO CIVIL FRANCÉS DE 1804, responsabilidad civil extracontractual: comentario de los artículos 1382 y 1383 del, la falta, 26, 777-789; a 200 años de la codificación napoleónica, 28, 771-782; la influencia del Código Civil de Napoleón en la legislación sobre derechos reales de 1928, 28, 783-791; el Código Napoleón y el Código Civil vigente del Distrito Federal en materia de herencias, 28, 793-803; la herencia del Código de Napoleón en el tratamiento de los contratos en el Código Civil para el Distrito Federal, 28, 805-809; el Código Civil de Napoleón y su contribución a la teoría general del derecho, 29, 195-233; la naturaleza jurídica del pacto comisorio en el Código de Napoleón y su influencia en el Código Civil para el Distrito Federal, 29, 235-242
CÓDIGO DE COMERCIO, como norma reguladora del acreedor extranjero ante los juicios concursales, 21, 493-501; y la naturaleza jurídica del pacto comisorio en el Código de Napoleón y su influencia en el Código Civil para el Distrito Federal, 29, 238-239; competencia desleal: análisis del artículo 6 bis del, 30, 783-807
CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES Y PENALES DE 1853, de José Hilarión Romero Gil, una breve presentación, 22, 393-410
CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES, como norma reguladora del acreedor extranjero ante los juicios concursales, 21, 493-501; y la prueba pericial en materia civil con-

forme a las reformas que entraron en vigor el 24 de julio de 1996 (artículos 346 a 356), 23, 271-304
CÓDIGO FEDERAL DE INSTITUCIONES Y PROCEDIMIENTOS ELECTORALES, y la procedencia del juicio de amparo por la violación de derechos políticos, 29, 583-584
CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN, en los procedimientos administrativos y los delitos de naturaleza fiscal, 21, 769-779; y la imperiosa necesidad de fortalecer el marco jurídico tributario de los entes de la seguridad social, hacia el cumplimiento de la universalidad de la seguridad social, 28, 442-449
CÓDIGO NAPOLEÓN. *Ver* CÓDIGO CIVIL FRANCÉS DE 1804
CÓDIGO PENAL ESPAÑOL, delitos de comisión por omisión impropia dolosos en el, y en el Código Penal Federal mexicano: una reflexión comparada, 26, 293-329
CÓDIGO PENAL FEDERAL, delitos de comisión por omisión impropia dolosos en el Código Penal español y en el, una reflexión comparada, 26, 293-329
CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, la sentencia de la Ley Robles sobre el aborto: ¿Una flagrante violación a los derechos humanos y a la Constitución?, 26, 363-377
CÓDIGO PROCESAL DEL TRABAJO, anteproyecto de, 25, 495-504
COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, un falso concepto de la libertad religiosa: la recomendación general número 5/2003 de la, 28, 9-48; sobre el nombramiento del Presidente de la, 28, 49-118
COMISIONES INVESTIGADORAS, del Congreso de la Unión, 22, 333-336
COMPETENCIA DESLEAL, análisis del artículo 6 bis del Código de Comercio, 30, 783-807
COMPETENCIA ECONÓMICA, y discriminación de precios, 30, 245-263
CONCENTRACIONES, inclusión de un periodo de espera en el procedimiento de notificación previa de, en México, 27, 363-413
CONCESIONES FERROVIARIAS, las, en la Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario, 25, 473-485
CONCILIACIÓN, y los mecanismos alternativos de solución de controversias: nota sobre el creciente desarrollo del área, 28, 213-240

CONCUBINATO, comentarios a las reformas del Código Civil del Distrito Federal en materia de matrimonio y, 24, 9-21
CONDUCTAS ANTISOCIALES, la psicoterapia como tratamiento para prevenir la reincidencia de, 21, 781-798
CONFEDERACIONES, en la Ley de Cámaras Empresariales y sus confederaciones, 22, 373-374
CONFLICTIVIDAD SOCIAL, notas sobre constitucionalismo y, 22, 277-294
CONGRESOS DE LOS ESTADOS, gobernadores y, ¿Supremacía del Legislativo o equilibrio de poderes? Un análisis a partir de las constituciones estatales durante el régimen constitucional mexicano de 1824, 24, 355-369
CONSOCIACIONALISMO, teoría del, 26, 118-131
CONSTITUCIONALISMO, notas sobre, y conflictividad social, 22, 277-294
CONSTITUCIONALISMOS ALTERNATIVOS, en algunas incertidumbres en el derecho, 27, 79-97
CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ DE 1812, el fin del orden constitucional en la Nueva España, y los problemas en la organización de la justicia, 21, 127-187
CONSTITUCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA, el proceso de ratificación del Tratado Constitucional Europeo: su alcance y efectos, 30, 487-535
CONSTITUCIÓN DE 1824, gobernadores y congresos de los estados, ¿Supremacía del Legislativo o equilibrio de poderes? Un análisis a partir de las constituciones estatales durante el régimen constitucional mexicano de 1824, 24, 355-369
CONSTITUCIÓN DEL SEGUNDO IMPERIO MEXICANO, el proyecto de, 24, 23-45
CONSTITUCIÓN DE 1857, discordia constitucional: Benito Juárez y la, 27, 673-722
CONSTITUCIÓN DE 1917, la sentencia de la Ley Robles sobre el aborto: ¿Una flagrante violación a los derechos humanos y a la...?, 26, 363-377; el reencuentro de los derechos humanos y el Estado, a través de la, 27, 741-780; derechos del hombre y garantías individuales: Vallarta en la, 29, 575-582; y la competencia desleal (análisis del artículo 6 bis del Código de Comercio), 30, 785-789

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1931, y el juicio de amparo mexicano, 23, 151-173
CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978, la constitución económica en la, 28, 653-710
CONTRATO, el concepto de, en el derecho romano clásico, 26, 761-776
CONTRATO DE SEGURO, los elementos esenciales y presupuestos necesarios del, 21, 557-597
CONTRATOS, la herencia del Código de Napoleón en el tratamiento de los, en el Código Civil para el Distrito Federal, 28, 805-809
CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES, las cláusulas "candado" en los, 23, 535-555
CONTRATOS DE FRANQUICIA, una década de régimen desregulado de franquicias, el registro de, y la obligación de revelación anticipada de información del franquiciante, 25, 507-517; la cláusula de jurisdicción y el arbitraje: contratos de licencia y, 28, 459-481
CONTRATOS DE LICENCIA, la cláusula de jurisdicción y el arbitraje, y franquicia, 28, 459-481
CONTRATOS INTERNACIONALES, reflexiones sobre la globalización, las leyes de los Estados y los, 23, 693-697
CONTRERAS, GRACIANO, *in memoriam*, 21, 853-854
CONTROL PARLAMENTARIO, facultades de, en nuestra realidad constitucional, 22, 295-355
CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL, reflexiones sobre la, 23, 381-404
CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, PROTOCOLO DE SAN SALVADOR, 22, 189-251
CONVENCIÓN INTERNACIONAL CONTRA LA CLONACIÓN DE SERES HUMANOS CON FINES DE REPRODUCCIÓN, y la Declaración de las Naciones Unidas sobre la clonación humana: impacto internacional y nacional, 29, 392-394
CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES, y los usos y costumbres indígenas en la justicia electoral mexicana, 22, 451-452, 461-467

DELITOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN IMPROPIOS DOLOSOS, en el Código Penal español y en el Código Penal Federal mexicano. Una reflexión comparada, 26, 293-329
DELITOS FISCALES, los procedimientos administrativos y los delitos de naturaleza fiscal, 21, 769-779
DELITOS INFORMÁTICOS, tipificación de los, 29, 62-67
DELITOS PRIVADOS, la difamación y calumnia como, 30, 809-826
DEMOCRACIA, y ley natural desde el iusnaturalismo católico de Suárez, 24, 413-426; ¿es posible hoy la, sin ciudadanos formados cívicamente?, 29, 333-352; la tradición democrática y la dimensión sapiencial del derecho en la independencia de Aguascalientes, 29, 515-543; organizando la, y la ciencia: un desafío para "Un Nuevo Mundo Feliz", 29, 701-721
DEMOCRACIA CONSOCIATIVA, pluralidad jurídica y, en México, 26, 99-131
DENUNCIANTE, derechos procesales del, ante la Ley Federal de Competencia Económica, 30, 665-704
DERECHO, aspectos de la práctica jurídica de Alonso de la Veracruz, su colaboración con Las Casas y uso alternativo del, 21, 599-621; en la *Suma Teológica*, 21, 26-30; y persona, desde el realismo personalista de Mounier, 23, 123-135; y antropología, 23, 137-150; matrices teóricas para repensar una crítica al, 24, 427-434; y los pobres, en las raíces de la tradición hispanoamericana de los derechos humanos, 25, 427-471; algunas incertidumbres en el, 27, 69-110; algunas consideraciones sobre la obligatoriedad del, en Kant, 28, 841-855; entre el, al honor y las libertades de expresión e información, 29, 83-166; y la ética, nuevas interrogantes acerca del, organizando la democracia y la ciencia: un desafío para "Un Nuevo Mundo Feliz", 29, 715-721; lenguaje y sociedad: un diálogo furtivo, 30, 65-74 ; el, y la ciencia, 30, 177-230; lengua y, en México: evolución y actualidad de los derechos lingüísticos de la población indígena, 30, 457-485
DERECHO A LA ALIMENTACIÓN, en el protocolo adicional a la Convención Americana
DERECHO A LA INFORMACIÓN, leyes e iniciativas en México, 26, 601-618; entre el derecho al honor y las libertades de expresión e información, 29, 83-166

CONVENIO INTERNACIONAL PARA LA PROTECCIÓN DE LAS OBTENCIONES VEGETALES, y la biotecnología desde el punto de vista de un país "en vías de desarrollo", 24, 601
CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA, y la biotecnología desde el punto de vista de un país "en vías de desarrollo", 24, 602
CONVENIO SOBRE LAS CONDICIONES DE INSCRIPCIÓN DE LOS BUQUES DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, y las reflexiones en torno al abanderamiento en México de buques extranjeros al amparo de un convenio internacional vigente, 28, 825-839
COOPERACIÓN PROCESAL INTERNACIONAL, la, en materia comercial, el juicio ejecutivo mercantil mexicano y sus figuras afines, 23, 557-673
CORREDORES PÚBLICOS, comentarios sobre la prohibición en materia inmobiliaria de la Ley Federal de Correduría Pública, 30, 159-176
CORREGIDORES, territorio y poder a fines del antiguo régimen en España y las Indias, 26, 221-223
CORREGIMIENTOS, en las instituciones judiciales de la Nueva España, 22, 29-32
CORRUPCIÓN EN EL PODER JUDICIAL, y las relaciones entre jueces federales y locales, 23, 415-417
CORTE PENAL INTERNACIONAL, y los problemas en México para la ratificación del Estatuto de Roma de la, 26, 71-98; y las consideraciones sobre la responsabilidad penal del jefe de Estado, justicia universal y razón de Estado, 27, 517-523
CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL, reformas 1998 a distintos ordenamientos de la, 21, 835-850
COUTURE, EDUARDO J., y las aportaciones de Héctor Fix-Zamudio al derecho procesal constitucional, 26, 331-337, 351-352
CRÉDITO DE LA NACIÓN, el, 26, 35-51
CRÉDITOS EMPRESARIALES, comentarios acerca de la reestructuración de, 21, 503-531
CRÉDITOS EN MONEDA EXTRANJERA, y el acreedor extranjero ante los juicios concursales, 21, 493-501

CRIMEN ORGANIZADO, para una gobernabilidad democrática: preservación de los derechos humanos y lucha contra el, 26, 823-827
CRIMINALIDAD, de la justicia a la ley, en el estudio del individuo y la, en el México independiente (1821-1871), 21, 623-668; la justicia criminal ordinaria en primera instancia, y la, en Toluca (1800-1829), 25, 393-426
CRISIS BANCARIA MEXICANA, la, el FOBAPROA y el IPAB, 28, 187-211
CRISTIANISMO PRIMITIVO, solidaridad y derechos humanos: el caso de la patrística y el, 30, 353-400
CUBA, la pena de muerte en el Código Penal cubano de 1987, 27, 29-67

D

DAÑO MORAL, la protección civil de la persona humana en México: aproximación a dos instituciones del derecho mexicano: derechos de la personalidad y, 24, 435-510
DECLARACIÓN UNIVERSAL SOBRE EL GENOMA HUMANO Y LOS DERECHOS DE LA PERSONA HUMANA, y la Declaración de las Naciones Unidas sobre la clonación humana: impacto internacional y nacional, 29, 391-392
DECRETOS MEXICANOS DEL SIGLO XIX, la "Libertad" y otras divisas en los, planes y manifiestos políticos, 23, 9-27
DE LA PEZA MUÑOZ CANO, JOSÉ LUIS, *in memoriam*, 29, 751-754
DE LAS CASAS, BARTOLOMÉ, aspectos de la práctica jurídica de Alonso de la Veracruz, su colaboración con Las Casas y uso alternativo del derecho, 21, 599-621; y la tradición hispanoamericana de los derechos humanos: dos jueces y un litigante defendiendo los derechos de los indios, 27, 554-572
DELITO, la prevención especial del, o el arte de readaptar, 21, 749-768; el, y la sanción, en la legislación penal en el Distrito Federal (1872-1910), 23, 427-512
DELITO DE REBELIÓN, en el ciberespacio, 21, 85-125
DELITO DE TERRORISMO, en el ciberespacio, 21, 93-95

DERECHO AL TRABAJO, en el protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador, 22, 222-22; y los derechos humanos, producción y reproducción de la vida humana y trabajo vivo, 24, 567-595
DERECHO CONTEMPORÁNEO, hacia una historia crítica del derecho (una aproximación comparativa a las nociones de derecho medieval, derecho indiano y,), 30, 11-32
DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN, leyes e iniciativas en México, 26, 601-618
DERECHO DE CLASE SOCIAL, hacia nuevos paradigmas en el derecho del trabajo, 26, 136-139
DERECHO DE LA COMPETENCIA, las alianzas estratégicas o *joint ventures* y el, 21, 189-220
DERECHO DE PROPIEDAD, y el aprovechamiento de los recursos naturales, 24, 91-172
DERECHO DE RESISTENCIA, desde el iusnaturalismo católico de Suárez, 24, 2000, 424-425
DERECHO FAMILIAR, breves comentarios sobre, 30, 33-63
DERECHO INDIANO, territorio y poder a fines del antiguo régimen en España y las Indias, 26, 199-292; hacia una historia crítica del derecho (una aproximación comparativa a las nociones de derecho medieval, y derecho contemporáneo), 30, 11-32
DERECHO MARÍTIMO, necesidad de difundir y promover el estudio del, en México, 22, 533-549; reflexiones en torno al abanderamiento en México de buques extranjeros al amparo de un convenio internacional vigente, 28, 825-839
DERECHO MEDIEVAL, San Isidoro de Sevilla y la legislación gótico-hispánica, 27, 143-167; simbolismo y simbología de las Siete Partidas, 28, 369-411; hacia una historia crítica del derecho (una aproximación comparativa a las nociones de, derecho indiano y derecho contemporáneo), 30, 11-32
DERECHO NATURAL, el renacimiento del, en la jurisprudencia del Tribunal Federal alemán durante la posguerra, 26, 631-684; la crítica de Hans Kelsen a la doctrina del, 29, 437-513; la crítica de Hans Kelsen a la doctrina del (II), 30, 401-455
DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL, aportaciones de Héctor Fix-Zamudio al, 26, 331-362

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL COMPARADO, breves notas sobre el amparo iberoamericano (desde el,), 30, 133-157
DERECHO PROCESAL INTERNACIONAL, la cooperación procesal internacional en materia comercial, el juicio ejecutivo mercantil mexicano y sus figuras afines, 23, 557-673
DERECHOS DE AUTOR, la legislación en materia de propiedad intelectual y de, 21, 37-83; reservas al uso exclusivo de los, 22, 505-517; el himno nacional mexicano, ¿propiedad de los norteamericanos?, 28, 819-824
DERECHOS DE LA PERSONALIDAD, la protección civil de la persona humana en México: aproximación a dos instituciones del derecho mexicano, y daño moral, 24, 435-510
DERECHOS DEL NIÑO, y la violación de los derechos humanos por los particulares, 26, 576
DERECHOS DE LOS INDIOS, en los aspectos de la práctica jurídica de Alonso de la Veracruz y su colaboración con Las Casas, 21, 599-621; los usos y costumbres indígenas y la justicia electoral en México, 22, 429-504; antropología y derecho, 23, 137-150; una aproximación metalegal a la cuestión de los derechos indígenas, 26, 99-131; los derechos indígenas como una cuestión de justicia, 26,163-197; tradición hispanoamericana de los derechos humanos: dos jueces y un litigante defendiendo los, 27, 537-579; lengua y derecho en México: evolución y actualidad de los derechos lingüísticos de la población indígena, 30, 457-485; los acuerdos de San Andrés: el derecho de decir el derecho, 30, 537-577
DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL, la legislación en materia de, y de derechos de autor, 21, 37-83
DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL, defensa y aplicación efectiva de los, en México, 21, 37-83
DERECHOS FUNDAMENTALES, en la crisis contemporánea de los derechos subjetivos, 22, 133-137
DERECHOS HUMANOS, en el protocolo adicional a la Convención Americana sobre, en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador, 22, 189-251; intervención del Congreso en materia de, 22, 349-351; en *El amparo y sus reformas*, de Isidro Rojas y Francisco Pascual García, 23, 52-56; sobre el concepto de los, 24, 511-565; los, producción y reproducción de la vida humana y trabajo vivo, 24, 567-595; el

derecho y los pobres, en las raíces de la tradición hispanoamericana de los, 25, 427-471; y la sentencia de la Ley Robles sobre el aborto: ¿Una flagrante violación a los, y a la Constitución?, 26, 363-377; la violación de los, por los particulares, 26, 529-599; historización de los, 26, 743-745; para una gobernabilidad democrática: preservación de los, y lucha contra el crimen organizado, 26, 823-827; algunas incertidumbres en el derecho, 27, 76-79; tradición hispanoamericana de los, dos jueces y un litigante defendiendo los derechos de los indios, 27, 537-579; el reencuentro de los, y el Estado, a través de la Constitución, 27, 741-780; fundamentación bíblica de los, 28, 599-627; algunas notas sobre la acción afirmativa y la discriminación positiva, 28, 629-652; algunas aplicaciones de la hermenéutica analógica al derecho, 28, 720-726; ciencia-ficción y, una aproximación desde la complejidad, las tramas sociales y los condicionales contrafácticos, 29, 353-378; y garantías individuales: Vallarta en la Constitución de 1917, 29, 575-582; solidaridad y, el caso de la patrística y el cristianismo primitivo, 30, 353-400
DERECHOS INDÍGENAS. *Ver* Derechos de los indios
DERECHOS LINGÜÍSTICOS DE LA POBLACIÓN INDÍGENA, lengua y derecho en México: evolución y actualidad de los, 30, 457-485
DERECHOS POLÍTICOS, la procedencia del juicio de amparo por la violación de, 29, 583-603
DERECHOS REALES, la influencia del Código Civil de Napoleón en la legislación sobre, de 1928, 28, 783-791
DERECHOS SINDICALES, en el protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador, 22, 226-227
DERECHOS SOCIALES, e intereses difusos (una cita a ciegas), 24, 371-377; algunas consideraciones en torno a los, en materia del trabajo en México, 27, 211-243
DERECHOS SUBJETIVOS, la crisis contemporánea de los, 22, 59-137
DESCUENTO BANCARIO DE TÍTULOS, 22, 253-275
DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA, teoría de la, 29, 545-573

DÍAZ Y DÍAZ, MARTÍN, *in memoriam*, 25, 569-571
DICTÁMENES, las carpetas de, *cartas y opiniones constitucionales* de Don Manuel Herrera y Lasso, 27, 615-637
DIFAMACIÓN, y calumnia como delitos privados, 30, 809-826
DISCRIMINACIÓN POSITIVA, algunas notas sobre la acción afirmativa y la, 28, 629-652
DOCTRINA PROCESAL, panorámica actual de la, 24, 235-270
DOLUS PRO POSSESSIONE EST, el principio, en la perspectiva del senadoconsulto Juvenciano, 27, 305-361
DONACIÓN DE ÓRGANOS, qué hacer con los embriones sobrantes, 23, 327-368
D'ORS, ÁLVARO, en memoria de, 28, 811-818
DUMPING, y la discriminación de precios, 30, 231-273

E

ECTOGÉNESIS, breves comentarios sobre derecho familiar, 30, 47-50
EJECUCIÓN DE PENAS, la, tal como se vislumbra en el siglo XXI, 30, 75-93
EJÉRCITO, intervención del Congreso en materia del, 22, 336-340; y el movimiento estudiantil de 1968, una opinión jurídica, 25, 79-103
ELECCIONES, intervención del Congreso en materia de, 22, 340-349
ELLACURÍA, IGNACIO, liberación y justicia: la historización de lo jurídico en, 26, 735-760
EMBRIONES, qué hacer con los, sobrantes, 23, 327-368
EQUIDAD, en la *Suma Teológica*, 21, 34-36
EQUIDAD ELECTORAL, y actos de autoridad: una perspectiva constitucional, 21, 805-822
EQUILIBRIO DE PODERES, gobernadores y congresos de los estados, ¿supremacía del Legislativo o...? Un análisis a partir de las constituciones estatales durante el régimen constitucional mexicano de 1824, 24, 355-369
ÉTICA, y derecho, nuevas interrogantes acerca de la, organizando la democracia y la ciencia: un desafío para "Un Nuevo Mundo Feliz", 29, 715-721

ESCUELAS DE LA EXÉGESIS, las escuelas clásicas de interpretación y la argumentación jurídica, 24, 2000, 205-234
ESPAÑA, la Constitución española de 1931 y el juicio de amparo mexicano, 23, 151-173; territorio y poder a fines del antiguo régimen en, y las Indias, 26, 199-292; delitos de comisión por omisión impropia dolosos en el Código Penal español y en el Código Penal Federal mexicano: una reflexión comparada, 26, 293-329; principios de orden sustantivo relativos a la responsabilidad penal de los menores en la Ley Orgánica 5/2000, 28, 119-155; manejo de la economía en el Estado franquista: derecho, economía y *poliburocracia*, 28, 545-598; la constitución económica en la Constitución española de 1978, 28, 653-710
ESPINOSA BARRIOS, ÁLVARO, *in memoriam*, 29, 755-756
ESTABILIDAD EN EL EMPLEO, hacia nuevos paradigmas en el derecho del trabajo, 26, 139-143
ESTADO MEXICANO, los fines del, 30, 619-646
ESTATUTO DE ROMA, y los problemas en México para la ratificación del, de la Corte Penal Internacional, 26, 71-98
EUTANASIA, 21, 533-555; legalización de la, 29, 67-71

F

FALTA, la, responsabilidad civil extracontractual: comentario de los artículos 1382 y 1383 del Código Napoleón, 26, 777-789
FECUNDACIÓN *IN VITRO*, breves comentarios sobre derecho familiar, 30, 47-49
FEDERALISMO COOPERATIVO, hacia un nuevo federalismo: el, y las leyes marco, 27, 639-672
FERNÁNDEZ DEL CASTILLO SÁNCHEZ, JAVIER, *in memoriam*, 27, 785-786
FILIACIÓN, breves comentarios sobre derecho familiar, 30, 47-51
FILIALES DE INSTITUCIONES FINANCIERAS DEL EXTERIOR, la figura de la sociedad relacionada en el establecimiento de, en territorio nacional, 30, 729-781
FINES DEL ESTADO MEXICANO, los, 30, 619-646
FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR, aportaciones de, al derecho procesal constitucional, 26, 331-362

FONDO BANCARIO DE PROTECCIÓN DEL AHORRO (FOBAPROA), la crisis bancaria mexicana, el, y el IPAB, 28, 187-211
FÓRMULA OTERO, y los principios rectores del juicio de amparo: actualidad y perspectivas (nota comparativa con la propuesta para una nueva ley de amparo), 29, 683-685
FRANQUICIAS, una década de régimen desregulado de, el registro de contratos de, y la obligación de revelación anticipada de información del franquiciante, 25, 507-517
FREIRE, PAULO, y las matrices teóricas para repensar una crítica al derecho, 24, 427-434
FUEROS, en las instituciones judiciales de la Nueva España, 22, 34-41
FUERZAS ARMADAS. *Ver* EJÉRCITO
FUNCIONALISMO EN LA TEORÍA DEL DELITO, funcionalismo penal en México: la experiencia de una nueva forma de pensar el derecho en el sistema de justicia penal de Aguascalientes, 30, 293-335
FUNCIONARIO JUDICIAL, algunas consideraciones sobre la profesión judicial, 22, 54-56

G

GAMBOA, FEDERICO, en la Escuela Libre de Derecho, 23, 513-533
GARANTÍAS INDIVIDUALES, derechos del hombre y, Vallarta en la Constitución de 1917, 29, 575-582
GARANTISMO PENAL, funcionalismo penal en México: la experiencia de una nueva forma de pensar el derecho en el sistema de justicia penal de Aguascalientes, 30, 293-335
GARCÍA MÁYNEZ, EDUARDO, y el humanismo jurídico en tres juristas mexicanos del siglo XX, 25, 37-78
GARCÍA PIMENTEL Y BRANIFF, JOSÉ, *in memoriam*, 21, 851-852
GAYO, Instituciones de, Comentario Primero, 24, 271-354; Instituciones de, Comentario Segundo, 26, 379-484; Instituciones de, Comentario Tercero, 29, 243-332
GENOTERAPIA, breves comentarios sobre derecho familiar, 30, 47-50

GOBERNABILIDAD DEMOCRÁTICA, para una, preservación de los derechos humanos y lucha contra el crimen organizado, 26, 823-827
GOBERNADORES DE LOS ESTADOS, y congresos: ¿supremacía del Legislativo o equilibrio de poderes? Un análisis a partir de las constituciones estatales durante el régimen constitucional mexicano de 1824, 24, 355-369
GÓMEZ GORDOA, JOSÉ, *in memoriam*, 30, 845-846
GONZÁLEZ URIBE, HÉCTOR, y el humanismo jurídico en tres juristas mexicanos del siglo XX, 25, 37-78
GLOBALIZACIÓN, reflexiones sobre la, las leyes de los Estados y los contratos internacionales, 23, 693-697
GROSSI, PAOLO, bienvenida al Prof., 27, 781-783
GRUPOS FINANCIEROS, la ley mexicana para regular las agrupaciones financieras, 27, 169-210
GUERRA JUSTA, solidaridad y derechos humanos: el caso de la patrística y el cristianismo primitivo, 30, 392-398

H

HABEAS CORPUS, breves notas sobre el amparo iberoamericano (desde el derecho procesal constitucional comparado), 30, 141-143
HACIENDA, intervención del Congreso en materia de, 22, 309-318
HART, HERBERT L. A., y la crisis contemporánea de los derechos subjetivos, 22, 62, 73-77, 130-133
HERENCIA, propuesta sobre la venta de, en el derecho romano clásico, 21, 221-491
HERENCIAS, el Código Napoleón y el Código Civil vigente del Distrito Federal en materia de, 28, 793-803
HERMENÉUTICA ANALÓGICA, algunas aplicaciones de la, al derecho, 28, 711-749
HERRERA Y LASSO, MANUEL, y el humanismo jurídico en tres juristas mexicanos del siglo XX, 25, 37-78; las carpetas de *Dictámenes, cartas y opiniones constitucionales* de Don, 27, 615-637
HIMNO NACIONAL MEXICANO, el, ¿propiedad de los norteamericanos?, 28, 819-824

HONOR, entre el derecho al, y las libertades de expresión e información, 29, 83-166

I

IHERING, RUDOLF VON, y la crisis contemporánea de los derechos subjetivos, 22, 106, 114-115
ILUSTRE Y NACIONAL COLEGIO DE ABOGADOS, 240 años del, de México, 24, 609-612
INCONSTITUCIONALIDAD, la acción de, 25, 105-203
INDIGNIDAD A SUCEDER, y el *Senatusconsultum Iuventianum*, 22, 155-158
INFORMACIÓN, una década de régimen desregulado de franquicias: el registro de contratos de franquicia y la obligación de revelación anticipada de, del franquiciante, 25, 507-517; derecho de acceso a la, leyes e iniciativas en México, 26, 601-618; entre el derecho al honor y las libertades de expresión e, 29, 83-166
INFORMÁTICA JURÍDICA, en la panorámica actual de la doctrina procesal, 24, 264-269
INMUEBLES, comentarios sobre la prohibición en materia inmobiliaria de la Ley Federal de Correduría Pública, 30, 159-176
INSEMINACIÓN ARTIFICIAL, breves comentarios sobre derecho familiar, 30, 47-48
INSTITUCIONES DE GAYO, Comentario Primero, 24, 271-354; Comentario Segundo, 26, 379-484; Comentario Tercero, 29, 243-332
INSTITUTO FEDERAL ELECTORAL, y la procedencia del juicio de amparo por la violación de derechos políticos, 29, 584
INSTITUTO MEXICANO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL (IMPI), y el contencioso administrativo y funciones jurisdiccionales del, 26, 485-527
INSTITUTO PARA LA PROTECCIÓN AL AHORRO BANCARIO (IPAB), la crisis bancaria mexicana, el FOBAPROA y el, 28, 187-211
INTENDENCIAS, territorio y poder a fines del antiguo régimen en España y las Indias, 26, 199-292
INTERESES DIFUSOS, derechos sociales e, 24, 371-377

INTERNET, en la panorámica actual de la doctrina procesal, 24, 266-268
INTERPRETACIÓN JURÍDICA, las escuelas clásicas de, y la argumentación jurídica, primera parte: la Escuela de la Exégesis, 24, 2000, 205-234; criterios hermenéuticos aplicables a la norma laboral, 30, 95-116
ISABEL LA CATÓLICA, la imagen del buen gobernante, en la historiografía mexicana del siglo XIX, 29, 9-26
ISIDORO DE SEVILLA, SAN, y la legislación gótico-hispánica, 27, 143-167
IUS COMMUNE, y representación consociativa, 26, 118-122; no supletoriedad del, hacia nuevos paradigmas en el derecho del trabajo, 26, 149-151
IUSNATURALISMO CATÓLICO, democracia y ley natural desde el, de Suárez, 24, 413-426
IUSNATURALISMO HISTÓRICO, la racionalidad analógica como acceso al, 22, 411-428; liberación y justicia: la historización de lo jurídico en Ellacuría, 26, 735-760; algunas aplicaciones de la hermenéutica analógica al derecho, 28, 726-728
IUSNATURALISMO RACIONALISTA, y las escuelas clásicas de interpretación y argumentación jurídica, 24, 2000, 206-208

J

JERARQUÍA NORMATIVA, tratados internacionales y, el principio de especialidad en la solución de antinomias, derivadas de su aplicación en derecho interno, 28, 299-367
JOINT VENTURES, las alianzas estratégicas o, y el derecho de la competencia, 21, 189-220
JUÁREZ, BENITO, discordia constitucional, y la Constitución de 1857, 27, 673-722
JUECES, y autonomía comunitaria, dentro de una aproximación metalegal a la cuestión de los derechos indígenas, 26, 114-118; el poder de los, 30, 579-618
JUECES DE LA AUDIENCIA, en las instituciones judiciales de la Nueva España, 22, 25-29
JUECES FEDERALES, las relaciones, buenas y malas, entre jueces, y locales, 23, 405-426

JUECES LOCALES, las relaciones, buenas y malas, entre jueces federales y, 23, 405-426
JUICIO DE AMPARO, *El amparo y sus reformas*, de Isidro Rojas y Francisco Pascual García, 23, 29-66; y la Constitución española de 1931, 23, 151-173; y las relaciones, buenas y malas, entre jueces federales y locales, 23, 412-415; y las aportaciones de Héctor Fix-Zamudio al derecho procesal constitucional, 26, 337-340; del, nacional al amparo internacional, 28, 157-186; la procedencia del, por la violación de derechos políticos, 29, 583-603; el árbitro, ¿autoridad responsable para el,?, 29, 605-662; principios rectores del, actualidad y perspectivas (nota comparativa con la propuesta para una nueva ley de amparo), 29, 663-699
JUICIO DE AMPARO IBEROAMERICANO, breves notas sobre el (desde el derecho procesal constitucional comparado), 30, 133-157
JUICIO EJECUTIVO MERCANTIL, la cooperación procesal internacional en materia comercial, el, mexicano y sus figuras afines, 23, 557-673
JUICIO POLÍTICO, intervención del Congreso en el, 22, 325-329
JUICIO POR JURADO, y la legislación penal en el Distrito Federal (1872-1910), 23, 473-478
JUICIOS CONCURSALES, el acreedor extranjero ante los, 21, 493-501
JURISDICCIONES, en las instituciones judiciales de la Nueva España, 22, 16-23
JURISTA. *Ver* Abogado
JUSTICIA, de la, a la ley, en el estudio del individuo y la criminalidad en el México independiente (1821-1871), 21, 623-668; en la *Suma Teológica*, 21, 30-34; el fin del orden constitucional en la Nueva España, y los problemas en la organización de la, 21, 127-187; las instituciones judiciales en la Nueva España, 22, 9-41; los derechos indígenas como una cuestión de, 26, 163-197; *physis y nomos*, el dilema jurisdiccional, 26, 619-629; liberación y, 26, 735-760; sobre el pensamiento contemporáneo en torno a la, 30, 337-351
JUSTICIA CAPITULAR, en las instituciones judiciales de la Nueva España, 22, 32-34
JUSTICIA CONSTITUCIONAL, y las reflexiones sobre la controversia constitucional, hacia un Tribunal Constitucional, 23, 381-404

JUSTICIA CRIMINAL ORDINARIA EN PRIMERA INSTANCIA, la, y la criminalidad en Toluca (1800-1829), 25, 393-426
JUSTICIA ELECTORAL, los usos y costumbres indígenas y la, en México, 22, 429-504
JUSTICIA ORDINARIA, en las instituciones judiciales de la Nueva España, 22, 23-34
JUSTICIAS, en las instituciones judiciales de la Nueva España, 22, 16-23
JUVENCIO CELSO, y el *Senatusconsultum Iuventianum*, apuntes para la reconstrucción de un litigio fiscal en la época de Adriano, 22, 139-187; y la apelación frente al Senado en la edad adrianea, 25, 260-281; el principio *dolus pro possessione est* en la perspectiva del senadoconsulto Juvenciano, 27, 305-361; y la subrogación del precio a las cosas hereditarias en la perspectiva del senadoconsulto Juvenciano, 28, 241-297
JUZGADO DE PROVINCIA, en las instituciones judiciales de la Nueva España, 22, 24-25
JUZGADOS DE DISTRITO, y el régimen disciplinario de los secretarios de, y Tribunales de Circuito, 24, 47-73

K

KANT, EMMANUEL, algunas consideraciones sobre la obligatoriedad del derecho en, 28, 841-855
KELSEN, HANS, y la crisis contemporánea de los derechos subjetivos, 22, 59-137; testimonio radiofónico de, en el 30 aniversario de su fallecimiento, 27, 111-142; la crítica de, a la doctrina del derecho natural, 29, 437-513; la crítica de, a la doctrina del derecho natural (II), 30, 401-455
KIRCHMANN, JULIUS HERMANN VON, y la crítica a la ciencia del derecho, 30, 195-207

L

LAUDO ARBITRAL, medios de impugnación del, 23, 681-691
LAGOS PENICHE, LUIS R., Don, "Paladín de las buenas causas" en tiempos difíciles (datos inéditos sobre su vida y su obra), 30, 827-843

LAVIADA ARRIGUNAGA, ÍÑIGO, *in memoriam*, 21, 855-857
LEGISLACIÓN PENAL, en el Distrito Federal (1872-1910), 23, 427-512
LEGITIMIDAD, orden social, orden jurídico y, un intento por comprender y explicar la problemática de lo jurídico, 25, 205-227
LEGISLACIÓN GÓTICO-HISPÁNICA, San Isidoro de Sevilla y la, 27, 143-167
LENGUAJE, derecho, y sociedad: un diálogo furtivo, 30, 65-74; y derecho en México: evolución y actualidad de los derechos lingüísticos de la población indígena, 30, 457-485
LEY DE AMPARO, como norma reguladora del acreedor extranjero ante los juicios concursales, 21, 493-501; nuevos criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en relación con el artículo 73, fracción X, de la, 21, 823-834; proyecto de una nueva, entre las aportaciones de Héctor Fix-Zamudio al derecho procesal constitucional, 26, 358-361; y el contencioso administrativo y funciones jurisdiccionales del IMPI, 26, 485-527; y la procedencia del juicio de amparo por la violación de derechos políticos, 29, 583-603; principios rectores del, actualidad y perspectivas, nota comparativa con la propuesta para una nueva, 29, 663-699
LEY DE ASOCIACIONES RELIGIOSAS Y CULTO PÚBLICO, en una aproximación a la libertad religiosa, en el derecho mexicano, 26, 18-34
LEY DE CÁMARAS EMPRESARIALES Y SUS CONFEDERACIONES, 22, 357-391
LEY DE FOMENTO Y PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL DE 1991, 21, 45-47
LEY DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, y el nombramiento del Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 28, 73-82
LEY DE LA DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA SOCIETARIA, proyecto de, 29, 560-573
LEY DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, y la competencia desleal (análisis del artículo 6 bis del Código de Comercio), 30, 789-792
LEY DE LAS CÁMARAS DE COMERCIO Y DE LAS INDUSTRIALES, 22, 357-391
LEY DEL SEGURO SOCIAL, y la imperiosa necesidad de fortalecer el marco jurídico tributario de los entes de la seguridad social,

hacia el cumplimiento de la universalidad de la seguridad social, 28, 432-449
LEY DE METROLOGÍA Y NORMALIZACIÓN, y la biotecnología desde el punto de vista de un país "en vías de desarrollo", 24, 604
LEY DE NAVEGACIÓN, y las reflexiones en torno al abanderamiento en México de buques extranjeros al amparo de un convenio internacional vigente, 28, 825-839
LEY DE PROPIEDAD INDUSTRIAL DE 1994, 21, 49-75
LEY DE QUIEBRAS Y SUSPENSIÓN DE PAGOS, como norma reguladora del acreedor extranjero ante los juicios concursales, 21, 493-501
LEY DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA PRIVADA, EL HONOR Y LA PROPIA IMAGEN EN EL DISTRITO FEDERAL, y la difamación y calumnia como delitos privados, 30, 809-826
LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA, 21, 19-220; y la inclusión de un periodo de espera en el procedimiento de notificación previa de concentraciones en México, 27, 363-413; ¿cuáles son los derechos procesales del denunciante ante la, 30, 665-704
LEY FEDERAL DE CORREDURÍA PÚBLICA, comentarios sobre la prohibición en materia inmobiliaria de la, 30, 159-176
LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR, 21, 77-82; y las reservas al uso exclusivo, 22, 505-517
LEY FEDERAL DEL MAR, y el régimen legal de México sobre sus espacios marinos con una propuesta para la delimitación de la plataforma continental en la parte más profunda del Golfo de México, 21, 672-727
LEY FEDERAL DEL TRABAJO, la política laboral y las perspectivas de reformar a la, 25, 487-505
LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, el recurso de revisión de la, 24, 379-412; contencioso administrativo y funciones jurisdiccionales del IMPI, 26, 485-527
LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR, y la naturaleza jurídica del pacto comisorio en el Código de Napoleón y su influencia en el Código Civil para el Distrito Federal, 29, 239; y la competencia desleal (análisis del artículo 6 bis del Código de Comercio), 30, 792-795

LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO, propuesta de, 23, 111-122
LEY FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES, análisis económico de la, 24, 173-204
LEY FEDERAL DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA GUBERNAMENTAL, y el derecho de acceso a la información: leyes e iniciativas en México, 26, 607-617
LEY FEDERAL DE VARIEDADES VEGETALES, y la biotecnología desde el punto de vista de un país "en vías de desarrollo", 24, 601-608
LEY GENERAL DE BIENES NACIONALES, y la biotecnología desde el punto de vista de un país "en vías de desarrollo", 24, 603-604
LEY GENERAL DE DEUDA PÚBLICA, y el crédito de la nación, 26, 43-46
LEY GENERAL DE EQUILIBRIO ECOLÓGICO Y DE PROTECCIÓN AL AMBIENTE, y la biotecnología desde el punto de vista de un país "en vías de desarrollo", 24, 603-605
LEY GENERAL DEL SISTEMA DE MEDIOS DE IMPUGNACIÓN EN MATERIA ELECTORAL, y la procedencia del juicio de amparo por la violación de derechos políticos, 29, 584-585
LEY GENERAL DE SOCIEDADES COOPERATIVAS, régimen fiscal de las cooperativas de producción en la reforma de 2006, 30, 705-728
LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO, como norma reguladora del acreedor extranjero ante los juicios concursales, 21, 493-501
LEY NATURAL, democracia y, desde el iusnaturalismo católico de Suárez, 24, 413-426; y conciencia, desde el iusnaturalismo católico de Suárez, 24, 419-424
LEY ORGÁNICA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR DEL 5/2000 (España), principios de orden sustantivo relativos a la responsabilidad penal de los menores en la Ley Orgánica 5/2000, 28, 119-155
LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA, y el contencioso administrativo y funciones jurisdiccionales del IMPI, 26, 485-527

LEY PARA REGULAR LAS AGRUPACIONES FINANCIERAS, la ley mexicana para regular las agrupaciones financieras, 27, 169-210
LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO FERROVIARIO, las concesiones ferroviarias en la, 25, 473-485
LEY ROBLES, la sentencia de la, sobre el aborto: ¿Una flagrante violación a los derechos humanos y a la Constitución?, 26, 363-377
LEY SOBRE EL ESCUDO, LA BANDERA Y EL HIMNO NACIONALES, el himno nacional mexicano, ¿propiedad de los norteamericanos?, 28, 819-824
LEYES MARCO, hacia un nuevo federalismo: el federalismo cooperativo y las, 27, 639-672
LIBERACIÓN, teoría y concepto de la, y los fundamentos de la crítica en el pensamiento político y jurídico latinoamericano, 27, 584-608
LIBERTAD, la, y otras divisas en los decretos, planes y manifiestos políticos mexicanos del siglo XIX, 23, 9-27; y la legislación penal en el Distrito Federal (1872-1910), 23, 427-512; en Paulo Freire, y las matrices teóricas para repensar una crítica al derecho, 24, 428-432; nuevas interrogantes acerca de la, organizando la democracia y la ciencia: un desafío para "Un Nuevo Mundo Feliz", 29, 703-707
LIBERTAD DE EXPRESIÓN, en Internet, 21, 103-111; entre el derecho al honor y la, e información, 29, 83-166
LIBERTAD DE INFORMACIÓN, entre el derecho al honor y las libertades de expresión y, 29, 83-166
LIBERTAD RELIGIOSA, la, en la República Popular China, 22, 519-527; una aproximación a la, en el derecho mexicano, 26, 9-34; un falso concepto de la, la recomendación general número 5/2003 de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 28, 9-48

M

MANCIPATIO, como venta real en la época arcaica del derecho romano, y la transmisión de la propiedad en la compraventa, 23, 177-180
MANCIPIO DARE Y *POSSESSIONEM DARE*, en la transmisión de la propiedad en la compraventa, 23, 180-203

MANIFIESTOS POLÍTICOS MEXICANOS DEL SIGLO XIX, la "Libertad" y otras divisas en los decretos, planes y, 23, 9-27
MATRIMONIO, el, como derecho y algunas consideraciones jurídicas en el caso de personas del mismo sexo; 23, 305- 325; comentarios a las reformas del Código Civil del Distrito Federal en materia de, y concubinato, 24, 9-21; breves comentarios sobre derecho familiar, 30, 36-39
MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, nota sobre el creciente desarrollo del área, 28, 213-240
MEDIACIÓN, y los mecanismos alternativos de solución de controversias: nota sobre el creciente desarrollo del área, 28, 213-240
MEZA LLORENTE, ENRIQUE, estudiante de la Escuela Libre de Derecho y diputado constituyente en 1917, 26, 53-70
MINISTERIO PÚBLICO, de los estados, en las relaciones entre jueces federales y locales, 23, 418-419; y la legislación penal en el Distrito Federal (1872-1910), 23, 427-512
MOCTEZUMA, PEDRO, evidencias de la complejidad social novohispana en el testamento de Don (siglo XVI), 25, 379-392
MOMMSEN, THEODOR, y la apelación frente al Senado en la edad adrianea, 25, 231-232
MONOPOLIOS, inclusión de un periodo de espera en el procedimiento de notificación previa de concentraciones en México, 27, 363-413; y la discriminación de precios, 30, 233, 263-264
MONTEJANO HILTON, JULIO, *in memoriam*, 23, 699-700
MONTESINOS CASAS, RAFAEL, *in memoriam*, 27, 787-788
MOUNIER, EMMANUEL, persona y derecho desde el realismo personalista de, 23, 123-135; el derecho como mediación, en la realización de la persona, según, 23, 369-379
MOVIMIENTO ESTUDIANTIL DE 1968, una opinión jurídica, 25, 79-103
MUNICIPIO, la autonomía indígena a través de la institución del, 22, 484-502

N

NARCOTRÁFICO, hacia la despenalización del, una forma de política criminal para enfrentar este fenómeno delictivo, 29, 53-81

NASCITURUS, y su status jurídico, en la sentencia de la Ley Robles sobre el aborto, 26, 366-369
NIÑO MALTRATADO, breves comentarios sobre derecho familiar, 30, 51-62
NOMBRAMIENTO DE FUNCIONARIOS, intervención del Congreso en materia de, 22, 329-333
NOMBRES DE PERSONAJES HUMANOS DE CARACTERIZACIÓN, O FICTICIOS, O SIMBÓLICOS, y las reservas al derecho exclusivo, 22, 511-512
NOMOS, justicia, *physis* y, el dilema jurisdiccional, 26, 619-629
NORMA LABORAL, criterios hermenéuticos aplicables a la, 30, 95-116
NORMAS DE COMPETENCIA, y derechos subjetivos, 22, 130-133
NORMAS JURÍDICAS, y función social del derecho, un intento por comprender y explicar la problemática de lo jurídico, 25, 208-218
NOTARIADO, el, producto refinado de la evolución jurídica occidental de la prudencia jurídica, 26, 829-836
NUEVA ESPAÑA, el fin del orden constitucional en la, y los problemas en la organización de la justicia, 21, 127-187; instituciones judiciales de la, 22, 9-41; por el humo se sabe dónde está el fuego: evidencias de la complejidad social novohispana en el testamento de Don Pedro Moctezuma (siglo XVI), 25, 379-392

O

OBLIGACIÓN, la relación jurídica obligatoria y el nuevo concepto de, 26, 791-822; la definición justinianea de, aumentada, concordada y puesta al día, 27, 415-429
OBLIGATORIEDAD DEL DERECHO, algunas consideraciones sobre la, en Kant, 28, 841-855
OCDE. *Ver* ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO
OLIVECRONA, KARL, y la crisis contemporánea de los derechos subjetivos, 22, 127-130
OMBUDSMAN, el, y las aportaciones de Héctor Fix-Zamudio al derecho procesal constitucional, 26, 353-355; el, en la Unión Europea: una institución supranacional, 26, 721-733; ¿existe un solo, nacional?, 30, 117-131

OPINIONES CONSTITUCIONALES, las carpetas de *Dictámenes, cartas y*, de Don Manuel Herrera y Lasso, 27, 615-637
ORDEN JURÍDICO, orden social, y legitimidad, un intento por comprender y explicar la problemática de lo jurídico, 25, 205-227
ORDEN SOCIAL, orden jurídico, y legitimidad, un intento por comprender y explicar la problemática de lo jurídico, 25, 205-227
ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO (OCDE), y la figura de la sociedad relacionada en el establecimiento de filiales de instituciones financieras del exterior en territorio nacional, 30, 744-751
ORTEGA, VÍCTOR MANUEL, *in memoriam*, 23, 703-705
OSTOS LUZURIAGA, ARMANDO, *in memoriam*, 23, 707-708

P

PACTO COMISORIO, la naturaleza jurídica del, en el Código de Napoleón y su influencia en el Código Civil para el Distrito Federal, 29, 235-242
PAGO HECHO POR UN TERCERO, 25, 285-293
PARLAMENTARISMO, facultades de control parlamentario en nuestra realidad constitucional, 22, 295-298
PARTENOGÉNESIS, breves comentarios sobre derecho familiar, 30, 47-51
PARTES CADUCAE, y el *Senatusconsultum Iuventianum*, 22, 158-165
PARTIDOS POLÍTICOS, y la procedencia del juicio de amparo por la violación de derechos políticos, 29, 583-603
PASCUAL GARCÍA, FRANCISCO, *El amparo y sus reformas*, de Isidro Rojas y, 23, 29-66
PATRÍSTICA, solidaridad y derechos humanos: el caso de la, y el cristianismo primitivo, 30, 353-400
PENA DE MUERTE, la, en el Código Penal cubano de 1987, 27, 29-67
PENSAMIENTO JURÍDICO, fundamentos de la crítica en el pensamiento político y, latinoamericano, 27, 581-613
PENSAMIENTO POLÍTICO, fundamentos de la crítica en el, y jurídico latinoamericano, 27, 581-613

PERSONA, y derecho, desde el realismo personalista de Mounier, 23, 123-135; el derecho como mediación, en la realización de la, según Mounier, 23, 369-379; la protección civil de la, humana en México, 24, 435-510
PERSONA JURÍDICA, efectos jurídicos de la consideración como, de la asociación en participación para efectos fiscales, 29, 167-193
PERSONA MORAL, y la desestimación de la personalidad jurídica, 29, 545-573
PERSONALIDAD, la protección civil de la persona humana en México: aproximación a dos instituciones del derecho mexicano, derechos de la, y daño moral, 24, 435-510; la desestimación de la, jurídica, 29, 545-573
PERSPECTIVISMO JURÍDICO, en la obra de Eduardo García Máynez, 25, 37-78
PHYSIS, justicia, y *nomos*: el dilema jurisdiccional, 26, 619-629
PLANES MEXICANOS DEL SIGLO XIX, la "Libertad" y otras divisas en los decretos, y manifiestos políticos, 23, 9-27
PLATAFORMA CONTINENTAL, el régimen legal de México sobre sus espacios marinos con una propuesta para la delimitación de la, en la parte más profunda del Golfo de México, 21, 669-727
PODER, y territorio a fines del antiguo régimen en España y las Indias, 26, 199-292
PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, algunas consideraciones sobre la profesión judicial, 22, 43-57; las relaciones, buenas y malas, entre jueces federales y locales, 23,405-426; y el régimen disciplinario de los secretarios de Juzgados de Distrito y Tribunales de Circuito, 24, 47-73
PODER LEGISLATIVO ESTATAL, gobernadores y congresos de los estados, ¿supremacía del, o equilibrio de poderes? Un análisis a partir de las constituciones estatales durante el régimen constitucional mexicano de 1824, 24, 355-369
POLICÍA JUDICIAL, y la legislación penal en el Distrito Federal (1872-1910), 23, 478-482
POLÍTICA LABORAL, la, y las perspectivas de reformar a la Ley Federal del Trabajo, 25, 487-505
POSESIÓN, el principio *dolus pro possessione est* en la perspectiva del senadoconsulto Juvenciano, 27, 305-361

POSITIVISMO JURÍDICO, y la persona desde el realismo personalista de Mounier, 23, 123-135; el derecho como mediación, en la realización de la persona, según Mounier, 23, 369-379
POSSESSIONEM DARE Y *MANCIPIO DARE*, en la transmisión de la propiedad en la compraventa, 23, 180-203
PRECIOS, discriminación de, 30, 231-273
PRESIDENTE DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, sobre el nombramiento del, 28, 49-118
PRINCIPIO DE AGRAVIO PERSONAL Y DIRECTO, y los principios rectores del juicio de amparo: actualidad y perspectivas (nota comparativa con la propuesta para una nueva ley de amparo), 29, 671-676
PRINCIPIO DE DEFINITIVIDAD, y los principios rectores del juicio de amparo: actualidad y perspectivas (nota comparativa con la propuesta para una nueva ley de amparo), 29, 690-694
PRINCIPIO DE ESTRICTO DERECHO, y los principios rectores del juicio de amparo: actualidad y perspectivas (nota comparativa con la propuesta para una nueva ley de amparo), 29, 680-683
PRINCIPIO DE INSTANCIA DE PARTE AGRAVIADA, y los principios rectores del juicio de amparo: actualidad y perspectivas (nota comparativa con la propuesta para una nueva ley de amparo), 29, 667-671
PRINCIPIO DE RELATIVIDAD DE LAS SENTENCIAS, y los principios rectores del juicio de amparo: actualidad y perspectivas (nota comparativa con la propuesta para una nueva ley de amparo), 29, 683-685
PRINCIPIO DE SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE, y los principios rectores del juicio de amparo: actualidad y perspectivas (nota comparativa con la propuesta para una nueva ley de amparo), 29, 677-680
PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS, los, y los delitos de naturaleza fiscal, 21, 769-779
PROFESIÓN JUDICIAL, algunas consideraciones sobre la, 22, 43-57
PROTECCIÓN DE LOS CLIENTES, protección de los intereses económicos y, algunas reflexiones sobre la experiencia del derecho romano en materia bancaria, 25, 337-377
PROTECCIÓN DE LOS INTERESES ECONÓMICOS, y protección de los clientes, algunas reflexiones sobre la experiencia del derecho romano en materia bancaria, 25, 337-377

PROMOCIONES PUBLICITARIAS, y las reservas al uso exclusivo de los derechos de autor, 22, 512-513
PROPIEDAD, transmisión de la, en la compraventa, 23, 175-270
PROPIEDAD INDUSTRIAL, la legislación en materia de, y de derechos de autor, 21, 37-83
PROPIEDAD INTELECTUAL, defensa y aplicación efectiva de los derechos de, en México, 21, 37-83
PROTOCOLO DE SAN SALVADOR, y el protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 22, 189-251
PRUDENCIA, en la *Suma Teológica*, 21, 20-26; como condición del acto justo, 27, 449-466
PRUDENCIA JURÍDICA, el notariado: producto refinado de la evolución jurídica occidental de la, 26, 829-836
PRUEBA PERICIAL, en materia civil, 23, 271-304

Q

QUERELA INOFFICIOSI TESTAMENTI, y el *Senatusconsultum Iuventianum*, 22, 148-154
QUIROGA, VASCO DE, y la tradición hispanoamericana de los derechos humanos: dos jueces y un litigante defendiendo los derechos de los indios, 27, 542-554

R

RABASA, EMILIO, y el discurso del Señor Licenciado Don Mario A. Becerra Pocoroba, Rector de la Escuela Libre de Derecho en la ceremonia de donación del manuscrito original de "El Artículo 14. Estudio Constitucional", de Don, 23, 731-735; y el discurso de la Señorita Lisette Caullieres Elizarrarás, en la ceremonia de donación del manuscrito original de "El Artículo 14. Estudio Constitucional" de Don, 23, 737-741; y el discurso del Profesor Don Arturo Zaldívar L., en el homenaje a Don, con motivo de la donación del manuscrito original de "El Artículo 14. Estudio Constitucional", 23, 743-747

RADBRUCH, GUSTAV, y el renacimiento del derecho natural en la jurisprudencia del Tribunal Federal alemán durante la posguerra, 26, 643-645, 675-677
READAPTACIÓN SOCIAL, la prevención especial del delito o el arte de readaptar, 21, 749-768
REALES AUDIENCIAS NOVOHISPANAS, en las instituciones judiciales de la Nueva España, 22, 23-24
REALISMO PERSONALISTA, persona y derecho, desde el, de Mounier, 23, 123-135; el derecho como mediación, en la realización de la persona, desde el, de Mounier, 23, 369-379
REBELIÓN. *Ver* Delito de Rebelión
RECURSO DE REVISIÓN, el, de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, 24, 379-412
RECURSOS NATURALES, el aprovechamiento de los, 24, 91-172
REFORMAS BORBÓNICAS, territorio y poder a fines del antiguo régimen en España y las Indias, 26, 199-292
REINCIDENCIA, algunas consideraciones sobre la, 21, 729-747; la psicoterapia como tratamiento para prevenir la, de conductas antisociales, 21, 781-798
RELACIÓN JURÍDICA OBLIGATORIA, la, y el nuevo concepto de obligación, 26, 791-822
RESCISIÓN ACOTADA, hacia nuevos paradigmas en el derecho del trabajo, 26, 143-149
RESERVAS AL USO EXCLUSIVO, de los derechos de autor, 22, 505-517
RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL, comentario de los artículos 1382 y 1383 del Código Napoleón: La falta, 26, 777-789
RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO, y la respuesta al reto que planteara Don Antonio Carrillo Flores a los alumnos de la Escuela Libre de Derecho sobre el instituto de la, 23, 67-122
RESPONSABILIDAD PENAL DEL JEFE DE ESTADO, consideraciones sobre la, justicia universal y razón de Estado, 27, 497-535
RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES, principios de orden sustantivo relativos a la responsabilidad penal de los menores en la Ley Orgánica 5/2000, 28, 119-155

REYES OCHOA, RODOLFO, influencia en la Constitución española de 1931, 23, 168-172
ROJAS, ISIDRO, *El amparo y sus reformas*, de, y Francisco Pascual García, 23, 29-66
ROMERO GIL, JOSÉ HILARIÓN, el Código de Procedimientos Penales de, una breve presentación, 22, 393-410
ROSS, ALF, y la crisis contemporánea de los derechos subjetivos, 22, 122-127

S

SÁNCHEZ MEDAL, RAMÓN, *in memoriam*, 24, 619-622; homenaje a, 25, 561-568
SANCIÓN, el delito, y la, en la legislación penal en el Distrito Federal (1872-1910), 23, 427-512
SECRETARÍA DE SALUD DEL DISTRITO FEDERAL, inconstitucionalidad de la circular de la, en materia de aborto, 26, 685-719
SECRETARIOS DE JUZGADOS DE DISTRITO Y TRIBUNALES DE CIRCUITO, y el régimen disciplinario de los, 24, 47-73
SEGURIDAD SOCIAL, la imperiosa necesidad de fortalecer el marco jurídico tributario de los entes de la, hacia el cumplimiento de la universalidad de la, 28, 413-457
SENADOCONSULTO JUVENCIANO, *Senatusconsultum Iuventianum*, apuntes para la reconstrucción de un litigio fiscal en la época de Adriano, 22, 139-187; el principio *dolos pro possessione est* en la perspectiva del, 27, pp. 305-361; la subrogación del precio a las cosas hereditarias en la perspectiva del, 28, 241-297
SIETE PARTIDAS, simbolismo y simbología de las, 28, 369-411
SINDICALISMO CORPORATIVO, hacia nuevos paradigmas en el derecho del trabajo, 26, 151-156
SISTEMA DE INFORMACIÓN EMPRESARIAL MEXICANO, en la Ley de Cámaras Empresariales y sus confederaciones, 22, 377-386
SISTEMA DE JUSTICIA PENAL, funcionalismo penal en México: la experiencia de una nueva forma de pensar el derecho en el, de Aguascalientes), 30, 293-335
SOCIEDAD, derecho, lenguaje y, un diálogo furtivo, 30, 65-74

SOCIEDAD RELACIONADA, la figura de la, en el establecimiento de filiales de instituciones financieras del exterior en territorio nacional, 30, 729-781
SOCIEDADES COOPERATIVAS DE PRODUCCIÓN, régimen fiscal de las, en la reforma de 2006, 30, 705-728
SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, mecanismos alternativos de, nota sobre el creciente desarrollo del área, 28, 213-240
SUÁREZ, FRANCISCO, democracia y ley natural desde el iusnaturalismo católico de, 24, 413-426
SUBROGACIÓN DEL PRECIO A LAS COSAS HEREDITARIAS, en la perspectiva del senadoconsulto Juvenciano, 28, 241-297
SUMA TEOLÓGICA, y las virtudes del jurista, 21, 9-36
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, nuevos criterios de la, en relación con el artículo 73, fracción X de la Ley de Amparo, 21, 823-834; y la sentencia de la Ley Robles sobre el aborto: ¿una flagrante violación a los derechos humanos y a la Constitución?, 26, 363-377; y la procedencia del juicio de amparo por la violación de derechos políticos, 29, 583-603

T

TEORÍA DEL DELITO, funcionalismo penal en México: la experiencia de una nueva forma de pensar el derecho en el sistema de justicia penal de Aguascalientes, 30, 293-335
TERRITORIO, y poder a fines del antiguo régimen en España y las Indias, 26, 199-292
TERRORISMO. *Ver* Delito de Terrorismo
TESTAMENTO, evidencias de la complejidad social novohispana en el, de Don Pedro Moctezuma (siglo XVI), 25, 379-392
TÍTULOS DE PUBLICACIONES PERIÓDICAS, y las reservas al uso exclusivo de los derechos de autor, 22, 509-511
TLCAN. *Ver* TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE
TOLUCA, la justicia criminal ordinaria en primera instancia, y la criminalidad en (1800-1829), 25, 393-426
TOTALITARISMO, manejo de la economía en el Estado franquista: derecho, economía y *poliburocracia*, 28, 545-598

TRATADO CONSTITUCIONAL EUROPEO, el proceso de ratificación del, su alcance y efectos, 30, 487-535
TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE, y la legislación en materia de propiedad intelectual y de derechos de autor, 21, 47-49; y la figura de la sociedad relacionada en el establecimiento de filiales de instituciones financieras del exterior en territorio nacional, 30, 734-751
TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE MÉXICO Y LA UNIÓN EUROPEA, 25, 32-36
TRATADO DE NIZA, la Unión Europea, proceso de ampliación y principales modificaciones introducidas por el, 27, 9-27
TRATADOS INTERNACIONALES, y jerarquía normativa, el principio de especialidad en la solución de antinomias, derivadas de su aplicación en derecho interno, 28, 299-367
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, reflexiones sobre la controversia constitucional, hacia un, 23, 381-404
TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, y la procedencia del juicio de amparo por la violación de derechos políticos, 29, 583-584
TRIBUNAL FEDERAL ALEMÁN, el renacimiento del derecho natural en la jurisprudencia del, durante la posguerra, 26, 631-684
TRIBUNALES, en las instituciones judiciales de la Nueva España, 22, 16-23; como organizaciones, 22, 44-45; y sus agentes, en la legislación penal en el Distrito Federal (1872-1910), 23, 458-482
TRIBUNALES DE CIRCUITO, y el régimen disciplinario de los secretarios de Juzgados de Distrito y, 24, 47-73
TRIBUNALES ESPECIALES, en las instituciones judiciales de la Nueva España, 22, 34-41

U

UNIÓN EUROPEA, la, origen, instituciones y ámbito competencial, 25, 9-36; principios jurídicos esenciales en el ordenamiento jurídico de la, 25, 295-335; el *ombudsman* en la, una institución supranacional, 26, 721-733; proceso de ampliación y principales modificaciones introducidas por el Tratado de Niza, 27, 9-27; el proceso de ratificación del Tratado Constitucional Europeo: su alcance y efectos, 30, 487-535

USO ALTERNATIVO DEL DERECHO, teoría del, y los aspectos de la práctica jurídica de Alonso de la Veracruz: su colaboración con Las Casas, 21, 599-621; en algunas consideraciones en torno a los derechos sociales en materia del trabajo en México, 27, 236-243; y algunas aplicaciones de la hermenéutica analógica al derecho, 28, 730-749
USO EXCLUSIVO DE LOS DERECHOS DE AUTOR, y sus reservas, 22, 505-517
USOS Y COSTUMBRES INDÍGENAS, y la justicia electoral en México, 22, 429-504

V

VALLARTA, IGNACIO L., derechos del hombre y garantías individuales, en la Constitución de 1917, 29, 575-582
VALORES, los, de la Escuela Libre de Derecho: tradición, actualidad y perspectivas, 29, 723-748
VENTA DE HERENCIA, propuesta sobre la, en el derecho romano clásico, 21, 221-491
VERACRUZ, ALONSO DE LA, aspectos de la práctica jurídica de, su colaboración con Las Casas y uso alternativo del derecho, 21, 599-621
VIDA, nuevas interrogantes acerca de la, organizando la democracia y la ciencia: un desafío para "Un Nuevo Mundo Feliz", 29, 703-707
VINDICATIO CADUCORUM, y el *Senatusconsultum Iuventianum*, 22, 166-180
VIRTUDES, del jurista, 21, 9-36

Y

YLLANES RAMOS, FERNANDO, *in memoriam*, 23, 701-702

Z

ZACATECAS, la tradición democrática y la dimensión sapiencial del derecho en la independencia de Aguascalientes, 29, 516-542

ZONA ECONÓMICA EXCLUSIVA, en el régimen legal de México sobre sus espacios marinos, con una propuesta para la delimitación de la plataforma continental en la parte más profunda del Golfo de México, 21, 688-727
ZONAS MARINAS. *Ver* PLATAFORMA CONTINENTAL
ZORITA, ALONSO DE, y la tradición hispanoamericana de los derechos humanos: dos jueces y un litigante defendiendo los derechos de los indios, 27, 572-579