

REVISTA DE
INVESTIGACIONES
JURIDICAS



ESCUELA LIBRE DE DERECHO

REVISTA DE
INVESTIGACIONES
JURÍDICAS

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*

Dr. Rafael Estrada Michel
*Secretario de Administración
y Encargado de despacho
de la Secretaría Académica*

Dr. Juan Pablo Pampillo Baliño
*Encargado del Plan de Estudios
de Licenciatura*

Lic. Renata Sandoval Sánchez
Prosecretaria

Lic. Mayra Müggenburg Camil
*Coordinadora de Postgrado
y Encargada de despacho
de la Secretaría de Postgrado*

ESCUELA LIBRE DE DERECHO
BIBLIOTECA

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

© 2008. Derechos reservados conforme a la ley
Escuela Libre de Derecho
Dr. Vértiz núm. 12, México 06720, D. F.

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

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

ÍNDICE

DOCTRINA GENERAL

Felipe ALAMILLA RAMOS

La Unión Europea, proceso de ampliación, algunos aspectos relevantes del tratado por el que se establece una constitución para Europa y principales características del mandato de la conferencia intergubernamental para la elaboración de un tratado de reforma 11

Antonio CELSO BAETA MINHOTO

*Uma idéia, um rumo: para onde vai o estado de direito?..... 35

Mario BECERRIL HERNÁNDEZ

La asimilación de nuestras raíces para encontrar el diálogo que permita el desarrollo de México..... 75

Luis Norberto CACHO PÉREZ

Las guerrillas..... 91

José Ramón CÁRDENO SHAADI

Carlos Alberto CARREIRO TRUJILLO

La gestión colectiva en el derecho autoral..... 147

Francesco DAL CANTO

La nozione di famiglia secondo la costituzione italiana e la tutela dei modelli para-familiari..... 181

- Jesús Antonio DE LA TORRE RANGEL
 Oscar Arnulfo DE LA TORRE DE LARA
 A propósito de la crisis alimentaria y de un mensaje episcopal. Leyes neoliberales vs. Derecho a la alimentación 199
- Rafael ESTRADA SÁMANO
 Los orígenes y la génesis de la Constitución de 1857 229
- Rodolfo FÉLIX CÁRDENAS
 Algunas observaciones críticas a la futura reforma constitucional, con especial mención a la delincuencia organizada 249
- Eduardo FERRER MAC-GREGOR
 El primer estudio sistemático sobre el derecho procesal constitucional (1955) 283
- F. Jorge GAXIOLA MORAILA
 Reformas a la sociedad anónima en la Ley del Mercado de Valores. Decodificación y modernización pendiente 305
- Arely GÓMEZ GONZÁLEZ
 La reforma penal electoral 337
- Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO
 Orden público y arbitrabilidad: dúo dinámico del arbitraje... 361
- Yuri GONZÁLEZ ROLDÁN
 Acciones noxales y pérdida dolosa de la *potestas* (o de la posesión) 381
- David HERNÁNDEZ GONZÁLEZ
 Derecho monetario y numismática 427
- Horacio Armando HERNÁNDEZ OROZCO
 El control constitucional de la ley de amparo 469

- Carlos MÜGGENBURG
 La Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal..... 497
- José Ramón NARVÁEZ
 La reforma al derecho civil y la nueva tarea de la ciencia del derecho en la modernidad 563
- Juan Pablo PAMPILLO BALIÑO
 Del *mos europaeus* al *mos americanus iura legendi*. Un intento de refundación de la ciencia nueva para la integración jurídica de nuestro continente 581
- Alberto Javier SÁNCHEZ ROJAS
 El ajuste en el seguro contra los daños 631
- Garbiñe SARUWATARI ZAVALA
 Instrumentos de voluntad anticipada: consideraciones sobre la Ley y Reglamento de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal 669
- Emilio SUÑÉ LLINÁS
 La filosofía jurídica y política de Averroes. Una recuperación para la actualidad 713
- Alfredo TRUJILLO BETANZOS
 La objetivación del acto de comercio en el Código de Comercio de Napoleón..... 759
- Clemente VALDÉS S.
 Cuento de cuentos. Un ensayo sobre las fantasías constitucionales..... 783
- María ZARAGOZA SIGLER
 El procedimiento legislativo 805

MISCELÁNEA

Rafael ESTRADA MICHEL

Datos del bienio académico 2007-2008 845

Óscar CRUZ BARNEY

Discurso de toma de posesión de la presidencia del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México 869

DISCURSOS

Discurso pronunciado por el Presidente de la República, Felipe Calderón Hinojosa, en la ceremonia conmemorativa del XCV aniversario de la Fundación de la Escuela Libre de Derecho, el 24 de julio de 2007 877

Discurso pronunciado por el Lic. Ignacio R. Morales Lechuga, Rector de la Escuela Libre de Derecho, en la ceremonia conmemorativa del XCV aniversario de su fundación, el 24 de julio de 2007 883

Discurso pronunciado por el Sr. Diego Sierra, presidente de la Sociedad de Alumnos de la Escuela Libre de Derecho, en la ceremonia conmemorativa del XCV aniversario de su fundación, el 24 de julio de 2007 889

Discurso del Lic. Ignacio R. Morales Lechuga, Rector de la Escuela Libre de Derecho, en la ceremonia de inauguración de cursos 2008-2009 893

Discurso pronunciado en la Escuela Libre de Derecho con motivo de la entrega de reconocimientos a los señores Mischel Cohen Chicurel y Pablo Francisco Muñoz Díaz por haber obtenido los mejores promedios de licenciatura y maestría 899

Discurso de la Dra. María del Carmen Carmona Lara, profesora de la Escuela Libre de Derecho, en la ceremonia de inauguración de cursos 2008-2009 903

Discurso de la Srita. Ruth Zenteno, presidenta de la Sociedad de Alumnos de la Escuela Libre de Derecho, en la ceremonia de inauguración de cursos 2008-2009 909

LA UNIÓN EUROPEA, PROCESO DE AMPLIACIÓN,
ALGUNOS ASPECTOS RELEVANTES DEL TRATADO
POR EL QUE SE ESTABLECE UNA CONSTITUCIÓN
PARA EUROPA Y PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS
DEL MANDATO DE LA CONFERENCIA
INTERGUBERNAMENTAL PARA
LA ELABORACIÓN DE UN TRATADO
DE REFORMA

Felipe ALAMILLA RAMOS

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Proceso de ampliación.* III. *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.* IV. *Mandato de la Conferencia Intergubernamental para la elaboración de un Tratado de Reforma.*

I. INTRODUCCIÓN

En el artículo intitulado “La Unión Europea, proceso de ampliación y principales modificaciones introducidas por el Tratado de Niza”, publicado en el número 27 de esta Revista, se efectuó una breve narración de los principales acontecimientos ocurridos hasta esa fecha en el ámbito comunitario, particularmente aquéllos vinculados con el proceso de ampliación, así como una exposición de algunas reformas introducidas en el acervo comunitario con motivo de la entrada en vigor de dicho Tratado. Como se recordará, en aquella ocasión se vislumbraba ya una ampliación histórica de la Unión Europea, cuyas incorporaciones formales tendrían lugar durante 2004.

Hoy, a cuatro años de distancia de aquella publicación, la Unión Europea ha experimentado la mayor ampliación de su historia –la

quinta desde 1973— en virtud de la incorporación de diez nuevos Estados miembros el 1 de mayo de 2004; mientras que, como parte del mismo proceso, el 1 de enero de 2007 se produjo la sexta ampliación con la adhesión de otros dos Estados miembros, teniéndose ya contemplada la futura incorporación de tres Estados candidatos. De esta forma, actualmente la Unión Europea integra a 27 Estados que representan una población total aproximada de 500 millones de habitantes, lo que es superior a la suma de las poblaciones de Estados Unidos y Rusia.

Como ya es característico en el proceso comunitario, la ampliación de los miembros y la profundización en la integración han ido a la par. En esta ocasión, sin embargo, aquel proceso se ubica en una etapa particularmente significativa, ya que con la incorporación de diez países de Europa Central y Oriental, la Unión Europea ha zanjado la brecha que fue abierta entre el Este y el Oeste europeos con motivo de la Segunda Guerra Mundial.

Por lo que respecta al acervo comunitario, uno de los acontecimientos más relevantes desde la entrada en vigor del Tratado de Niza consistió en la suscripción del “*Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*”, lo cual tuvo lugar el 29 de octubre de 2004 y fue el resultado de las negociaciones sostenidas en el marco de la Conferencia Intergubernamental inaugurada en Roma el 4 de octubre de 2003, cuyos trabajos concluyeron precisamente con dicha suscripción.

Este nuevo Tratado, en cuanto tal, requería para su entrada en vigor de la ratificación de cada uno de los Estados miembros, lo que a su vez suponía que éstos, conforme a sus respectivos procedimientos constitucionales, resolvieran favorablemente su adopción. En este contexto, la fecha originalmente prevista para el inicio de vigencia del Tratado era el 1 de noviembre de 2006; sin embargo, debido a la negativa manifestada por los ciudadanos franceses y neerlandeses, el Consejo Europeo consideró que aquella fecha ya no era realista y determinó postergarla.

No obstante que en un primer momento continuaban siendo favorables las expectativas en torno a la eventual ratificación unánime del nuevo Tratado —el cual comprendía por primera vez una carta de derechos fundamentales, el establecimiento de un cuerpo jurídico único en sustitución de los tratados fundacionales y la fusión de lo que se

ha denominado “*los tres pilares*”— después de dos años de reflexión y con base en el informe elaborado por la Presidencia alemana del Consejo Europeo, el 23 de junio de 2007 los dirigentes de la Unión Europea acordaron otorgar un mandato detallado para una nueva Conferencia Intergubernamental, contemplándose la elaboración de un nuevo “*Tratado de Reforma*” que modifique los tratados existentes para aumentar la eficacia y legitimidad democrática de la Unión ampliada, así como la coherencia en la acción exterior.

El objeto del presente trabajo consiste en exponer de forma sucinta los aspectos que se estiman más relevantes del “*Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*”, así como las principales características del Mandato de la Conferencia Intergubernamental para la elaboración de un “*Tratado de Reforma*”, para lo cual, al igual que en ocasiones anteriores, primero se efectuará una breve narración de los acontecimientos más trascendentes ocurridos como parte del proceso de ampliación.

II. PROCESO DE AMPLIACIÓN

Durante diciembre de 2002 el Consejo Europeo reunido en la ciudad de Copenhague acogió oficialmente las candidaturas de Hungría, Polonia, la República Checa, Eslovaquia, Eslovenia, los estados bálticos de Estonia, Letonia y Lituania, así como de las islas mediterráneas de Malta y Chipre; lo anterior, en el entendido de que las incorporaciones correspondientes se efectuarían en el año 2004 y de que éstas, por supuesto, se encontraban sujetas a las ratificaciones respectivas por parte de dichos Estados, conforme a sus procedimientos constitucionales.

Así, el 16 de abril de 2003 fueron suscritos los tratados de adhesión correspondientes en la ciudad de Atenas, los cuales, después de obtener la aceptación de cada uno de los Estados, iniciaron su vigencia el 1 de mayo de 2004, formalizándose así la incorporación de los nuevos miembros y con ello un incremento de más de 100 millones en el número de ciudadanos de la Unión Europea.

Posteriormente, en los casos de Bulgaria y de Rumania, una vez concluidas las negociaciones correspondientes, el 25 de abril de 2005 ambos países suscribieron los tratados de adhesión respectivos y el 1 de enero de 2007 tuvo lugar su incorporación oficial.

Por lo que respecta a otros países que han solicitado su incorporación, en el caso de Turquía la Unión Europea había condicionado las negociaciones tendentes a su adhesión al cumplimiento de los denominados “*criterios políticos*”, relativos a derechos humanos, democracia y Estado de derecho, así como al respeto y protección de las minorías; mientras que en el caso de Croacia, si bien originalmente se tenía contemplado que las negociaciones comenzaran en marzo de 2005, éstas debieron aplazarse ya que el Consejo condicionó su inicio a la plena cooperación de este país con el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. Actualmente, tanto Turquía como Croacia han emprendido las negociaciones de adhesión, estimándose que cumplen en forma global con los criterios de Copenhague.¹

Por último, tratándose de la Antigua República Yugoslava de Macedonia, ésta presentó su solicitud de ingreso en marzo de 2004, la cual fue admitida formalmente en diciembre de 2005; sin embargo, aún no se ha fijado una fecha para el comienzo de las negociaciones correspondientes.

En este contexto, sin considerarse las tres candidaturas actualmente existentes, la Unión Europea integra ya a más de la mitad del total de los países europeos según se muestra en el cuadro de la página siguiente.

Es importante mencionar que las recientes incorporaciones son el resultado de largos y complejos procesos preparatorios, durante los cuales los nuevos miembros suscribieron los acuerdos de asociación respectivos y asumieron el compromiso de cumplir, en adición a los criterios políticos antes referidos, tanto con el criterio económico como con el de asimilación del acervo comunitario; esto es, contar con economías de mercado viables y con la capacidad de enfrentar la competencia al interior del mercado comunitario, así como con la capacidad de asumir las obligaciones que derivan de la adhesión y de suscribir los objetivos de la unión política, económica y monetaria.

¹ En el Consejo Europeo celebrado en Copenhague en junio de 1993 se enunciaron las condiciones a cumplirse para ser miembro de la Unión Europea; a saber: contar con instituciones confiables que garanticen la democracia, la primacía del derecho, los derechos humanos, el respeto y protección de las minorías, la existencia de una economía de mercado viable y capaz de hacer frente a la competencia en el seno de la Unión, así como estar en aptitud de suscribir los objetivos de la Unión.

<i>Estados miembros</i>	<i>Candidaturas</i>	<i>Estados no miembros</i>
1. Alemania	1. Antigua República Yugoslava de Macedonia	1. Albania
2. Austria	2. Croacia	2. Andorra
3. Bélgica	3. Turquía	3. Bielorrusia
4. Bulgaria		4. Bosnia y Herzegovina
5. Chipre		5. Islandia
6. Dinamarca		6. Liechtenstein
7. España		7. Moldavia
8. Eslovaquia		8. Mónaco
9. Eslovenia		9. Montenegro
10. Estonia		10. Noruega
11. Finlandia		11. Rusia
12. Francia		12. San Marino
13. Grecia		13. Serbia
14. Hungría		14. Suiza
15. Irlanda		15. Ucrania
16. Italia		16. Vaticano
17. Letonia		
18. Lituania		
19. Luxemburgo		
20. Malta		
21. Países Bajos		
22. Polonia		
23. Portugal		
24. Reino Unido		
25. República Checa		
26. Rumania		
27. Suecia		

En relación con los candidatos potenciales, todos los países de los Balcanes Occidentales (Albania, Bosnia y Herzegovina, Montenegro y Serbia incluyendo a Kosovo)² se ubican en ese supuesto. La Unión

² La resolución 1244 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, aprobada en 1999, puso a la provincia serbia de Kosovo bajo administración de la Organización de las Naciones Unidas e inició un proceso político para determinar la condición final de dicha provincia. Esta resolución concedió también al Consejo la responsabilidad de determinar

Europea ha manifestado su apoyo a estas eventuales candidaturas, señalando que la asistencia específica sería proporcionada a través de un nuevo instrumento de preadhesión.

Por lo que respecta al nivel de vida de los ciudadanos de la Unión Europea, si bien existen variaciones de un país a otro, el producto interno bruto por habitante, en estándar de poder adquisitivo, es de 23 400; comparable con 4 500 de la República Popular China, 25 900 de Japón, 8 100 de Rusia y 35 600 de Estados Unidos.³

En la página siguiente se presenta un cuadro que refleja la posición de los Estados miembros en 2005, en razón de su producto interno bruto por habitante, en estándar de poder adquisitivo.

Conforme a los cálculos realizados por la Comisión Europea, la incorporación de los nuevos miembros –refiriéndose a la adhesión de diez países en mayo de 2004– supondría para éstos un crecimiento de 1 por ciento anual adicional en los diez primeros años, mientras que para los demás miembros el crecimiento sería menor, aunque significativo.

A pesar de las expectativas de crecimiento, la magnitud de la ampliación ocurrida en 2004 generó preocupación tanto en los antiguos como en los nuevos miembros, en el primer caso por un eventual aumento de la inmigración de mano de obra barata y por el impacto de estándares medioambientales más bajos, en el segundo caso por la capacidad de respuesta ante el mercado comunitario, particularmente por lo que respecta al mercado agrícola que por años se ha beneficiado de las subvenciones comunitarias.

En relación con lo anterior, en mayo de 2006 la Comisión emitió una Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo denominada

el arreglo. Tras meses de exhaustivas negociaciones con funcionarios de Serbia y Kosovo, Martti Ahtisaari, enviado especial de las Naciones Unidas, determinó que la independencia era la única opción para garantizar la estabilidad política y económica de Kosovo.

Según el plan de Ahtisaari, Kosovo sería una sociedad multiétnica cuyo idioma, educación y aspectos culturales serían los de todas las comunidades protegidas e impulsadas; la iglesia ortodoxa serbia sería protegida. La fuerza para Kosovo, a cargo de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), seguiría brindando seguridad y un representante internacional civil supervisaría el acuerdo. Fuente: Servicio Noticioso desde Washington, Oficina de Programas de Información Internacional del Departamento de Estado de Estados Unidos (<http://usinfo.state.gov/esp>).

³ Las cifras correspondientes a Rusia y China son de 2003, las restantes corresponden a 2005. Fuente: Eurostat, Oficina Estadística de la Unión Europea (<http://www.europa.eu>).

<i>Estado miembro</i>	<i>Producto Interno Bruto por habitante (en EPA)¹</i>
Luxemburgo	58 000
Irlanda	32 100
Dinamarca	29 100
Países Bajos	28 900
Austria	28 900
Bélgica	27 600
Reino Unido	27 300
Suecia	26 900
Finlandia	26 200
Alemania	25 700
Francia	25 500
Italia	24 100
<i>Media (UE-25)</i>	<i>23 400</i>
España	23 100
Chipre	19 500
Grecia	19 200
Eslovenia	18 700
República Checa	17 100
Portugal	16 700
Malta	16 200
Hungría	14 000
Estonia	13 400
Eslovaquia	12 900
Lituania	12 200
Polonia	11 700
Letonia	11 000

¹ De acuerdo con el Boletín UE 6-2004, Sistema Estadístico, 1.3.28. Producto Interno Bruto (PIB) *per capita* en la Unión ampliada, N.B.: “El PIB y el PIB *per capita* son indicadores de la producción y del gasto de un país, de modo que permiten medir y comparar el grado de desarrollo económico de los países. El PIB no equivale a la renta de que disponen las familias de un país. El EPA (estándar de poder adquisitivo) es una moneda artificial que pone de manifiesto las divergencias existentes entre los niveles de precio nacionales que los tipos de cambio no reflejan. Esta unidad permite hacer comparaciones significativas de indicadores económicos en volumen entre los países” (<http://europa.eu/bulletin/es/200406/p103028.htm>).

Fuente: Eurostat (www.europa.eu).

“La ampliación dos años después. Un éxito económico”,⁴ en la cual se hace un balance de los efectos económicos de la ampliación y, en términos generales, se concluye que la economía de los entonces diez nuevos Estados miembros había progresado considerablemente por la vía de la integración, volviéndose más dinámica y competitiva, así como que tratándose de los antiguos Estados miembros, éstos se habían beneficiado de nuevas oportunidades sin experimentar repercusiones importantes.

III. TRATADO POR EL QUE SE ESTABLECE UNA CONSTITUCIÓN PARA EUROPA

Con fechas 20 y 21 de junio de 2003, durante el Consejo Europeo celebrado en Salónica, se acogió el proyecto de Constitución de la Unión Europea como base para las negociaciones sobre el futuro de Europa. Posteriormente, el 4 de octubre de 2003 se celebró en Roma una Conferencia Intergubernamental que tuvo como objetivo principal la redacción y adopción de la versión final de la primera Constitución de la Unión Europea. En relación con el proyecto que la Convención Europea propuso en julio, varios Estados miembros solicitaron que se realizaran modificaciones.

El 29 de octubre de 2004, los jefes de Estado y de gobierno de los entonces 25 Estados miembros, los ministros de Asuntos Exteriores de la Unión Europea y los tres países que en aquel momento tenían la calidad de candidatos, firmaron el “*Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*”,⁵ el cual sólo podría entrar en vigor una vez que fuese adoptado por cada uno de los países signatarios con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales de ratificación.⁶

⁴ Com. (2006) 200 Final. No publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea (consultada en octubre de 2007 en: <http://www.europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/e50026.htm>).

⁵ Se comparte la opinión de Ricardo Alonso García y Daniel Sarmiento en el sentido de que esta denominación resulta equívoca, ya que da pie a enfatizar su última parte “*Constitución para Europa*” y no la primera “*Tratado*”, cuando lo correcto es que el instrumento constituye esencialmente un Tratado de reforma al Tratado de la Unión Europea (Maastricht, 1992). ALONSO GARCÍA, Ricardo, SARMIENTO, Daniel, *La Constitución Europea, texto, antecedentes, explicaciones*, Ed. Aranzadi, Madrid, España, 2005, p. 19.

⁶ En relación con los procedimientos de ratificación, si bien éstos no son idénticos, en términos generales podrían ubicarse en la vía parlamentaria o en la vía del referéndum;

En este contexto, el 29 de mayo y el 1 de junio de 2005, la mayoría de los electores franceses y neerlandeses votaron no a la ratificación del Tratado Constitucional, lo que motivó que en un primer momento el Consejo Europeo determinara postergar la fecha originalmente prevista para examinar el estado de las ratificaciones –1 de noviembre de 2006–, así como que, tras dos años de análisis sobre la situación, el 23 de junio de 2007 se decidiera otorgar un mandato detallado para que una Conferencia Intergubernamental elaborara un nuevo “*Tratado de Reforma*”.

Sin perjuicio de lo anterior, a continuación se plantean algunos de los aspectos que se estiman más relevantes del “*Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*”, el cual, en opinión de Ricardo Alonso García y Daniel Sarmiento, aportaba, en términos democráticos, una más clara y legítima configuración del ejercicio del poder público europeo, tanto horizontalmente –refiriendo a la delimitación de las prerrogativas de las instituciones que integran el aparato político de la Unión– como verticalmente –en relación con la delimitación de competencias entre la Unión y los Estados miembros–; mientras que, por otra parte, introducía una Carta de Derechos Fundamentales que establecía los límites en el ejercicio del poder por las autoridades públicas frente al individuo.⁷

En su estructura principal, el Tratado se integra por cuatro partes, la Primera referente a la Definición y los Objetivos de la Unión; la Segunda a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión; la Tercera a las Políticas y el Funcionamiento de la Unión, y la Cuarta a Disposiciones Generales y Finales. Dada su importancia, a continuación se hará referencia a los diversos principios contenidos en la Carta de Derechos Fundamentales y posteriormente se abordarán algunos aspectos relacionados con las instituciones de la Unión.

Los principios reconocidos por la *Carta de Derechos Fundamentales* se contienen en los siete títulos que la conforman, los cuales a

en el primer caso, la aprobación del Tratado se encuentra sujeta a la votación por parte de la o las cámaras parlamentarias del Estado; mientras que en el segundo caso, el texto del Tratado se somete directamente a votación de los ciudadanos, los cuales se pronuncian a favor o en contra. Estas fórmulas pueden tener variantes o combinaciones según los países; o bien incluir otros requisitos, por ejemplo que la ratificación requiera una adaptación previa de la Constitución del Estado en atención al contenido del texto.

⁷ ALONSO GARCÍA, Ricardo, SARMIENTO, Daniel, *op. cit.*, p. 20.

su vez integran tanto los derechos y garantías relativos como, en el último de ellos, los alcances e interpretación en su aplicación; tales principios son los siguientes:

- *Título I. Dignidad.* Comprendiendo la inviolabilidad, el respeto y la protección de la dignidad humana; el derecho a la vida, proscribiendo las condenas a la pena de muerte y las ejecuciones; el derecho a la integridad de la persona, reconociendo los derechos a la integridad física y psíquica; la prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes, y la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado.
- *Título II. Libertades.* Comprendiendo los derechos a la libertad y a la seguridad; el respeto de la vida privada y familiar; la protección de datos de carácter personal; los derechos a contraer matrimonio y a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio; las libertades de pensamiento, conciencia y religión, las libertades de expresión e información; las libertades de reunión y asociación; las libertades de las artes y las ciencias; el derecho a la educación; la libertad profesional y el derecho a trabajar; la libertad de empresa; el derecho a la propiedad; el derecho de asilo, y la protección en caso de devolución, expulsión y extradición.
- *Título III. Igualdad.* Comprendiendo la igualdad ante la Ley; la no discriminación; la diversidad cultural, religiosa y lingüística; la igualdad entre mujeres y hombres; los derechos del niño; los derechos de las personas mayores, y la integración de las personas discapacitadas.
- *Título IV. Solidaridad.* Comprendiendo los derechos a la información y a la consulta de los trabajadores en la empresa; los derechos de negociación y de acción colectiva; el derecho de acceso a los servicios de colocación; la protección en caso de despido injustificado; el derecho a condiciones de trabajo justas y equitativas; la prohibición del trabajo infantil y la protección de los jóvenes en el trabajo; la protección a la vida familiar y a la vida profesional; los derechos a la seguridad social y a la ayuda social; la protección de la salud; el derecho de acceso a los servicios de interés económico general; la protección del medio ambiente, y la protección de los consumidores.

- *Título V. Ciudadanía.* Comprendiendo el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo; el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales del Estado miembro de residencia; el derecho a una buena administración por parte de las instituciones, órganos y organismos de la Unión; el derecho de acceso a los documentos; el derecho a someter al Defensor del Pueblo Europeo los casos de mala administración, con exclusión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales; el derecho de petición ante el Parlamento Europeo; las libertades de circulación y residencia, y las protecciones diplomática y consular.
- *Título VI. Justicia.* Comprendiendo los derechos a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial; la presunción de inocencia y derechos de la defensa; los principios de legalidad y proporcionalidad de los delitos y las penas, y el derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción.
- *Título VII. Disposiciones generales que rigen la interpretación y la aplicación de la Carta.* Comprendiendo el ámbito de aplicación; el alcance e interpretación de los derechos y principios; el nivel de protección, y la prohibición del abuso de derecho.

En relación con las *instituciones de la Unión*, en el Tratado se previeron modificaciones relevantes en los aspectos siguientes:

El *Consejo Europeo* se transformaría en una institución de la Unión Europea, se reuniría trimestralmente por convocatoria de su Presidente y éste sería electo por mayoría cualificada para un mandato de dos años y medio, renovable por una ocasión, en el entendido de que en caso de impedimento o falta grave, el propio Consejo podría poner fin al mandato por el mismo procedimiento. Como se recordará, conforme al Tratado de la Unión Europea, el Consejo Europeo no forma parte del marco institucional de la Unión y se reúne al menos dos veces al año bajo la Presidencia del Jefe de Estado o de Gobierno del Estado miembro que en ese momento ejerza la Presidencia del Consejo.

Por lo que respecta a la *Presidencia de la Comisión*, el Consejo Europeo, por mayoría cualificada, teniendo en cuenta el resultado

de las elecciones al Parlamento Europeo y habiendo mantenido las consultas apropiadas, propondría al Parlamento Europeo un candidato, correspondiendo a éste la elección por mayoría simple de sus diputados. Actualmente, el Presidente de la Comisión es electo por el Consejo Europeo, previa consulta al Parlamento Europeo.

Se crearía el puesto de *Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión Europea*, previéndose que su nombramiento se daría por mayoría cualificada del Consejo Europeo y con la aprobación del Presidente de la Comisión, en el entendido de que el propio Consejo podría poner fin al mandato por el mismo procedimiento. Este ministro estaría al frente de la política exterior y de seguridad común, contribuiría con sus propuestas a elaborar dicha política y la ejecutaría como mandatario del Consejo.

Algunos otros aspectos relevantes que fueron previstos en el “*Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*”, consisten en conferir a los parlamentos nacionales una atribución para velar por el cumplimiento del principio de subsidiariedad;⁸ el aumento en los ámbitos sujetos al voto por mayoría cualificada en el seno del Consejo; el aumento de las competencias legislativas y presupuestarias del Parlamento Europeo, y un más claro reparto de competencias y responsabilidades entre la Unión Europea y sus Estados miembros.

Como se verá en el apartado siguiente, algunas de las propuestas contenidas en el mandato detallado para la elaboración de un nuevo “*Tratado de Reforma*” tienen su origen precisamente en los acuerdos derivados de la Conferencia Intergubernamental de 2003-2004, por

⁸ En el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, al igual que en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, actualmente vigente, se prevé que las instituciones de la Unión Europea deben aplicar los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Conforme al principio de subsidiariedad, la Unión Europea no puede intervenir en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, a menos que los Estados miembros no puedan alcanzar de manera satisfactoria los objetivos de la acción prevista y, en cambio, éstos puedan cumplirse mejor –por razones de dimensión o de efectos de la acción pretendida– en el ámbito de la Unión. De acuerdo con el principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no podrán exceder de lo necesario para alcanzar los objetivos de ésta. En el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa se prevé, además, que los parlamentos nacionales participarían en un mecanismo de control del primero de tales principios. Dicho mecanismo, en cuanto una de las conclusiones de la Conferencia Intergubernamental de 2003-2004 que se considera en el Mandato para la elaboración de un nuevo Tratado de Reforma, se expondrá en el apartado siguiente.

lo que, si bien con algunas modificaciones en ciertos casos, tales propuestas corresponden esencialmente a las reformas orgánicas y funcionales que suponía el “*Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*”.

IV. MANDATO DE LA CONFERENCIA INTERGUBERNAMENTAL PARA LA ELABORACIÓN DE UN TRATADO DE REFORMA

De acuerdo con el artículo 48 del Tratado de la Unión Europea, el Gobierno de cualquier Estado miembro o la Comisión pueden presentar al Consejo proyectos de revisión de los tratados sobre los que se funda la Unión Europea. En este supuesto, si el Consejo, previa consulta al Parlamento Europeo y, en su caso, a la Comisión, emite un dictamen favorable para la reunión de una Conferencia Intergubernamental, ésta será convocada por el Presidente del propio Consejo a fin de que se aprueben de común acuerdo las modificaciones que deban introducirse en dichos tratados. Las enmiendas correspondientes entrarán en vigor una vez que hayan sido ratificadas por todos los Estados miembros, de conformidad con sus respectivas normas constitucionales.

Conforme a este mecanismo, los trabajos de distintas conferencias intergubernamentales han derivado en acuerdos unánimes para la suscripción de tratados modificatorios; tal fue el caso de la Conferencia Intergubernamental de 2003-2004, cuyo principal objetivo consistió en la redacción y adopción de la versión final del Tratado por el que se establecería una Constitución para Europa, el cual fue suscrito en octubre de 2004 pero no obtuvo la ratificación unánime de los Estados miembros, por lo que, en junio de 2006, el Consejo Europeo solicitó a la Presidencia alemana entrante que elaborara un informe sobre los derroteros a seguir.

Derivado del informe de la Presidencia alemana, el Consejo Europeo, en su sesión del 21 y 22 de junio de 2007, acordó convocar a una Conferencia Intergubernamental para que, con arreglo a un Mandato detallado convenido por el propio Consejo, iniciara la elaboración de un “*Tratado de Reforma*” que modifique los tratados existentes a fin de fortalecer en éstos tanto la eficacia y la legitimidad democrática como la coherencia en la acción exterior. Esta Conferencia se desarrollaría bajo la responsabilidad global de los jefes de Estado y de gobierno

de los Estados miembros, quienes serían asistidos por los miembros del Consejo de Asuntos Generales y Relaciones Exteriores, contando además con la participación de un representante de la Comisión y tres representantes del Parlamento Europeo. Previéndose los plazos que permitan la suscripción y ratificación del “*Tratado de Reforma*” antes de las elecciones al Parlamento Europeo en junio de 2009, los trabajos relativos debían concluir antes de que finalizara 2007.

Por lo que respecta al “*Mandato detallado para la elaboración de un nuevo ‘Tratado de Reforma’*”,⁹ cabe señalar que en éste expresamente se ha abandonado el concepto constitucional consistente en la derogación de los tratados vigentes y su sustitución por un texto único; previéndose, por el contrario, que el Tratado de Reforma introduzca en los tratados existentes las innovaciones resultantes de la Conferencia Intergubernamental de 2003-2004, con arreglo a ciertas precisiones contenidas en el propio Mandato.

Dentro de las precisiones mencionadas se contempla que el “*Tratado constitutivo de la Comunidad Europea*” cambie su denominación por la de “*Tratado sobre el funcionamiento de la Unión*”, lo que obedece a que sólo la Unión Europea gozará de personalidad jurídica; en tal virtud, todas las referencias a “*Comunidad*” serán sustituidas por la de “*Unión*” y se establecerá que tanto el Tratado de la Unión Europea como el Tratado sobre el funcionamiento de esta última constituyen los fundamentos de la Unión, sucesora de la Comunidad. Por otra parte, las modificaciones técnicas acordadas en la Conferencia Intergubernamental de 2003-2004 respecto del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica y de los Protocolos, serán plasmadas en Protocolos anexos al Tratado de Reforma.

En relación con algunas de las propuestas contenidas en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, ahora se prevé que los tratados de la Unión Europea y sobre el funcionamiento de la Unión no tendrán carácter constitucional y no utilizarán el término “*Constitución*”, el puesto de “*Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión*” será sustituido por el de “*Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad*”, se abandonarán

⁹ Nota del Consejo de la Unión Europea a las Delegaciones, por la que se remite el Mandato de la Conferencia Intergubernamental de 2007. Bruselas, 26 de junio de 2007, 11218/07, POLGEN 74 (consultado en octubre de 2007 en: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/07/st11/st11218.es07.pdf>).

los conceptos de “*Ley*” y “*Ley Marco*”,¹⁰ conservándose los actuales de “*Reglamento*”, “*Directiva*” y “*Decisión*”.

En lo referente a la primacía del derecho de la Unión Europea, si bien el artículo que se preveía en el Tratado Constitucional no se incorporará en el Tratado de la Unión Europea, la Conferencia Intergubernamental adoptará una declaración en la que se recuerde la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en los términos siguientes:

“*La Conferencia recuerda que, con arreglo a la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la UE, los Tratados y la legislación adoptada por la Unión sobre la base de los Tratados primarán sobre el derecho de los Estados miembros, con arreglo a las condiciones establecidas por la citada jurisprudencia*”.

Asimismo, en los Tratados no se incluirá el texto de la Carta de los Derechos Fundamentales aprobada por la Conferencia Intergubernamental de 2003-2004; sin embargo, con el objeto de conferir a dicha Carta un carácter jurídico vinculante y establecer su ámbito de aplicación, en el artículo relativo a los derechos fundamentales contenido en el Tratado de la Unión Europea se adicionará una referencia cruzada en los términos siguientes:

“*1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de 7 de diciembre de 2000, tal*

¹⁰ En el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa se preveía que para el ejercicio de la competencia de la Unión Europea las instituciones emplearían los instrumentos jurídicos siguientes: la Ley Europea, como un acto legislativo de alcance general, obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable a cada Estado miembro; la Ley Marco Europea, como un acto legislativo obligatorio para el Estado miembro destinatario en cuanto al resultado a conseguirse, dejando a las autoridades nacionales la competencia para elegir la forma y los medios; el Reglamento Europeo, como un acto no legislativo de alcance general, tendiente a la ejecución de los actos legislativos y de determinadas disposiciones de la Constitución, pudiendo ser obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro, o bien obligar al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado a conseguirse y dejando a las autoridades nacionales la competencia para elegir la forma y los medios; la Decisión Europea, como un acto no legislativo obligatorio en todos sus elementos, y las Recomendaciones y los Dictámenes que no tendrían efecto vinculante.

como fue adaptada en [2007],¹¹ que tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión, tal como se definen en los Tratados.

Los derechos, libertades y principios de la Carta se interpretarán de acuerdo con las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.

2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.

3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros forman parte del derecho de la Unión como principios generales”.

A este respecto, la Conferencia Intergubernamental adoptará la Declaración siguiente:

“La Conferencia declara lo siguiente:

1. La Carta de los Derechos Fundamentales, que tiene carácter jurídicamente vinculante, confirma los derechos fundamentales garantizados por el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.

2. La Carta no amplía el ámbito de aplicación del derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión ni establece ninguna nueva competencia o misión de la Unión, ni modifica las competencias y funciones definidas por los Tratados”.¹²

¹¹ “Es decir la versión de la Carta, tal como se acordó en la CIG de 2004, que será recogida por las tres Instituciones en [2007]. Se publicará en el Diario Oficial de la Unión Europea”.

¹² Cabe destacar que Polonia formuló la Declaración Unilateral siguiente: “La Carta no afecta en modo alguno al derecho de los Estados miembros a legislar en el ámbito de la moral pública, el derecho de familia, así como de la protección de la dignidad humana y el respeto de la integridad física y moral humana”. Adicionalmente, en los Tratados se incluirá un Protocolo por el que las Altas Partes Contratantes, en atención a diversas consideraciones y observando el deseo manifestado por el Reino Unido para que se precisen determinados aspectos de la aplicación de la Carta, convendrán, como disposiciones anexas al Tratado

Tratándose de los principios fundamentales relativos a las competencias que se contienen en el Tratado de la Unión Europea, se especificará que la Unión actuará exclusivamente dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados, previéndose lo siguiente:

“1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo [I-11], toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros.

2. La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro”.

En lo concerniente a los principios democráticos, se incorporarán las disposiciones acordadas por la Conferencia Intergubernamental de 2003-2004 en materia de igualdad democrática, democracia representativa, democracia participativa e iniciativa ciudadana; concediéndose a los parlamentos nacionales una función aún mayor que la acordada por dicha Conferencia, contemplándose, entre otros, un mecanismo reforzado de control de subsidiariedad, conforme al cual si un proyecto de acto legislativo es objetado por una mayoría simple de los votos atribuidos a los parlamentos nacionales, la Comisión volverá a examinar dicho proyecto, pudiendo decidir su permanencia, modificación o retiro.

de la Unión Europea. lo siguiente: “La Carta no amplía la competencia del Tribunal de Justicia ni de ningún tribunal del Reino Unido para apreciar que las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, prácticas o acciones del Reino Unido no son coherentes con los derechos, libertades y principios fundamentales que reafirma”; “En particular, y a fin de no dejar lugar a dudas, nada de lo dispuesto en el [título IV] de la Carta crea derechos defendibles en justicia aplicables al Reino Unido, salvo en la medida en que el Reino Unido haya contemplado dichos derechos en su legislación nacional”, y “En la medida que una disposición de la Carta se refiera a legislaciones y prácticas nacionales, sólo se aplicará en el Reino Unido en la medida en que los derechos o principios que contiene se reconozcan en la legislación o prácticas del Reino Unido”.

En el evento de que se resuelva la permanencia, la Comisión deberá justificar, mediante un dictamen motivado, las razones por las que el proyecto cumple con el principio de subsidiariedad; en el entendido de que este dictamen junto con los dictámenes motivados de los parlamentos nacionales serán remitidos al legislador de la Unión Europea (Consejo y Parlamento), que deberá tenerlos en cuenta durante el procedimiento legislativo. En este supuesto, el legislador estudiará la compatibilidad de la propuesta legislativa con el principio de subsidiariedad, considerando las motivaciones presentadas y compartidas por la mayoría de los parlamentos nacionales, así como la posición de la Comisión. Si 55 por ciento de los miembros del Consejo o una mayoría de los votos emitidos en el Parlamento Europeo son en el sentido de que la propuesta no es acorde con el principio de subsidiariedad, ésta será desestimada.

Respecto a las disposiciones generales sobre la acción exterior de la Unión y las específicas sobre la Política Exterior y de Seguridad Común, en el artículo relativo del Tratado de la Unión Europea se añadirá el apartado siguiente:

“La competencia de la Unión en materia de política exterior y de seguridad común abarcará todos los ámbitos de la política exterior y todas las cuestiones relativas a la seguridad de la Unión, incluida la definición progresiva de una política común de defensa que podrá conducir a una defensa común. La política exterior y de seguridad común se regirá por procedimientos específicos. La definirán e instrumentarán el Consejo Europeo y el Consejo, que deberán pronunciarse por unanimidad salvo cuando los Tratados dispongan otra cosa, quedando excluida la adopción de actos legislativos. La política exterior y de seguridad común será aplicada por el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad y por los Estados miembros, de conformidad con los Tratados. La función específica del Parlamento Europeo y de la Comisión en este ámbito se define en los Tratados. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea no tendrá competencia respecto de estas disposiciones, con la salvedad de su competencia para controlar el respeto del artículo [III-308] y la legalidad de determinadas decisiones, según dispone el artículo [III-376, párrafo segundo]”.

En relación con lo anterior, la Conferencia Intergubernamental adoptará la Declaración siguiente:

“Además de los procedimientos específicos a que se hace referencia en el [apartado 1 del artículo 11], la Conferencia subraya que las disposiciones referentes a la PESC, incluido lo relativo al Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores, Política de Seguridad y Servicio de Acción Exterior no afectarán a las bases jurídicas, responsabilidades y competencias existentes de cada Estado miembro en relación con la formulación y conducción de su política exterior, su servicio diplomático nacional, sus relaciones con terceros países y su participación en organizaciones internacionales, incluida la pertenencia de un Estado miembro al Consejo de Seguridad de la Naciones Unidas.

La Conferencia también observa que las disposiciones correspondientes a la PESC no confieren nuevas competencias a la Comisión para iniciar decisiones o aumentar el papel del Parlamento Europeo.

La Conferencia también recuerda que las disposiciones que rigen la Política Común de Seguridad y Defensa no afectan al carácter específico de la política de seguridad y defensa de los Estados miembros”.

En lo referente a los *cambios institucionales* acordados en la Conferencia Intergubernamental de 2003-2004, su incorporación se efectuará, por una parte, en el “*Tratado de la Unión Europea*” y, por otra, en el “*Tratado sobre el funcionamiento de la Unión*”. Las modificaciones principales son las siguientes:

El *Consejo Europeo* se transformará en una institución y se creará el cargo de Presidente,¹³ la periodicidad de sus reuniones y lo concerniente a la elección, duración y remoción del Presidente corresponderá a lo señalado en el apartado anterior de este artículo. El Consejo Europeo no ejercerá función legislativa alguna y su Presidente no podrá ejercer mandato nacional alguno y asumirá, en su rango y condición, la representación exterior de la Unión Europea en los asuntos de política exterior y de seguridad común; sin perjuicio de las atribuciones del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad.

El *Parlamento Europeo* tendrá una nueva composición, conforme a la cual el número de representantes de los ciudadanos de la Unión no excederá de 750. La representación de los ciudadanos será de-

¹³ En tal virtud, el Consejo Europeo estará conformado por los jefes de Estado o de gobierno de los Estados miembros, así como por su Presidente y por el Presidente de la Comisión, contando con la participación del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad.

crecientemente proporcional, con un mínimo de seis diputados por Estado miembro y sin que el número de escaños asignado a un Estado miembro pueda exceder de 96.

A iniciativa del Parlamento Europeo y con su aprobación, el Consejo Europeo adoptará por unanimidad una decisión por la que se fije la composición del Parlamento conforme a los principios mencionados en el párrafo anterior.

Los diputados al Parlamento Europeo serán electos por sufragio universal directo, libre y secreto, para un mandato de cinco años. El Parlamento Europeo elegirá a su Presidente y a la Mesa, de entre sus diputados.

Por lo que respecta al *Consejo de Ministros*,¹⁴ se efectuarán cambios en el sistema semestral de turnos para la Presidencia, con posibilidad de modificarlo,¹⁵ y se introducirá el sistema de votación por doble mayoría, conforme al cual, a partir del 1 de noviembre de 2014, la mayoría cualificada se definirá como un mínimo de 55 por ciento de los miembros del Consejo que incluya al menos a 15 de ellos y represente a Estados miembros que reúnan cuando menos el 65 por ciento de la población de la Unión. La minoría de bloqueo deberá estar compuesta por al menos cuatro miembros del Consejo, de lo contrario se considerará alcanzada la mayoría cualificada.

Cabe señalar que conforme a la propuesta de artículo 205 del *Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea*, a partir del 1 de noviembre de 2014 cuando el Consejo no actúe a propuesta de la Co-

¹⁴ Actualmente la Presidencia del Consejo es ejercida por periodos de seis meses conforme al principio de rotación de cada Estado miembro y de acuerdo con el orden acordado unánimemente por el propio Consejo. Cabe señalar que el 1 de enero de 2007 el Consejo adoptó la Decisión (2007/5/CE, Euratom), por la que se estableció el orden en que los Estados miembros deben asumir la Presidencia, por periodos de seis meses (de enero a junio y de julio a diciembre), iniciando con Alemania en el primer semestre de 2007 y sucesivamente por Portugal, Eslovenia, Francia, República Checa, Suecia, España, Bélgica, Hungría, Polonia, Dinamarca, Chipre, Irlanda, Lituania, Grecia, Italia, Letonia, Luxemburgo, Países Bajos, Eslovaquia, Malta, Reino Unido, Estonia, Bulgaria, Austria, Rumania y Finlandia.

¹⁵ El Mandato prevé que el Consejo se reunirá en diferentes formaciones. En este sentido, conforme a la propuesta del artículo 201 *ter* del *Tratado sobre el funcionamiento de la Unión*, el Consejo Europeo adoptará por mayoría cualificada: a) una decisión por la que se establezca la lista de las formaciones del Consejo, distintas del Consejo de Asuntos Generales y del Consejo de Asuntos Exteriores que ya se contemplan en la propuesta del artículo 9 C del *Tratado de la Unión Europea*, y b) una decisión relativa a la Presidencia de las formaciones del Consejo distintas de la de Asuntos Exteriores.

misión o del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, a reserva de las disposiciones fijadas en el Protocolo sobre las disposiciones transitorias, la mayoría cualificada se definirá como un mínimo del 72 por ciento de los miembros del Consejo que represente a Estados miembros que reúnan al menos el 65 por ciento de la población de la Unión.

Asimismo, en el evento de que no todos los miembros del Consejo participen en la votación, cuando se actúe a propuesta de la Comisión o del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, la mayoría cualificada se definirá como un mínimo del 55% de los miembros del Consejo que representen al menos el 65% de la población de los Estados miembros participantes;¹⁶ mientras que, cuando no se actúe a propuesta de la citada institución o del Alto Representante, se definirá como un mínimo del 72% de los miembros que representen al menos el 65% de la población de dichos Estados.

La *Comisión Europea* tendrá una nueva composición, hasta el 31 de octubre de 2014 estará compuesta por un nacional de cada Estado miembro, incluidos su Presidente y el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, que será uno de sus vicepresidentes, y a partir del 1 de noviembre de 2014 estará compuesta por un número de miembros correspondiente a dos tercios del número de Estados miembros, incluyendo a su Presidente y al Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, a menos que el Consejo Europeo decida por unanimidad modificar dicho número.

Para la elección del Presidente de la Comisión se observará el procedimiento descrito en el apartado anterior de este artículo. El Presidente electo, de común acuerdo con el Consejo, adoptará la lista de las demás personalidades que serán propuestas para integrar la Comisión. Los miembros de la Comisión serán seleccionados mediante un sistema de rotación estrictamente igual entre los Estados miembros que permita tener en cuenta la diversidad demográfica y geográfica del Conjunto de dichos Estados. Este sistema será estable-

¹⁶ En este caso la minoría de bloqueo estará compuesta por el número mínimo de miembros del Consejo que represente más del 35% de la población de los Estados participantes, más un miembro.

cido por unanimidad del Consejo Europeo, para lo cual, conforme a la propuesta del artículo 211 del “*Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea*”, se observarán los principios siguientes:

- a) Se tratará a los Estados miembros en condiciones de rigurosa igualdad en lo referente a la determinación del orden de turno y del periodo de permanencia de sus nacionales en la Comisión; por lo tanto, la diferencia entre el número total de los mandatos que ejerzan nacionales de dos determinados Estados miembros nunca podrá ser superior a uno, y
- b) Con sujeción a lo señalado en el inciso inmediato anterior, cada una de las sucesivas Comisiones se constituirá de forma que refleje satisfactoriamente la diversidad demográfica y geográfica del conjunto de los Estados miembros.

Se creará el cargo de *Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad*, cuyo nombramiento, remoción y función principal corresponderán a lo señalado respecto del puesto de Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión Europea a que se hizo referencia en el apartado anterior de este artículo.

Por lo que respecta al *Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, éste comprenderá al Tribunal de Justicia, al Tribunal General—actualmente denominado Tribunal de Primera Instancia— y a los tribunales especializados—actualmente salas jurisdiccionales—. El primero se integrará por un juez de cada Estado miembro y será asistido por abogados generales; el segundo dispondrá al menos de un juez por Estado miembro, y los terceros—que podrán ser creados por el Parlamento Europeo y el Consejo como tribunales adjuntos al Tribunal General para conocer en primera instancia de determinadas categorías de recursos interpuestos en materias específicas— se sujetarán en cuanto a su composición y alcance a las decisiones que les den origen.

Mediante Nota con referencia CIG 4/1/07, emitida en Bruselas el 5 de octubre de 2007, la Presidencia de la Conferencia Intergubernamental transmitió a esta última el proyecto completo del “*Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea*” —incluidos los protocolos y las declaraciones al Acta Final— en los textos resultantes de los trabajos del Grupo de Expertos Jurídicos. Dicho proyecto fue dirigido a la

Conferencia Intergubernamental de Ministros de Asuntos Exteriores que se reunió en Luxemburgo el 15 de octubre del mismo año y, finalmente, se adoptó como un texto definitivo durante la Conferencia Intergubernamental de Jefes de Estado o de Gobierno celebrada en Lisboa el día 18 del mismo mes.

Con fecha 19 de octubre de 2007, en el marco de la Conferencia Intergubernamental reunida en Lisboa, el Presidente de la Comisión declaró¹⁷ que el “*Tratado de Reforma*” hace más eficiente la toma de decisiones, aumenta el control democrático y eleva la coherencia externa de la Unión; asimismo, destacó que la Carta de Derechos Fundamentales será legalmente vinculante y que el papel tanto de los parlamentos nacionales como del Parlamento Europeo será fortalecido.

¹⁷ Nota de prensa de la Comisión Europea (consultada en octubre de 2007 en: http://ec.europa.eu/commission_barroso/president/focus/reformtreaty/index_en.htm). Traducción propia del texto original en idioma inglés.

UMA IDÉIA, UM RUMO: PARA ONDE VAI O ESTADO DE DIREITO?

Antonio Celso BAETA MINHOTO

SUMÁRIO: I. *Introdução*. II. *Estado de Direito: surgimento e consolidação*. III. *A lei e o princípio da legalidade*. IV. *Estado de Direito e limitação do poder*. V. *Estado Social de Direito*. VI. *Estado Democrático de Direito*. VII. *Para onde vai o Estado de Direito?*

I. INTRODUÇÃO

No campo de estudo do Direito, ainda que tal aspecto não lhe seja nota exclusiva em comparação a outros campos de atividade humana, há idéias que se transformaram em máximas cujo questionamento se mostra muitas vezes difícil ou custoso.

O tema do presente estudo é um bom exemplo disso.

De fato, seja por suas próprias características e vantagens, reais ou não, seja pelo que alguns chamam de falta de opções melhores e viáveis, o modelo de estado contemporâneo é praticamente todo ele —excepcionando-se, talvez, os regimes autoritários de alguns países africanos e outros mais específicos como Coréia do Norte e Cuba— oriundo, inspirado e baseado numa concepção de sociedade, de governo, de direito e de estado toda ela advinda do estado de direito.

Sem embargo desta inegável relevância de tal modelo estatal, não se pode deixar de notar que desde seu surgimento até os dias atuais, sofreu o homem, o mundo e a sociedade tal sorte de transformações que se afigura impossível não terem estas gerados efeitos marcantes sobre a própria idéia do Estado de Direito, tal como concebida no passado, originalmente.

Sabemos, até mesmo de modo intuitivo, que não há mais como se pretender a vivência de uma sociedade, a atuação de um governo, a organização de um Estado, adotando-se puramente o modelo ortodoxo e original de Estado de Direito. Esclareça-se, contudo, que a questão não é de se invocar aqui, já neste ponto, a não aplicação ou mesmo a colocação em dúvida sobre a viabilidade desta concepção de Estado. Realmente, não se trata disso.

O que ocorre é que este modelo foi se alterando ao longo do tempo e hoje, provavelmente mais do que em qualquer outra época, a demanda por mudanças atinge níveis inéditos; a demanda pela adaptação das estruturas e modelos tradicionais ao cenário atual é constante, é profunda, é de difícil antecipação sobre seu desenlace ou mesmo seu desenvolvimento e potencial finalização.

Assim, as mudanças estão em curso e os questionamentos, sempre novos e sempre mais e mais desafiadores, se colocam no caminho do homem, o que, claro, atinge também uma estrutura como o Estado de Direito. Destarte, a problemática atualmente postada diante de nós em face do tema deste trabalho é justamente a indagação a encimar este mesmo estudo: para onde vai o Estado de Direito?

É esta questão que buscaremos, senão responder de modo objetivo, ao menos sugerir, ainda que de modo especulativo, caminhos possíveis e viáveis, como se verá em tópico específico mais à frente.

II. ESTADO DE DIREITO: SURGIMENTO E CONSOLIDAÇÃO

Nos afastaremos das indagações doutrinárias havidas especialmente num passado mediano, relevantes por sinal, acerca do surgimento do Estado em si.

Tal discussão era dividida basicamente entre os que defendiam a existência de Estado inerente ao homem, uma espécie de princípio constituinte do próprio ser humano;¹ entre os que acreditavam num

¹ O mais destacado representante dessa linha de pensamento, minoritário referentemente à concepção sobre o surgimento do Estado foi certamente Edward Meyer. Meyer afirma que "el Estado debe ser concebido no como algo que nace con el hombre, sino incluso como aquel grupo social que corresponde a la horda animal y que, por su origen, es más antiguo que el género humano, cuyo desarrollo cabalmente sólo se hace posible en él y por él", Edward MEYER, *Gesch. D. Altertums*, I, 4, 1925, *Sobre los Estados de Animales*,

Estado surgido no Mundo Antigo, notadamente Grécia e Roma² e, por fim, aqueles que vêem no Estado uma criação eminentemente moderna.³

Como nosso estudo é sobre o Estado de Direito, adotaremos esta última vertente para nossas observações, ou seja, a de que o Estado é uma criação da idade moderna até porque é fora de questão que o Estado de Direito surgiu na Idade Moderna e é uma clara evolução do Estado Moderno.

Convém comentar algo sobre o Estado Moderno.

Objetivamente, adotaremos como marco histórico do surgimento do Estado Moderno o final da chamada *Guerra dos Trinta Anos* (1618-1648), com a assinatura da *Paz de Westphalia*, conflito que envolveu praticamente toda a Europa (exceção apenas da Rússia) e trouxe inovações importantes como a introdução clara de uma idéia de tolerância e liberdade religiosa (notadamente para as correntes então vigentes: calvinismo, luteranismo e catolicismo) e, principalmente, trouxe consigo a concepção de uma visão do Estado como uma entidade dissociada da religião e detentora de razões próprias, as chamadas Razões de Estado.

Este Estado Moderno, ainda mais, trará consigo alguns itens básicos importantes para o próprio Direito: Território rigidamente definido; População identificada com esse território; Exército Próprio⁴ —e não

pp. 6-7, *apud* HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, p. 141, Fondo de Cultura Económica, México, 1955.

² Para se ter uma idéia ao mesmo tempo profunda e de fácil acesso à formação e desenvolvimento das civilizações grega e romana e, via de consequência, de sua organização social e estatal, ver COULANGES, Fustel de, *A cidade antiga*, Martins Fontes, São Paulo, 1987. De fato, se adotarmos a idéia de que o Estado *es una comunidade de comunidades, un núcleo consciente de sentimientos comunes y de representaciones que la naturaleza y el instinto humano han hecho hormiguar en torno a un determinado número de cosas físicas, históricas y sociales*, cf. MARITAIN, Jacques, *El hombre y el Estado*, Guillermo Kraft: Buenos Aires, 1952, p. 19, seremos quase que forçados a admitir que pelo menos Roma e Grécia conheceram e viveram submetidas a um poder estatal razoavelmente semelhante ao modelo concebido na idade moderna.

³ Como os que defendem esta concepção são a grande maioria dos estudiosos, pesquisadores e doutrinadores, citá-los aqui seria contraproducente. Assim, mencionamos e indicamos apenas uma obra que defende o surgimento do Estado na idade moderna e que, dada sua extensão, contempla de modo exaustivo a questão: HELLER, Hermann, *op. cit.*

⁴ Hegel pontua a questão do exército próprio ao discorrer sobre a necessidade do Estado Moderno estar preparado para a guerra e nela ver algo que lhe é contingente, inerente. "A força armada do Estado torna-se um exército permanente, e a vocação para a defesa vem

mais legiões mercenárias tão comuns ao período feudal— e; Soberania, marcando esta a nota distintiva maior do Estado em sua face Moderna, em que este não conhecerá, dentro de seu próprio território, poder algum que possa sequer ombreá-lo, menos ainda submetê-lo.⁵

O poder e seu exercício na sociedade passa a ser muito mais racionalizado, sistematizado e formalizado com a inserção do Estado Moderno segundo as características que acima mencionamos como elemento novo na estrutura social. O Estado passa a ser o único detentor e legítimo possuidor do *poder político*, com este se identificando de modo umbilical.

O poder qualificado como político deve ser entendido, aqui, como aquele que permite ao seu detentor o uso da força, se necessário for, para alcançar seus desideratos e fazer valer a prevalência de suas vontades e disposições.

O Estado Moderno, que já era, em si mesmo, fruto de pressões históricas que acabaram por dar ensejo ao seu surgimento com as características vistas acima —pressões estas advindas, como um veio principal, das profundas mudanças observadas no modo de produção da sociedade de então, ou seja, a conhecida transição do feudalismo para o capitalismo— passou, ao longo de largo período de tempo, a sofrer outras tantas pressões no sentido de que certos valores fossem adotados, aprofundados e tantos outros abolidos ou mitigados.

a constituer une classe permanente par la même nécessité que les autres éléments, intérêts et professions particulières constituent une solidarité: la classe industrielle, commerciale ou politique”, HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Princípios da filosofia do Direito*, Martins Fontes, São Paulo, 2003, p. 299. Interessante notar, ainda sobre o tema em questão, que há Estados sem exército. O próprio Vaticano é efetivamente um Estado e não possui exército. A Alemanha, após a II Guerra Mundial, mantém uma força de segurança mínima e constitucionalmente veda a utilização dessas forças em conflitos internacionais. Todavia, é importante destacar esta característica que, a uma, caracterizou, à ocasião, a feição moderna do Estado e, a duas, mostrou-se e ainda se mostra como característica encontrada na imensa maioria das nações, mesmo contemporaneamente.

⁵ O tema é de larga análise e suscita discussões profundas sobre o papel da Soberania no próprio Estado e também no Direito, tema que gera bastante controvérsia, também, quanto à titularidade da Soberania. Já há bastante tempo, Jaques MARITAIN afirmava: “*Em face de uma sã filosofia política não existe Soberania, isto é, não existe nenhum direito natural e inalienável a um supremo poder transcendente ou separado na sociedade política. Nem o Príncipe, nem o Rei, nem o Imperador eram realmente soberanos, embora detivessem a espada e os atributos da soberania. Assim também não é soberano o Estado como não o é o próprio povo. Só Deus é soberano (...)*”, *op. cit.*, p. 45.

De modo sutil, insidioso e constante, foi se formando todo um ideário, todo um corpo de idéias cujo objetivo principal era conceder uma feição ideológica ao sistema produtivo que nascia e então se desenvolvia, o capitalismo, a fim de que houvesse um fechamento lógico entre dois aspectos, o aspecto produtivo e o aspecto político, formando um todo coeso e único.

Nesse ambiente, surgiu o liberalismo.

Os objetivos desse trabalho não contemplam uma análise exaustiva do liberalismo, tema rico e naturalmente envolto num desenvolvimento que se alongou por vários anos —na verdade pelo menos dois séculos—, satisfazendo-nos a simples menção de que foi ele tomando suficiente corpo no seio da sociedade ocidental européia, até que, em 1688, com o advento da chamada *Revolução Gloriosa* na Inglaterra, adotou-se naquele país, nesta ocasião já de modo formal, o sistema parlamentarista de governo e o próprio Estado passou a adotar para si um rol de valores tipicamente liberais.

Surgia o Estado Liberal. O Estado Liberal trouxe consigo diversas idéias importantes que modificaram a feição do Estado de modo inegável, em si mesmo ou como instituição, mas, poderíamos destacar quatro características ou idéias centrais básicas integrantes ou que passaram a integrar a essência mesma do Estado: propriedade, contrato (ou contratualismo), liberdade e individualismo.

O Estado passava a ser o fiel defensor desses princípios. Defesa incondicional da propriedade; respeito e não interferência do Estado nas disposições contratuais firmadas entre os indivíduos ou empresas (*laissez-faire*); liberdade de um modo geral, mas liberdade principalmente para vivenciar os preceitos liberais e capitalistas e, por fim; proteção ao individualismo, aspecto fundamental num modelo de sociedade que procurava defender a livre iniciativa e o espírito empreendedor de um modo geral.

Como uma evolução do Estado Moderno, ou pretendendo isso ser, o Estado Liberal apurou e lapidou uma idéia já existente que vem a ser a divisão do Estado em Estado-Poder e Estado-Sociedade, conceitos especialmente importantes para os movimentos revolucionários do final do século XVIII, especialmente a Revolução Francesa. Inicialmente, o Estado Liberal traz consigo, assim, a idéia de que o Estado que exerce o poder político e o Estado que recebe os efeitos

do exercício desse poder eram dois entes ou duas instituições totalmente diversas.

Muito embora anteriormente ao Estado Liberal já existisse, no absolutismo monárquico, limites ao exercício do poder real, tais limites eram ainda acanhados, muitas vezes meramente pontuais, como é, inclusive, o caso da Magna Carta que, conquanto seja evidente marco histórico na organização formal do Estado, na previsão de direitos e garantias fundamentais e na limitação do poder real, foi igualmente um evento histórico pontual, sem uma seqüência evolutiva a lhe suceder.

Desse modo, conseguimos entender porque Luís XIV disse, certa feita, que “*O Estado sou eu*” (*L'etat c'est moi*), afinal, os limites impostos ao soberano nesta época eram ainda frágeis e incipientes, possibilitando que este exercesse o poder político colocado à sua disposição praticamente de acordo com sua conveniência. Assim, é mesmo com o Estado Liberal que surge de modo efetivo, sistemático e formalizado a idéia de limitação do poder.

Ante o acima exposto, podemos concluir que o Estado Moderno, inspirado pelo liberalismo, é composto ou integrado pelo Estado-Poder e pelo Estado-Sociedade: a população alimenta, inspira e, numa situação ideal, outorga o poder exercido pelo Estado-Poder em relação a si mesma, ou seja, o Estado-Sociedade, calçada, além dos aspectos objetivos acima indicados, também em elementos subjetivos, notadamente costumes, tradições próprias, cultura, psicologia peculiar (própria daquele grupamento), o que acaba formando ou gerando a idéia de Nação, fazendo-se, assim, a junção entre elementos subjetivos e objetivos para alcançarmos o conceito de Estado-Nação, cujo ponto central será justamente a junção entre as características e as peculiaridades do Estado-Poder e do Estado-Sociedade.

Com o desenvolvimento do próprio liberalismo, em si mesmo, e de suas idéias ao longo do mundo, vê-se que a divisão acima merece atenção especial, notadamente no que concerne à limitação do poder estatal, buscando com isso, basicamente, proteger o Estado-Sociedade dos excessos potencialmente praticáveis pelo Estado-Poder e, ao mesmo tempo, racionalizar o exercício desse poder, conformando-lhe a existência e principalmente a manifestação de modo mais lógico, racional, controlado e direcionado.

De tal situação para o Estado de Direito há uma passagem histórica bastante natural, uma transposição razoavelmente lógica, até porque o Estado de Direito, ideologicamente, tem em si o liberalismo e o próprio Estado Liberal. Se pudemos identificar características objetivas com relação ao Estado Moderno, como acima citadas, o mesmo podemos fazer com o Estado de Direito, cujos principais itens componentes e principais são:

- a) *Supremacia da Constituição*: a Constituição se coloca como instrumento fundamental para garantir o Estado de Direito. É suprema pois confere validade e legitimidade aos poderes estatais no modo e proporção por ela determinados. É a lei suprema do Estado.
- b) *Separação dos poderes*: a origem da idéia da separação dos poderes no Estado Moderno remonta à Montesquieu, que a tratou em sua célebre obra “*O Espírito das Leis*”, tomando mais força com a doutrina de John Locke, grande ideólogo do liberalismo, na Inglaterra do século XVII. O objetivo da separação dos poderes é conferir equilíbrio e contra-pesos (ou freios) ao Poder Estatal (*checks and balances*), através da convivência harmônica, mas independente entre si dos poderes estatais, ou seja, Executivo, Legislativo e Judiciário. Assim se manifesta o autor em destaque:

“Há, em cada Estado, três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das que dependem do direito civil. Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou abroga as que estão feitas. Pelo segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos este último o poder de julgar e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado”.^{6, 7}

⁶ MONTESQUIEU, *O Espírito das Leis*, São Paulo, Martins Fontes, 1993, pp. 148-149. Interessante notar que na Grécia antiga, o filósofo Aristóteles já defendia a repartição do poder político como instrumento para obtenção de um bom governo. Ver ARISTÓTELES, *A Política*, São Paulo, Martins Fontes, 1991.

⁷ É ainda de bom tom destacar o importante contra-ponto sobre o tema que nos oferece Michel TEMER, em sua obra *Elementos de Direito Constitucional*, São Paulo, Malheiros,

A repartição do poder estatal gera a limitação do poder e a mútua fiscalização entre os poderes estatais, de um lado, e o incremento da eficácia dos atos estatais, do outro lado, este último resultado obtido pela própria divisão dos atos e procedimentos estatais, gerando especialização de atuação com relação a cada um dos poderes.

c) *Superioridade da Lei*: de clara inspiração liberal, sendo mesmo um de seus pilares, a superioridade da lei no Estado de Direito se funda no fato de que “a lei é um ato de decisão política por excelência já que emanada da vontade popular. É adotada pelo Estado para propiciar o viver social segundo modos predeterminados de conduta, de maneira que os membros da sociedade saibam, de antemão, como guiar-se na realização de seus interesses”.⁸

d) *Garantia dos direitos individuais*: outro aspecto que liga o Estado de Direito diretamente ao Liberalismo, desta feita na proteção à individualidade. Direitos individuais são aqueles que reconhecem a autonomia da pessoa humana, garantindo sua iniciativa e autodeterminação diante dos demais indivíduos e do próprio Estado. Basicamente, direitos individuais são direito à igualdade (especialmente isonomia); direito à vida; direito à liberdade; direito à propriedade e; direito à intimidade.⁹

III. A LEI E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Para discorrermos algo sobre o princípio da legalidade, devemos tomar um ponto de vista um pouco mais amplo, a fim de que tenha-

1995, p. 112, afirmando que “equivocam-se os que utilizam a expressão ‘triplição dos poderes’. É que o poder é uma unidade. Como já vimos, é atributo do Estado”. Valmir PONTES FILHO acompanha o mestre constitucionalista, igualmente asseverando: “O que ocorre, na realidade, é que o organismo estatal, toda vez que manifesta a sua vontade, o faz, necessariamente, através de três espécies de atos: lei, sentença e o ato administrativo”, apud TEMER, op. cit., p. 112.

⁸ AFONSO DA SILVA, José, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo. Malheiros, São Paulo, 2000, p. 46.

⁹ Além dos direitos individuais, convém mencionar alguns dos direitos fundamentais, que abarcam os individuais mas também tutelam bens coletivos ou interesses difusos do homem, tais como direito à liberdade (opção); direito à igualdade (especialmente isonomia); direito à opinião; direito à educação; direito à proteção; direito ao trabalho; direito à participação; direito à asilo político; direito à proteção da família e; direito à dignidade humana.

mos claro sua inserção num todo maior, mais abrangente. A Idade Média e o início da Idade Moderna, especialmente naquela, foram os períodos de máxima aplicação do Direito Natural. Concebia-se o homem como um ser de criação divina, cujos direitos deveriam ser fruídos e usufruídos diretamente da natureza, até porque nesta e somente nesta estariam contemplados tais direitos.

Todavia e como é de notório conhecimento, esta fruição direta que acima se comentou, na verdade, só poderia se dar por intermédio daqueles que, também por concepção divina e, portanto, de modo natural, eram os representantes de Deus na terra: o Monarca (ou soberano) e a Igreja (Papa).

Também a Nobreza, de modo menos intenso, gozava dessa interpretação divina sobre sua origem, o que a legitimava a também aplicar o Direito vigente, notadamente na época do feudalismo em que o Senhor Feudal era também o juiz ou supremo aplicador do direito dentro de suas posses.

O Direito Natural, assim, além das características comentadas, não possuía uma fonte única de aplicação. Não havia um ponto único autorizado a dizer o Direito. O Clero aplicava suas próprias regras, o mesmo ocorrendo com o Rei. Não havia, portanto, um corpo de regras unificado, com procedimentos previamente conhecidos, aplicado de modo uniforme e com caráter de permanência.

Historicamente, o Direito Natural representou avanço e retrocesso ao mesmo tempo. Avançou no sentido de desvalorizar todo aquele arcabouço ritualístico encontrado na Grécia e Roma Antiga, em que a forma era mais importante que o conteúdo e, não só o Direito, mas a própria Justiça, eram instâncias meramente pragmáticas, uma visão utilitarista que refutava todo aspecto transcendente que pudesse haver no ato de promoção e busca do justo.

Por outro lado, o retrocesso trazido pelo Direito Natural foi o excessivo deslocamento da distribuição, promoção e especialmente a não responsabilização dos homens pela aplicação do Direito e da busca da Justiça, vendo estes como meros instrumentos para manifestação de algo divino e inumano.¹⁰

¹⁰ No sentido ora exposto, convém lembrar de Otto von Gierke, que pode não ter sido um doutrinador exatamente naturalista, em termos jurídicos-ideológicos mas, sua simpatia ao Direito Natural era inegável, especialmente porque este representava, a seu ver, a antítese do direito romanista, positivista e de feição liberal que grassava — e foi por fim implantado

Ocorre que o Direito Natural também lançou, através de seus vários doutrinadores, as idéias centrais do liberalismo, quais sejam respeito à propriedade e cumprimento dos acordos (contratualismo), este último item especialmente importante na montagem da ideologia do contrato social, tão cara à Idade Moderna.

Na Idade Média, em plena vigência do Direito Natural, podia-se deparar com estudiosos afirmando que “há, pois, condições que, em virtude da natureza humana, devem existir para que a sociedade possa perdurar de modo ordenado, quais sejam: segurança da propriedade; boa-fé; honestidade dos acordos; reparação dos danos; punição dos delitos”,¹¹ agrupamento de idéias que claramente mostra as bases do futuro liberalismo, muito embora veiculadas em época anterior a este e por pensador jusnaturalista.

Mas, se dentre os dois itens acima mencionados, demos um destaque inicial à questão contratualista — que com toda a certeza atravessa todo o Estado Liberal e forma a essência do direito exercido por esse mesmo Estado — não menos importante é a questão da propriedade, cuja ascensão ao valor máximo ou de suma importância dentro da sociedade liberal, influenciou severamente a forma de ser, estar e agir do Direito.

O advento do capitalismo, sua dinâmica inédita num mundo medieval acostumado aos limitadores muros do feudo senhorial, causou profundas mudanças no Direito, como era visto até então. Superado o modelo feudal e em marcha o sistema capitalista, ainda que em seus primórdios pudéssemos nominá-lo mais objetivamente de mercantilismo, o Direito Natural deveria, pois, ser expurgado de toda a sua divindade, de toda a sua transcendência para servir, no que fosse possível, à formação de um novo Direito, de uma nova forma de viver o Direito.

de maneira formal e definitiva — em sua Alemanha pré BGB, de fins do século XIX. Desse modo, as palavras de Gierke mostram bem sua admiração pelo Direito Natural: “Las normas del derecho natural escapan al supremo poder terrenal, estando por encima del Papa como del Emperador, por encima del gobernante y del pueblo soberano e, incluso, por encima de la comunidad de mortales; que ninguna ley o acto de gobierno, acuerdo del pueblo o costumbre pueden infringir los límites así fijados; que aquello que contradiga los principios eternos e indestructibles del derecho natural es absolutamente nulo y no puede vincular nadie”, GIERKE, Otto von, *Teorias políticas de la Edad Media*, Madrid, Centro de Estudios Sociales, 1995, p. 214.

¹¹ GROTIUS, Hugo, *De Jure Belli ac Pacis*, proleg. 8, apud CARVALHO, op. cit., p. 53.

Ao expurgo aqui noticiado, some-se, ainda, a influência iluminista, cientificista, antropológica por si mesma, situação que possibilitou ao Direito, através de seus artífices, mas notadamente pelos juristas de então, ser visto como algo formal e, posteriormente, algo de cunho científico, podendo, assim, se lhe exigir todos os rigores formais e cartesianamente lógicos que se podia esperar de qualquer outra ciência.

O Direito passa a ser visto, desse modo, como ferramenta social cuja utilização deveria seguir os mesmos ditames econômicos vigentes, ou seja, deveria obedecer e se submeter às mesmas condições, preceitos, premissas, valores, formas, objetivos e prevalência de certas estipulações sobre outras, no universo pré-concebido do Estado Liberal.

Destarte, o exercício da Justiça já havia se desprendido suficientemente da figura do rei e da autoridade papal. Faltava fixar o novo foco de poder. Esse foco foi cimentado na lei, tomando-se por legítimo, por justo e por defensável por toda uma nação só e somente só o que estivesse previsto e amparado em lei.¹²

As positivações passam a ter um papel fundamental, os documentos escritos já não tinham o caráter simplório de um mero pacto entre o povo e seus governantes de outros tempos, passando a fazer parte de todo um sistema jurídico-legal posto, com estrutura rígida e regras internas bem definidas.

O que era jurídico, era legal, o que era legal, era justo.

¹² A lei legitimava e protegia o indivíduo, bem como regulava a ação Estatal, mas, em contrapartida, a este último era dado o monopólio da violência. A política adquiria outros contornos, pelo que podemos entendê-la como a alocação autoritária de valores ou como o poder de gestão da sociedade sobre seu próprio destino (...) é preciso obedecer não apenas porque a função dos mecanismos de controle social é evitar a desagregação social mas, ainda, porque o sistema político, dado o monopólio da violência, pode alocar autoritariamente valores e instaurar normas jurídicas. cf. FARIA, José Eduardo, *Poder e Legitimidade: uma introdução à política do direito*, São Paulo, EDUSP, 1976, p. 9. O império da lei, máxima que até hoje é utilizada para justificar as mais variadas ações para as quais se busca legitimidade e obediência, foi, especialmente nos EUA, levada a um extremo bastante pronunciado, criando ali um outro adágio: só a lei pode corrigir a lei. O destino da nação, a segurança interna e mesmo o interesse da pátria deveriam se submeter ao corpo normativo vigente, dele não podendo se divorciar em hipótese alguma o que, em última análise, é a própria síntese do liberalismo nessa área. Cf. ARON, Raymond, *Analyse Philosophique de l'idée de légitimité*, p. 17, apud FARIA, op. cit., p. 52.

Como vimos acima, tomava importância o procedimento e o resultado dali advindo, ambos submetidos ao *império da lei*, pelo que se tinha a segurança de que uma decisão, uma *decisão legal*, seria obtida, justa ou não, mas de todo modo, segura. Assim, um cunho utilitarista passou a permear o exercício do direito.

Rompia-se, por outro lado, com a concepção jusnaturalista e aristotélica de ligação umbilical entre Direito e Moral¹³ para adotar uma visão mais prática e, como afirmamos acima, utilitarista do direito. O Direito passou a observar regras e formas que o modificaram profundamente.¹⁴

¹³ O raciocínio sobre o rompimento entre direito e moral como base de criação e desenvolvimento do direito dentro do Estado Liberal, é feito quase que como um aviso em MACINTYRE, Alasdair. *After virtue: a study in moral theory*, Notre Dame Press, University of Notre Dame, 1984. Emanuel KANT foi talvez um dos mais destacados doutrinadores a se dedicar sobre o tema. Kant dizia que são 3 os requisitos da ação moral: a) *é realizada somente para obedecer à lei do dever*; b) *não é cumprida por um fim, mas somente pela máxima que a determina*; c) *não é movida por outra inclinação a não ser o respeito à lei*. Sobre o Direito, Kant dizia que este traz *um dever externo, porque legalmente eu sou obrigado somente a conformar a ação, e não também a intenção com a qual cumpro a ação, segundo a lei, enquanto o dever moral é dito interno porque moralmente eu sou obrigado não somente a conformar a ação, mas também a agir com pureza de intenção*, cf. BOBBIO, Norberto, *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*, Universidade de Brasília, Brasília, 1993, pp. 54 e 57; Já no século XX, Hans Kelsen se notabilizou por sua Teoria Pura do Direito, em que defende que o pensamento jurídico não está autorizado a promover julgamentos morais ou avaliações políticas sobre a experiência jurídica, devendo encarar as relações sociais concretas exclusivamente pela ótica das prescrições normativas, ou seja, pela relação de imputação entre sanções e atos considerados ilícitos. *Assim e enquanto técnica de organização social, o direito não seria um fim em si, mas um simples meio ou instrumento; e suas normas ao estabelecerem uma relação de imputação entre atos ilícitos e sanções, dão origem a uma sucessão de deveres jurídicos – o elemento primário de toda ordem normativa; esses deveres, por sua vez, não tem qualquer significado moral: como as idéias morais estão acima de toda experiência e como seu conteúdo varia ao infinito, ao direito positivo importa apenas o estabelecimento de sanções como consequência do descumprimento das prescrições normativas. Em suma: o ato ilícito não é, em si, necessariamente imoral ou eticamente condenável; é, apenas e tão-somente, uma conduta contrária àquela fixada pela norma*. Cf. FARIA, op. cit., pp. 45-46. Para um entendimento mais completo do pensamento de Hans Kelsen, ver sua obra *Teoria Pura do Direito*, Lisboa, Armênio Amado, 1974.

¹⁴ Didaticamente, poderíamos elencar as características que esse Direito, hoje já com caráter tradicional, tomou a partir das modificações acima citadas: a) *crença no Direito como entidade autônoma; crença no governo das leis*; b) *atenção especial sobre a norma e sua clareza: busca da racionalidade*; c) *foco no procedimento e na racionalidade, liberando o jurista de aplicações "sociais" da norma*; d) *legitimidade e legalidade como sinônimos. O que é legal, é legítimo*. Itens retirados, por interpretação do autor, da obra de CAMPILONGO, Celso Fernandes, *Direito e democracia: a regra da maioria como critério de legitimação política*, São Paulo, EDUSP, 1991.

Podemos listar como características desse novo Direito, dessa chamada dogmática jurídica liberal, de forma didática e além do já mencionado, as seguintes características:

- a) *estatização do Direito*: só o Estado podia dizer o Direito e não mais o Rei e a Igreja, ou mesmo a Nobreza, como antes;
- b) *formalismo/procedimentalismo*: valorização dos procedimentos e das formas de encaminhamento dos pleitos e dos processos em geral, bem como da própria vivência do Direito. A forma pré-determinada e igualmente conhecida de modo prévio, ganhava contornos de essencialidade;
- c) *previsibilidade*: conhecimento prévio não só do conteúdo do comando normativo em si, mas também dos processos e procedimentos necessários à proteção ou tutela dos direitos;
- d) *segurança jurídica*: decorrência natural da previsibilidade e da legalidade, transmitia a idéia de que haveria um decisão e de que esta seria baseada em regras pré-estabelecidas e;
- e) *legalidade*: só é jurídico, a partir dessa nova dogmática, o que está na lei. A lei confere, por si, legitimidade às ações nela própria baseadas. Legalidade passa a ser sinônimo de legitimidade.¹⁵

¹⁵ MENDES DA SILVA, Ricardo Perlingeiro, em preciosa lição sobre o tema, diz que: "A lei é uma relação entre idéias, entre abstrações, e não entre coisas concretas. A lei unifica o diverso. A lei só existe no mundo da inteligência, pois não é particular nem individual. A lei é o plano concebido do que vai acontecer. É a fórmula da ordem. Não é por menos que se tem a lei como um ato geral e impessoal. (...) A lei é uma espécie do gênero norma jurídica. E duas são as espécies de normas jurídicas. A primeira relativa a ações que podem ser exigidas. A segunda relativas às ações proibidas. Na primeira categoria, as normas mandam que as ações sejam praticadas, sob pena de serem prejudicadas aquelas pessoas em benefício das quais as normas preconizaram as ações. Aos lesados é autorizada a reação, isto é, a exigir as ações não praticadas. Daí, as normas da primeira categoria serem mandamentos e autorizações" in <http://www.uff.br/direito/artigos/perling2.htm>. O tema, contudo, está longe de representar uma ilha de paz no universo jurídico. Muitos são os que contestam não apenas a ligação lei-legitimidade, mas até mesmo a ligação entre povo e legitimidade ou a concepção de que se a lei é feita a partir de uma demanda popular, é ela justa de forma apriorística. Um renomado doutrinador afirma que "É inútil acrescentar que a vontade do povo não é soberana no sentido espúrio de que tudo o que agrada ao povo deve ter força de lei. Uma lei não se torna justa pelo simples fato de exprimir a vontade do povo. Uma lei injusta, ainda que exprima a vontade do povo, não é lei", MARITAIN, op. cit., p. 47.

O Direito abandonava um aspecto fundamental que era sua construção no fazer, na prática, um certo empirismo que foi nota fundamental do Direito Natural e, agora, perdia espaço. O procedimento passava a ser algo fundamental, vital, parte integrante e indissociada da aplicação do Direito, o que não se notava na concepção jurídica naturalista anteriormente vigente.

Na Idade Média, ainda que o Rei possuísse a seu dispor os costumes e mesmo regramentos esparsos produzidos na sociedade ao longo do tempo, o fato é que não havia qualquer foco na fixação de procedimento previamente conhecidos e que tivessem um grau razoável de perenidade, de constância, de permanência.

Daí porque o rei podia modificar regras procedimentais praticamente sempre que assim o quisesse e isso era visto como algo inerente à sua posição de soberano e, na verdade, até mesmo como algo característico ou peculiar ao exercício de seu poder, cuja origem era tomada como divina.

Tampouco o Papa, cuja figura polarizava com a do Rei naquela época, disso se distanciava e efetivamente valia-se, ainda mais, de seus próprios regramentos – basta lembrar a existência de um Direito Eclesiástico aplicado não somente à Igreja, internamente, mas a qualquer questão a ela trazida – algo que ficou bastante patente com a Santa Inquisição Católica, na passagem da Idade Média para a Idade Moderna, procedimento de cunho jurídico conduzido totalmente com base em regras eclesiásticas.

O novo modelo jurídico gestado e concebido no seio do liberalismo promoveu uma evidente ruptura com esta ideação, com este modelo, com este paradigma, com esta ideologia e forma de concepção do Direito, adotando as premissas e as características que acima mencionamos. Neste sentido, inclusive, interessante é destacar comentário bastante acurado de respeitada estudiosa sobre a questão da valorização do procedimento nesta nova sistemática:

*O procedimento é a forma de que se vale o direito para neutralizar as decepções individuais quanto ao conteúdo das decisões normativas e reduzir a insegurança, proporcionando a certeza de que alguma decisão será tomada, qualquer que ela seja.*¹⁶

¹⁶ FERREIRA, Sílvia Sette Whitaker, *Participação popular: a cidadania ativa e a produção do Direito*, PUCSP, São Paulo, 1994, p. 56.

Outro pesquisador caminha na mesma direção e nos informa:

*“Com a intensificação da produção de leis pelo Estado, o Direito deixa de ser visto como algo dado, cuja fonte é a própria natureza humana e passa a ser visto como algo positivado direta e indiretamente pelo Estado”.*¹⁷

Modificava-se a visão medieval de que o exercício do Direito efetivamente, concretamente, palpavelmente e, importante, indubitavelmente, produzia justiça. Como as fontes jurídicas a esse respeito tinham ascendência divina – Rei e Papa – havia um natural encaminhamento da sociedade de um modo geral no sentido de que tal origem divina só podia produzir justiça, eis que Deus era em si mesmo a fonte suprema de toda a justiça e seus representantes na Terra, portanto, agiam em nome e por conta desse ente supremo ou divino.

Essa visão naturalista foi substituída, como indicamos acima, pela criação de um sistema rígido, fechado, previamente conhecido – e conhecido de todos – limitado e, notadamente, seguro, pois havia a certeza de que as questões de cunho jurídico seriam analisadas tomando-se por referência as características desse sistema e, daí advindo a segurança mencionada, havia a certeza de que uma solução, um julgamento, fosse qual fosse, seria feito ou teria espaço.

O Direito se formaliza e se proceduraliza de modo incontornável. A forma confere segurança e neutraliza supostas decepções. A busca do justo ganha pouco a pouco um papel secundário. Fazer cumprir a norma positivada, fazer com que o comando normativo escrito e formalizado seja acatado, prestigiado e observado passa a ser o que de fato importa.

O funcionamento do sistema, a performance desse sistema, em tese segura, exata, procedural, calçada na lei escrita e previamente conhecida, tomava uma importância muito mais destacada do que pretender a produção de justiça. Diferentemente do que se concebia no Direito Natural medieval, ou mesmo no início da modernidade, obter Justiça, no universo jurídico, não era o objetivo mais importante.

Desse modo, a idéia, supostamente paradoxal, de que o Direito não oferece como resultado de seu próprio exercício necessariamente

¹⁷ ASSIS, Volney Queiroz, *Interpretação do Direito sob o enfoque tópico-retórico: uma contraposição ao método sistemático*, EDPUC/SP, São Paulo, 1995, p. 104.

te a Justiça, poderia bem exprimir o que pretendemos aqui dizer. Emanuel Kant é bastante didático ao comentar este aspecto que ora destacamos:

*“O jurisconsulto pode, certamente, conhecer e declarar o que venha a ser o direito (quid sit iuris), ou seja, o que as leis, num certo lugar e numa certa época, prescrevem ou prescreveram; mas se é justo o que estas leis prescrevem e o critério universal por meio do qual é possível reconhecer em geral o que é justo ou injusto (iustum et iniustum), permanece-lhe completamente obscuro, se não abandonar por um certo tempo aqueles princípios empíricos, e se (ainda que possa servir-se daquelas leis como excelentes fios condutores), não buscar as origens daqueles juízos na razão pura como único fundamento de qualquer legislação positiva possível”.*¹⁸

Muito embora o texto de Kant, acima transcrito, divida-se em duas partes formais, reconhecendo o mestre alemão que o juriconsulto, tomando a lei por referência, pode dizer o que é jurídico, mas não tem como dizer o que é justo, a menos que busque a origem de seus juízos na “razão pura”, o fato é que a primeira parte do raciocínio ou constatação acima prevaleceu na prática e na vivência do Direito a partir de então.

É inclusive bastante conhecida a noção de que o acima comentado por Kant foi utilizado, propositalmente apenas em parte e muitos anos depois, por Hans Kelsen, com o intuito de fornecer fundamento lógico à sua *Teoria Pura do Direito*. Um dos mais destacados doutrinadores positivistas, Kelsen se valeu da análise feita por Kant apenas na parte em que se limita o filósofo alemão a constatar que ao jurisconsulto é impossível, apenas tomando a lei como referência, dizer o que é justo.

Desse viés lógico-filosófico posto por Kant é que Kelsen buscou subsídios à sua teoria ao mesmo tempo em que cindia seu entendimento em face de Kant, já que este último, como pudemos ver, expressamente defendia que sobrepunha a constatação de impossibilidade do jurista em obter o justo somente tomando por base a norma positivada, exigia a busca das origens do que nominava de “razão pura”, notadamente na busca de valores.

¹⁸ Apud BOBBIO, *op. cit.*, p. 67.

Kelsen resolve este aspecto justamente caminhando em sentido oposto: sua teoria fundava-se –pelo menos inicialmente– essencialmente no ato de expurgar do direito e especialmente da interpretação da norma, tudo aquilo que não fosse estritamente oriundo e integrante do universo jurídico. Ao jurista, dizia Kelsen, não importa indagar sobre o justo, mas aplicar o conteúdo da norma tão-somente.

A pequena exposição acima não tem, por óbvio, expor as teorias kantianas e kelsenianas de Direito, algo que demandaria dedicação mais profunda de nossa parte. Mas é aqui trazida por indicar uma importante passagem na concepção do Direito, passagem esta que marcou de forma especial a busca do justo a partir do século XX até os nossos dias, com ênfase nas idéias de Kelsen a esse respeito, especialmente na dinâmica ou aplicação prática e cotidiana do Direito.

E tudo isso é vital para entendermos as questões com que se defrontou o Estado de Direito ao longo de sua existência, especialmente para verificarmos se estas permanecem na atualidade.

O formalismo do sistema não ficava adstrito à questão da lei ou do procedimentalismo que, afinal, era ditado também pela lei, mas também se espraiava pela produção intelectual, conceitual, doutrinária, que até existia na vigência do Direito Natural, mas de forma muito mais tímida e com muito menos relevo que neste novo ambiente ditado por este modelo liberal de direito.

Desse modo, o Direito em si deixa de exibir aquele caráter mais livre, informal, humanista e teocentrista a um só tempo, típico do Direito Natural, para se tornar algo eminentemente racional e, como diz um ilustre pesquisador, exatamente sobre o ponto ora destacado, *isso não quer dizer que o Direito passasse a ser criado e construído pelos professores, mas sim que a doutrina passava a ocupar um lugar mais importante do que a praxis e os doutrinadores a terem uma precedência sobre os práticos*.¹⁹

A lei, contudo, era o ponto central desta nova conceituação do Direito. E como esta visão transferiu-se totalmente do direito para o Estado, transformando este num estado jurídico, num Estado de Direito e do Direito, passou a ser algo vital também na conduta do Estado na sociedade.

¹⁹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio, *Função Social da Dogmática Jurídica*, São Paulo, Max Limonad, 1999, pp. 54-55.

A lei trazia elementos importantes neste novo modelo: a) era produzida por um órgão tido e visto como de representação popular (Parlamento), o que lhe transformava num instrumento legítimo, ao qual se deveria obedecer, eis que decorrente da vontade popular; b) era algo abstrato, geral e generalizante, daí porque se pode dizer que, “*sendo regra geral, a lei é regra para todos*”;²⁰ c) possuía uma forte e clara previsibilidade em sua natureza e em sua aplicação e; d) formalizava o sistema jurídico e a organização do Estado, de um modo e com uma profundidade até então inéditos, conferindo segurança e rigidez a tais elementos.

A abstração da lei, acima mencionada, é aspecto relevante nesta nossa análise, característica que, tempos depois, mais precisamente ao longo do século XIX –notadamente com a crítica incisiva dos socialistas utópicos, com destaque para Marx e Engels– e de forma concreta no início do século XX, serviu de fundamento para se introduzir sensíveis mudanças no Estado de Direito e em suas características, como veremos mais à frente.

Eram, a abstração e a generalidade da lei, pontos vitais na concepção do Estado de Direito, de modo especial em seu primeiro século de existência, razão pela qual “*(...) a lei, que realiza o princípio da legalidade, essência do conceito de Estado de Direito, é concebida como norma jurídica geral e abstrata. A generalidade da lei constituía o fulcro do Estado de Direito. Nela se assentaria o justo conforme a razão. Dela e só dela defluiria a igualdade*”.²¹

Perceba-se, portanto, que a lei não era simples fator de organização do sistema jurídico, mas sendo este último também ele estatizado –assim como a lei, produzida pelo Estado– findava-se por ter um Estado organizado também pela lei e submetido aos mesmos ditames e características do sistema jurídico supostamente por ele mesmo Estado criado.²²

²⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Estado de Direito e Constituição*, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 21.

²¹ AFONSO DA SILVA, *op. cit.*, p. 121.

²² Como pudemos ver, a lei era a base fundamental do Estado de Direito e ao cruzarmos tal constatação com a visão kelseniana no sentido de que a lei possuía valor e sentido em si mesma, chegamos a uma segunda constatação: para os positivistas, especialmente KELSEN, Direito e Estado eram uma só realidade, indissociável. Não havia Direito fora do Estado e nem um Estado que não fosse estritamente jurídico. Esta visão ficou conhecida como monismo. E tal visão, como seria mesmo de se supor, recebeu restrições: “*A concepção jurídica de*

IV. ESTADO DE DIREITO E LIMITAÇÃO DO PODER

Parece ser claro, evidente até, haver um natural cruzamento entre a lei e outra idéia fundamental na concepção do Estado de Direito que vem a ser a limitação do poder.

Isso não somente pela observação da notória idéia de separação dos poderes estatais, concebida por Montesquieu, mas como pilar de sustentação da concepção em si dessa nova formatação estatal. Se pudermos indicar um objetivo ou alvo mirado pelo Estado de Direito, este certamente foi criar uma forma eficaz, segura e perene de limitação do poder, bem como salvaguardar o exercício do poder do arbítrio do governante, numa visão geral.

Desse modo, mostra-se como um dos pontos centrais do Estado de Direito, o Estado Liberal por excelência, notadamente em sua feição mais clássica ou até mesmo ortodoxa, a noção fundamental de limitação do poder. Isso é, de forma bastante clara, compreensível se visualizarmos o modelo anterior a esta concepção de Estado, qual seja o de um Estado Absolutista.

Bem de se ver, o histórico de embates entre poder real ou poder do rei e os limites que este poder tinha ou podia ter em face da população, do povo, é mais do que suficiente para se compreender porque o projeto liberal e o Estado construído sob esta feição liberal era tão focado e dirigido à limitação do poder, especialmente obtida através da criação, fixação e proteção dos chamados direitos e garantias fundamentais – inicialmente individuais e depois também num âmbito coletivo.

Montesquieu, sabidamente referência na temática em questão, sistematizador e organizador da idéia da separação dos poderes estatais, esta, por sua vez, um dos mais conhecidos mecanismos de limitação do poder, afirmava:

*Kelsen também contribuiu para deformar o conceito de Estado de Direito. Para ele Estado e Direito são conceitos idênticos (...) se o Direito acaba se confundindo com mero enunciado formal da lei, destituído de qualquer conteúdo, sem compromisso com a realidade política, social, econômica, ideológica enfim (o que, no fundo, esconde uma ideologia reacionária), todo Estado acaba sendo Estado de Direito, ainda que seja ditatorial. Essa doutrina converte o Estado de Direito em mero Estado Legal. Em verdade, destrói qualquer idéia de Estado de Direito”, cf. AFONSO DA SILVA, *op. cit.*, pp. 118-119.*

*“É uma experiência eterna que cada homem dotado de poder tende a abusar dele; com efeito ele se lança até onde não encontra limites (...) Para que não se possa abusar do poder, é preciso, pois, que, devido à própria disposição das coisas, o poder reprima o poder”.*²³

E esta idéia acima exposta pelo pensador francês, ou seja, de que o poder deve limitar o poder, foi bem ordenada pelo Estado de Direito que fixou este poder limitador do poder político justamente na lei. Sendo a lei ela própria um ato de poder, um ato estatal regulador e modificador da realidade social, findava por ela, lei, limitar a si mesma e ao poder do qual havia se valido para manifestar-se. Também o professor Manuel Gonçalves Ferreira Filho comenta a questão da limitação do poder com bastante objetividade. Vejamos:²⁴

“A limitação do poder, como se sabe, foi um dos grandes desideratos do liberalismo. Este, que exalta a garantia dos direitos do homem como razão de ser do Estado, exigia que o Poder Público tivesse limites, para que não interferisse no domínio próprio e irreduzível da liberdade individual. Dessa insistência resultou que o princípio de limitação do poder fosse visto como o princípio liberal por excelência”.

O mesmo mestre paulista ainda arremata, com relação à democracia, no mesmo sentido do quanto acima comentamos sobre o tema:

“Na origem da idéia de Constituição este princípio está presente quando ainda o princípio democrático está ausente. E quando este se consagra é em estreita ligação com o de limitação do poder que se afirma. A democracia moderna nasce como democracia liberal. Assim, na visão ‘ocidental’ da democracia, governo pelo povo e limitação do poder estão indissoluvelmente combinados”.

A limitação do poder, destarte, é uma idéia-força que atravessa toda a concepção ideológica do Estado de Direito. É, em verdade, algo que o inspira, informa sua razão de ser e serve como fundamento principal de existência. Neste mesmo sentido se situa a lei, elemento vital na

²³ *O espírito das leis*, in “Coleção Os Pensadores”, São Paulo, Victor Civita, 1973, tit. I.

²⁴ Ambos os trechos citados foram retirados da obra *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 275.

concepção do Estado de Direito, só que desta feita num plano formal ou de organização e estruturação do estado em comento.

Constrói-se um raciocínio bastante lógico: sob a égide do liberalismo e do Estado Liberal, a lei é produzida pelo parlamento, este, por seu turno, é representante direto dos anseios, valores, princípios e, quando presente um ambiente também democrático, de escolha da população.

Em última instância, portanto, a lei é uma expressão do povo, é uma manifestação popular o que, de outra banda, gera, ao menos em tese, um efeito altamente desejável que vem a ser a submissão voluntária da população aos ditames da lei, já que ela expressa, como dito, os próprios valores e anseios deste povo. Uma vez mais, o professor Manuel Gonçalves Ferreira Filho nos auxilia e esclarece o quanto acima comentamos sobre a lei e o Estado de Direito:

*“Só a lei pode criar obrigação para o indivíduo, porque ela é apenas expressão da vontade geral. Expressão da vontade geral por seu órgão, o Parlamento. Expressão da vontade geral por seu órgão, que a tudo e todos governa (...)”.*²⁵

A limitação do poder é aspecto marcante na análise do Estado de Direito como se pode notar com facilidade. Não menos notável é, como já dito acima, o intercruzamento entre esta limitação do poder e a lei como instrumento dessa limitação.

A lei é a base em que se assenta todo esse sistema e toda esta concepção não apenas de Estado, mas de sociedade. É o instrumento que garante as liberdades e os direitos inseridos ou percebidos na sociedade, na vida humana, especialmente os direitos e garantias individuais numa primeira fase. Ao mesmo tempo, fixa as lindes, os limites de atuação de todo e qualquer governante. Na verdade fixa os limites de atuação e de aplicação do Estado e do poder que lhe era exclusivo, o que, claro, alcança e inclui aqueles que estejam exercendo tal poder, dentre estes os governantes.

A verificação dos direitos e obrigações, a organização do Estado e a organização de um sistema jurídico, a partir dessa concepção liberal, era um resultado, era um objeto, era a consequência da aplicação

²⁵ FERREIRA FILHO, *op. cit.*, p. 280.

da lei, da norma positivada, escrita, criada pelo Parlamento. E isso, como ressalta de modo lógico, exprimia ou gerava uma limitação do poder estatal, como aqui tratamos. E é neste sentido que podemos afirmar:

*“Este princípio –ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei– visa a combater o poder arbitrário e se liga ao conceito de lei manifesto na Declaração de 1789 (...)”*²⁶

O projeto liberal, portanto, alcançava com a lei importante intento seu que era o de retirar do rei (e do Papa também) a idéia de exclusiva fonte legítima do poder, para transferir tal titularidade para o povo que, via lei, se auto-regulava, se auto-normatizava e, através desta mesma lei, fixava limites à atuação do Estado, ponto que, como vimos, é de suma importância ao nosso estudo.

V. ESTADO SOCIAL DE DIREITO

Ao longo do século XIX, com a consolidação das idéias liberais, especialmente quanto à concepção de Estado e da própria Sociedade, um movimento contrário foi pouco a pouco se formando, justamente no sentido de modificar o excessivo individualismo, a excessiva neutralidade e a excessiva abstração ou subjetividade próprias do Estado Liberal, frente às novas demandas sociais que, desse modo, exigiam um Estado mais voltado aos anseios sociais.

Na primeira metade do século XIX, vivia-se o tempo da chamada Revolução Industrial (1756-1850). As condições de trabalho eram reconhecidamente sofríveis, para não dizer totalmente inadequadas, na maioria das vezes. A ocorrência de mortes de trabalhadores no próprio ambiente de trabalho era razoavelmente comum. Garantias ou direitos trabalhistas eram itens ainda inexistentes.

Algumas idéias socialistas, posteriormente nominadas como socialismo utópico, diante do quadro acima indicado que mais e mais se agravava, pregavam uma atenção maior aos aspectos humanitários da sociedade, defendendo, contudo, a mera disseminação de tais idéias como instrumento capaz de resolver problemas como a distribuição

²⁶ *Idem.*

de renda e a humanização do trabalho. Prodhoun e Saint-Simon foram alguns dos mais destacados defensores dessa linha de pensamento.

Todavia, foi somente em 1848, com a publicação de um documento intitulado *Manifesto Comunista*, de autoria de Karl Marx e Friedrich Engels, que esse movimento contrário ao liberalismo tomou real força. Marx e Engels desconsideraram a visão do socialismo utópico, que classificavam como romântica e ingênua, para erigir uma teoria socialista finalística, fechada, mas principalmente fundamentada de modo científico e, portanto, formalmente lógico e comprovável.

1. Surgia o socialismo científico

Em 1867, Karl Marx publica o primeiro volume de *O Capital*, certamente uma das obras políticas mais influentes de todos os tempos, em que prega, dentre várias idéias, a luta de classes, a extinção do capitalismo ou a sua substituição pelo socialismo e, de um modo geral, expõe de modo inédito a estrutura do sistema liberal-capitalista, indicando o que acreditava serem suas falhas.

Certamente sob a influência das idéias de Marx, um grupo organiza, em 1871, a *Comuna de Paris*, na verdade uma tentativa de vivenciar o socialismo na prática. A comuna durou apenas 60 dias, mas deixou uma marca histórica importante no sentido de questionar os ideais liberais. Adentrando no século XX, temos a Revolução Bolchevique, em 1917, que efetivamente implantou um sistema socialista de Estado na Rússia, posteriormente formando a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, o que, por fim, forçou mudanças no Estado Liberal e no Capitalismo, introduzindo alterações que visavam justamente contemplar os chamados aspectos sociais ou, dito de outro modo, faziam com que o Estado se direcionasse mais para objetivos sociais e não puramente capitalistas.

A Rússia experimentou, de modo efetivo e concreto, uma outra formatação estatal, o Estado Socialista. Desde o advento do Estado Moderno, era a primeira vez que surgia uma alternativa real ao Estado Liberal, ideologicamente diversa em termos estruturais.

O Estado Socialista, além do mais, forçou uma inegável formação de direitos ligados ao trabalho também dentro dos Estados Liberais, tais como organização do trabalho, fixação de jornada de trabalho, descanso semanal remunerado, férias, direito de greve e outras. Desse

modo, o sistema capitalista, e o Estado Liberal por via de consequência, tiveram que se flexibilizar.

Nesta mesma época, início do século XX, a constituição mexicana de 1917 —conquanto vista por alguns como uma manifestação constitucional menor²⁷ e especialmente a constituição alemã de 1919, conhecida como constituição de Weimar, foram marcos importantíssimos no capítulo de flexibilização do Estado Liberal e de positivação de vários direitos fundamentais e, de modo mais destacado, de direitos ligados ao trabalho.

Estudiosos afirmam que pelo menos a idéia de função social de propriedade, algo que se tornaria comum nas constituições posteriores, e bastante marcada em nossa constituição de 1988, veio da constituição mexicana de 1917. De fato, seu artigo 27 é bastante esclarecedor neste particular:

“A propriedade das terras e águas, compreendidas dentro dos limites do território nacional, pertence originalmente à Nação, a qual teve e tem o direito de transmitir o domínio delas aos particulares, constituindo assim a propriedade privada. As expropriações somente poderão fazer-se por causa de utilidade pública mediante indenização”.

O texto do artigo em tela ainda prossegue:

“A Nação terá, a todo tempo, o direito de impor à propriedade privada as determinações ditadas pelo interesse público, assim como o de regular o

²⁷ *A constituição mexicana de 1917 é considerada por alguns como o marco consagrador da nova concepção dos direitos fundamentais (...) Na verdade, o que essa Carta apresenta como novidade é o nacionalismo, a reforma agrária e a hostilidade em relação ao poder econômico, e não propriamente o direito ao trabalho, mas um elenco dos direitos do trabalhador (...) nem de longe, todavia, espelha a nova versão dos direitos fundamentais”, Cf. FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves, *Direitos humanos fundamentais*, São Paulo, Saraiva, 1987. Ainda sobre a constituição mexicana, Fábio Konder Comparato nos ensina que “a constituição de 1917 é resultado de um processo revolucionário” e, mais à frente, pontua a influência, sobre o texto constitucional em foco, da “doutrina anarcossindicalista, difundida na Europa no final do século XIX”. E, por fim, explicita como esta influência se deu: “Mikhail Bakunin teria influenciado Ricardo Flores Magón, que chefiava um grupo de jovens chamado Regeneración, à época contrário à ditadura de Porfirio Díaz, que acabaram tomando o poder. Vitorioso, o grupo fez elaborar a Constituição, votada por um congresso constituinte e promulgada em 5 de fevereiro de 1917”, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 168, apud PIRES, Renato Barth, *Direitos fundamentais, da cidade antiga à constituição brasileira de 1988: as “gerações” de direitos*, São Paulo, EDPUC, 2001, p. 134.*

aproveitamento de todos os recursos naturais suscetíveis de apropriação, com o fim de realizar uma distribuição equitativa da riqueza pública e para cuidar de sua conservação”.

O mesmo texto ainda diz:

“Com esse objetivo, serão ditadas as medidas necessárias para o fracionamento dos latifúndios; para o desenvolvimento da pequena propriedade agrícola em exploração; para a criação de novos centros de povoamento agrícola com terras e águas que lhes sejam indispensáveis; para o fomento da agricultura e para evitar a destruição dos recursos naturais e os danos que a propriedade possa sofrer em prejuízo da sociedade”.

E, por fim, o texto em foco arremata que:

*“Os núcleos de população e comunidades que careçam de terras e águas, ou não as tenham em quantidade suficientes para as necessidades da população, terão direito de recebê-las, devendo essas terras e águas ser tomadas das propriedades próximas, respeitada sempre a pequena propriedade”.*²⁸

A pré-mencionada Constituição Alemã de 1919, conhecida mundialmente como Constituição de Weimar em face do local em que foi elaborada é, deixando-se de lado as polêmicas ligadas à constituição mexicana de 1917, considerada como um dos mais destacados e notáveis documentos em que se consagraram direitos fundamentais.

Influenciada até mesmo de modo evidente pela Primeira Guerra Mundial, a constituição alemã destacada tinha o objetivo, ditado pela necessidade, de refundar a nação alemã, totalmente destruída pela Guerra Mundial que se findara no mesmo ano de sua promulgação. O texto final é considerado contraditório, pois traz elementos medievais, socialistas e mesmo liberais em coexistência formal. Contudo, seu rigor dispositivo e redacional, típico dos textos legais alemães, prevaleceu sobre esta potencial contrariedade, tornando-o uma referência histórica fundamental:

“A constituição de Weimar converteu-se no texto paradigma do constitucionalismo do primeiro pós-guerra e ainda é o marco que separa duas épocas

²⁸ Retirado de PIRES, *op. cit.*, pp. 135-136.

históricas: a do constitucionalismo liberal dos séculos XVIII e XIX e a do constitucionalismo social do século XX, que com ela adquiriu expansão universal, deixando na penumbra a Constituição do México de 1917, que a precedeu no tempo".²⁹

Fábio Konder Comparato indica o mesmo caminho acima ao elaborar comentário sobre a Constituição Alemã de 1919:

"Apesar das fraquezas e ambigüidades assinaladas, e malgrado a sua breve vigência, a Constituição de Weimar exerceu decisiva influência sobre a evolução das instituições políticas em todo o ocidente. O Estado da democracia social, cujas linhas mestras já haviam sido traçadas pela constituição mexicana de 1917, adquiriu na Alemanha de 1919 uma estrutura mais elaborada, que veio a ser retomada em vários países após o trágico interregno nazi-fascista e a 2ª Guerra Mundial. A democracia social representou efetivamente, até o final do século XX, a melhor defesa da dignidade humana, ao complementar os direitos civis e políticos — que o sistema comunista negava — com os direitos econômicos e sociais, ignorados pelo liberal-capitalismo".³⁰

O texto constitucional alemão de 1919 traz previsões inovadoras no campo dos direitos. É provavelmente a primeira constituição que regula de modo aberto e expresso o direito de igualdade extensível aos estrangeiros, garantindo até mesmo o respeito à sua língua natal. Vejamos o teor do art. 113:

"Os grupos de língua estrangeira, componentes do povo alemão, não podem, por via legislativa ou administrativa, ser prejudicados em seu desenvolvimento livre e popular, especialmente no emprego de sua língua materna no ensino, assim como na administração interna e na administração da justiça".

Uma vez mais, Comparato esclarece que o dispositivo em destaque consagra a distinção entre diferenças e desigualdades. As primeiras são de ordem biológica e cultural, constatação que conduz ao respeito incondicional a tais diferenças, eis que tal respeito em nada inferioriza tais indivíduos. Já as desigualdades seriam "*criações arbitrárias que*

dariam ensejo à inferiorização e à discriminação dos indivíduos, ofensiva ao postulado da isonomia e que deveria ser proscrita".³¹

Por fim, tal como na constituição mexicana, a constituição alemã de 1919 submeteu a propriedade ao atendimento do bem comum (art. 153), fixou limites claros à livre iniciativa, ficando esta condicionada à necessidade de preservação da dignidade humana (art. 151), previu a possibilidade de adaptação do ensino às convicções religiosas ou filosóficas de cada indivíduo e de sua família (art. 146) e, derradeiramente, trouxe real e concreta inovação ao dispor sobre a necessidade de se regular o trabalho, especialmente o trabalho assalariado, fixando padrões internacionais mínimos internacionais a esse respeito (arts. 157 e seguintes).³²

Conveniente que façamos breve retrocesso histórico neste ponto de nossa explanação a fim de aqui inserir a vital observação de que a Constituição Francesa de 1848 foi importante marco precursor na consolidação do Estado Social, sem embargo do acima afirmado sobre as constituições mexicana (1917) e alemã (1919). Em verdade, ainda em fevereiro de 1848, eclode em Paris uma manifestação popular nominada posteriormente de "primavera dos povos", cujos efeitos se estenderam por vários países da Europa, especialmente Alemanha, Áustria, Hungria e Itália.

O mote de tal movimento, inclusive, tem estreita relação com a necessidade de flexibilização e humanização da doutrina liberal e do sistema capitalista, eis que seus principais protagonistas, tal como no movimento revolucionário francês de 1789, eram desempregados, camponeses e trabalhadores explorados pelo próprio ambiente capitalista, no caso conduzido pelo Rei Luís Felipe Orléans, tudo piorado por uma situação de carestia profunda, com colheitas fracassadas nos dois anos anteriores.³³

O movimento em foco gerou a queda do Rei e a instituição da República, com a edição de uma nova Constituição e a proclamação de vários direitos sociais, vistos como acréscimos aos ideais de 1789. Como comenta abalizado autor, "*a inovação deste texto reside, contudo, na proclamação de direitos cuja finalidade última*

³¹ *Ibidem*, p. 185, apud PIRES, *op. cit.*, p. 143.

³² *Cf.* PIRES, *op. cit.*, p. 147.

³³ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 147.

²⁹ HORTA, Raul Machado, *Direito Constitucional*, Belo Horizonte, Del Rey, 1986, p. 217.

³⁰ *Ibidem*, pp. 183-184, apud PIRES, *op. cit.*, p. 141.

é a redução concreta das desigualdades sociais” e o mesmo autor ainda alinhava:

*“Com esses direitos, desaparece o Estado espectador, inerte, para dar lugar a um Estado ator da vida social, o Estado Social, que passou a receber uma série de incumbências, a ele atribuídas, para que possa cumprir os objetivos estatais traçados já no preâmbulo da Constituição de 1848”.*³⁴

Dessa flexibilização e dessa nova configuração do Estado Liberal, digamos, mais focado nas questões sociais, surgiu o Estado Social. Essa exigência social por uma flexibilização maior e uma menor neutralidade do Estado de Direito, imerso na ideologia liberal, criou, na verdade, as condições para o surgimento desta nova realidade social:

*“O Estado de Direito, que já não poderia justificar-se como liberal, necessitou, para enfrentar a maré social, despojar-se de sua neutralidade, integrar, em seu seio, a sociedade, sem renunciar ao primado do Direito. O Estado de Direito, na atualidade, deixou de ser formal, neutro e individualista, para transformar-se em Estado material de Direito, enquanto adota uma dogmática e pretende realizar a justiça social”.*³⁵

O Estado Social tomou especial força a partir dos anos 30 do século XX quando, nos EUA, para escapar da profunda recessão iniciada com a quebra da bolsa de Nova York em 1929, Franklin Delano Roosevelt, então presidente daquele país, criou o chamado New Deal, movimento que visava, pelo envolvimento de toda a nação e pelo investimento maciço em obras de grande porte, superar a situação recessiva então vivida.

Ultrapassada a recessão, os EUA, já a partir de meados da década de 40, criam um modelo de Estado denominado *Welfare State* ou Estado do Bem-Estar Social que, com razoável margem de segurança, pode ser visto como o ápice do Estado Social. Neste modelo, o Estado se relaciona com a sociedade de modo dirigente, ou seja, interferindo nas mais variadas relações e regulando-as, assim como se ocupa de prover a sociedade de toda proteção social possível.

³⁴ PIRES, *op. cit.*, p. 131.

³⁵ VERDÚ, Pablo Lucas, *La lucha por el Estado de derecho*, Madrid, Tecnos, 1985, p. 94.

Não deixa de ser o Estado do Bem-Estar Social, como já pontuamos, também ele um desdobramento ou forma particularizada de Estado Social de Direito e, do mesmo modo, pretendeu superar a excessiva abstração do Estado Liberal, tomado em sua matriz mais original ou ortodoxa, para assumir, formalmente, compromissos sociais concretos e, inclusive, positivados:

*“A diferença básica entre a concepção clássica do liberalismo e a do Bem-Estar é que, enquanto naquela se trata tão-somente de colocar barreiras ao Estado, esquecendo-se de fixar-lhe também obrigações positivas, aqui, sem deixar de manter as barreiras, se lhe agregam finalidades e tarefas às quais antes não se sentia obrigado. A identidade básica entre Estado de Direito e Estado de Bem-Estar, por sua vez, reside em que o segundo toma e mantém do primeiro o respeito aos direitos individuais e é sobre esta base que constrói seus próprios princípios”.*³⁶

De todo modo, muitos direitos sociais foram consolidados neste período histórico razoavelmente largo, que poderíamos situar entre os anos 20 e os anos 70 do século passado. O *Welfare State*, contudo, muito embora de relevância inegável na história do Estado, não se mostra isento de críticas. Há, por exemplo, os que defendem que o dirigismo desse modelo estatal era algo muito mais formal —exatamente como a ideologia liberal— do que algo efetivamente ocupado com o bem-estar social.

E há outros que põe em dúvida esta junção entre Estado Social de Direito e *Welfare State*, ou a influência do primeiro sobre o segundo, como algo realmente voltado ao social, sendo, ao revés, mais uma busca no sentido de se preservar os valores típicos do capitalismo liberal sob nova roupagem. Um renomado estudioso indica este caminho:

“(…) até que ponto o neocapitalismo do Estado Social de Direito não estaria em realidade encobrindo uma forma muito mais matizada e sutil de ditadura do grande capital, isto é, algo que no fundo poderia denominar-se, e se tem denominado, neofascismo. (...) O grande capital encontrou fácil entrada

³⁶ GORDILLO, Agustín, *Principios Gerais de Direito Público*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977, p. 74.

nas novas estruturas demoliberaís, chegando assim a constituir-se como peça-chave e central do Welfare State".³⁷

E há, ainda mais, que se registrar o fato de que o Estado Social se prestou ou foi utilizado por concepções autoritárias de poder, como o fascismo e o nazismo, ainda que não completamente ou não exatamente Estados Sociais paradigmáticos.

Neste sentido, no Brasil é inclusive notório que o governo de Getúlio Vargas, e seu Estado Novo (1937-1945), de cunho social pronunciado –ao menos em seu comprometimento formal– personificou um Estado Social de Direito, mas também representou inegável autoritarismo no exercício deste poder, comprovando que o avanço em questão existiu, mas levando-se em conta todo o seu contexto e relativizando-o, portanto, em boa medida. Exatamente no sentido ora exposto, bem já disse Paulo Bonavides, sobre o Estado Social de Direito, que este "(...) se compadece com regimes políticos antagônicos, como sejam a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo".³⁸

Permanecendo neste mesmo campo crítico, mostra-se importante destacar, ainda mais, o comentário do professor José Afonso da Silva, frisando o papel importante do Estado Social de Direito, e afirmando que "a superação do liberalismo colocou em debate a questão da sintonia entre o Estado de Direito e a sociedade democrática. A evolução desvendou sua insuficiência e produziu o conceito de Estado Social de Direito (...)", mas, logo à frente comenta, sobre este mesmo modelo estatal, não ser ele "sempre de conteúdo democrático".³⁹

Um último aspecto merece nossa atenção neste tópico. Conquanto possa soar óbvio ante todo o exposto aqui, é medida de boa cautela se deixar claro que o Estado Liberal foi ostensiva e até mesmo evidentemente influenciado pelo advento do Estado Socialista, mas tal influência deve ser vista como bastante limitada e circunscrita. O Estado Social de Direito não é, nem mesmo aproximadamente, um modelo de Estado Socialista modificado ou adaptado ao ambiente

³⁷ DIAZ, Elias, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984, p. 121.

³⁸ BONAVIDES, Paulo, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 206.

³⁹ *Ibidem*, p. 116.

capitalista. São concepções sociais, econômicas e políticas por demais distintas para que tal aproximação pudesse ser admitida.

Ao lado da matriz econômica, totalmente diversa num e noutra, podemos citar até mesmo itens menos comentados, como a própria idéia de igualdade em cada um destes modelos. O Estado Social de Direito manteve íntegra sua gênese liberal, limitando-se a obtemperá-la e buscar sua adaptação a um novo panorama social e político e, assim, permaneceu concebendo a idéia de igualdade como algo formal e previsto num sistema também ele formalizado.

O socialismo e, via de consequência, o Estado Socialista, bem ao contrário, trouxe para a ideação de sociedade e de Estado como algo que contemplasse, defendesse e prestigiasse a igualdade material. E, neste sentido, o Estado cumpre papel de destaque, pois será ele, Estado, que garantirá tal igualdade plena entre todos os componentes da sociedade.

Abole-se a propriedade privada, o Estado torna-se senhor e proprietário de tudo, de todos os meios de produção e de todos os recursos disponíveis, sejam eles quais forem e, em contrapartida, divide e atende de forma equânime todas as necessidades dos homens e mulheres integrantes desta sociedade concebida ou erigida sob a égide ideológica socialista.

O Estado Social de Direito jamais sequer se aproximou de tal visão. Mesmo o *Welfare State*, cuja característica mais marcante foi justamente a do dirigismo, do intervencionismo estatal e da satisfação ou provimento das necessidades sociais, nem mesmo tal modelo estatal teve algum aspecto socialista.

Bem ao contrário, o Estado Social de Direito teve por item a ser destacado justamente a defesa de um *status quo* capitalista-liberal original, ortodoxo, tradicional, tão-somente matizado pela inserção ou ingresso de itens componentes de uma "agenda social". Vejamos comentário abalizado sobre este tema específico:

"Ainda que institucionalizado no chamado Estado Social de Direito, permanece sempre sob este –representada por seus grupos políticos e econômicos mais reacionários e violentos– essa tendência e propensão do capitalismo ao controle econômico monopolista e à utilização de métodos políticos de

caráter totalitário e ditatorial, visando a evitar, sobretudo, qualquer eventualidade realmente socialista".⁴⁰

O movimento de retirada de muitos dos chamados direitos sociais, consolidados até os anos 70, início dos anos 80, do século XX, e que culminou ou expressou, segundo alguns, no surgimento da própria Globalização, bem exhibe o quanto acima quisemos expor.

Em texto bastante elucidativo sobre o quanto aqui comentamos, Ferreira Filho, confeccionando um comentário cujo fundo é o de defesa dos ideais liberais, critica, por exemplo, a questão daquilo por ele classificado como *regressão* do princípio da igualdade que, na visão do ilustre professor, seria um item submetido a uma distorção pelo suposto atendimento dos direitos das minorias neste campo da igualdade.

O texto é um bom exemplo da dicotomia entre Estado Social de Direito e Estado Socialista, mostrando que o primeiro, repetindo o que acima dissemos, mantém intacta sua matriz liberal. Vejamos:

"Deve-se assinalar que atualmente o princípio de igualdade parece em regressão. É inegável a tendência ao desenvolvimento de um direito de classe, que, embora para proteger o social e economicamente fraco, lhe concede privilégios em detrimento do princípio de igualdade. Também se pode observar que a intervenção do Estado no domínio econômico se tem feito não raro ao arrepio desse princípio".⁴¹

VI. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Muitas vezes se ignora, na análise do Estado de Direito e mesmo na evolução do liberalismo que inspirou e gerou condições para a criação deste modelo estatal, que a democracia moderna ou liberal, hoje vista como par constante ou qualificativo imperioso do Estado de Direito, não lhe acompanhou desde sempre ou desde seu surgimento. Essa ligação direta entre um e outro elemento, historicamente e em seus primórdios, não existiu.

⁴⁰ DÍAZ, *op. cit.*, p. 122.

⁴¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2003, pp. 279-280.

Bem por isso é que vemos um estudioso de relevo afirmar, sobre tal ponto, que *"a idéia essencial do liberalismo não é a presença do elemento popular na formação da vontade estatal, nem tampouco a teoria igualitária de que todos têm direito igual a essa participação ou que a liberdade é formalmente esse direito"*.⁴²

Tal perfil é inclusive de utilidade marcante ao se analisar a própria democracia liberal ou democracia moderna, uma vez que a titularidade do poder nas mãos do povo, tomando-se o acima comentado em referência, não se dava exatamente por uma suposta ou potencial admiração pelos traços originais da Democracia original, oriunda da Grécia Antiga, mas muito mais pela constatação de que estando a titularidade do poder político com o povo, muito mais dificuldade haveria e menos espaço teria o governante para tomar para si tal titularidade e governar tiranicamente ou mesmo de modo autoritário.

Desse modo, *"a democracia moderna nasce como democracia liberal. Assim, na visão 'ocidental' da democracia, governo pelo povo e limitação do poder estão indissolúvelmente combinados"*.⁴³ Neste contexto, o elemento democrático cumpre uma função muito mais formal e de garantia no atingimento de uma meta principal, a limitação do poder e a proteção ao arbítrio, do que uma genuína inserção popular nos negócios do estado, como seria de se supor numa abordagem inicial.

Na gênese do Estado de Direito se inscrevia, portanto, a questão da limitação do poder fundamentalmente pela lei. E a Democracia, que veio qualificar este Estado de Direito tempos depois, já no século XX, foi claramente haurida por este fundamento essencial organizador do Estado de Direito e, importante, a ele se submeteu. Ou seja, e em outros termos, também a Democracia foi mais um aspecto contemplado dentro da organização do Estado e, respeitando as características deste, foi disposta, regulada, fixada e garantida pela lei.

Desse modo, num movimento que podemos situar em torno dos anos 50 até os dias de hoje, surge um outro movimento de concepção do Estado, desta feita adicionando o quesito ou o componente da Democracia e formando, assim, o Estado Democrático de Direito. Pretendendo ser uma evolução do Estado Social, o Estado Demo-

⁴² BONAVIDES, *op. cit.*, p. 16.

⁴³ FERREIRA FILHO, *op. cit.*, p. 275.

crático de Direito busca inserir no seio do Estado a idéia de que só a Democracia pode de fato garantir a fruição, o gozo e o pleno desenvolvimento dos direitos fundamentais.

Valoriza de maneira formal a soberania popular, defendendo esta como algo fundamental à uma sociedade que se pretenda justa, solidária e livre. Tenta fixar, sempre de maneira formal, que o poder emana do povo e não só em seu nome deve ser exercido, mas também em seu proveito.

Porém, e como já vimos, a Democracia Moderna ou Liberal não é, em verdade, um componente vital na organização do Estado de Direito, mas sim uma qualificação *considerada* como vital, *tomada* como fundamental, com *status* de essencialidade, mas cuja eventual falha de aplicação ou integração concreta na vivência deste Estado de Direito, não retira deste seu regular e eficaz funcionamento.

A constatação acima é bastante importante para que possamos entender as diversas problemáticas que perpassam a dinâmica do Estado e da Democracia na atualidade. Deveras, ignorar o formalismo da Democracia Moderna poderia nos levar a uma situação de interpretar os evidentes problemas de sua aplicação na atualidade como uma espécie de enigma insolúvel.

Ficaria-se com um sentimento de paradoxo pretensamente intransponível: se a Democracia é inerente ao Estado de Direito e ao liberalismo —como é bastante comum se observar em diversas análises— por quê, afinal, enfrenta ela tantos entraves de aplicação, reconhecimento efetivo e concreta observação? Aceitar que este princípio democrático é algo formal, tão formal como qualquer outra disposição contida no sistema jurídico-político-normativo positivado, pode ser um primeiro passo interessante.

Insista-se, uma vez mais, que não levar tal constatação em consideração pode gerar visões excessivamente otimistas ou idealizadas, como as que defendem que o Estado de Direito “*reúne os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, não como simples reunião formal dos respectivos elementos, porque, em verdade, revela um conceito novo que os supera, na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do status quo*”.⁴⁴

⁴⁴ AFONSO DA SILVA, *op. cit.*, p. 116.

Não somente a vivência da Democracia, o dia-a-dia, mas mesmo uma análise mais detida, uma visão menos idealizada do Estado Democrático de Direito, cuidará de exibir sua inserção no Estado de Direito com integral e completo atendimento, observação, e mesmo submissão, às características integrativas desse mesmo Estado, tais como a supremacia da constituição e a superioridade da lei.

Torna-se difícil, desse modo, aquiescer com o comentário do professor José Afonso da Silva, acima transcrito, no sentido de que o elemento ou princípio democrático integra ou vem integrar o Estado de Direito como um *componente revolucionário de transformação do status quo*. De fato, o termo revolucionário, conquanto seja utilizado por vezes em contextos variadíssimos e nos mais variados discursos, vem naturalmente carregado de uma carga modificatória, e até mesmo de ruptura, cuja aplicação ao princípio democrático inserido no seio do Estado de Direito simplesmente não se verifica.

Por outro lado, o mesmo professor José Afonso prossegue, desta feita pondo em relevo a lei, instrumento fundamental na organização do Estado de Direito, afirmando que deve “*ser destacada a relevância da lei no Estado Democrático de Direito, não apenas quanto ao seu conteúdo formal de ato jurídico abstrato, geral, obrigatório e modificativo da ordem jurídica existente, mas também à sua função de regulamentação fundamental, produzida segundo um procedimento constitucional qualificado*”.⁴⁵

Reconhece o mestre em foco a relevância da lei no Estado Democrático de Direito, o que só corrobora o quanto dissemos acerca das características do Estado de Direito, mantidas intactas sob a nova qualificação democrática que lhe inspira. Podemos até afirmar, tomando o aqui debatido por referência, que é a democracia, ao ser inserida no Estado de Direito, que se submeterá aos ditames deste —especialmente a questão da lei como instrumento político, regulatório e modificativo da realidade— e não o inverso, como vimos logo acima com a suposição de que tal princípio democrático pudesse realmente revolucionar a transformar a realidade ditada pelo Estado de Direito *de per se*.

Talvez por esta razão muitos autores se utilizem não do termo democracia moderna, para diferenciá-la da democracia antiga, oriunda

⁴⁵ *Ibidem*, p. 125.

da Grécia antiga, mas sim democracia liberal, localizando-a como uma expressão clara e com uma ligação umbilical com a ideologia liberal, devendo, bem por isso, a este conjunto de idéias se amoldar, se adaptar, e a este ideário até mesmo servir, mas, de todo modo, jamais com ele romper ou atritar.

Decorre daí duas observações ou constatações adicionais: uma, a notória dificuldade em se observar resultados concretos do modelo democrático aplicado à realidade social ao longo dos últimos, pelo menos, cinquenta anos. O caráter formalista do princípio democrático tomado como componente do Estado, ou antes o qualificando ou mesmo norteando suas ações, é um dado real e comprovado.

A duas, e como decorrência da primeira observação, verifica-se que o já indicado formalismo do modelo, gerando sensíveis frustrações na população e na colheita de resultados transformadores concretos, já gera, notadamente entre alguns estudiosos, uma espécie de desencanto com a democracia liberal, constatando o que acima dissemos: gestada no ideário liberal, não tem a democracia moderna como enfrentar ou desafiar tal rol de idéias, mesmo que isso possa, conceitual e materialmente, representar algum avanço social.⁴⁶

Temos perfeita noção de que a presente postura pode gerar dois efeitos potencialmente criticáveis: de que estaríamos falando sobre o óbvio e/ou que estaríamos sendo céticos em demasia. Se comentamos sobre o óbvio, menos mal. Afinal, tratamos aqui de temas já bastante estudados e analisados.

⁴⁶ Tudo leva a crer que a crença na democracia como grande motor da felicidade humana já não se sustenta. Eric HOBBSBAWN, renomado professor de história econômica e social da Universidade de Londres, num trabalho extremamente impactante e bastante direto, intitulado "A Falência da Democracia", afirma: "hoje em dia as autoridades públicas se vêem constantemente obrigadas a tomar decisões não apenas políticas, mas também técnicas, sobre interesses comuns; nessa área, o voto democrático não adianta como guia". Prossegue ainda o professor em foco, no mesmo trabalho: "Independentemente de quais fossem as perspectivas antes dos terremotos econômicos de 1997-98, hoje está claro que a utopia de um mercado global e sem Estado, baseado no "laissez-faire", não vai se concretizar. A maior parte da população do mundo, e certamente aquela que vive sob regimes democráticos liberais merecedores do nome, vai continuar a viver em Estados operacionalmente eficazes, mesmo que em algumas regiões desafortunadas o poder do Estado e a administração tenham virtualmente se desintegrado. Logo, a política vai continuar a existir. As eleições democráticas, também. (...) Resumindo: vamos enfrentar os problemas do século 21 com um conjunto de mecanismos políticos gravemente inadequado para lidar com eles". *Jornal Folha de São Paulo*, 09/09/2001.

De mais a mais, rememorar o óbvio tem a evidente utilidade de nos fornecer uma referência correta ou pelo menos confiável. Já a qualificação de céticos não seria adequada. O princípio democrático presente no Estado Democrático de Direito contemporâneo é, inegavelmente, uma conquista da sociedade e uma avanço na história e na evolução do Estado.

Todavia, imaginar que tal conquista gera, por si, em si e automaticamente, uma voltagem energética social cujo desdobramento principal é a modificação ou, ainda mais, uma revolução modificativa nesta mesma sociedade, é, a nosso ver, algo que, em verdade, dificulta o avanço da aplicação deste mesmo princípio democrático, eis que o mascara sob a visão utópica de uma alteração social por si mesma – automática, inerente, pela simples presença de tal elemento democrático na sociedade – uma realidade bastante diversa e por vezes distante dessa espécie de éden carente de concretude.

Um direito tido como fundamental, individual, de primeira geração, como a liberdade, por exemplo, direito este com uma óbvia conexão de sentido com o ideal democrático, este mesmo direito, regulado, protegido e tutelado desde sempre no seio do Estado de Direito, assim o foi de modo formal – como a história bem registra – e nem por isso menos importante.

Até mesmo a separação dos poderes, que, numa acepção clássica e tradicional, limitava o poder e garantia a liberdade, não era exatamente o garante de tal liberdade, resultado obtido, segundo a lição de Carl Schmitt, pelo *equilíbrio entre os poderes estatais*,⁴⁷ afinal, como se sabe, ainda que separados, os poderes estatais podem manifestar desequilíbrio entre si, mormente o legislativo em face do executivo em situações de aparente normalidade.⁴⁸

A questão aqui, desse modo, não é de se adotar uma visão cética ou crédula, mas analítica e propositiva. No próximo tópico buscaremos justamente esse viés, essa conotação, a fim de obtermos um posicionamento mais consolidado sobre a indagação que intitula esse estudo.

⁴⁷ *O conceito do político*, Petrópolis, Vozes, 1992, p. 244.

⁴⁸ SIEYÈS, Emmanuel Joseph, *A constituinte burguesa. O que é o Terceiro Estado?*, Rio de Janeiro, Liber Júrís, 1986, p. 30.

VII. PARA ONDE VAI O ESTADO DE DIREITO?

A resposta à pergunta acima não é e não tem como ser objetiva e menos ainda finalística ou peremptória. Podemos ofertar, se tanto, uma reflexão, ou a observação retórica, tomada a partir do quanto expusemos aqui mesmo neste breve estudo.

Conquanto tomemos o Estado como algo vital às nossas vidas pelo modelo social em que vivemos, o fato é que, historicamente, se trata de uma criação quase contemporânea, contando com pouco mais de trezentos anos. Evidentemente, estamos adotando como parâmetro o Estado moderno, pelas razões já declinadas no início desse texto.

Durante todo este tempo, ou durante estes últimos trezentos anos, o Estado cumpriu um papel importante de organização social e de estruturação do poder, algo pré-existente ao Estado, mas a ele conformado posteriormente. E, neste sentido, observamos que a idéia de um Estado de Direito, de um Estado gerado, regulado, limitado, conformado e direcionado por um sistema jurídico-legal, tornou-se uma espécie de idéia-motriz, de *think tank* da sociedade moderna, a tal ponto não se poder imaginar – pelo menos até o presente momento – outro modelo, concebido em outras bases, ainda que hipotetizações e elúcubrações teóricas tomem espaço a esse respeito.

Ocorre que o Estado de Direito é, por excelência e definição, o Estado Liberal em sua plena manifestação. Não é, portanto, um modelo inerte ou neutro em termos ideológicos. Isso foi, até hoje e em boa parte, a razão de sua bem sucedida adoção em todo o planeta, mas, de um outro lado, também se revela como seu ponto de desgaste e incerteza quanto ao seu próprio futuro.

O escopo do presente estudo não comporta uma larga análise sobre o imbricamento dessa situação atual do Estado de Direito com a Globalização, mas é inegável a força que esta última gera no primeiro, especialmente com a inserção do elemento econômico – especialmente oriundo de grandes grupos empresariais – sobre a estrutura do próprio Estado, alterando consideravelmente sua dinâmica. Tal influência é de tal modo pungente que alguns se adiantam em vaticinar a morte do Estado, substituído de modo integral pelas próprias corporações econômicas ou empresariais, instâncias privadas de poder. Tal previsão, contudo, deve ser vista com reservas.

O fato é que o desafio não é tentar salvar o Estado de sua própria morte, uma vez que as chances disso vir a ocorrer são remotas nas condições atuais, muito embora a prudência recomende que se admita todas as possibilidades quando o risco de ruptura é palpável, como é o caso da globalização. Esse falecimento, contudo e mais uma vez, deve ser considerado com os dados disponíveis e, assim, não se mostra como algo realmente verossímil.⁴⁹

Nota-se é que o Estado pode, e pode-se dizer que *deve* ante a situação vivida, voltar-se mais para a comunidade que, na verdade, foi quem lhe deu a verdadeira razão de ser, estar e existir e parece ser daí, da comunidade, de algo extra e supra-estatal, que poderá ser gestado um Estado de fato *participativo* e *popular*,⁵⁰ como se pretende seja um Estado Contemporâneo.

Há, destarte, um desafio a todos nós, e este é o de fazer reviver, ao menos em parte, as idéias de Platão sobre o Estado e sua noção extremamente altruísta e solidária de sociedade, uma postura que busca retomar um pouco daquela grandeza simples e direta advogada

⁴⁹ O raciocínio esposado busca ser, tanto quanto possível, científico sem ser cientificista. Assim como há tempos se ouve que os EUA estão à beira de uma fragorosa depressão, mas essa jamais se apresenta e, bem ao revés, só se vê um desenvolvimento e enriquecimento maior e mais profundo de tal nação, o mesmo se dá com o Estado, cuja morte ou potencial situação moribunda é frequentemente arguida por um leque bastante amplo de estudiosos, mas os fatos e a história insistem em desmentir essa postura. Nesse estudo, portanto, preferimos lidar com os elementos palpáveis e encontráveis na análise dos fatos e estes mostram que o Estado, conquanto modificado nesse ambiente globalizado, está em plena atividade.

⁵⁰ “A participação popular não quebra o monopólio estatal da produção do Direito, mas obriga o Estado a elaborar o seu Direito de forma emparceirada com os particulares (individual ou coletivamente). E é justamente esse modo emparceirado de trabalhar o fenômeno jurídico, no plano da sua criação, que se pode entender a locução ‘Estado Democrático’ (figurante no preâmbulo da Carta de outubro) como sinônimo perfeito da locução ‘Estado Participativo’”. Carlos AYRES BRITO, *Distinção entre ‘controle social de poder’ e ‘participação popular’*, p. 85, *Revista Trimestral de Direito Público*, vol. II, 1993; na verdade, nota-se ser já voz comum entre muitos estudiosos que o poder deve se municipalizar mais, aproximando-se da população: “Dentro da proposta de municipalização do poder, a federação brasileira pode ter novos caminhos, e estes devem ser construídos por meio da experiência diária que permita, pelas modificações na estrutura constitucional, o estabelecimento efetivo de um poder municipal assentado sobre novas bases, que resgatem a integridade territorial do Município, construída sobre uma identidade econômica, cultural, filosófica e de identidade de perspectiva de construção de um futuro comum. Logo, o atual modelo de repartição territorial tem que ser reformulado e, a partir de então, reestruturado, assim como dificultadas quaisquer tentativas de modificação territorial da base sócio econômica e cultural do Município”, José Luiz Quadros de Magalhães, *op. cit.*, p. 118.

pelo pensador discípulo de Sócrates, cuja explicação para a existência do Estado repousava singelamente na mútua cooperação entre os homens, já que *como temos muitas necessidades e fazem-se mister numerosas pessoas para supri-las, cada um vai recorrendo à ajuda deste para tal fim e daquele para tal outro; e quando esses associados e auxiliares se reúnem todos numa só habitação, o conjunto dos habitantes recebe o nome de cidade ou Estado.*⁵¹

O ensinamento acima pode parecer excessivamente poético para os tempos em curso, em que a mera cooperação entre indivíduos pode parecer idéia circunscrita à simples retórica quando falamos de Estado, mas o fato é que esse resgate parece ser mais necessidade do que hipótese, uma vez que o Estado, em si, pode até não estar correndo nenhum risco de sobrevivência no ambiente político-social atual, mas um Estado de Direito real, capaz, amplo, eficaz, legítimo, abrangente, inclusivo, fomentador dos valores por ele mesmo defendidos, que cumpra efetivamente sua função, ou seja, representar o povo que o ampara e servir à essa mesma base humana, só poderá ser de fato implantado se essa mesma população, se esse mesmo povo, de alguma forma dele se aproximar, inspirando-o a ouvir as vozes que, se já não lhe influenciam e prestam-se a simplesmente dar um verniz de representatividade e/ou legitimidade aos seus atos, podem e devem mudar tal situação, dirigindo esse mesmo Estado a um caminho em que possa ser mais representante de uma vontade popular que representação de outros interesses, a ser, enfim, algo mais vivo e pulsante do que um mero instrumento para implante de medidas cujo resultado ou é duvidoso ou é restrito a um pequeno grupo de interessados.

⁵¹ PLATÃO, *A República*, Martins Fontes, São Paulo, 1991, p. 46.

LA ASIMILACIÓN DE NUESTRAS RAÍCES PARA ENCONTRAR EL DIÁLOGO QUE PERMITA EL DESARROLLO DE MÉXICO

Mario BECERRIL HERNÁNDEZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Época prehispánica*. III. *Época colonial*. IV. *Siglo XIX*. V. *Siglo XX e inicio del siglo XXI*. VI. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos once años México ha vivido una evolución democrática que ha cambiado estructuralmente la conformación de nuestro país, tal evolución se ha gestado en los diferentes niveles de gobierno pero ha repercutido fuertemente a todos los mexicanos, por lo que este análisis pretende invitar a la reflexión sobre el México que nos toca vivir hacia el futuro y los instrumentos que necesitaremos para enfrentarlo para lograr su desarrollo y como consecuencia el beneficio justo para todos los mexicanos.

El presente análisis no presenta tendencia política alguna ni intereses particulares, únicamente pretende ser una humilde invitación a la reflexión por parte de un mexicano que ama y valora profundamente a su país y anhela el beneficio común de todos los mexicanos que formamos parte de él.

En el año 2000, gana la Presidencia de la República Vicente Fox Quesada, perteneciente al Partido Acción Nacional, después de 70 años en los cuales todos los presidentes de México formaron parte del Partido Revolucionario Institucional, así como la mayoría y, como

consecuencia de ello, el control del Congreso de la Unión por parte de ese partido político.

De la misma forma, a partir del año de 1997 ningún partido político tiene mayoría en la Cámara de Diputados y actualmente tampoco en la Cámara de Senadores, situación que implica una evolución democrática muy profunda en cuanto a la negociación de iniciativas de leyes o reforma a las mismas en el Congreso de la Unión, pues actualmente ningún partido político puede imponer sus decisiones como sucedía anteriormente con la hegemonía que ejercía el Partido Revolucionario Institucional, es decir que actualmente resulta necesario utilizar diversos instrumentos para llegar a acuerdos en las negociaciones de iniciativas de leyes o reforma a las mismas.

Ante tal esquema estructural político, social y económico de control de partido, vivido en el pasado, se creó todo el marco legal de nuestro país con base en la hegemonía de ese partido político, por lo que actualmente ante el cambio democrático que estamos viviendo, tenemos la imperiosa necesidad de modificar todo ese marco legal que resulta obsoleto, hacia una visión democrática del país, lo que implicará un arduo trabajo de negociación y creación de nuevas leyes o reforma a las ya existentes.

El instrumento más poderoso que el hombre tiene como ser racional para llevar a cabo una negociación de cualquier índole es el "diálogo", diálogo que México aún no encuentra para lograr los acuerdos que permitan llevar a cabo la reforma a las leyes que el país requiere.

El presente análisis pretende invitar a la reflexión sobre la importancia de lograr los acuerdos necesarios que detonen el imprescindible avance de este gran país que es México. Resulta muy importante señalar que al no lograr acuerdos, cada día que pasa estamos retrocediendo en lugar de avanzar, mientras que otros países como China e India, por poner algún ejemplo, aprovechan todas las oportunidades de negocio a nivel mundial, oportunidades que para México se esfuman al no lograr los acuerdos necesarios. Por tal razón, lo que debemos reflexionar es que el rival o rivales a los que México debe enfrentarse se encuentran fuera del país, no dentro de él, como parece que hasta ahora lo hemos concebido. Es necesario buscar el bien común para todos los mexicanos y no solamente guiarnos por intereses particulares o de partido, como ha venido sucediendo hasta la fecha.

Como nación, debemos reflexionar que ya hemos dejado pasar muchísimo tiempo. La suerte nos ha sonreído con aspectos tan circunstanciales como el alza en los precios del petróleo y las remesas de nuestros paisanos en el extranjero; por tales aspectos, hasta el momento, no hemos enfrentado una crisis económica como en el pasado, pero resulta absurdo que este país, con la grandeza de recursos tanto humanos como naturales que posee, sustente su estabilidad económica en aspectos tan circunstanciales como los señalados. ¿Hasta cuando nos acompañarán los benéficos aspectos circunstanciales? Podrá ser poco o mucho tiempo, nadie lo sabe, pero por tal razón debemos lograr los acuerdos necesarios para que este país avance por nosotros mismos y no solamente esperar que se mantengan los aspectos meramente circunstanciales.

El presente análisis busca desentrañar los elementos que le faltan a México para lograr los acuerdos necesarios con el objeto de lograr la transformación que el país requiere, que implicarán el trabajo duro, comprometido y responsable de todos los mexicanos, ya sea que estemos hablando de los que forman parte del Poder Ejecutivo Federal o local, ya sea que hablemos de los que integran el Congreso de la Unión o las legislaturas de los estados, los jueces y magistrados en los diferentes ámbitos de su competencia, e inclusive de cada uno de los mexicanos que trabajamos en el sector privado, en los distintos sectores productivos de este país, todos tenemos responsabilidad en esto, todos somos corresponsables de lo que suceda en este gran país y en razón de esa corresponsabilidad todos seremos exitosos por el triunfo o culpables por el fracaso.

Un aspecto muy importante para lograr los acuerdos necesarios para el avance del país, consistirá en que los actores políticos que lleven a cabo las negociaciones que el país requiere, hagan a un lado cualquier actitud de soberbia e imposición, pues sentarse a una mesa a negociar con tal actitud anula cualquier posibilidad de acuerdo, es decir, esa actitud negativa implica sentarse a una mesa de negociación pensando que se tiene la verdad única e inobjetable, la mayoría de las veces basada en intereses particulares, sin que se dé la posibilidad a la otra parte de exponer sus argumentos y de esta forma que tales argumentos sean objeto de análisis y reflexión por parte de todos los negociadores, buscando en forma sincera y desinteresada el bien común de todos los mexicanos.

En esta parte del análisis me refiero a otro artículo que escribí anteriormente, que sirve de apoyo a lo anterior:

“El verdadero político hace a un lado esa actitud de soberbia y se encuentra abierto al diálogo y a la reflexión para lograr los acuerdos necesarios, es inteligente y esa inteligencia le permite eliminar tal actitud y alcanzar los acuerdos en la negociación. Todos los mexicanos contratamos a los políticos precisamente para que logren ese objetivo que es alcanzar los acuerdos necesarios, ese es el trabajo real y verdadero de ellos, lograr los acuerdos que el país requiere, de no lograr acuerdos no están cumpliendo con el propósito para el cual fueron contratados, en tal sentido esta reflexión es una invitación a nuestros políticos para que se pongan a trabajar en forma seria y responsable, sin esa actitud de soberbia y con ello se logren los acuerdos que el país requiere para su avance”.¹

Actualmente resulta necesario utilizar diversos instrumentos para llegar a acuerdos en las negociaciones de iniciativas de leyes o reforma a las mismas en el Congreso de la Unión, por lo que el instrumento más poderoso que el hombre tiene como ser racional para tales efectos es el “Diálogo”, sin embargo, considero que ese “Diálogo” de importancia trascendental, México aún no lo encuentra, para lograr los acuerdos que permitan llevar a cabo la reforma a las leyes que el país requiere para lograr su avance.

Este país cuenta al menos con doscientos años de vida prehispánica, trescientos años de vida como colonia de España y otros doscientos años de vida como país independiente, es decir que estamos hablando por lo menos de setecientos años de vida como comunidad social; doscientos años de vida independiente si se quiere restar importancia a los años anteriores, sin embargo, a la fecha en ocasiones parece que los mexicanos no podemos llevar a cabo un diálogo racional que encauce una negociación y a través del mismo se logren los acuerdos necesarios, para lograr la transformación que el país requiere.

Después de los años que tenemos como nación, surge la siguiente pregunta obligada: ¿cuál es la razón por la que no podemos llevar a cabo un diálogo razonable para llegar a acuerdos y cuáles son los elementos que se requieren para lograrlo?

¹ Mario BECERRIL HERNÁNDEZ, “El verdadero cambio democrático”, Revista *Eje del Comercio Exterior Aduanas*, año 5, núm. 5, 2006, México, p. 53.

En mi opinión, la respuesta la lograremos realizando un análisis de nuestras raíces y de la historia de nuestro país, para que de esa forma podamos desentrañar el origen de nuestra existencia como mexicanos y como nación, derivando de tal situación la problemática planteada, con el objeto de buscar las soluciones que se requieren y la forma de llevar a cabo su aplicación a la realidad.

II. ÉPOCA PREHISPÁNICA

En la época prehispánica tenemos las primeras raíces de todos los mexicanos, nuestras raíces indígenas, que provienen de las culturas aztecas, mayas, toltecas, mixtecas, zapotecas, por mencionar solamente algunas, culturas magnificentes que se encuentran a la altura de otras grandes culturas de la antigüedad como la egipcia, raíces mexicanas a las que hemos desdeñado y restado la importancia que tienen, basta para ejemplificar lo anterior, el segregamiento y aislamiento al que hemos sometido a las etnias indígenas sobrevivientes en nuestro país.

En mi opinión, es hora de rescatar esas raíces indígenas de los mexicanos a través de su estudio y difusión, con el propósito de reencontrarnos a nosotros mismos en esas importantes raíces.

Me siento honrado de ser heredero de la cultura azteca, cultura de profunda honradez y misticismo que pocos mexicanos han estudiado y reflexionado sobre su importancia y trascendencia en nuestra nación, tan es así que tuvo que ser el gran estadista e historiador francés, Jacques Soustelle, quien escribiera la mejor investigación sobre la cultura azteca, en su obra llamada *La vida cotidiana de los aztecas en vísperas de la conquista*, obra bellísima y profunda como esa cultura.²

Considero necesario que todos los mexicanos valoremos y aceptemos en forma sincera y natural esas primeras raíces indígenas que forman parte de nosotros mismos y que hasta la fecha me parece que no valoramos en todos sus aspectos. De no hacerlo, no nos estamos aceptando a nosotros mismos, por lo que tal situación constituye el primer gran obstáculo para lograr el diálogo entre los mexicanos.

² Jacques SOUSTELLE, *La vida cotidiana de los aztecas en vísperas de la conquista*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984.

Concluyo esta parte del análisis señalando la importancia de fortalecer nuestras raíces indígenas, a través de la difusión gubernamental de las culturas prehispánicas, difusión que podrá llevarse a cabo a través de medios de comunicación y planes de estudio de carácter lúdico en las escuelas.

Otro aspecto que influye en forma importante en nuestro análisis respecto a la época prehispánica, es la forma como se dio el fin de la misma, es decir que con el fin de esta época se da el elemento que siempre ha estado presente en todos los mexicanos y que ha afectado igualmente la posibilidad de diálogo entre nosotros mismos, este elemento es el "rompimiento", elemento que ha estado presente en forma constante a lo largo de la historia de nuestro país.

Es decir, con la caída del imperio azteca en el año de 1521 de nuestra era y el inicio de la vida de nuestro país como colonia de España, se dio un violento "rompimiento" a través del cual se destruyó y se desechó todo lo construido durante la época prehispánica y se impuso la cultura, la religión, la organización política, social y económica de España.

Con ello se generó el primer gran "rompimiento" de nuestra cultura, es decir que de un plumazo se borrarón al menos doscientos años de vida prehispánica dándose el primer retroceso como nación en nuestro país, produciendo un fuerte impacto en todos los mexicanos que perdura hasta nuestros días.

No obstante lo anterior, debemos tener presente que debemos desear ese resentimiento que implica la caída del imperio azteca y con ello el fin de la época prehispánica, situación que implica un fuerte lastre que nada nos ayuda en nuestro desarrollo y voltear a reflexionar únicamente sobre la grandeza de nuestras raíces prehispánicas.

Resulta muy importante que cada uno de los mexicanos, a través del instrumento que se considere conveniente como podría ser la divulgación gubernamental, logre el rescate en la medida de lo posible de esas primeras raíces de origen prehispánico, que puede ser de tipo azteca, maya, tolteca, etc., según corresponda al lugar de nacimiento de cada mexicano y ese rescate que cada uno de nosotros busque debe ser sincero, puro, de total convencimiento, es decir en este proceso debemos identificarnos con esa raíz prehispánica natural de la que provenimos y hacer a un lado aspectos de aparente intelectualidad, de esnobismo o en algunos casos de total desprecio a esas raíces.

Este es el primer gran paso, aceptar en forma pura y sincera el primer origen natural prehispánico del mexicano y reconocerse en forma sincera en esas importantísimas raíces prehispánicas, a través de este proceso avanzaremos a pasos agigantados en la aceptación de nuestras raíces comunes y de nuestra existencia como nación, lo que permitirá identificarnos todos como mexicanos y no como rivales.

III. ÉPOCA COLONIAL

La población en la época colonial se encontraba formada por las siguientes clases étnicas y sociales:

- Españoles (nacidos en España).
- Criollos (nacidos en la Nueva España).
- Indios.
- Castas (mezcla de las anteriores).

Los derechos y obligaciones de cada clase étnica y social se encontraban profundamente marcados y existían diferencias sustanciales entre las mismas.

No obstante lo anterior, considero que las diferencias de clases étnicas y sociales fue borrada e inclusive olvidada a través del movimiento de independencia que inicia en 1810 y concluye en 1821, es decir que la diferencia de clases étnicas y sociales que se dio en la Nueva España no tuvo repercusión alguna, pues tal diferencia fue casi totalmente borrada con el nacimiento del México independiente en el que la población en mayor o menor medida se unió y olvidó sus diferencias para crear una nueva nación.

No obstante lo anterior, durante la época colonial se dio otro elemento que me parece trajo un nuevo "rompimiento" en nuestra nación, pues tuvo repercusiones hasta el México independiente e inclusive hasta nuestros días.

Ya casi al final de la época colonial, obedeciendo tal vez a aspectos de control político más que de organización territorial o gubernamental se da en el año de 1786 el establecimiento en la Nueva España de las llamadas "intendencias", división territorial de origen francés, "intendencias" que no hacen otra cosa que dividir a la Nueva España

en forma anárquica, sin tomar en cuenta las raíces, cultura y tradición de la población.

Ello dio lugar al segundo gran “rompimiento” de nuestra nación, pues se dividió totalmente la Nueva España y las poblaciones con las mismas raíces, cultura y tradiciones quedaron divididas, es decir, con la creación de las “intendencias” se dividió a las poblaciones, división territorial que a través de las intendencias desgraciadamente sirvió de base para la creación de las entidades federativas que formarían la Federación en la época del México independiente.

Tal división territorial y poblacional de las “intendencias” no respetó las raíces, cultura y tradiciones de la población mexicana y particularmente las raíces prehispánicas de la misma, por lo tanto lo considero el segundo gran “rompimiento” de nuestra nación, que es un elemento que se encuentra afectando gravemente el diálogo que debe darse entre los mexicanos para lograr los acuerdos necesarios que traigan como consecuencia la transformación del país.

Al respecto, el maestro Antonio Muro Orejón, en su libro *Lecciones de historia del derecho hispano indiano*, nos señala lo siguiente:

“Las intendencias tanto en España como en Indias son unas instituciones del siglo XVIII.

La opinión general –corroborada por Vieillard– es que las intendencias son de origen francés e introducidas en España por el rey Felipe V (1700), el primer monarca de la dinastía borbónica, nieto del rey francés Luis XIV.

Las Ordenanzas de 1786 crean en la Nueva España doce intendencias de provincia, a saber: Méjico (que es intendencia general al propio tiempo que provincial), Puebla de los Ángeles, Nueva Veracruz, Mérida de Yucatán, Antequera de Oaxaca, Valladolid de Mechoacán, Santa Fe de Guanajuato, San Luis de Potosí, Guadalajara (en que la intendencia va unida a la presidencia de la Real Audiencia), Zacatecas, Durango y Arizpe (que comprende los territorios de Sonora y Sinaloa)”.³

El impacto más fuerte que se genera en la época colonial y que perdura hasta nuestros días se da a través de las “intendencias”, pues

³ Antonio MURO OREJÓN, *Instituciones de gobierno en el siglo XVIII. Las Intendencias de Indias. Lecciones de historia del derecho hispano indiano*, Escuela Libre de Derecho, México, 1989, pp. 207 y 209.

tal división territorial fue la base para la creación de las entidades federativas en el sistema federal en el México independiente.

Al respecto, Roberto Moreno Espinosa señala lo siguiente:

“La distribución territorial de las intendencias prefiguró a las entidades que formarían a la federación surgida con el México independiente; por tanto significó un antecedente definitivo para que se definieran territorialmente las circunscripciones para la acción de la administración pública estatal del nuevo Estado”.⁴

En tal sentido, esa división desordenada y anárquica, sin una base ni un fin específico de poblaciones en la Nueva España que se dio con las “Intendencias” es la misma que perdura hasta nuestros días a través de las entidades federativas que forman nuestra federación.

Por otra parte, resulta de importancia trascendental que todos los mexicanos reconozcamos la segunda raíz de la que provenimos, que es la española, es decir debemos olvidarnos de viejos rencores ocasionados por la dominación española y considerar esto como un suceso histórico y nada más, sucedió en su momento y en sus circunstancias, debemos tener presente que nuestra primera raíz fue la indígena y la segunda la española, y los mexicanos surgimos de la fusión de ambas, por lo que la dominación española, a casi quinientos años de distancia, no debe afectarnos al grado de rechazar esa segunda raíz de la que provenimos que es la española. Es necesaria una reconciliación por parte de todos los mexicanos con ese origen que es el europeo, aceptar y asimilar que una parte de nosotros es indígena y otra es europea, por lo que tenemos esencia de ambas culturas la indígena y la europea, lo que resulta algo verdaderamente grande e importante y es algo que me parece que no hemos reflexionado lo suficiente, por esos viejos e inútiles rencores de hace ya casi quinientos años.

Este es otro aspecto que me parece beneficiará el diálogo de los mexicanos, por lo que a través del reconocimiento de esa raíz europea debemos vernos en Europa, lugar en el que se encuentran nuestras raíces. Señalo esto, pues en lugar de vernos en donde están nuestras auténticas raíces, desde la independencia de México, por obvias ra-

⁴ Roberto MORENO ESPINOSA, *La administración territorial en México. Antecedentes históricos*, Instituto de Administración Pública del Estado de México, México, 1995, p. 119.

zonas históricas de rechazo a Europa, nos vemos en Estados Unidos; un ejemplo de ello se encuentra en la Constitución de 1824 y nuestro sistema federal, copia del sistema federal de Estados Unidos, instituciones que se encuentran presentes en nuestro país hasta nuestros días, país con el que únicamente nos une una frontera, pero con el que no tenemos ni la más mínima semejanza histórica ni cultural.

En mi caso personal logré esa reconciliación cuando, al viajar a Europa, encontré que los mexicanos somos muy parecidos a los europeos en muchos aspectos tanto física como culturalmente y en parte me sentí europeo y fue que comprendí la necesidad de llevar a cabo esa reconciliación con Europa y ubicarnos en esa segunda raíz nuestra y no en otra.

IV. SIGLO XIX

El siglo XIX en nuestro país, prácticamente inicia con el movimiento de independencia y la creación de una nueva nación, sin embargo en ese entonces, esa nación no sabe cómo constituirse y el gran problema de este siglo es la organización política, social y administrativa que debe seguir la nación de reciente creación, organización que implicó fuertes y violentas convulsiones políticas y sociales en nuestro país durante todo ese siglo e inclusive hasta los inicios del siglo XX.

Al principio de este siglo después de la consumación del movimiento de independencia, por obvias razones se rechazó toda la influencia de España y de Europa y en forma muy tenue se trató de rescatar algo del origen prehispánico de nuestra nación, pero en forma por demás tímida y superficial, digamos que lo único que se rescató de esas raíces y que se conserva hasta nuestros días los encontramos en nuestra bandera y en el escudo nacional, situación que resulta importante, pero que por lo tenue y superficial no logró consolidarnos como nación.

Al respecto, sobre lo sucedido durante este siglo, Álvaro Matute nos refiere, con una impresionante capacidad de síntesis, lo siguiente:

“Cuando la independencia llega a un punto de madurez, con las brillantes campañas de Morelos, se comienzan a definir los objetivos de índole moderna. La organización republicana se presenta como programa de acción. Se adoptan los idearios ilustrados que encontraban en la división y el equi-

librio de poderes la práctica más saludable del *ars gubernandi*. Al final de la independencia, la voz del tradicionalismo se expresa en el Plan de Iguala. La monarquía moderada surge como la forma idónea de gobierno. Se pone en práctica y el abuso del poder da argumentos a los republicanos para establecer su doctrina. Pero en esto tampoco había consenso unánime. Dos posibilidades de práctica republicana se ofrecen y se discuten: el centralismo y el federalismo. Conforme a la tradición, no era posible adoptar un sistema que en Estados Unidos había tenido buen éxito; para los federalistas, la práctica del gobierno central agravaría más los problemas nacionales al no haber un entendimiento entre centro y periferia: los lugares alejados estaban sometidos a los caprichos que dictaba el centro sin posibilidad de un ejercicio democrático. Los argumentos federalistas ganan en 1824, pero su victoria es breve. Las profecías del padre Mier se cumplen y en 1836, México es una república central.

Después de más de treinta años de anarquía, la generación liberal que llegó al poder gracias al plan de Ayutla, comprendió que no era sólo la forma de gobierno lo que había que modificar, sino el fondo de una situación socioeconómica real que impedía regir al país conforme a los dictados de una constitución liberal, democrática y federalista. Las reformas sociales de 1857 tratan de modernizar al país a toda costa, pero la reacción inevitable hace que en México se vuelva a la lucha de facciones. Después de la victoria liberal, tras la guerra de tres años con el apoyo francés se implanta otra vez la monarquía. Como el republicanismo ya se había enraizado en México, Juárez unifica la lucha contra el Imperio y, en 1867, se restaura la república triunfante.

La república restaurada, o sea el periodo que va de 1867 a 1876, es un paréntesis de ejercicio democrático en la vida política de México...⁵

Esa nación que se va creando e inventando a sí misma, se encuentra totalmente convulsionada y en esa vorágine, lo menos importante de la situación resulta ser la división territorial de la misma, por lo que para tales efectos se tomó como base la creada a través de las “intendencias”, sin darle mayor importancia, pues existían problemas más graves que atender, sin embargo, la República Federal se creó con entidades federativas constituidas en forma artificial, sin una raíz, ni un sustento histórico, social, ni cultural que las conformara y en ese sentido las uniera y consolidara en forma sólida.

⁵ Álvaro MATUTE, *México en el siglo XIX. Antología de fuentes e interpretaciones históricas*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1981, pp. 189 y 190.

En tal sentido, la existencia y formación de nuestro país se encuentra basada en entidades federativas de creación artificial, lo que da como resultado una federación igualmente artificial. Esta tal situación, unida a la falta de aceptación por parte de los mexicanos de las raíces tanto prehispánicas como españolas originan la falta de identidad de los mexicanos a todos niveles, lo que promueve la preeminencia de los intereses particulares sobre el beneficio común de todos los mexicanos, lo cual cancela la posibilidad de diálogo entre nosotros mismos.

En tal sentido, reitero que considero a las "intendencias" como el segundo gran "rompimiento" que se da en nuestra nación, con profundas repercusiones hasta nuestros días, pues el daño y la afectación al diálogo en nuestro país, tema de nuestro análisis, se ve reflejado en un ejemplo muy simple, como lo referiremos a continuación.

Resulta suficiente haber pasado algunos días en Yucatán o en Campeche para darse cuenta del daño ocasionado por la división territorial de las "intendencias"; es decir, es indudable que tanto la población de Yucatán como la de Campeche tienen las mismas raíces y la misma cultura, es decir, ambas poblaciones tienen raíces prehispánicas de origen maya y por tal razón comparten historia, cultura y tradiciones, es decir, en esencia son iguales, originarios de la península de Yucatán. Sin tomar en cuenta lo anterior, los yucatecos hacen chistes de los campechanos, teniendo como tema central que son tontos en exceso y curiosamente los campechanos utilizan los mismos chistes para resaltar la tontería de los yucatecos, es decir son dos poblaciones con las mismas raíces prehispánicas, la misma historia y cultura y ya no se reconocen e identifican como tales, sino que se ven casi como enemigos o rivales y como consecuencia de tal situación, la posibilidad de diálogo queda anulada.

V. SIGLO XX E INICIO DEL SIGLO XXI

El siglo XX lo podemos resumir para efectos del presente análisis como los 70 años de hegemonía priísta en nuestro país, durante los cuales el diálogo resultaba totalmente innecesario, por lo que quedó en el completo olvido e inclusive, por tal imposición ya no dábamos importancia y respeto a nuestras propias opiniones, es decir, con el dominio de los poderes federales y locales de gobierno de la maqui-

naria priísta, lo único que hacía falta era estar dentro de tal maquinaria y no salirse de los cauces marcados por la misma.

Podemos decir que en el siglo XX el diálogo y la negociación prácticamente fueron innecesarios, por lo que no existieron y únicamente se hacía lo que la maquinaria priísta señalaba, sin necesidad de diálogo alguno, tal situación provocó aspectos positivos, pero igualmente implicó abusos y malos manejos.

Hace once años en 1997 las cosas empezaron a cambiar, como lo señalé en mi artículo referido con anterioridad y del cual transcribo el siguiente párrafo:

"El Partido Revolucionario Institucional (PRI) pasó de tener 298 diputados (periodo 1994-1997) a 239 diputados (periodo 1997-2000), por lo que en el año de 1997 el PRI pierde por primera vez en la historia de nuestro país la mayoría en la Cámara de Diputados, podemos decir que en ese año inició el voto de castigo del electorado al PRI, voto de castigo que de los resultados de las elecciones del 2 de julio de 2006, al parecer aun no termina".⁶

Con tal situación concluyó el esquema que se había mantenido durante 70 años respecto a la elaboración y creación de leyes, pues el Partido Revolucionario Institucional, partido político en el gobierno dejó de tener mayoría en la Cámara de Diputados, situación que modificó en forma trascendental ese esquema, en razón de que actualmente ningún partido político tiene la mayoría ni en la Cámara de Diputados, ni en la Cámara de Senadores, aspecto que lógicamente se mantendrá hacia el futuro, lo que implica actualmente la necesidad de negociación de leyes para lograr los acuerdos necesarios para lograr la transformación del país, por lo que resulta totalmente necesario el instrumento del diálogo para lograr los acuerdos en la negociación de las referidas iniciativas de leyes o reforma a las mismas.

Por esta razón ahora sí resulta totalmente necesario el instrumento del diálogo para lograr los acuerdos en la negociación de iniciativas de leyes o reforma a las mismas, diálogo que en pleno siglo XXI México aún no encuentra la forma de llevarlo a cabo.

Algo que resulta importante destacar es que en este siglo XXI se han dado en los diferentes órdenes y niveles de gobierno cambios

⁶ Mario BECERRIL HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 54.

democráticos muy importantes, sin embargo, este país se encuentra funcionando con leyes muy antiguas que se encontraban hechas a la medida para funcionar bajo la hegemonía priísta y que actualmente, con los cambios democráticos que se han dado en nuestro país, son totalmente obsoletas, por lo que reitero que resulta de una importancia trascendental lograr los acuerdos necesarios para llevar a cabo las reformas a esas leyes, con objeto de adecuar el marco jurídico que nos rige a la situación que actualmente tiene el país, derivada de los cambios democráticos señalados.

Es por esa razón que resulta muy importante y apremiante que México, como nación, encuentre ese diálogo que no ha logrado.

VI. CONCLUSIONES

Es importantísimo que a través de la difusión de carácter gubernamental, de la inclusión en los planes de estudio de las escuelas o del instrumento que se considere más adecuado, se realice una campaña de información dirigida a todos los mexicanos, a los diferentes niveles, con objeto de lograr una reflexión en los siguientes aspectos:

1. Resaltar los valores de las culturas prehispánicas y en razón de ello señalar la necesidad de aceptar en forma natural y sincera como parte de nuestras raíces ese origen, con el objeto de lograr la aceptación de la raíz prehispánica que nos corresponda en razón del lugar de nacimiento de cada mexicano.
2. Hacer a un lado el lastre de la conquista española y con base en ello lograr una reconciliación intrínseca y sincera con España, y con tal situación reconocer esa otra raíz de los mexicanos y volver nuestra mirada a Europa.
3. Reconocer la creación de entidades federativas artificiales que se dio por razones históricas y que no podemos eliminar por decreto, pero lo que sí podemos hacer es entenderlo y reconocer que tenemos las mismas raíces históricas y culturales que el vecino, lo que se reforzará con los dos puntos anteriores.
4. Una vez logrando lo anterior, tener como mexicanos un sustento lógico y a través de él descubrir nuestra esencia existencial como nación y con ella nuestra verdad y autenticidad como base del diálogo.

5. Igualmente, es importante, que los mexicanos seamos auténticos y verdaderos, lográndolo será posible el diálogo entre nosotros mismos, para lograr los acuerdos necesarios que permitan la transformación y el avance de este gran país que es México.

de los revolucionarios mexicanos con sus valores políticos, filosóficos y éticos. En el mundo actual, la globalización ha generado una serie de cambios que han afectado profundamente a la sociedad mexicana y a la cultura. El autor afirma que la guerra revolucionaria fue una respuesta a la opresión y la explotación que sufrían los mexicanos. Sin embargo, también reconoce que la guerra no fue perfecta y que hubo muchas víctimas. El autor termina diciendo que la guerra revolucionaria fue una etapa necesaria en la historia de México, pero que hoy en día debemos aprender de ella para construir un futuro mejor.

Es por esa razón que resulta muy importante y necesario que México, como nación, reflexione en diálogo que no ha logrado.

VI. Conclusión

Es importante tener en cuenta que la historia de la guerra revolucionaria en México no es una línea recta, sino un proceso complejo y contradictorio. El autor afirma que la guerra revolucionaria fue una respuesta a la opresión y la explotación que sufrían los mexicanos. Sin embargo, también reconoce que la guerra no fue perfecta y que hubo muchas víctimas. El autor termina diciendo que la guerra revolucionaria fue una etapa necesaria en la historia de México, pero que hoy en día debemos aprender de ella para construir un futuro mejor.

1. Reconocer la importancia de la cultura mexicana y el valor del diálogo en la resolución de conflictos sociales y políticos.
2. Hacer un diagnóstico de la situación actual y con base en ello tomar las medidas necesarias para superar los problemas y construir una sociedad más justa y equitativa.
3. Reconocer la creación de unidades políticas y militares que se dio por razones históricas y que no podemos eliminar por decreto, pero sí por medio de leyes y reformas y operaciones que permitan las mismas partes involucradas y multilaterales que el diálogo, lo que se ven reflejado con los diálogos encubiertos.
4. Lograr la unidad de los mexicanos, tanto como ciudadanos en un sentido lógico y a través de el desarrollo nuestra estructura económica, social y con ella nuestra verdad y autenticidad como base del diálogo.

El autor afirma que la guerra revolucionaria fue una respuesta a la opresión y la explotación que sufrían los mexicanos. Sin embargo, también reconoce que la guerra no fue perfecta y que hubo muchas víctimas. El autor termina diciendo que la guerra revolucionaria fue una etapa necesaria en la historia de México, pero que hoy en día debemos aprender de ella para construir un futuro mejor.

LAS GUERRILLAS

Luis Norberto CACHO PÉREZ

“Silent leges inter arma”
 (“Las leyes guardan silencio cuando suenan las armas”)

Cicerón¹
 Pro Milone, IV. 10

“El revolucionario es un hombre condenado. No se interesa por nada, no tiene sentimientos, no tiene lazos que lo unan a nada, ni siquiera tiene nombre. En él, todo está absorbido por una pasión única y total, la revolución. En las profundidades de su ser ha roto amarras con el orden civil, con la ley y la moralidad. Si sigue viviendo en sociedad, es sólo con la idea de destruirla. No espera misericordia alguna. Todos los días está dispuesto a morir”.

J. M. Coetzee²

SUMARIO: I. Introducción. II. Delitos políticos. III. Contradicción al Estado como estructura de mando.

¹ Manuel PUMAREGA (recopilador y traductor), *Frases célebres de hombres célebres*. 38a. ed., México, Sayrols, 1988, p. 126; Gustavo GÓMEZ VELÁZQUEZ y Gustavo IBÁÑEZ CARREÑO, *Abogados. De esto y de aquello. De la abogacía, la literatura y el derecho*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1996, p. 257, citan esta frase de Cicerón de la siguiente forma: “En medio de las armas, las leyes enmudecen”.

² Santiago RONCAGLIOLO, *La cuarta espada. La historia de Abimael Guzmán y Sendero Luminoso*, México, Debate, 2008, p. 9.

I. INTRODUCCIÓN

La existencia de los movimientos armados conocidos generalmente como guerrillas, es una constante en la historia contemporánea de América Latina, incluyendo México. Usualmente identificados, en materia política, con la izquierda, son la vía armada al comunismo. A diferencia de otras organizaciones delictivas, su objetivo y fin puede ser social, pero siempre será esencialmente político: la conquista del poder.³

Mientras que la delincuencia común se agrupa en asociaciones delictuosas, bandas o pandillas, y la delincuencia organizada lo hace en otras formas como son los carteles de la droga, las guerrillas son la manera de organización de la delincuencia política. Es en esta característica que encontramos su razón de ser: las guerrillas aspiran siempre a derribar a los gobiernos constituidos a los cuales combaten y asumir el poder.

Estos movimientos armados también son denominados como grupos subversivos, agrupaciones revolucionarias o simplemente grupos guerrilleros. Su denominación viene del tipo de conflicto armado que llevan a cabo. No es una guerra regular, en la forma clásica donde un ejército se enfrenta a otro en el campo de batalla, sino que la guerrilla realiza una guerra oculta (también conocida como guerra insurgente,

³ Ernesto Che Guevara y Mao Tsetung, que dirigieron guerrillas que alcanzaron el triunfo, son los principales exponentes de las estrategias y tácticas guerrilleras, en las siguientes obras: CHE GUEVARA, *La guerra de guerrillas*, s. l., Minfar (edición cubana, impresa por el Ministerio de las Fuerzas Armadas Revolucionarias); CHE GUEVARA, Ernesto, "La guerra de guerrillas", en *Escritos y discursos*, vol. I, La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, Instituto Cubano del Libro, 1972; CHE GUEVARA, Ernesto, *Pasajes de la guerra revolucionaria*, La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 1985; MAO TSE-TUNG, *La guerra prolongada*. México, Roca, 1973, 157 pp. (Colección R, núm. 22); MAO TSE-TUNG, "La guerra prolongada", en *Obras escogidas de...*, t. II, Pekín, Ediciones en Lenguas Extranjeras, 1971 ("Ciclo de conferencias dictado por el camarada Mao Tsetung en Yenán del 26 de mayo al 3 de junio de 1938 en la Asociación para el Estudio de la Guerra de Resistencia contra el Japón"); MAO TSE-TUNG, *Sobre la guerra prolongada*. 2a. ed., Pekín, Ediciones en Lenguas Extranjeras, 1967.

Otros autores clásicos de la guerra de guerrillas son: DEBRAY, Régis, *¿Revolución en la revolución?*. La Habana, Casa de las Américas, 1967; GILLY, Adolfo, *La senda de la guerrilla (Por todos los caminos 12)*. México, Cuba, Guatemala. *Las guerrillas, los poetas*, México, Nueva Imagen, 1986; HODGES, Donald C. y GUILLÉN, Abraham, *Revaloración de la guerrilla urbana*, México, El Caballito, 1977; MARIGHIELA, Carlos, *Mini manual del guerrillero urbano* (puede verse en la página web www.nodo50.org/puzlea/marighella.htm).

guerra subversiva, guerra irregular o más comúnmente "guerra de guerrillas"), atacando a las fuerzas de seguridad (policía o ejército, o incluso grupos paramilitares) y, en ocasiones, a la población civil, o bien atentando contra instalaciones estratégicas del Estado.

Sus acciones pueden ir desde el homicidio o lesiones, provocadas en combate o en atentados, hasta los robos con violencia en bancos, comercios o industrias, y el secuestro y la privación ilegal de la libertad. Cada guerrilla ha definido sus propios métodos de lucha armada, pero todas tienen una clara intención política. De no ser así estaremos en presencia de cualquier otra forma de organización delictuosa, pero no de una guerrilla.

La respuesta del Estado a la lucha guerrillera, en cumplimiento a la obligación lógica de asegurar su propia existencia, ha implicado no ajustarse a los lineamientos tradicionales de la guerra, sino que ha dado origen a una guerra no convencional o guerra de baja intensidad. En opinión de Manuel Fajardo, abogado de Abimael Guzmán (dirigente de Sendero Luminoso),⁴ "las escuelas contrasubversivas a principios de los ochenta eran tres: la americana, que venía del nupalm, consistía en arrasar todo el terreno esperando que los terroristas desaparecieran con él,⁵ la israelita se basaba más bien en aniquilar

⁴ Entrevistado por Santiago RONCAGLIOLO, en *La cuarta espada. La historia de Abimael Guzmán y Sendero Luminoso*. México, Debate, 2008, p. 213.

⁵ Esta fue la política militar que aplicó Estados Unidos en la guerra de Vietnam (que terminó el 30 de abril de 1975 con la caída de Saigón) y el combate contra el Vietcong. Véase BONDS, Ray y WESTMORELAND, William, *The Vietnam War. The illustrated history of the conflict in Southeast Asia*. 4a. ed., Salamander Books, Crown Publisher, Nueva York, 1980; DAUGHERTY, Leo, *La Guerra de Vietnam día a día* (trad. Daniel Ruiz Gómez del original *The Vietnam War*), Madrid, Libsa, 2004; DUNSTAN, Simon, SARSON, Peter y BRYAN, Tony, *Armour of the Vietnam Wars*, Londres, Osprey Publishing, 1991 (Osprey, Vanguard, núm. 42); *Enciclopedia visual de las grandes batallas de la Guerra de Vietnam (I)*, vol. 26 (trad. Rafael Marín Trechera del original *Vietnam. The Decisive Battles*, Barcelona, Rombo, 1995; vol. 27, pp. 48-87; vol. 28, pp. 88-127; vol. 29, pp. 128-167; vol. 30, pp. 168-201; FAAS, Horst, PAGE, Tim, HALBERSTAM, David et al., *Requiem by the photographers who died in Vietnam and Indochina*, Nueva York, Random House, 1997; *Front page Vietnam. As reported by The New York Times*, Nueva York, Arno Press, 1979; KAMPS JR., Charles T., *The History of the Vietnam War*, Nueva York, The Military Press; MESKO, Jim, *Armor in Vietnam. A pictorial History*. Carrollton, Texas, Squadron Signal Publications, 1982; PIMLOTT, John, *Vietnam. Las batallas decisivas* (trad. Rafael Marín del original *Vietnam. The decisive battles*), Barcelona, Folio, 1998; PRINA, Agustín, *La Guerra de Vietnam*, México, Ocean Sur, 2008 (Colección Historias desde Abajo); RUSSELL, Lee E. y CHAPPELL, Mike, *Armies of the Vietnam War 2*, Londres, Osprey Publishing, 1991 (Osprey Military, Men at arm series, núm. 143); SUMMERS, Harry L., *Sobre estrategia. Un análisis crítico de la*

selectivamente a mandos medios; y la francesa, acuñada en Argelia, añadía un poquito de trabajo político”.

Ejemplos de organizaciones guerrilleras que han alcanzado el triunfo en América Política son pocos; los tenemos con el Movimiento 26 de Julio, en Cuba, dirigido por Fidel Castro; y el Frente Sandinista de Liberación Nacional, en Nicaragua.

A su vez, estas guerrillas, cuando se convirtieron en gobierno, debieron enfrentar la lucha de otras organizaciones guerrilleras que tuvieron la intención de alcanzar el poder. En Cuba, en los primeros años de la década de 1960, lo que en la historia oficial de este país se conoce como la “lucha contra bandidos” y que eran guerrillas localizadas, sobre todo, en la Sierra del Escambray; y en Nicaragua “los Contras”, organizados y financiados, en gran medida, por Estados Unidos.

La historia de las guerrillas en Latinoamérica es compleja. Los gobiernos de todos nuestros países han debido enfrentarse a esta clase de delincuencia que es la más peligrosa para la existencia misma del Estado. Es así, que en un apretado resumen podemos señalar la existencia de las siguientes organizaciones guerrilleras en las últimas décadas del siglo XX y los inicios de este siglo XXI.⁶

ARGENTINA⁷

Acción Revolucionaria Peronista (ARP); Brigada Venceremos; Comando Abal Medina; Comando Felipe Varela; Comando Nacionalista

Guerra de Vietnam, s. l., Secretaría de la Defensa Nacional, 1985 (Biblioteca del Oficial Mexicano, núm. 5).

⁶ Para el listado de las guerrillas latinoamericanas se tomó como base la información que aparece en las siguientes páginas web, excepto en los casos de Cuba y México: Centro de Documentación de los Movimientos Armados (www.cedama.org); y Wikipedia, la enciclopedia libre (es.wikipedia.org). También se consultó: PRIETO, Alberto, *Las guerrillas contemporáneas en América Latina*, Bogotá, Ocean Sur, 2007. Además, para cada país se mencionan en sendas notas de pie de página, las fuentes adicionales consultadas para conocer las diversas denominaciones de las organizaciones guerrilleras.

Comentarios generales sobre la guerra de guerrillas en el mundo, pueden verse en *La guerra y el desarme*, ESTELLA (Navarra), Salvat, 1974 (Biblioteca Salvat de Grandes Temas); y en Latinoamérica *cfr.* CASTAÑEDA, Jorge G., *La utopía desarmada*, México, Joaquín Mortiz, Planeta, 1993; y MINA, Gianni, *Un continente desaparecido*, México, Diana, 1996.

⁷ “Montonero”, en *Gran Enciclopedia Salvat*, t. 19, Barcelona, Salvat, p. 2662; MOSCHES, Julio César, *Los desnudos y los muertos*, México, Plaza y Valdés, 1998.

Ricardo López Jordán; Comando Popular Pocho Lepatti; Comandos Populares de Liberación (CPL); Ejército Guerrillero del Pueblo (EGP); Ejército Nacional Revolucionario (ENR); Ejército Revolucionario del Pueblo 22 de Agosto (ERP-22); Ejército Santuchista de Liberación (ESL); Frente Justicialista de Liberación (FREJULI); Fuerzas Argentinas de Liberación (FAL); Fuerzas Argentinas de Liberación “22 de Agosto” (FAL-22); Fuerzas Argentinas de Liberación –América en Armas; Fuerzas Argentinas de Liberación– Columna Inti Peredo; Fuerzas Armadas de la Revolución Nacional (FARN); Fuerzas Armadas Peronistas (FAP); Fuerzas Armadas Peronistas “17 de Octubre”; Fuerzas Armadas Rebeldes (FAR); Fuerzas Armadas Revolucionarias (FAR); Grupo Estudiantil Patriotas de Trelew; Grupo Obrero Revolucionario (GOR); Montoneros; Montoneros “José Sabino Navarro”; Movimiento de Recuperación Nacional; Movimiento Nacionalista Revolucionario Tacuara (MNRT); Movimiento Revolucionario 17 de Octubre (MR-17); Movimiento Peronista Montonero (MPM); Organización Comunista Poder Obrero (OCPO); Organización Revolucionaria del Pueblo (ORP); Partido Revolucionario de los Trabajadores-Ejército Revolucionario del Pueblo; Peronismo Montonero Auténtico; Resistencia Libertaria (RL); Uturuncos.

BOLIVIA

Comisión Néstor Paz Zamora (CNPZ); Comité Clandestino Revolucionario Indígena-Movimiento Dignidad; Ejército de Liberación de los Pueblos (ELP); Ejército de Liberación Nacional (ELN); Ejército Guerrillero Tupac Katari (EGTK); Federación de Estudiantes de la Universidad Popular Tupac Katari; Federación de Estudiantes Secundarios de la ciudad de La Paz; Federación de Mujeres Campesinas Bartolina Sisa; Federación Sindical de Trabajadores Campesinos de La Paz Tupac Katari; Frente Nacional Anticorrupción (FNA); Guerrilla de Nancahuazú; Kollasuyo Indio Poder Único Socialista (KIPUS); Movimiento Indio Katari (MINKA); Movimiento Indio Tupac Katari (MITKA); Movimiento Nacionalista Revolucionario (MNR); Partido Indio de Bolivia (PIB); Partido Obrero Revolucionario-Combate (POR-Combate).

BRASIL⁸

Acção Libertadora Nacional (ALN); Acção Popular; Acção Popular Marxista-Leninista (APML); Movimento Revolucionário 8 de Outubro (MR-8); Movimento Revolucionário Tiradentes (MRT); Partido Comunista do Brasil (PCdoB); Partido Comunista Revolucionário (PCR); Vanguarda Popular Revolucionária (VPR).

CHILE⁹

Banda Antipatriota Severino di Giovanni; Brigadas Liberación Popular (BLP); Célula Antiautoritaria Insurreccional Jhonny Cariqueo Yáñez; Columnas Armadas y Desalmadas Jean Marc Rouillan; Ejército de Liberación Nacional (ELN); Ejército Guerrillero de los Pobres-Patria Libre (EGP-PL); Federación Revuelta 14F-Brigada Gaetano Bresci; Frente Patriótico Manuel Rodríguez (FPMR); Fuerzas Autónomas y Destructivas León Czolgosz; Grupos Acción Popular (GAP); Grupos de Ataque Antiautoritario; MAPU-Lautaro; Miguel Arcángel Roscigna; Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR); Movimiento de Izquierda Revolucionaria-Ejército Popular Revolucionario (MIR-EPR); Partido Revolucionario Marxista (PRM); Tamayo Gavilán; Vanguardia Organizada del Pueblo (VOP).

COLOMBIA¹⁰

Comando Ricardo Franco; Comandos Armados del Pueblo (CAP); Comandos Ernesto Rojas; Coordinadora Guerrillera Simón Bolívar (CGSB); Coordinadora Nacional Guerrillera; Corriente de Renovación Socialista (CRS); Ejército de Liberación Nacional (ELN);

⁸ "Pau de Arara". *La violencia militar en el Brasil* (trad. Flavio Tavares), México, Siglo XXI, 1972.

⁹ ARROYO, Gonzalo, *Golpe de Estado en Chile*, Salamanca, Sígueme, 1974 (Pedal, núm. 26); BARDINI, Roberto, BONASSO, Miguel y RESTREPO, Laura, *Operación Príncipe*. México, Planeta, 1988; CAVALLLO, Ascanio, SALAZAR, Manuel y SEPÚLVEDA, Óscar, *La historia oculta del régimen militar. Memoria de una época, 1973-1988*, 5a. ed., Santiago de Chile, Grijalbo, 1999; Colectivo, *La vida diaria en Chile bajo la Junta*, Salamanca, Sígueme, 1977, 138 pp. (Pedal, núm. 77); GUTIÉRREZ FUENTE, Juan Ignacio, *Chile: la Vicaría de la Solidaridad*, Madrid, Alianza, 1986; OTERO, Lisandro, *Razón y fuerza de Chile*, México, Katún, 1984; *Presos políticos desaparecidos en Chile*, México, Casa de Chile, 1977; TEITELBOIM, Volodia, *La lucha continúa. Pólvora del exilio*, México, Ediciones de Cultura Popular, 1976.

¹⁰ *De la resistencia al poder popular. Diálogo con el comandante Pablo Beltrán*, México, Ocean Sur, 2008.

Ejército Popular Liberación (EPL); Ejército Revolucionario del Pueblo (ERP); Ejército Revolucionario Guevarista (ERG); Frente Francisco Garnica; Frente Unido de Acción Revolucionaria (FUAR); Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP); Movimiento 19 de Abril (M-19); Movimiento Armado Quintín Lamé (MAQL); Movimiento de Integración Revolucionaria-Patria Libre; Movimiento Independiente Revolucionario-Comandos Armados (MIR-COAR); Movimiento Jaimen Bateman Cayon (JBC); Movimiento Jorge Eliecer Gaitán (JEGA); Movimiento Obrero Estudiantil Campesino 7 de Enero (MOEC); Partido Comunista de Colombia (marxista-leninista)-Ejército Popular de Liberación (EPL); Partido Revolucionario de los Trabajadores (PRT).

CUBA¹¹

Directorio Revolucionario 13 de Marzo (DR-13-M); Ejército Anticomunista; Ejército de Liberación Nacional (ELN); Frente de Camagüey; La Rosa Blanca; Los Airados; Movimiento 26 de Julio (M-26); Movimiento de Recuperación Revolucionaria; diversas organizaciones guerrilleras dirigidas por las siguientes personas: Alejandro Lima Bárzaga; Armando Saavedra Gil, "Mandy Florencia"; Arnoldo Martínez Andrade; Austin Young; Benito Campos; Benjamín Panguin Tardío; Blas Tardío; Carlos Duque; Celestino Alarcón Rivero, "Quimbo"; Celestino Rojas; Comandante Augusto;

¹¹ La historia del Movimiento 26 de Julio y del triunfo de la Revolución Cubana puede consultarse en: CASTRO, Fidel, *La Revolución Cubana, 1953-1962*, México, Era, 1988; CASTRO, Fidel, DORTICOS, Osvaldo y ROA, Raúl, *Así se derrotó el imperialismo. I, preparando la defensa*, 2a. ed., México, Siglo XXI, 1981; FUENTES, Norberto, *El último santuario. Una novela de Campaña*, México, Siglo XXI, 1992; FRANQUI, Carlos, *Cuba: el libro de los doce*, 3a. ed., México, Era, 1977; GEYER, Georgia Anne, *El patriarca de las guerrillas. La historia oculta de Fidel Castro* (trad. del original inglés *The guerrilla prince: the untold story of Fidel Castro*, Little, Brown and Company), México, Kosmos, 1991; HARRINGTON, Edwin, *Así fue la Revolución Cubana, 1952-1959*, México, Grupo Editorial, 1976; KAROL, K. S., *Los guerrilleros en el poder. Itinerario político de la revolución cubana* (trad. Jordi Marfá, de *Les Guérilleros au pouvoir*, París, Robert Laffont, 1970), Barcelona, Seix Barral, 1972; LE RIVEREND, Julio, *Breve historia de Cuba*, La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 1992.

Fuera del M-26 y del DR-13-M, todas las demás guerrillas que aquí se mencionan fueron anticomunistas, que lucharon contra el régimen de Fidel Castro. Véase la página web www.escambray.cu.

Congo Pacheco; Cheito León; Demetrio Román Pérez, Nano Pérez; Domingo González García, "Mingo Melena"; Efraín Peña Peña; "El Boticario"; Eloy Gutiérrez Menoyo; Emenegildo Rodríguez Salas; Esteban Moreira Acosta; Eusebio Capote, "Patiblanca"; Evelio Duque; Filiberto González García, "El Asturianito"; Francisco Pineda Cabrera, "Mumo"; Gilberto Rodríguez; Gustavo Adolfo Sargent; Idael Rodríguez Lasval, "El Artillero"; Ismael Heredia, "El Látigo Negro"; Ismael Rojas; Jesús Ramón Real, "Realito"; Joaquín Bem-bibre; Julio Emilio Carretero; Juan Alberto Martínez Andrade; Juan Cajigas; Leonardo Peñate; Luis David Rodríguez González; Luis Lara Crespo; Luis Santana Gallardo, "Luis Vargas"; Manuel Otero Echevarría; Manuel Vázquez Vera, "El Gallego"; Margarito Lanza Flores, "Tondique"; Maro Borges; Miguel Jerez Besú, "El Oriental"; Nando Lima; Nicolás Viera Gutiérrez, Zumba Viera; Noel Pena Sánchez; Olegario Charlot Pileta; Orestes Castillo; Osvaldo Ramírez; Pablo Triana Rodríguez; Pancho Jutía; Pedro González; Pedro León Hernández, "Perico"; Pedro Román Trujillo; Peter John Lambton; Plinio Prieto; Porfirio Guillén; Porfirio Ramírez; Porfirio Remberto Ramírez; Ramón del Sol Sori, "Ramoncito del Sol"; Ramón Galindo Almeida, "La Pelúa"; Ramón Mesa Medinilla, "Charamusca"; Ramón Trujillo; Ricardo Ramírez, "Merejo"; Rigoberto Ojeda; Rigoberto Tartabull Chacón; Rubén Cordovés; Sacarías García; Salvador Oropesa Abreu; Silesio Walsh; Silvino Díaz Rodríguez; Tomás David Pérez Dias, San Gil; Zoila Águila, "La Niña de Placetas".

ECUADOR

Alfaro Vive ¡Carajo! (AVC); Comando Amazónico Revolucionario (CAR); Comuneros de Liberación Nacional (C-LN); Coordinadora Guerrillera del Ecuador (CGE); Fuerzas Armadas Revolucionarias del Ecuador-21 de Enero (FARE); Grupos de Combatientes Populares (GCP); Montoneros Patria Libre (MPL); Movimiento Alfaro Vive Revolucionario (AVR); Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR); Organizaciones Político Militares (OPM); Partido Comunista del Ecuador-Sol Rojo (PCE-SR); Patria Alfaro Liberación-Ejército de Liberación Alfarista (PAL-ELA).

EL SALVADOR¹²

Coordinadora Revolucionaria de Masas (CRM); Dirección Revolucionaria Unificada (DRU); Ejército Revolucionario del Pueblo (ERP); Frente Clara Elizabeth Ramírez (FCER); Frente de Acción Popular Unificado (FAPU); Frente Democrático Salvadoreño (FDS); Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN); Fuerzas Populares de Liberación Farabundo Martí (FPL-GPP); Juventud Militar; Movimiento Nacional Revolucionario (MNR); Movimiento Popular de Liberación (MPL); Movimiento Popular Social Cristiano (MPSC); Partido Comunista Salvadoreño (PCS); Partido Revolucionario de los Trabajadores Centroamericanos (PRTC); Resistencia Nacional-Fuerzas Armadas de la Resistencia Nacional (RN-FARN).

GRANADA

New Jewel.

GUATEMALA

Destacamento 20 de Octubre del Partido Guatemalteco del Trabajo; Ejército Guerrillero de los Pobres (EGP); Fuerzas Armadas Rebeldes (FAR); Frente Guerrillero Edgar Ibarra (FGEI); Juventud Patriótica del Trabajo Guatemalteco; Movimiento Doce de Abril (M-12-IV); Movimiento Estudiantil 12 de Abril; Movimiento Revolucionario 13 de Noviembre (MR-13); Nueva Organización Revolucionaria de Combate (NORC); Organización del Pueblo en Armas (ORPA); Partido Guatemalteco del Trabajo (PGT); Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG).

HAÍTÍ

Front pour la Liberation et la Reconstruction Nationales (FRLN); Mouvement Ouvrier Paysan (MOP); Parti Entente Populaire (PEP).

¹² BONASSO, Miguel y GÓMEZ LEYVA, Ciro, *El Salvador. Cuatro minutos para las doce. conversaciones con el Comandante Schafik Handal*, México, Periodistas Asociados Latinoamericanos, Síntesis, 1992; GÓMEZ ARIAS, *Farabundo Martí. Esbozo biográfico*, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, Costa Rica, Editorial Universitaria Centroamericana, 1972; *Noviembre de 1989: El asesinato de los jesuitas en El Salvador. Testimonios y reflexiones*, México, Universidad Iberoamericana, 1990.

HONDURAS

Frente de Acción Popular (FAP); Movimiento Popular de Liberación "Chinchonero"; Partido Revolucionario de los Trabajadores Centroamericanos (PRTC-H).

NICARAGUA¹³

Alianza Democrática Revolucionaria Nicaragüense (ADRNE); Alianza Revolucionaria Democrática (ARDE); Comandos Antisomocistas; Corriente Revolucionaria Sandino (FRS); Ejército de Liberación Nacional; Frente Amplio Opositor (FAO); Frente Sandinista de Liberación Nacional (FSLN); Frente Unido Andrés Castro (FUAC); Fuerza Democrática Nicaragüense; Fuerzas Armadas Democráticas (FAD); Fuerzas Armadas Revolucionarias Nicaragüenses (FARN); Fuerzas Democráticas Nicaragüenses (FDN); KISAN; Legión 15 de Septiembre; Los Misurasatas; MISURA; Movimiento Democrático Nicaragüense (MDN); Movimiento Nueva Nicaragua; Milicia Popular Antisandinista (MILPAS); Milicia Popular Antisomocista; Unión Democrática de Liberación (UDEL); Unión Democrática Nicaragüense (UDN); YATAMA.

PANAMÁ

Movimiento de Liberación Nacional 29 de Noviembre (MLN-29)-Cimarrones; Movimiento de Unidad Revolucionaria; Vanguardia de Acción Nacional.

PARAGUAY

Frente Unido de Liberación Nacional (FULNA); Movimiento 14 de Mayo; Organización Político Militar (OPM).

¹³ BARDINI, Roberto, *Edén Pastora, un cero en la historia*, México, Universidad Autónoma de Puebla, Mex-Sur, 1984; BARRETO, Pablo Emilio, *El repliegue de Managua a Masaya*, México, Cartago de México, 1980; ESCALANTE, Fabián, *Operación Calipso. La guerra sucia de los Estados Unidos contra Nicaragua, 1979-1983*, México, Ocean Sur, 2008; MORALES CARAZO, Jaime, *La Contra*, México, Planeta, 1989; ORTEGA SAAVEDRA, Daniel, *Combatiendo por la paz*, 2a. ed., México, Siglo XXI, 1989; RAMÍREZ, Sergio, *Adiós muchachos. Una memoria de la revolución sandinista*, México, Aguilar, 1999. En la anterior relación se incluyen los movimientos guerrilleros que combatieron a la dinastía de los Somoza y las guerrillas que, al triunfo del FSLN, lucharon contra el gobierno sandinista.

PERÚ¹⁴

Acción Anticapitalista; Alianza Popular Revolucionaria Americana (APRA); Comandos Revolucionarios del Pueblo (CRP); Ejército Guerrillero Popular (EGP); Ejército de Liberación Nacional (ELN); Frente de Izquierda Revolucionaria (FIR); Frente Obrero Campesino Estudiantil del Perú (FOCEP); Fuerzas Armadas Revolucionarias (FAR); Izquierda Unida (IU); Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR); Movimiento de Izquierda Revolucionaria-Voz Rebelde; Movimiento Revolucionario Tupac Amaru (MRTA); Movimiento Revolucionario Tupac Amaru-Venceremos (MRTA-V); Partido Comunista-Bandera Roja (PC-BR); Partido Comunista-Patria Roja (PC-PR); Partido Comunista del Perú (PCP) "Por el Sendero Luminoso de Miriátegui"; Partido Socialista Revolucionario (PSR); Partido Obrero Revolucionario (POR); Sendero Rojo; Unión Democrático Popular.

PUERTO RICO

Comandos Armados de Liberación (CAL); Comandos Obreros; Comandos Revolucionarios del Pueblos (CRP); Ejército Albizuista de Liberación Nacional (EALN); Ejército Armado de Puerto Rico; Ejército Popular Boricua-Macheteros (EPB); Fuerzas Armadas de Liberación Nacional (FALN); Fuerzas Armadas de Resistencia Popular (FARP); Movimiento Independentista Revolucionario Armado (MIRA); Organización de Voluntarios para la Revolución Puertorriqueña (OVRP); Partido Revolucionario de los Trabajadores Puertorriqueños (PRTP); Resistencia Popular Puertorriqueña-Movimiento Libertador.

REPÚBLICA DOMINICANA

Comandos de Acción Popular (CAP); Comandos Hermanas Mirabal; Comité Revolucionario Camilo Torres (CORECATO); Movimiento de Liberación Dominicana (MLD); Movimiento Revolucionario Catorce de Junio (MR-14-J); Partido Revolucionario Dominicano (PRD).

¹⁴ MARTELL MEJÍA, J. Eduardo, *Secuestrados. 15 días en poder del MRTA*, Tegucigalpa, José Eduardo Martell Mejía, 1998; RONCAGLIOLO, Santiago, *La cuarta espada. La historia de Abimael Guzmán y Sendero Luminoso*, México, Debate, 2008.

URUGUAY

Comité de Resistencia Anticapitalista; Movimiento de Liberación Nacional-Tupamaros; Movimiento Revolucionario Oriental-Fuerzas Armadas Revolucionarias Orientales (MRO-FARO); Movimiento de Apoyo al Campesinado (MAC); Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR); Organización Popular Revolucionaria 33 Orientales (OPR-33); Partido por la Victoria del Pueblo (PVP); Resistencia Obrero Estudiantil (ROE).

VENEZUELA

Bandera Roja (BR); Frente de Liberación Nacional (FLN); Frente Guerrillero Venceremos-Ejército Izquierdista del Pueblo (FGV-EIP), Fuerzas Armadas de Liberación Nacional (FALN) del Partido Comunista de Venezuela; Fuerzas Armadas de Liberación Nacional (FALN) del Partido de la Revolución Venezolana; Fuerzas Bolivarianas de Liberación (FBL); Grupo Táctico Guacaipuro; Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR); Movimiento Revolucionario de Liberación Carapaica; Movimiento Revolucionario Sendero Luminoso Venezuela; Movimiento Revolucionario Tupamaro (MRT); Partido Acción Democrática (ADECO); Unidad Táctica Néstor Zerpa Cartollini (UTNZC).

En el caso específico de México,¹⁵ la historia contemporánea de las luchas guerrilleras la encontramos en el movimiento de Rubén

¹⁵ La historia de las guerrillas mexicanas puede consultarse en ARANDA FLORES, Antonio, *Los cívicos guerrerenses*, s. I., s. e., 1979; ARIAS MARÍN, Alan, *EZLN. Violencia, derechos culturales y democracia*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003; *EZLN. Documentos y comunicados. 1 de enero / 8 de agosto de 1994*, México, Era, 2003; *EZLN. Documentos y comunicados 2. 15 de agosto de 1994 / 29 de septiembre de 1995*, México, Era, 2001; *EZLN. Documentos y comunicados 3. 2 de octubre de 1995 / 24 de enero de 1997*, México, Era, 1998; *EZLN. Documentos y comunicados 4. 14 de febrero de 1997 / 2 de diciembre de 2000*, México, Era, 2003; *EZLN. Documentos y comunicados 5. La marcha del color de la tierra. 2 de diciembre de 2000 / 4 de abril de 2001*, México, Era, 2003; "Guerrilla", en *Enciclopedia de México*, t. VI, 3a. ed., México, Enciclopedia de México, 1978; GUTIÉRREZ, Maribel, *Violencia en Guerrero*, México, *La Jornada*, 1998; *Los movimientos armados en México 1917-1994*, t. I, México, *El Universal*, 1994; *Los movimientos armados en México 1917-1994*, t. II, México, *El Universal*, 1994; *Los movimientos armados en México 1917-1994*, t. III, México, *El Universal*, 1994; *Lucio Cabañas y el Partido de los Pobres. Una experiencia guerrillera en México*, México, Nuestra América, 1987; MEDINA RUIZ, Fernando, *El terror en México*, México, Editores Asociados, 1974; MUÑOZ RAMÍREZ, Gloria, *El fuego y la palabra*, México, *La Jornada*, 2003; MONTEMAYOR, Carlos, *La guerrilla recurrente*, México, Random House Mondadori,

Jaramillo, en Morelos, que culmina con la muerte de este dirigente agrarista el 23 de mayo de 1962; y el ataque al cuartel militar de Ciudad Madera, Chihuahua el 23 de Septiembre de 1965, por el Grupo Popular Guerrillero (GPG), dirigido por el doctor Pablo Gómez y el profesor Arturo Gámiz.

Continúa con la Asociación Cívica Nacional Revolucionaria (ACNR), dirigida por Genaro Vázquez Rojas, y con el Partido de los Pobres, y su Brigada Campesina de Ajusticiamiento (BCA), organizadas por Lucio Cabañas Barrientos (como ejemplos de guerrillas rurales), y la Liga Comunista 23 de Septiembre (en su momento, la guerrilla urbana más poderosa y extendida en el país); y llegamos a las principales guerrillas en la actualidad: el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) y el Ejército Popular Revolucionario (EPR).¹⁶

La lista de organizaciones guerrilleras que han existido en México a partir de la década de 1960 hasta la fecha actual es extensa. Varía la importancia y la influencia que cada una de estas guerrillas ha tenido, el número de miembros y los actos violentos que realizaron, pero todas comparten un propósito común: combatir al Estado y alcanzar el poder. Sin pretender ser una relación exhaustiva, podemos mencionar a las siguientes guerrillas:¹⁷

2007; MIRANDA RAMÍREZ, Arturo, *El otro rostro de la guerrilla. Genaro, Lucio y Carmelo: experiencias de la guerrilla*, México, El Machete, 1996; "Rubén Jaramillo", en *Diccionario Porrúa de Historia, Biografía y Geografía de México*, t. II, D-K, 6a. ed., México, Porrúa, 1995; SUÁREZ, Luis, *Lucio Cabañas. El guerrillero sin esperanza*, 5a. ed., México, Roca, 1978; SCHERER GARCÍA, Julio y MONSIVAIS, Carlos, *Los patriotas. De Tlatelolco a la guerra sucia*, México, Aguilar, 2004; TELLO DÍAZ, Carlos, *La rebelión de las Cañadas*, 9a. ed., México, Cal y Arena, 1998.

¹⁶ Las guerrillas son también tema de la literatura, como puede apreciarse en las siguientes obras: AGUILAR CAMÍN, Héctor, *La guerra de Galio*, 11a. ed., México, Cal y Arena, 1994; CAMPOS CHACÓN, Sergio Alberto, *Barrancas rojas*, México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, Instituto Nacional de Bellas Artes, Gobierno del Estado de Chihuahua, Edamex, 1991; GLOCKNER, Fritz, *Veinte de cobre. Memorias de la clandestinidad*, México, Joaquín Mortiz, 1996; MONTEMAYOR, Carlos, *Guerra en el Paraíso*, México, Planeta, 2007.

¹⁷ Para integrar este listado se consultaron las siguientes fuentes: AGUAYO QUEZADA, Sergio, *La charola. Una historia de los servicios de inteligencia en México*, México, Grjalbo, Hoja Editorial, Hechos Confiables, 2001; CASTELLANOS, Laura, *México armado, 1943-1981*, México, Era, 2008; CONDES LARA, Enrique, *Represión y rebelión en México (1959-1985)*, t. I, *La guerra fría en México. El discurso de la represión*, México, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 2007; CONDES LARA, Enrique, *Represión y rebelión en México (1959-1985)*, t. II, *Los años dorados del priato y los pilares ocultos del poder. 1968*

1. Acción Popular Marxista Leninista de México.
2. Asociación Cívica Nacional Revolucionaria (ACNR).
3. Brigada 18 de Mayo.
4. Brigada Campesina de Ajusticiamiento (BCA) del Partido de los Pobres.
5. Brigada de Ajusticiamiento 2 de Diciembre.
6. Brigada de Insurgencia Revolucionaria.
7. Brigada Obrera de Lucha Armada (BOLA).
8. Brigada Popular Revolucionaria del Sur.
9. Brigada Revolucionaria Emiliano Zapata.
10. Brigadas de Insurgencia Revolucionaria.
11. Brigadas Populares de Liberación.
12. Central de Acción Revolucionaria Armada (CARA).
13. Colectivo Revolucionario Francisco Javier Mina.
14. Comando Armado del Pueblo (CAP).
15. Comando Armado Lacandones.
16. Comando Armado Revolucionario del Sur (CARS).
17. Comando Arturo Gámiz-Los Guajiros.
18. Comando Campesino Insurgente.
19. Comando Carlos Armendáriz-Los Guajiros.
20. Comando Carlos Lamarca-Los Procesos.
21. Comando Carlos Marighella-Los Procesos.

y el fin de una etapa. *Los acólitos del diablo*, México, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 2007; *10 años de guerrillas en México, 1964-1974*, s. p. i.; GLOCKNER, Fritz, *Memoria roja. Historia de la guerrilla en México (1943-1968)*, México, Ediciones B, 2007; OIKION SOLANO, Verónica y GARCÍA UGARTE, Marta Eugenia (eds.), *Movimientos armados en México, siglo XX*, vol. III, México, El Colegio de Michoacán, Centro de Investigación y Estudios Superiores en Antropología Social, 2006; PÉREZ ARCE IBARRA, Francisco, *El principio 1968-1988: años de rebeldía*, México, Itaca, 2007; SALAZAR, Ana María, *Seguridad nacional hoy. El reto de las democracias*, México, Punto de Lectura, 2008; SIERRA GUZMÁN, Jorge Luis, *El enemigo interno. Contrainsurgencia y fuerzas armadas en México*, México, Centro de Estudios Estratégicos de América del Norte, Universidad Iberoamericana, Plaza y Valdés, 2003; igualmente, se revisaron las siguientes páginas web: Centro de Documentación de los Movimientos Armados (www.cedema.org); Nueva Lucha (nuevalucha.blogspot.com); Instituto Federal de Acceso a la Información (buscador.ifai.org.mx); y las páginas de Internet del Centro de Investigación y Seguridad Nacional (CISEN), y de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, específicamente la Recomendación 026/2001, "Quejas sobre desapariciones ocurridas en la década de los setenta y principios de los ochenta".

22. Comando Che Guevara-FAR.
23. Comando Clandestino Indígena de Liberación Nacional (CCIL).
24. Comando Clandestino Justiciero 28 de Junio.
25. Comando de Resistencia Popular "Viva Villa".
26. Comando General Cora Manuel Lozada.
27. Comando Guerrillero Urbano Salvador Allende-FRAP.
28. Comando Indígena de Liberación Nacional (CILN).
29. Comando Jaramillista.
30. Comando Jaramillista de la Región Oriente.
31. Comando Jaramillista Morelense 23 de Mayo (CJM-23 Mayo).
32. Comando Justiciero 28 de Junio (CJ-28 Jun).
33. Comando Magonista de Liberación.
34. Comando Mártires de Tlatelolco-CAP.
35. Comando Óscar González-Los Guajiros.
36. Comando Popular Clandestino.
37. Comando Popular Revolucionario "La Patria es Primero".
38. Comando Revolucionario Indígena Campesino de Liberación Nacional.
39. Comando Revolucionario del Trabajo México Bárbaro.
40. Comando Urbano de Expropiaciones.
41. Comando Urbano Lacandones "Patria Nueva".
42. Comando Zapatista Justiciero de Liberación Nacional (CZJLN).
43. Comandos Armados de Chihuahua.
44. Comandos Armados de Guerrero.
45. Comandos Armados de Morelos.
46. Comandos Armados del Pueblo (CAP).
47. Comité Armado de Liberación "Patria y Libertad".
48. Comité Clandestino Revolucionario David Alfaro Siqueiros.
49. Comité Clandestino Revolucionario de los Pobres (CCRLP).
50. Comité Clandestino Revolucionario de los Pobres-Comando Justiciero 28 de Junio.
51. Comité de Lucha Revolucionaria.
52. Comité de Resistencia Popular "Viva Villa".
53. Comité Político Militar Arturo Gámiz-LC23S.
54. Convención Popular Insurgente.

55. Coordinación Revolucionaria y Unión de Todos los Pueblos.
56. Coordinadora Guerrillera Nacional José María Morelos.
57. Corriente 23 de Septiembre.
58. Ejército Armado del Pueblo.
59. Ejército Carrancista de Liberación Nacional de las Cuatro Etnias.
60. Ejército Clandestino Indígena de Liberación Nacional (ECILN).
61. Ejército Clandestino Nacional (ECN).
62. Ejército de Ajusticiamiento de las Causas Justas.
63. Ejército de Ajusticiamiento Genaro Vázquez Rojas (EAGVR).
64. Ejército de Defensa de los Campesinos.
65. Ejército de Liberación de la Sierra del Sur (ELSS).
66. Ejército de Liberación del Pueblo Nayarita.
67. Ejército de Liberación del Sur (ELS).
68. Ejército de Reconstrucción.
69. Ejército de Reconstrucción Regional.
70. Ejército Guanajuatense Revolucionario.
71. Ejército Indígena Revolucionario de Liberación Nacional (EIRLN).
72. Ejército Insurgente de Chilpancingo.
73. Ejército Insurgente del Sur-Comité de Lucha Revolucionaria.
74. Ejército Insurgente Mexicano (EIM).
75. Ejército Insurgente Revolucionario del Sureste.
76. Ejército Justiciero de los Pueblos Indefensos (EJPI).
77. Ejército Justiciero del Pueblo Indefenso.
78. Ejército Libertador del Sur.
79. Ejército Popular de Liberación José María Morelos y Pavón (EPLJMP).
80. Ejército Popular de Liberación Unido de América (EPLUA).
81. Ejército Popular Insurgente Revolucionario (EPIR).
82. Ejército Popular Mayorista.
83. Ejército Popular Magonista (EPM).
84. Ejército Popular Revolucionario (EPR).
85. Ejército Rebelde Potosino.
86. Ejército Revolucionario de Insurgencia Popular (ERIP).
87. Ejército Revolucionario del Pueblo Insurgente (ERPI).
88. Ejército Revolucionario del Pueblo indígena.

89. Ejército Revolucionario del Sureste.
90. Ejército Revolucionario Insurgente.
91. Ejército Revolucionario Insurgente Popular.
92. Ejército Socialista Insurgente.
93. Ejército Villista de Liberación Nacional (EVLN).
94. Ejército Villista Revolucionario del Pueblo (EVRP).
95. Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN).
96. Federación Estudiantil Universitaria de Sinaloa.
97. Frente Armado del Pueblo (FAP).
98. Frente Amplio del Sur (FAS).
99. Frente Armado para la Liberación de los Pueblos Marginados de Guerrero (FALPMG).
100. Frente Campesino del Norte (FCN).
101. Frente de Liberación Emiliano Zapata.
102. Frente Electoral del Pueblo.
103. Frente Estudiantil Revolucionario (FER).
104. Frente Estudiantil Revolucionario-FRAP.
105. Frente Insurgente de Resistencia Popular.
106. Frente Revolucionario Armado del Pueblo.
107. Frente Revolucionario Campesino Obrero Mexicano del Sureste.
108. Frente Revolucionario del Pueblo.
109. Frente Urbano Zapatista (FUZ).
110. Fuerza Armada por la Revolución Mexicana.
111. Fuerzas Armadas Clandestinas de Liberación Nacional (FACLN).
112. Fuerzas Armadas de la Nueva Revolución (FANR).
113. Fuerzas Armadas de Liberación (FAL).
114. Fuerzas Armadas de Liberación Nacional (FALN).
115. Fuerzas Armadas de Liberación para los Pueblos Marginados.
116. Fuerzas Armadas de Liberación para los Pueblos Marginados de Guerrero (FAL-PMG).
117. Fuerzas Armadas por la Revolución Mexicana (FARM).
118. Fuerzas Armadas Revolucionarias (FAR).
119. Fuerzas Armadas Revolucionarias del Pueblo (FARP).
120. Fuerzas Armadas Revolucionarias Socialistas.
121. Fuerzas de Liberación Nacional (FLN).

122. Fuerzas Revolucionarias Armadas del Pueblo (FRAP).
123. Fuerzas Revolucionarias Armadas Socialistas (FRAS).
124. Grupo 23 de Septiembre.
125. Grupo Comunista de Chihuahua.
126. Grupo Comunista Los Guajiros.
127. Grupo Guajiros.
128. Grupo Guerrillero del Pueblo-Arturo Gámiz (GGPAG).
129. Grupo Guerrillero Lacandones.
130. Grupo Nacionalista Octopus.
131. Grupo Oaxaca.
132. Grupo Popular Guerrillero (GPG).
133. Justicia de Guerrero.
134. Liga Armada Comunista (LAC).
135. Liga Comunista 23 de Septiembre.
136. Liga Comunista 23 de Septiembre-Brigada Genaro Vázquez.
137. Liga Comunista 23 de Septiembre-Brigada Revolucionaria Emiliano Zapata.
138. Liga Comunista 23 de Septiembre-Brigada Roja.
139. Liga Comunista 23 de Septiembre-Enfermos.
140. Liga Comunista Espartaco.
141. Liga Comunista Internacionalista 23 de Septiembre.
142. Liga de Comunistas Armados.
143. Liga de los Comunistas Armados (LCA).
144. Liga Leninista Espartaco (LLE).
145. Los Enfermos.
146. Los Feroces.
147. Los Guajiros.
148. Los Lacandones.
149. Los Macías.
150. Los Procesos.
151. Los Vikingos.
152. Milicias Insurgentes Ricardo Flores Magón (MIRFM).
153. Milicia Zapatista de la Sierra Gorda.
154. MIRE-Lacandones.
155. Movimiento 23 de Mayo.
156. Movimiento 23 de Septiembre.
157. Movimiento Acción Revolucionaria 23 de Septiembre (MAR 23 de Septiembre).

158. Movimiento Armado Revolucionario-Frente Revolucionario Patriótico Nacional.
159. Movimiento Armado Rubén Jaramillo.
160. Movimiento de Acción Revolucionaria (MAR).
161. Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR).
162. Movimiento de Izquierda Revolucionaria Estudiantil (MIRE).
163. Movimiento de Resistencia de Atitalaquia.
164. Movimiento Espartaquista Revolucionario.
165. Movimiento Estudiantil Profesional (MEP).
166. Movimiento Insurgente de Reivindicación Nacional.
167. Movimiento Insurgente del Sureste (MIS).
168. Movimiento Marxista Leninista de México.
169. Movimiento Popular de Liberación Nacional.
170. Movimiento Popular Revolucionario (MPR).
171. Movimiento Revolucionario del Proletariado.
172. Movimiento Revolucionario del Pueblo (MRP).
173. Movimiento Revolucionario Lucio Cabañas Barrientos.
174. Movimiento Revolucionario Resplandor de Libertad.
175. Movimiento Veracruzano de Liberación (MVL).
176. Núcleo Guerrillero Urbano de Chihuahua.
177. Nueva Brigada Campesina de Ajusticiamiento de la Organización Revolucionaria 2 de Diciembre.
178. Organización Clandestina Unión del Pueblo.
179. Organización Cristiana Universitaria (OCU).
180. Organización Insurgente Primero de Mayo.
181. Organización Nacional Revolucionaria (ONAR).
182. Organización Revolucionaria 2 de Diciembre.
183. Organización Revolucionaria Armada del Pueblo de Oaxaca.
184. Organización Revolucionaria Clandestina Unión del Pueblo.
185. Partido de los Pobres (PDLP).
186. Partido Democrático Popular Revolucionario.
187. Partido Democrático Popular Revolucionario-Ejército Popular Revolucionario (PDPR-EPR).
188. Partido Proletario Unido de América.
189. Partido Revolucionario del Proletariado Mexicano.
190. Partido Revolucionario Obrero Clandestino-Unión del Pueblo (PROCUP).

191. Partido Revolucionario Obrero Clandestino Unión del Pueblo-Partido de los Pobres (PROCUP-PDLP).
192. Partido Revolucionario Obrero y Campesino.
193. Partido Proletario Unido de América.
194. Seccional Ho Chi Minh de la Liga Comunista Espartaco.
195. Tendencia Democrática Revolucionaria (TDR).
196. Tendencia Democrática Revolucionaria-Ejército del Pueblo.
197. Tendencia Democrática Revolucionaria (EPR).
198. Triple Alianza Guerrillera Indígena Nacional.
199. Triple Alianza Guerrillera Indígena Nacional Unión del Pueblo.
200. Unión Campesina Independiente (UCI).
201. Unión del Pueblo (UP).
202. Unidad Popular Revolucionaria Magonista.
203. Vanguardia Armada del Pueblo (VAP).
204. Vanguardia Armada Revolucionaria del Pueblo (VARP).

Las guerrillas, en su proceder violento, incurren en la comisión de diversos delitos, como pueden ser: terrorismo (artículo 139 del Código Penal Federal); ataques a las vías de comunicación (artículos 165 y siguientes del Código Penal Federal); asalto (artículos 286 y 287 del Código Penal Federal); lesiones (artículos 288 y siguientes del Código Penal Federal); homicidio (artículos 302 y siguientes del Código Penal Federal); privación ilegal de la libertad (artículo 366 del Código Penal Federal); robo (artículos 367 y siguientes del Código Penal Federal); extorsión (artículo 390 del Código Penal Federal); daño en propiedad ajena (artículos 397 y siguientes del Código Penal Federal); encubrimiento (artículo 400 del Código Penal Federal); operaciones con recursos de procedencia ilícita (artículo 400 bis del Código Penal Federal); delincuencia organizada (artículo 2 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada); portación y posesión de armas para el uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea (artículos 83 y 83 TER de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos); acopio y tráfico de armas (artículos 83 bis, 84 y 84 bis de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos); posesión de cartuchos en cantidades mayores a las permitidas (artículo 83 QUAT de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos). Sin embargo, lo que constituye la esencia de la motivación de las guerrillas es que

las conductas delictivas realizadas por sus miembros, se ajustan a la descripción del delito de rebelión, previsto en los artículos 132 a 138 del Código Penal Federal, lo que en relación con el artículo 144 del mismo ordenamiento, le da el carácter de político a dicho delito, junto con los de sedición, motín y conspiración para cometerlos.

II. DELITOS POLÍTICOS¹⁸

“El guerrillero es un reformador social, que empuña las armas respondiendo a la protesta airada del pueblo contra sus opresores y que

¹⁸ Para un panorama sobre el delito político véase CARDENAS, Raúl F., *Estudios penales*, México, Jus, 1977; CARRARA, Francesco, *Programa del curso di Diritto Criminale dettatonella R. Università di Pisa. Parte Speciale, Esposizione dei delitti in specie*, vol. VII, 5a. ed., Lucca, Tipografía di G. Canovetti, 1889; CENICEROS, José Ángel, y GARRIDO, Luis, *La ley penal mexicana*, México, Botas, 1934; CUELLO CALON, Eugenio, *El derecho penal de las dictaduras (Rusia, Italia, Alemania)*, Barcelona, Bosch, 1934; CHAUVEAU ADOLPHE, N. y HELIE, M. Faustin, *Théorie du Code Penal*, t. X, 6a. ed., París, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence Marchal et Billard, 1887; DE TAVIRA, Juan Pablo, *El crimen político en México*, México, Diana, 1994; FERRI, Enrique, *Principios de derecho criminal. Delincuente y delito en la ciencia, en la legislación y en la jurisprudencia* (trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz), Madrid, Reus, 1933; FLORIAN, Eugenio, *Parte General del derecho penal*, t. I (trad. de la 3a. ed. italiana por Ernesto Dihigo y Félix Martínez Giralt), La Habana, Imprenta y Librería “La Propagandista”, 1929; FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar, nacimiento de la prisión* (trad. de Aurelio Garzón del Camino), 6a. ed., México, Siglo XXI, 1981; GARRAUD, R., *Precis de Droit Criminel*, 3a. ed., París, Librairie de la Societe du Recueil Sirey, 1921; GÓMEZ, Eusebio, *Tratado de derecho penal*, t. V, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, 1941; GUIZOT, *De la pena de muerte en materia política. De las conspiraciones y de la justicia política*, Santiago de Chile, Cruz del Sur, 1943; HUERTA PÉREZ, Jorge Rubén, *El delito político en el derecho penal mexicano*, México, Talleres Linotipográficos de la Penitenciaría del estado de Puebla, 1963; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Temas penales*, Universidad Nacional de Córdoba, 1931; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal*, t. II, *Filosofía y ley penal*, 3a. ed., Buenos Aires, Losada, 1964; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La ley y el delito. Principios de derecho penal*, 11a. ed., Buenos Aires, Sudamericana, 1980; JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *Derecho penal mexicano*, t. V, 2a. ed., México, Porrúa, 1983; LOMBROSO, César, y LASCHI, R., *Le crime politique et les Revolutions*, t. I (trad. de A. Bouchard), París, Félix Alcan, 1892; LOMBROSO, César y LASCHI, R., *Le crime politique et les Revolutions*, t. I (trad. de A. Bouchard), París, Félix Alcan, 1892; RUIZ FUNES, Mariano, *Evolución del delito político*, México, Hermes; SODI, Demetrio, *Nuestra ley penal*, t. I, 2a. ed., México, Librería de la Vda. de Ch. Bouret, 1917; Demetrio, *Nuestra ley penal*, t. II, 2a. ed., México, Librería de la Vda. de Ch. Bouret, 1917; SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, t. I, 3a. ed., Buenos Aires, Tipografía Editora Argentina, 1963; SZABO, Denis, *Criminología y política en materia criminal* (trad. de Félix Blanco), México, Siglo XXI, 1980; TARDE, G., *El duelo y el delito político*, Madrid, La España Moderna; VIDAL, Georges, *Cours de Droit Criminel et de Science Penitentiaire*, 10a. ed., París, Arthur Rousseau, 1901.

lucha por cambiar el régimen social que mantiene a todos sus hermanos desarmados en el oprobio y la miseria”.

Ernesto Che Guevara¹⁹

Igualmente *cfr.* CÁRDENAS, Raúl F., “Aspectos jurídicos en relación con el delito político”, en *Dinámica del derecho mexicano*, Procuraduría General de la República, núm. 2, 1974, pp. 9-43; CÁRDENAS, Raúl F., “El delito político”, en *Inquietudes penales y criminológicas*, Bogotá, Colombia, marzo de 1980, año 4, vol. II, núm. 27, pp. 1, 11 y 12, y mayo de 1980, núm. 29, pp. 1, 5-8; CARONE DECLE, Francesco, “El delito político en nuestra legislación”, en *Criminalia*, año XIII, junio de 1946, núm. 6, pp. 226-229; CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl, “Marcuse y el derecho penal (La racionalidad de los delitos políticos)”, en *Revista Mexicana de Derecho Penal*, cuarta época, núm. 3-4, abril 1972, pp. 49-65; CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl, “Delitos políticos: rebelión, sedición y motín”, en *Dinámica del derecho mexicano*, Procuraduría General de la República, núm. 3, 1974; CENICEROS, José Ángel y GARRIDO, Luis, “Naturaleza del delito político. fragmento del capítulo sobre el delito político. La ley penal mexicana”, en *Criminalia*, año IV, julio de 1938, núm. 11, p. 704; “Delitos políticos”, en *Enciclopedia Jurídica Ameba*, t. VI, *Defe-Dere*, Buenos Aires, Ed. Bibliográfica Argentina, 1957, pp. 447-456; FRANCO SODI, Carlos, “Historia, anatomía y diagnóstico de un delito”, en *Revista Mexicana de Derecho Penal*, núm. 17, septiembre-octubre de 1967, tercera época, pp. 39-72; JIMÉNEZ GÓMEZ, Carlos, “La delincuencia político-social”, en *Estudios de derecho*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Medellín Colombia, año XXIV, segunda época, vol. XXII, núm. 63, marzo de 1963, pp. 31-38; JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, “Un nuevo libro de Mariano Ruiz Funes, Evolución del delito político”, en *Criminalia*, año XIII, mayo de 1947, núm. 5, pp. 205-209; MARTÍNEZ RINCONES, José Francisco, “El delito político y el delito contrarrevolucionario”, en *Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Universidad de los Andes, Mérida Venezuela, año XI, núm. 11, 1980, pp. 273-284; MORENO TAMAYO, Francisco Javier, “El delito político”, en *Criminalia*, año XLVI, núm. 1-12, enero-diciembre 1980, pp. 136-154; OÑATE LABORDE, Santiago, “Delitos políticos”, en *Diccionario Jurídico Mexicano, D-H*, 14a. ed., México, Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 888 y 889; OÑATE LABORDE, Santiago, “Delitos políticos”, en *Enciclopedia Jurídica Mexicana, D-E*, III, México, Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 125 y 127; SÁNCHEZ AZCONA, Jorge, “Derecho y poder”, en *Revista Mexicana de Derecho Penal*, núm. 14, marzo-abril de 1967, tercera época, pp. 23-56; SÁNCHEZ GALINDO, Antonio, “El tratamiento institucional al delincuente político”, en *ILANUD al día*, Revista del Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, año 3, núm. 8, agosto de 1980, San José, Costa Rica, pp. 110-113; TIJERA, Diego Vicente, “La definición del delito político en Cuba”, en *Criminalia*, año VI, abril de 1940, núm. 8, pp. 406-409; VELA, Alberto R., “El crimen político, causas y efectos sociales, y la delincuencia política”, en *Revista de la Escuela de Derecho de Tlaxcala*, Instituto de Estudios Superiores del Estado de Tlaxcala, t. II, enero-marzo de 1967, núm. 2, pp. 37-64.

¹⁹ CHE GUEVARA, *La guerra de guerrillas*, s. I., Minfar, p. 15.

De la extensa bibliografía sobre el Che, *cfr.* CASTAÑEDA, Jorge G., *La vida en rojo. Una biografía del Che Guevara*, México, Alfaguara, 1997; CUPULL, Adys y GONZÁLEZ, Froilán, *Ciudadano del mundo*, La Habana, Capitán San Luis, 1997; *El diario del Che en Bolivia*, La Habana, Política, 1988; ESPINOSA GOITIZOLO, Reinaldo y GRAU GUARDARRAMA, Guillermo,

En el artículo 144 del Código Penal Federal se prevé cuáles son los delitos políticos, de la siguiente manera: “Artículo 144. Se consideran delitos de carácter político los de rebelión, sedición, motín y el de conspiración para cometerlos”.

A su vez, en la jurisprudencia encontramos la siguiente tesis aislada, donde aparece un concepto de delito político (las cursivas son nuestras):

“Núm. Registro: 315,468. Tesis aislada. Materia(s): Penal, quinta época. Instancia: Primera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, XXV. Tesis, p. 555.

Dada la connotación que a la palabra “política” se da en el lenguaje corriente y en el científico, es de concluirse que *el delito político es aquel que se comete contra el Estado*.

Amparo penal directo 4306/28. León Toral José de. 6 de febrero de 1929. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente”.

Establecido lo anterior, en los siguientes incisos haremos breves comentarios sobre cada uno de los delitos políticos previstos en nuestra legislación penal, sin pretender hacer un estudio dogmático de cada tipo, pero sí señalando algunos de los aspectos que ameritan una revisión y reforma en esta materia. Después analizamos la regulación específica que el legislador ha establecido para aplicarse a esta clase de delincuencia, distinta a la común y a la organizada, para poder apreciar el régimen de beneficio que se le otorga al delincuente político. Nuestra intención es destacar dicha política criminal, para en la última parte de este artículo exponer las razones por las cuales consideramos que ese régimen de beneficio al delincuente político

Atlas histórico biográfico y militar Ernesto Che Guevara, t. I, La Habana, Instituto Cubano de Geodesia y Cartografía, 1990; GUEVARA LYNCH, Ernesto, *Mi hijo el Che*, La Habana, Arte y Literatura, 1988; GUEVARA LYNCH, Ernesto y CASTRO, Raúl, *La conquista de la esperanza. Diarios inéditos de la guerrilla cubana, diciembre de 1956-febrero de 1957*, La Habana, Ed. Abril, 1996; GUEVARA LYNCH, Ernesto, *Aquí va un soldado de América*, México, Planeta, 1988; KALFON, Pierre, *Che. Ernesto Guevara, una leyenda de nuestro siglo* (trad. de Manuel Serrat Crespo), México, Plaza y Janés, 1997; RIUS, *abcHE*, México, Grijalbo, 1978; TAIBO II, Paco Ignacio, *Ernesto Guevara, también conocido como El Che*, México, Planeta, Joaquín Mortiz, 1996.

debe modificarse y reprimirlo con la mayor severidad, por el alto grado de peligrosidad que significa para la existencia misma del Estado.

1. Rebelión (artículo 132 del Código Penal Federal)

“Artículo 132. Se aplicará la pena de dos a veinte años de prisión y multa de cinco mil a cincuenta mil pesos a los que, no siendo militares en ejercicio, con violencia y uso de armas traten de:

- I. Abolir o reformar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- II. Reformar, destruir o impedir la integración de las instituciones constitucionales de la Federación, o su libre ejercicio.
- III. Separar o impedir el desempeño de su cargo a alguno de los altos funcionarios de la Federación mencionados en el artículo 2o. de la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación, del Distrito Federal y de los Altos Funcionarios de los Estados”.

Elementos

Primer elemento. Que varias personas que no sean militares en ejercicio, utilicen violencia y hagan uso de armas.

La ley no distingue cuántas personas es el mínimo para integrar el tipo de rebelión, por lo que al decir de manera genérica “los que no siendo militares en ejercicio”, con sólo dos personas puede pensarse en una rebelión.

Asimismo, señala que no sean militares en ejercicio los sujetos activos, pero la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, no usa esta terminología, sino que apunta en su artículo 137: “De acuerdo con su situación en el Ejército y Fuerza Aérea, los militares se consideran en: activo, reserva y retiro”. Entendemos que la intención del Código Penal Federal al decir “militares en ejercicio”, es referirse a los militares en activo, quienes, a su vez, según el artículo 138 de la Ley Orgánica citada, son el personal que se encuentre encuadrado, agregado o comisionado en unidades, dependencias e instalaciones militares; el que esté a disposición de la Secretaría de la Defensa Nacional; el que goce de licencia; el que haya sido hospitalizado; el

que se le sujete a proceso; y el que esté compurgando una sentencia. Como su denominación lo indica, la referida Ley Orgánica sólo regula al Ejército y a la Fuerza Aérea. Ahora bien, lo dicho acerca de estas instituciones, es aplicable a la Marina de Guerra, puesto que las tres, de acuerdo con lo señalado en el artículo 73, fracción XIV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, son las instituciones armadas de la Unión. Entonces, por “militares en ejercicio”, comprenderemos al personal de la Armada que se encuentre en activo; así, en el artículo 71 de la Ley Orgánica de la Armada de México, se divide al personal de la Armada en activo, reserva o retiro, previendo en el artículo siguiente que el personal en activo es el que presta sus servicios en unidades y establecimientos navales, ya sea como voluntario o de acuerdo con la Ley del Servicio Militar Nacional; el que esté a disposición; el que esté en situación especial; el que esté en situación de depósito; y el que esté con licencia. Asimismo, con fundamento en los artículos 1o. y 5o. de la Ley del Servicio Militar Nacional, los soldados que se encuentren cumpliendo su servicio, son parte del activo del Ejército o de la Armada, según corresponda, por lo que entran en los supuestos comentados. Continuando con lo anterior, cuando militares en ejercicio cometan el delito de rebelión, se aplicará lo previsto por el artículo 218 y siguientes del Código de Justicia Militar, y por supuesto, no será considerado delito político; este Código es igualmente aplicable al personal de la Armada, conforme a lo previsto en el citado Código de Justicia Militar, la Ley de la Armada de México y la Ley de Disciplina para el Personal de la Armada de México.

Segundo elemento. Que esas personas traten de abolir o reformar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; de reformar, destruir o impedir la integración de las instituciones constitucionales de la Federación o su libre ejercicio; o de separar o impedir el desempeño de su cargo a alguno de los altos funcionarios de la Federación mencionados en el artículo 2o. de la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación, del Distrito Federal y de los Altos Funcionarios de los Estados.

Es claro que se sanciona el pretender abolir o reformar la Constitución por medios violentos, toda vez que en el artículo 135 de la misma, se establece la forma para adiccionarla o reformarla, mediante el Constituyente Permanente. Es aplicable la siguiente jurisprudencia:

“Núm. Registro: 389,996. Jurisprudencia. Materia(s): Penal, séptima época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Apéndice de 1995, t. II, Parte SCJN. Tesis: 127, p. 72. Genealogía: Apéndice al t. XXXVI.

Apéndice al t. L.

Apéndice al t. LXIV.

Apéndice al t. LXXVI.

Apéndice al t. XCVII.

Apéndice '54.

Apéndice '65.

Apéndice '75.

Apéndice '85. Tesis 92 PG, 206.

Apéndice '88. Tesis 594 PG, 1029.

Apéndice '95. Tesis 127 PG, 72.

Informe 1972. Tesis S/N PG.

2. Delitos políticos, punibilidad de los

Los artículos 6o., 7o., 9o. y 39 constitucionales consagran con el rango de garantías individuales la libre manifestación de ideas, la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia, el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito y el inalienable derecho que tiene el pueblo de alterar o modificar la forma de su gobierno; sin embargo, estas garantías no pueden ni deben entenderse sino dentro del marco de la legalidad, o sea que pueden organizarse grupos políticos de las más diversas ideologías siempre y cuando su actuación la realicen dentro de las normas fijadas por el sistema jurídico que nos rige, sin emplear la violencia ni atentar contra el orden establecido, porque en el momento en que los integrantes de un grupo político organizado al amparo de las garantías que establece la Constitución Política mexicana actúan en contravención a los principios de la misma, se hacen acreedores a las sanciones que corresponden a la ilicitud de su conducta, ya que aun cuando en estricta lógica debe admitirse que cualquier grupo o partido político tiende a llegar al fondo para implantar un gobierno acorde con su ideología, su actuación tendiente a esa finalidad tendrá que encuadrarla forzosa y necesariamente dentro de los cánones legales, o sea la obtención del poder a través del proceso que señalan las leyes.

Séptima época:

Amparo directo 622/70. Adán Nieto Castillo. 1 de marzo de 1972. Cinco votos.

Amparo directo 684/70. Raúl Prado Bayardi y otros. 1 de marzo de 1972. Cinco votos.

Amparo directo 688/70. Víctor Rico Galán y otros. 1 de marzo de 1972. Cinco votos.

Amparo directo 690/70. Raúl Álvarez y otros. 1 de marzo de 1972. Cinco votos.

Amparo directo 1235/70. José Luis Calva Téllez y coags. 1 de marzo de 1972. Cinco votos.

NOTA:

Tesis publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, vol. 48. Segunda Parte. Sección Jurisprudencia, p. 49; y, en el Informe de 1972, Segunda Parte, Primera Sala, p. 30, con el rubro: DELITO DE CONSPIRACIÓN. CONDUCTA QUE LO TIPIFICA”.

Respecto de lo que debe entenderse por “instituciones constitucionales de la Federación”, se refiere a los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, señalados por el artículo 49 y demás relativos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Antes de comentar la fracción III, diremos que entre ésta y la fracción II, existe una “y”, lo que puede provocar la impresión de que se trate de una “y” copulativa, o sea, que se haga necesario realizar lo previsto por las tres fracciones para integrar el tipo de rebelión, cuando la intención del legislador es que tratando de lograr cualquiera de los fines de cada fracción, se estará en presencia de una rebelión. Debía usarse una “o” disyuntiva, lo cual no se hizo por una evidente falta de técnica legislativa.

Al examinar el último de los supuestos del artículo 132 del Código Penal Federal, encontramos que remite el artículo 2o. de la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación, del Distrito Federal y de los Altos Funcionarios de los Estados. Dicha Ley es la publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 21 de febrero de 1940, mencionando el artículo 2o. que para los efectos de esa Ley se conceptuarían como Altos Funcionarios de la Federación: el Presidente de la República, los senadores y diputados al Congreso de la Unión, los ministros de la Suprema Corte de Justicia

de la Nación, los secretarios de Estado, los jefes de Departamento Autónomo y el Procurador General de la República. Esta ley fue abrogada por la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación, del Distrito Federal y de los Altos Funcionarios de los Estados, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de enero de 1980. Por lo tanto, y considerando que con fundamento en el artículo 14 constitucional, en ninguna otra materia como la penal debe estarse a la aplicación estricta de la ley, no es posible jurídicamente aplicar la fracción III del citado artículo 132 del Código Penal federal, puesto que la Ley a la cual se hace la remisión fue abrogada.

No puede efectuarse una interpretación analógica, por la prohibición del artículo 14 constitucional ("en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata"), ni puede recurrirse a ninguna otra forma de interpretación; el texto del Código Penal Federal es claro: los altos funcionarios de la federación son los previstos en una Ley que está ahora abrogada.

Es cierto que el texto del artículo 14 constitucional sólo prohíbe la aplicación analógica, pero el hecho de realizar una interpretación por analogía cae en la misma prohibición, puesto que una interpretación en materia penal tiene, por su propia naturaleza, como objeto el aplicar una pena. Es por esto que no podría interpretarse como altos funcionarios de la federación, por ejemplo, a los que se mencionan en el artículo 111 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Bien jurídicamente tutelado; la unidad institucional del Estado federal y de las entidades federativas, o su propia existencia; la seguridad interior de la nación.

Sujeto activo: cualquier individuo, en tanto no sea miembro del Ejército; hemos hecho algunas consideraciones sobre el activo, básicamente acerca de los mexicanos, aun cuando no se hace ninguna distinción sobre los extranjeros, los que también pueden cometer el delito de rebelión, pero podría surgir alguna duda de los militares extranjeros en ejercicio. Es claro que cuando un militar extranjero actúe como miembro de su ejército en una guerra contra México, no puede adecuarse su conducta al tipo de rebelión; sin embargo, ¿qué sucede

cuando un militar en ejercicio dentro de un ejército extranjero, actúa no como parte de ese ejército en guerra contra México, sino como individuo en un acto de rebelión? Situación que no podrá considerarse como regida por el Código de Justicia Militar, y que, estrictamente, por ser un militar en ejercicio, puede suponerse que tampoco entra en la regulación del Código Penal Federal. La intención del legislador es referirse sólo a militares mexicanos y, por lo tanto, considerar como activos de rebelión, por exclusión, a cualquier otra persona; además, debe tenerse en cuenta que al ser la legislación militar la aplicable, ésta no puede referirse a un militar extranjero, regulado por su propia legislación, por lo que el extranjero, aun cuando según sus leyes sea un militar en ejercicio, de acuerdo con la legislación mexicana, para efectos de la rebelión, no lo es.

Sujeto pasivo: el Estado federal, o los estados que lo integran. Sin entrar en discusiones sobre los conceptos de Estado, nación y patria, puede decirse que, de manera general, son utilizados en forma indistinta en la legislación penal.

Clasificación: delito de acción, doloso, plurisubjetivo, perseguible de oficio, y de competencia federal.

La comentada fracción III del artículo 132 del Código Penal Federal es un ejemplo de la necesidad de reformar y actualizar la regulación sobre delitos políticos. Otro ejemplo es el del artículo 134 del mismo ordenamiento, que dice: "Artículo 134. Se aplicará la pena de dos a veinte años de prisión y multa de cinco mil a cincuenta mil pesos a los que, no siendo militares en ejercicio, con violencia y uso de armas, atenten contra el gobierno de alguno de los estados de la federación, contra sus instituciones constitucionales o para lograr la separación de su cargo de alguno de los altos funcionarios del Estado, cuando interviniendo los Poderes de la Unión en la forma prescrita por el artículo 122 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los rebeldes no depongan las armas". El delito de rebelión es federal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 50, fracción I de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; sin embargo, existen previsiones similares en los códigos penales de los estados de la federación, donde, a su vez, se describe la rebelión contra las autoridades locales, el cual, por supuesto, es de competencia local. Alzarse en armas contra el gobierno de cualquier estado de la República es un delito local, pero cuando los poderes federales intervienen en el caso de la rebe-

lión, conforme al 122 constitucional, y los rebeldes no deponen las armas, el delito se convierte en federal. Sin embargo, este artículo no podría aplicarse, en una depurada técnica jurídica, puesto que el actual artículo 122 constitucional regula las atribuciones y funciones del gobierno del Distrito Federal. El anterior artículo 122 constitucional establecía: "Artículo 122. Los Poderes de la Unión tienen el deber de proteger a los estados contra toda invasión o violencia exterior. En cada caso de sublevación o trastorno interior, les prestarán igual protección, siempre que sean excitados por la legislatura del estado o por su Ejecutivo, si aquella no estuviere reunida". Este texto pasó a ser el actual artículo 119 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

3. Sedición (artículo 130 del Código Penal Federal)

"Artículo 130. Se aplicará la pena de seis meses a ocho años de prisión y multa hasta de diez mil pesos, a los que en forma tumultuaria, sin uso de armas, resistan o ataquen a la autoridad para impedir el libre ejercicio de sus funciones con alguna de las finalidades a que se refiere el artículo 132.

A quienes dirijan, organicen, inciten, compelan o patrocinen económicamente a otros para cometer el delito de sedición, se les aplicará la pena de cinco a quince años de prisión y multa hasta de veinte mil pesos".

Elementos

Primer elemento. Que varias personas actúen en forma tumultuaria y sin uso de armas.

Marcadas diferencias existen entre la rebelión, el más grave de los delitos políticos previstos por la legislación, y la sedición, resaltando el hecho de que no se haga uso de armas, supuesto que permite suponer una menor peligrosidad en este delito que en el primero mencionado.

Por lo que se refiere a la actuación en forma tumultuaria, así como lo hicimos notar en la rebelión, aun cuando se presupone al decir "tumultuaria", que sea un grupo más o menos grande de personas, la ley no señala un mínimo, por lo que al no distinguir, nosotros no tenemos porque hacerlo, lo que nos lleva a pensar que con sólo dos personas es posible hablar de sedición.

Igualmente, en el artículo 224 del Código de Justicia Militar se prevé el delito de sedición (en donde si se establece un mínimo de 10 personas para integrar este tipo), pero no concuerda exactamente con los supuestos del artículo 130 del Código Penal Federal. En este precepto se señala que la resistencia o ataque a la autoridad debe ser sin uso de armas y remite a las finalidades del artículo 132 del mismo Código Penal Federal (abolir o reformar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; reformar, destruir o impedir la integración de las instituciones constitucionales de la Federación, o su libre ejercicio; y separar o impedir el desempeño de su cargo a alguno de los altos funcionarios de la Federación mencionados en el artículo 2o. de la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación, del Distrito Federal y de los Altos Funcionarios de los Estados), mientras que en el caso de la sedición en materia militar la resistencia o el ataque a la autoridad, sólo debe tener como objetivo: impedir la promulgación o la ejecución de una ley o la celebración de una elección popular; o impedir el libre ejercicio de sus funciones o el cumplimiento de una providencia judicial o administrativa. Por lo tanto, atendiendo al caso concreto, militares en activo pueden ser activos de uno o de otro delito, según se adecue la conducta al molde legal.

Segundo elemento. Que esas personas resistan o ataquen a la autoridad para impedirle el libre ejercicio de sus funciones.

Al hablarse de autoridad, se refiere a una autoridades legítima, y no a una ilegítima, o en su caso usurpadora, puesto que resistir o atacar a esta última autoridad que no tiene un fundamento legal, estaría apoyado en una causa de exclusión del delito, como puede ser la legítima defensa, el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de un deber, o puede recurrirse a medios como el amparo, obviamente sin pretender dar validez al derecho a la rebelión. Pero deberá distinguirse entre autoridad legítima y autoridad competente; autoridad legítima es cualquiera configurada conforme a derecho, no así la autoridad competente, la cual es no sólo la que se ha creado de acuerdo con la ley, sino la que actúa dentro de sus atribuciones y funciones, de donde resulta, y tomando en cuenta que la autoridad sólo puede hacer lo que expresamente la ley le ordena o autoriza, que toda autoridad competente es legítima, pero no toda autoridad legítima es necesariamente competente, por lo que podemos decir que la autoridad a

la cual se le resista o ataque para impedir el libre ejercicio de sus funciones en el caso de la sedición, deberá ser competente, pues en caso de no ser así, esa autoridad no estará ejercitando sus funciones al no tener competencia.

Tercer elemento. Que lo hagan con alguna de las finalidades del artículo 132, o sea, abolir o reformar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; o reformar, destruir o impedir la integración de las instituciones constitucionales de la Federación, o su libre ejercicio; o separar o impedir el desempeño de su cargo a alguno de los altos funcionarios de la federación.

No es necesario que alcancen cualquiera de estas finalidades los sediciosos, sino sólo que traten de alcanzarlas para que se integre el tipo comentado.

Bien jurídicamente tutelado: la unidad institucional del Estado; la seguridad interior del Estado.

Sujeto activo: cualquier persona.

Sujeto pasivo: el Estado.

Clasificación: delito de acción, doloso, plurisubjetivo, perseguible de oficio, y de competencia federal.

4. Motín (artículo 131 del Código Penal Federal)

“Artículo 131. Se aplicará la pena de seis meses a siete años de prisión y multa hasta de cinco mil pesos, a quienes para hacer uso de un derecho o pretextando su ejercicio o para evitar el cumplimiento de una ley, se reúnan tumultuariamente y perturben el orden público con empleo de violencia en las personas o sobre las cosas, o amenacen a la autoridad para intimidarla u obligarla a tomar alguna determinación.

A quienes dirijan, organicen, inciten, compelan o patrocinen económicamente a otros para cometer el delito de motín, se les aplicará la pena de dos a diez años de prisión y multa hasta de quince mil pesos”.

Elementos

Primer elemento. Que varias personas se reúnan tumultuariamente.

Nos remitimos a lo dicho sobre el mínimo de personas necesarias para que pueda darse el tumulto.

Segundo elemento. Que sea para hacer uso de un derecho, pretextar su ejercicio o evitar el cumplimiento de una ley.

Este elemento está en relación con el artículo 17 constitucional, donde se prohíbe hacerse justicia por propia mano o ejercer violencia para reclamar un derecho; de la misma forma, se mantiene dentro de los límites constitucionales el derecho de petición y el de asociación y reunión, previstos en los artículos 8 y 9, respectivamente.

Tercer elemento. Que se perturbe el orden público con empleo de violencia en las personas o sobre las cosas, o amenacen a la autoridad para intimidarla u obligarla a tomar alguna determinación.

Dándose cualquiera de estos supuestos se integra el tipo que comentamos.

Bien jurídicamente tutelado: la seguridad interior del Estado.

Sujeto activo: cualquier persona. En el Código de Justicia Militar se prevé la asonada o motín, en sus artículos 305 y siguientes, pero sigue una descripción muy distinta de la hecha en el Código Penal Federal, por lo que militares en activo pueden cometer cualquiera de los dos delitos.

Sujeto pasivo: el Estado.

Clasificación: delito de acción, doloso, plurisubjetivo, perseguible de oficio, y de competencia federal.

5. Conspiración (artículo 141 del Código Penal Federal)

“Artículo 141. Se impondrá pena de uno a nueve años de prisión y multa hasta de diez mil pesos a quienes resuelvan de concierto cometer uno o varios de los delitos del presente Título y acuerden los medios de llevar a cabo su determinación”.

Elementos

Primer elemento. Que varias personas resuelvan de concierto cometer uno o varios de los delitos contra la seguridad de la nación.

Doctrinariamente, el *iter criminis* consta de las siguientes etapas: ideación del delito, actos preparatorios y actos de ejecución; estrictamente, la conspiración tendría el carácter de acto preparatorio, pero el legislador ha querido que tenga la categoría de delito consumado,

por la peligrosidad que representa preparar delitos contra la seguridad de la nación.

Segundo elemento. Que acuerden los medios de llevar a cabo su determinación.

En caso de que exista un principio de ejecución de cualquiera de los delitos que admiten la conspiración, ésta quedaría subsumida en aquél.

Deberá distinguirse cuando hay conspiración y cuando tentativa, la cual consiste en poner en peligro el bien jurídicamente tutelado en forma típica; por supuesto, no deben confundirse estas figuras, puesto que cada una se refiere a supuestos distintos. Nuestro Código Penal Federal, en el primer párrafo del artículo correspondiente, dice: "Artículo 12. Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente". De esta manera, vemos que en la tentativa existe un principio de ejecución.

Bien jurídicamente tutelado: la seguridad interior de la nación.

Sujeto activo: cualquier persona.

Sujeto pasivo: el Estado.

Clasificación: delito de acción, doloso, plurisubjetivo, perseguible de oficio, y de competencia federal.

Al preverse la conspiración como delito, puede ser castigada una conducta que, de otro modo, quedaría impune, si sólo se aplicaran las reglas del artículo 13 del Código Penal Federal, toda vez que, para aplicar este precepto, es necesario que exista, por lo menos, un principio de ejecución, para que puedan ser sancionados los que acuerdan o preparan la realización de un delito, aun cuando estas personas agotaron su conducta; en caso de que, únicamente existiera la regulación general sobre participación, los que resolvieran de concierto cometer un delito contra la seguridad de la nación y acordaran los medios de llevar a cabo su determinación, no serían responsables hasta el momento en que se cometiera el delito.

Por otra parte, es posible distinguir entre conspiración y asociación delictuosa, puesto que podría suponerse una subsumación de uno en otro tipo. En el primer párrafo del artículo 164 del Código Penal Federal se establece: "Artículo 164. Al que forme parte de una aso-

ciación o banda de tres o más personas con propósito de delinquir, se le impondrá prisión de cinco a diez años y de cien a trescientos días multa". Resaltan las diferencias entre uno y otro delito: la conspiración, al no especificar número de activos, con sólo dos puede integrarse, mientras que la asociación delictuosa necesita tres como mínimo; además, el sujeto pasivo y el bien jurídicamente tutelado en la conspiración, son el Estado y la seguridad de éste, siendo en la asociación delictuosa, la sociedad y la seguridad general, respectivamente. Por lo anterior, estos delitos no son subsumibles y pueden darse al mismo tiempo.

6. Extradición

En el artículo 15 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se prohíbe celebrar tratados para la extradición de reos políticos. Este precepto, en la parte conducente, dice: "Artículo 15. No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos,..." Dichos tratados no podrán referirse ni a conceder México la extradición, ni a solicitarla a otro Estado. Mediante la extradición un Estado solicita a otro, que le sea entregada una persona física que se encuentra en el territorio del Estado requerido, para que el Estado requirente pueda someterla a proceso o sancionarla penalmente.

Originalmente la extradición sólo se solicitaba respecto de delincuentes políticos, pudiendo mencionarse como ejemplos los siguientes: el tratado de extradición celebrado en el siglo XIII entre el rey de Inglaterra y el rey de Escocia; el pactado en el siglo XIV entre el rey de Francia y el conde de Saboya; y el convenido en 1360 entre el rey Pedro I de Castilla y el rey de Portugal. Pero durante el siglo XIX esta situación cambia: en 1815 Inglaterra comienza a rechazar la extradición de culpables de delitos políticos; en 1833 el artículo 6 de la ley belga del 1 de octubre señala que el extranjero no podrá ser perseguido o castigado por delito político anterior a la extradición ni por ningún hecho conexo a dicho delito; y en 1834 el concepto de no extradición de los delincuentes políticos se adopta en el Tratado celebrado entre Bélgica y Francia.

En la legislación ordinaria existen diversas referencias derivadas de la disposición constitucional. En la Ley de Extradición Internacional, aplicable a falta de tratado internacional, se prevé en su artículo 1

que el objeto de dicho ordenamiento es determinar los casos y las condiciones para entregar a los Estados que lo soliciten, a los acusados ante sus tribunales o a los condenados por ellos, por delitos del orden común; y en su artículo 8: "En ningún caso se concederá la extradición de personas que puedan ser objeto de persecución política del Estado solicitante".

Al permanecer en territorio nacional los extranjeros que puedan ser objeto de persecución política en otro Estado, deben hacerlo con una calidad y característica migratoria determinada. La ley considera que por sus condiciones de perseguido político debe recibir un tratamiento migratorio diferente de los demás extranjeros que se internan al país por otros motivos. En el artículo 35 de la Ley General de Población se prevé que los extranjeros que sufran persecuciones políticas o aquellos que huyan de su país de origen, serán admitidos provisionalmente por las autoridades de migración, mientras la Secretaría de Gobernación resuelve cada caso. A su vez, en el artículo 42 de la misma Ley General de Población se clasifica como no inmigrante al extranjero que con permiso de la Secretaría de Gobernación se interna en el país temporalmente, encontrándose en la fracción V la característica de asilado político. Esta fracción dice: "V. Asilado Político. Para proteger su libertad o su vida de persecuciones políticas en su país de origen, autorizado por el tiempo que la Secretaría de Gobernación juzgue conveniente, atendiendo a las circunstancias que en cada caso concurren..." Cuando el asilado político viole las leyes nacionales, perderá su característica migratoria, pudiendo la Secretaría de Gobernación otorgar la calidad que juzgue conveniente para que continúe su legal estancia en el país, y en caso de que el asilado político se ausente del país, perderá todo derecho a regresar como asilado, excepto que haya salido con permiso de la citada Secretaría de Gobernación. Corresponde al gobierno mexicano calificar si un extranjero sufre o no persecuciones políticas. Continuando con las regulaciones migratorias, en el artículo 165 del Reglamento de la Ley General de Población se regula la admisión de asilados políticos, incluyendo el asilo en las embajadas mexicanas.

México ha celebrado, en esta materia, diversas convenciones multilaterales y tratados bilaterales, destacándose de manera especial la Convención sobre Extradición, firmada en Montevideo, República Oriental del Uruguay, el 26 de diciembre de 1933, aprobada por la

Cámara de Senadores el 27 de diciembre de 1934 (según Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 del mismo mes y año), entrando en vigor para nuestro país el 27 de febrero de 1936 y siendo publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de abril de 1936. Esta Convención es aplicable a falta de tratado expreso entre los estados americanos y fue suscrita por los gobiernos representados en la Séptima Conferencia Internacional Americana. En el artículo 3 de la Convención se establecen los casos en los cuales el Estado requerido no está obligado a la extradición. Dicho artículo, en su parte conducente, dice:

"El Estado requerido no estará obligado a conceder extradición:

e) Cuando se trate de delito político o de los que le son conexos. No se reputará delito político el atentado contra la persona del Jefe de Estado o de sus familiares".

La calificación de si un delito es o no político corresponde siempre al Estado requerido.

Disposiciones similares las encontramos en tratados bilaterales suscritos por México. A manera de ejemplo mencionaremos el firmado con España, denominado Tratado de Extradición y Asistencia Mutua en Materia Penal entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España, firmado en la ciudad de México el 21 de noviembre de 1978 y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 21 de mayo de 1980. Este Tratado fue modificado conforme al Protocolo suscrito en la ciudad de México el 23 de junio de 1995, aprobado por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión el 31 de octubre de 1995 (según Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de diciembre de 1995) y siendo publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 19 de marzo de 1999. Este instrumento internacional señala, en su artículo 1 "Delitos políticos", que el artículo 4, apartado 1 del Tratado, quedará de la siguiente manera:

"No se concederá la extradición por delitos considerados como políticos o conexos con delitos de esta naturaleza. La sola alegación de un fin o motivo político en la comisión de un delito no le calificara por sí mismo como un delito de carácter político. A los efectos de este tratado, en ningún caso se consideraran delitos políticos:

- a) El atentado contra la vida de un jefe de Estado o de gobierno o de un miembro de su familia.
- b) Los delitos comprendidos en tratados multilaterales que impongan a las Partes, en caso de no conceder la extradición, someter el asunto a sus propias autoridades judiciales. Entre otras las infracciones comprendidas en el ámbito de aplicación de los siguientes tratados:

Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, firmado en La Haya, el 16 de diciembre de 1970.

Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, firmado en Montreal, el 23 de septiembre de 1971.

Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos de Violencia en los Aeropuertos que presten Servicios a la Aviación Civil Internacional, hecho en Montreal, el 24 de febrero de 1988.

Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas Emplazadas en la Plataforma Continental, hecho en Roma, el 10 de marzo de 1988.

- c) Los actos de terrorismo

De manera general se excluyen en las convenciones y tratados internacionales, el atentado contra el jefe de gobierno o de Estado como delito político. La razón de esta prevención es clara: los jefes de gobierno o de Estado quisieron evitar que se negara la extradición por considerar a estos delincuentes como políticos, y que se les otorgaran los privilegios inherentes a esta calificación. Sin embargo, debe apreciarse que no existe un delito político más representativo que el atentado contra la cabeza visible del Estado. Por lo anterior, gran importancia tienen las disposiciones de los artículos 3 de la Convención de Montevideo, y 4 del Tratado de Extradición con España, cláusula conocida como *attentat*, cláusula belga, o cláusula belga relativa al atentado, cuyo origen es el siguiente: después del atentado de Jaquin contra Napoleón III en 1864, la ley belga del 22 de marzo de 1856 estableció que no se consideraría como político ni hecho conexo a un delito semejante el atentado contra la persona del jefe de un gobierno extranjero o contra miembros de su familia, si este atentado constituía asesinato, homicidio o envenenamiento; esto fue motivado por la

decisión de los tribunales belgas de negar la extradición, por lo que en el tratado de 1856 celebrado entre Francia y Bélgica, se incluyó por primera vez. Existen varios ejemplos de esta disposición, como cuando, posteriormente al asesinato del presidente Garfield, Estados Unidos la incorporó en su Tratado con Bélgica de 1882, o cuando la República de Weimar entregó a Nicolau, asesino de Eduardo Sato, Presidente del Consejo. Sin embargo, existen excepciones, como la ocurrida en 1921 cuando Alemania negó la entrega de Emerich Csernyak, acusado de la muerte del conde Tisza, ex presidente del Consejo de Ministros de Hungría, lo que ocasionó que en 1924 el gobierno húngaro negase la extradición de Foerster Schultz, homicida de Mathias Erzberger.

Comparando la Convención y el Tratado citado, mientras que en la Convención de Montevideo sólo se menciona al Jefe de Estado, en el Tratado con España, se habla de Jefe de Estado o de gobierno, por lo que debe distinguirse entre uno y otro. Es cierto que puede considerarse al jefe de Estado como jefe de gobierno al mismo tiempo, pero estrictamente se concibe al jefe de Estado como representante del país en el exterior, y al jefe de gobierno se le considera como el principal dirigente del Estado hacia el interior. Es un sistema presidencialista, se identifica al jefe de Estado con el jefe de gobierno, digamos el Ejecutivo Federal, pero en otro sistema, como puede ser una monarquía constitucional, el jefe de gobierno sería el primer ministro, y el jefe de Estado lo sería el rey.

Debemos analizar cual es la *ratio legis* de que no sean extraditados los delincuentes políticos. Evidentemente, esta protección que se les brinda es derivada del sistema de excepción aplicable. Como razones para no extraditar suele aducirse que para el Estado requerido no sea un delincuente por identificarse en materia política; que decidir sobre la entrega del delincuente es decidir sobre cuestiones políticas del Estado solicitante, lo cual se traduciría en una intervención en sus asuntos internos; o que no representa temibilidad para la población del Estado donde se refugia. Considerando la peligrosidad de un delincuente político, tenemos que mientras en el país donde delinque es extrema, al refugiarse en otro, parece disminuir o incluso desaparecer el peligro de que cometa los mismos actos, puesto que sus conductas fueron motivadas contra determinado régimen político.

7. Reincidencia y habitualidad

Entre los objetivos que persigue la pena está lograr la readaptación social del delincuente, su corrección, y como consecuencia de esto, que no vuelva a delinquir. Cuando el delincuente comete nuevamente un delito, es claro que la pena no cumplió sus fines, y se hace necesario, además de sancionarlo por la nueva falta, agravar la aplicación de la pena, en comparación con la que recibiría si estuviera fuera del supuesto de reincidente. En el Código Penal Federal se define a la reincidencia en el artículo 20, distinguiéndola de la habitualidad, prevista en el artículo 21, y que puede considerarse como una especie de la primera. Siguiendo estos preceptos, tenemos que existe reincidencia cuando el condenado por sentencia ejecutoria dictada por cualquier tribunal de la República o del extranjero, cometa un nuevo delito, si no ha transcurrido, desde el cumplimiento de la condena o desde el indulto de la misma, un término igual al de la prescripción de la pena; y el reincidente es considerado como delincuente habitual, si en el mismo género de infracciones comete un nuevo delito procedente de la misma pasión o inclinación viciosa, siempre que las tres infracciones se hayan cometido en un periodo que no exceda de diez años.

El efecto de la reincidencia (incluyendo la habitualidad) es aumentar la sanción que debe imponerse por el último delito cometido, de acuerdo con las reglas previstas en el artículo 65 del referido Código Penal Federal. De esta manera se busca aumentar los efectos intimidatorios y correctivos de la sanción, efectos que no se alcanzaron, puesto que el delincuente volvió a delinquir. Igualmente, la reincidencia se tomará en cuenta para la individualización judicial de la pena, y para negar el otorgamiento de los beneficios y de los sustitutivos penales.

Sin embargo, en dos casos no se aplicarán las normas mencionadas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 23 del Código Penal Federal: tratándose de los delitos políticos, y cuando el activo haya sido indultado por ser inocente. Sobre el segundo caso, es lógico que no se aplique la reincidencia, en virtud de que el indultado por inocencia no cometió ningún delito. Pero respecto del primer supuesto, es otra de las medidas de privilegio aplicables al delincuente político, en el cual es probable la reincidencia, por sus características especiales, siendo

la intimidación y la readaptación que busca la pena, más difíciles de alcanzar. El delincuente político debe ser reprimido con la máxima energía, con el objeto de que no repita sus peligrosas acciones.

8. Prisión

La prisión consiste en la privación de la libertad corporal, y se encuadra de manera general en las penas y medidas de seguridad, sin distinguir entre unas y otras, conforme a lo ordenado en el artículo 24 del Código Penal Federal. Sin embargo, la prisión es considerada como la principal de las penas. En el ordenamiento mencionado se establece en el artículo 26, que los procesados sujetos a prisión preventiva y los reos políticos serán recluidos en establecimientos o departamentos especiales; respecto del primer caso, resalta el motivo de que se les separe de los condenados que se les haya dictado sentencia ejecutoria; en un sistema lógico, y acorde con lo previsto en el artículo 18 constitucional, no se justifica, ni es necesario, aplicar el mismo régimen penitenciario a personas cuya responsabilidad penal no ha sido probada y que pueden ser inocentes, y personas que han sido declaradas por la autoridad competente como responsables de un delito; para las primeras, al privarlas de su libertad se evita que se fuguen durante el transcurso del proceso, mientras que para las segundas, con la prisión se pretende intimidar y corregir al delincuente, entre otros fines.

Sin embargo, acerca de los reos políticos también se prevé que la reclusión sea en establecimientos o departamentos especiales, separados de los delincuentes comunes. Esta es otra de las medidas de privilegio que en nuestra legislación se establecen en beneficio del delincuente político. Pero deben considerarse dos especiales ventajas derivadas de la separación de los delincuentes políticos de los comunes, como es el que representa el hecho de que así es posible ejercer mayor control sobre los reos políticos, aplicándoles medidas extremas de seguridad, las cuales se justifican por la peligrosidad que ostentan; y que al estar separados de los reos comunes, no podrán ejercer influencia sobre sus compañeros de prisión, difundiendo sus ideas políticas.

9. Confinamiento

Está previsto en el artículo 28 del Código Penal Federal, de la siguiente manera: "El confinamiento consiste en la obligación de residir en determinado lugar y no salir de él. El Ejecutivo hará la designación del lugar, conciliando las exigencias de la tranquilidad pública con la salud y las necesidades del condenado. Cuando se trate de delitos políticos, la designación la hará el juez que dicte la sentencia".

El objeto del confinamiento, en el caso de los delitos políticos, es mantener a los condenados en poblaciones donde no representen un peligro para el Estado, o por lo menos no tan grande como el que pudieran representar en otros lugares. Pero de lo señalado en el artículo 28 surgen varias dudas, puesto que no se señala como será fijada esa sanción, durante cuanto tiempo, y al hablarse de delitos políticos, se dice que la designación del lugar donde habrá de residir, la hará el juez que dicte la sentencia, sin que en ninguno de los delitos de carácter político, se prevea expresamente como pena aplicable. Aun cuando es cierto que otras penas y medidas de seguridad, a pesar de no estar específicamente señaladas en cada delito, son aplicables por su propia naturaleza y por las reglas dadas en la Parte General, como son, por ejemplo, la reparación del daño y el decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito, en el caso especial de la sanción comentada, nos parece que existe una imposibilidad, por falta de técnica, para que pueda ser aplicada por el juez en el supuesto que se alude. Siguiendo esto, en el artículo 73, fracción II del Código Penal Federal, se señala que el Ejecutivo, tratándose de delitos políticos, podrá conmutar la sanción de confinamiento por la multa, a razón de un día de aquel por un día multa. Esta disposición también parte del supuesto de que el juez puede sentenciar a confinamiento. Entonces, estamos ante un caso en que debe integrarse la norma penal, puesto que el artículo 28 indica al juez que dicte la sentencia, como el que designará el lugar del confinamiento, y el artículo 73, fracción II, parte del supuesto de que sea el juez quien imponga el confinamiento, sin que se señale expresamente, ni en el caso de cada delito de carácter político, ni en la Parte General del Código, reglas para la aplicación de esta sanción. De esta manera, debemos recurrir a la aplicación extensiva. Esta consiste en que una norma penal que aparece como oscura, dudosa e incompleta, pero que tiene una parte

clara, se va más allá de ésta, interpretándose en el mismo sentido, sin ser, por supuesto, una aplicación analógica, prohibida en el artículo 14 constitucional. Puesto que otras sanciones son aplicadas de una manera general, sin que en cada delito se mencionen expresamente, y al mismo tiempo, considerando la intención del legislador, el juez puede sancionar con el confinamiento.

A pesar de lo anterior, esta sanción restrictiva de la libertad, que tiene su fundamento en lo ordenado en el artículo 11 constitucional, no podemos saber a qué límites temporales se sujetará, aun cuando pudiera aducirse que si la ley no distingue, nosotros no tenemos por qué distinguir, lo que obviamente significaría un estado de indefinición jurídica que nuestro sistema no permite.

10. Conmutación de sanciones

Puesto que comentamos la fracción II, nos referiremos al resto del artículo 73 del Código Penal Federal, que dice: "Artículo 73. El Ejecutivo, tratándose de delitos políticos, podrá hacer la conmutación de sanciones, después de impuestas en sentencia irrevocable, conforme a las siguientes reglas: I. Cuando la sanción impuesta sea la de prisión, se conmutará en confinamiento por un término igual al de los dos tercios del que debía durar la prisión". Este es el supuesto en que puede llegar a aplicarse el confinamiento por delitos políticos, sin necesidad de acudir a la interpretación forzosa a que hemos aludido en el artículo 28, pero aun así, el juez la impone, pero sólo después de que el Ejecutivo conmutó la prisión impuesta por aquel; en este caso, el juez dicta una pena de prisión por un delito, la cual con los requisitos debidos llega a no admitir ni recurso o juicio en contrario, haciendo el Ejecutivo entonces, la conmutación por el confinamiento, que ya tiene aquí previsto un término definido, y siguiendo al referido artículo 28, la designación del lugar la hará el juez que dicte la sentencia.

Comentario aparte nos merece el hecho de que al examinar el Capítulo donde está encuadrado el artículo 73, Sustitución y Conmutación de Sanciones, encontramos que mientras la conmutación está referida sólo a los delitos políticos y corresponde aplicarla al Ejecutivo, la sustitución es aplicada por el juez y sólo sustituye la

prisión; pero en esencia, ambas figuras implican una modificación de la sanción impuesta.

11. Amnistía

La amnistía es un acto legislativo que tiene por objeto extinguir la acción penal y las sanciones impuestas, excepto la reparación del daño, respecto de todos los individuos que se hallen en los supuestos señalados por la ley correspondiente.

En el artículo 73, fracción XXII constitucional se prevé: "Artículo 73. El Congreso tiene facultad: XXII. Para conceder amnistías por delitos cuyo conocimiento pertenezca a los tribunales de la federación". Doctrinariamente y aun en tesis aisladas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sólo se acepta la amnistía para el caso de delitos políticos, aun cuando no existe disposición expresa, por lo que no hay impedimento para que el Congreso de la Unión expida una ley amnistiando de delitos cuyo conocimiento pertenezca a los tribunales de la federación, a pesar de que no se trate de delitos políticos. Dichas tesis son las siguientes (las cursivas son nuestras):

"Núm. Registro: 905,185. Tesis aislada. Materia(s): Penal, quinta época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Apéndice 2000, t. II. Tesis: 244, p. 117. Genealogía: *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, t. LXVI, p. 1275, Segunda Sala.

AMNISTÍA, EFECTOS RETROACTIVOS DE LA

La amnistía, que por sus elementos etimológicos es el olvido de un delito político, produce efectos retroactivos por ser una gracia concedida al presunto culpable, de conformidad con los principios que rigen la interpretación de las leyes, y hace que aquél readquiera su anterior estado legal, con todos los derechos que le correspondían.

Amparo administrativo en revisión 3124/40. Rabatté Estopier Leopoldo. 9 de noviembre de 1940. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Rodolfo Asiáin. Relator: José M. Truchuelo.

Semanario Judicial de la Federación, quinta época, t. LXVI, p. 1275, Segunda Sala".

"Núm. Registro: 911,573. Tesis aislada. Materia(s): Administrativa, quinta época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Apéndice 2000, t. III. Tesis: 8, p. 12. Genealogía: *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, t. LX, p. 1017. Segunda Sala.

AMNISTÍA, NATURALEZA JURÍDICA Y EFECTOS DE LA

La amnistía, ley de olvido, como acto del poder social, tiene por resultado que, olvidadas ciertas infracciones, se den por terminados los procesos y si ya fueron fallados, queden sin efecto las condenas impuestas con motivo de esas infracciones; produce sus efectos antes o después de la condena; pero en los dos casos, borra los actos que han pasado antes de ellas, suprime la infracción, la persecución por el delito, la formación de los juicios, en una palabra, borra todo el pasado y sólo se detiene delante de la imposibilidad de los hechos. Se justifica por la utilidad que puede tener para la sociedad, que se den al olvido ciertos hechos y tiene como efecto extinguir la acción pública, de manera que el beneficio es irrenunciable y produciendo sus efectos de pleno derecho, invalida la misma condena. Los sentenciados a penas corporales, recobran su libertad; las multas y gastos pagados al erario deben ser restituidas y si los amnistiados cometen nuevos delitos, no son considerados como reincidentes; pero por excepción y por respeto al derecho de los terceros perjudicados por el delito, subsisten las consecuencias civiles de la infracción, y la parte civil perjudicada, tiene derecho de demandar ante los tribunales, la reparación de los daños y perjuicios causados. *La amnistía tiene como característica, que a diferencia del indulto, se concede a cuantos hayan cometido el mismo delito político* restableciéndoles en el goce de todos los derechos que por la sola comisión del delito o por una condena habían perdido. Por tanto, si la condición para el reingreso al Ejército, de un militar acusado de un delito, era el sobreseimiento en el proceso, beneficiándole una ley de amnistía, tal condición ha quedado cumplida, y si no se ha formado el expediente administrativo para darlo de baja, no surte efectos, por lo que la negativa para que tal militar reingrese al Ejército, es violatoria de garantías.

Amparo administrativo en revisión 788/38. Celis Manuel J. 28 de abril de 1939. Cinco votos. Relator: José M. Truchuelo.

Semanario Judicial de la Federación, quinta época, t. LX, p. 1017. Segunda Sala".

En el artículo 92 del Código Penal se prevé: "Artículo 92. La amnistía extingue la acción penal y las sanciones impuestas, excepto la reparación del daño, en los términos de la ley que se dictare concediéndola, y si no se expresaren, se entenderá que la acción penal y las sanciones impuestas se extinguen con todos sus efectos, con relación a todos los responsables del delito". Al concederse la amnistía por una ley, cualquier persona que se encuentre dentro de sus supuestos, podrá beneficiarse de ésta.

Como ejemplos podemos mencionar los siguientes ordenamientos:

- a) Ley de Amnistía, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de mayo de 1976, que decretó amnistía para las personas contra las que se ejercitó acción penal por los delitos de sedición e invitación a la rebelión, en el fuero federal, y por resistencia de particulares, en el fuero común del Distrito Federal, así como por delitos conexos con los anteriores, cometidos durante el conflicto estudiantil de 1968. En esta ley, como puede apreciarse, sólo se incluye a las personas contra las que se ejercitó acción penal y no a las que se encuentran sustraídas de la acción de la justicia por los motivos mencionados, debiendo destacarse que se incluye un delito común, como es el de resistencia de particulares, junto a delitos que son federales; también es de comentarse que esta Ley al conceder amnistía por un delito de fuero común del Distrito Federal, no concuerda exactamente con el artículo 73, fracción XXII, de la Constitución, el cual, según hemos visto, concede facultad al Congreso para conceder amnistía por delitos federales, pero tomando en cuenta que, en la regulación vigente en aquella época, de acuerdo con la entonces fracción VI del mismo artículo, el Congreso tenía facultad para legislar en todo lo relativo al Distrito Federal, podía legislar acerca de amnistías de delitos del fuero común en el Distrito Federal.
- b) Ley de Amnistía, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de septiembre de 1978, que decretó amnistía a favor de todas aquellas personas en contra de quienes se haya ejercitado acción penal, ante los tribunales de la federación o ante los tribunales del Distrito Federal en materia de fuero común, por los delitos de sedición, o porque hubieran invitado,

instigado o incitado a la rebelión, o por conspiración u otros delitos cometidos formando parte de grupos e impulsados por móviles políticos con el propósito de alterar la vida institucional del país, que no fueran contra la vida, la integridad corporal, terrorismo o secuestro, incluyendo a los individuos que se encontraran sustraídos de la acción de la justicia, dentro o fuera del país, por los motivos mencionados.

- c) Ley de Amnistía, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 22 de enero de 1994, que decretó amnistía a favor de todas las personas en contra de quienes se haya ejercitado o pudiere ejercitarse acción penal ante los tribunales del orden federal, por los delitos cometidos con motivo de los hechos de violencia, o que tengan relación con ellos, suscitados en varios municipios del estado de Chiapas del día 1 de enero de 1994 al día 20 del mismo mes y año, a las 15:00 horas.

12. Indulto

El indulto está previsto en nuestra Constitución, en la siguiente forma: "Artículo 89. Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes: XIV. Conceder, conforme a las leyes, indultos a los reos sentenciados por delitos de competencia de los tribunales federales y a los sentenciados por delitos del orden común, en el Distrito Federal". Aquí sí se incluye, de forma expresa, a los delitos del orden común en el Distrito Federal, situación que no se presenta en la amnistía.

Conforme a lo previsto en el artículo 97, fracción I del Código Penal Federal, el Ejecutivo Federal podrá conceder indulto por los delitos de carácter político previstos en el artículo 144 del mismo ordenamiento, en uso de facultades discrecionales, expresando sus razones y fundamentos, cuando la conducta observada por el sentenciado refleje un alto grado de readaptación social y su liberación no represente un peligro para la tranquilidad y seguridad públicas, conforme al dictamen del órgano ejecutor de la sanción.

De lo comentado, puede decirse que indulto es el acto del Ejecutivo, mediante el cual, después de dictada una sentencia irrevocable, se inhibe para ejecutarla, dejando de aplicar la sanción que el juez ha dictado. El indulto no constituye una invasión del Ejecutivo en las funciones del Poder Judicial, como pudiera pensarse en la amnistía,

puesto que la actividad del juez y el proceso penal terminan con la sentencia, siendo el Poder Ejecutivo el órgano ejecutor de las sanciones, quien se inhibe de aplicarla.

Después de haber visto la amnistía y el indulto, caben citarse las siguientes diferencias: el indulto es facultad del Ejecutivo otorgarlo, la amnistía es un acto legislativo; el indulto extingue sólo las sanciones impuestas en sentencia irrevocable, la amnistía extingue la acción penal y las sanciones; el indulto no extingue las sanciones consistentes en inhabilitación para ejercer una profesión o algunos de los derechos civiles o políticos, o para desempeñar determinado cargo o empleo, mientras que la amnistía si extingue estas sanciones; el indulto se refiere a un caso en concreto, la amnistía a todos los que se hayan en los supuestos de la ley correspondiente.

III. CONTRADICCIÓN AL ESTADO COMO ESTRUCTURA DE MANDO²⁰

“En México el que se alza en armas se muere,
en cuanto se actúa con decisión”.

Roberto Blanco Moheno²¹

El Estado, entendido como gobierno, es una organización política con intenciones de permanencia y estabilidad, que se fundamenta en un orden jurídico. Estado y derecho se encuentran inevitablemente unidos. Sin el derecho, el Estado es una simple manifestación de fuerza. Y al mismo tiempo, el derecho sin el Estado pierde su carácter coactivo y su naturaleza de obligatoriedad.

Por otro lado, Estado y sociedad no son lo mismo, ni debe entenderse que ésta se subsume en aquel. El Estado, en su acepción de gobierno, es el depositario del poder y de la autoridad, considerando

²⁰ El maestro Javier Alba Muñoz, en su clase del primer curso de Derecho penal, en la Escuela Libre de Derecho, explicaba que el delito político es el ataque o la contradicción al Estado como estructura de mando. En esta última parte de nuestro artículo recurrimos al pensamiento de quien fuera nuestro maestro y desarrollamos su teoría, con el objeto de señalar la forma en que debe conceptuarse esta peligrosa clase de delincuencia.

²¹ Comentario en la prensa de la época, sobre la muerte de Genaro Vázquez Rojas, dirigente de la Asociación Cívica Nacional Revolucionaria (ACNR), ocurrida el 2 de febrero de 1972. Citado por Fernando MEDINA RUIZ, *El terror en México*. México, Editores Asociados, 1974, p. 45 (Colección El Papalote, t. IV).

a ésta como un fenómeno de coacción. El poder es la capacidad de imponer nuestra voluntad a otros y controlar sus actos, es la facultad de mandar y exigir obediencia a nuestras órdenes, afectando la esfera de actuación de los demás. En el poder está implícita la idea de fuerza, como medio para obtener y conservar aquel.

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

Existen diversas formas de concebir al derecho. Por ejemplo, para el revolucionario, es una forma de control social; para el marxista es una superestructura; para el positivista, es un conjunto de normas; para el racionalista, es producto de la razón humana; y para otros es una forma de plasmar la ley divina, o es una manera de organizar la vida humana. Producto de la sociedad, de la historia, de la cultura, el derecho es una de las manifestaciones más elevadas de la mente humana.

Pero el derecho es, también, la expresión del grupo político en el poder. Y todo el derecho, en su conjunto, es un medio para que ese grupo político se conserve en el poder. Ningún sistema jurídico puede pretender ser transitorio. Todos buscan la continuidad y la permanencia. Reflejo de los valores imperantes en una sociedad, el derecho plasma los valores y creencias del Estado. Aquí es donde se puede ver, aquello en lo que cree un Estado y lo que está dispuesto a defender.

El derecho, como expresión de poder, refleja los valores del grupo dominante. Y la rama de la ciencia jurídica donde puede apreciarse esto con gran claridad, es el derecho penal. Al sancionar penalmente determinadas conductas, el Estado está haciendo un ejercicio pleno del poder. Pero el Estado necesita allegarse elementos que le permitan crear los tipos, entendiendo al tipo como descripción de una conducta como acreedora de pena. La creación de cada tipo en la ley penal implica la construcción de una escala de valores, que el Estado ostenta. De esta manera, capta valores medios e impone valores propios.

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

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

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

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

Cuando el derecho penal crea los tipos, establece una prohibición implícita. No prevé, por ejemplo, "se prohíbe matar" o "se prohíbe robar", sino que al establecer una pena para el que roba o el que mata, está prohibiendo esa conducta de manera indirecta, a través

de la sanción que se impone el que adecua su conducta a lo previsto en el tipo. De esta forma, la acción o la omisión que se castiga es lo que está prohibido.

Cada tipo, al ser la descripción de una conducta como acreedora de pena, contiene un bien jurídicamente tutelado, cuya seguridad y permanencia se protegen a través de la imposición de la sanción. Así, cuando en el derecho penal se pune al homicidio, imponiendo la sanción de privación de libertad al que mate a otro, se está protegiendo la vida, como el bien jurídicamente tutelado en ese delito.

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

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

De esta forma, los bienes jurídicamente tutelados en cada uno de los tipos, constituyen el catálogo de valores y creencias que el Estado sostiene, inculca y busca proteger.

Existe, sin embargo, una clase de delitos que atentan contra la existencia misma del Estado, y cuyos sujetos activos buscan la destrucción del orden estatal. Estos son los delitos políticos, y los delincuentes políticos son aquellos que atentan contra la existencia del Estado. El que roba o el que mata, agota su conducta en el hecho de robar o matar. Pero el que ataca al Estado, en su esencia y en su concepción como gobierno, vemos que su conducta va más

allá de afectar el bien jurídicamente tutelado en el tipo, sino que va a buscar la destrucción del Estado mismo. Lo ataca en su esencia y busca destruirlo como organización política detentadora del poder. Es así, que el delito político es el ataque o la contradicción al Estado como estructura de mando.

Ningún régimen político puede garantizar su propia destrucción, que es lo que busca el delincuente político. Es por eso que resulta contradictorio, en un orden lógico, que regímenes liberales, como el nuestro, otorguen beneficios y un trato especial a los delincuentes políticos. Esto tiene su origen en la creencia de que el delincuente político lo es por motivos altruistas y desinteresados, que no busca su propio beneficio, sino el de la sociedad. Sin embargo, en una estricta lógica jurídica debe atenderse a lo que la conducta de los delincuentes políticos significa para el orden jurídico. Su conducta pretende la destrucción del Estado mismo y es por eso que, en una depurada técnica jurídica, se le debe considerar el más peligroso para el Estado. Y el derecho, como producto estatal, así debe considerarlo.

Es así que aquí podemos entender la justificación de la reacción estatal contra el delincuente que contradice al Estado de esta forma: el Estado cuida su propia existencia, tiende a la conservación y permanencia y debe defenderse contra el que ataca su existencia. En una persona física, es válido que cause la muerte cuando se le ataca con peligro mortal, en una legítima defensa. Entonces, igualmente debe serlo en el Estado, que es la máxima expresión del derecho. El Estado tiene el derecho y, aún más, la obligación de defender su propia existencia.

El sistema jurídico mexicano sigue un régimen de beneficio para el delincuente político. Es necesario abandonar esa concepción, para reformar la ley y considerarlo como el más peligroso, para estar en condiciones de enfrentar a esta clase de delincuencia. Regímenes totalitarios, como el cubano, así lo han entendido, y de esta manera, sancionan con la pena de muerte los delitos contra el Estado, como son los siguientes, previstos en el Código Penal de la República de Cuba: delitos contra la seguridad exterior del Estado (actos contra la independencia o la integridad territorial del Estado; promoción de acción armada contra Cuba; servicio armado contra el Estado; ayuda al enemigo; espionaje); contra la seguridad interior del Estado (rebelión; sedición; usurpación del mando político o militar; sabotaje; terroris-

mo; actos hostiles contra un Estado extranjero; genocidio; piratería; mercenarismo); contra la paz y el derecho internacional (crimen del *apartheid*; otros actos contra la seguridad del Estado).

En la legislación mexicana, a partir de la reforma constitucional al artículo 22, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de diciembre de 2005, se prohíbe expresamente la pena de muerte. Y antes de la reforma, en el texto constitucional se señalaba que la pena de muerte no podía aplicarse a delincuentes políticos. En materia internacional México suscribió los siguientes instrumentos, conforme a los cuales los Estados partes no aplicarán la pena de muerte:

- a) Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, adoptado en Asunción, Paraguay, el 8 de junio de 1990 (publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de octubre de 2007).
- b) Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a Abolir la Pena de Muerte, adoptado en la ciudad de Nueva York el 15 de diciembre de 1989 (publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de octubre de 2007).

Sin embargo, podemos hacer la consideración de si se justifica o no, la muerte de los delincuentes políticos. Independientemente de las razones aducidas contra la pena de muerte, como pueden ser los calificativos de injusta, innecesaria, irreparable, no correctiva, indivisible, no intimidatoria, inhumana, cruel y otras, en el caso especial del delincuente político, se debe atender exclusivamente a lo que representa y significa el delincuente político, desde el punto de vista jurídico.

En primer lugar, tomemos en cuenta que el Estado posee no sólo el derecho, sino la obligación de proteger su existencia. Así como al ser humano le resulta instintivo defender su vida y su integridad corporal, situación que reconoce el Estado en la legítima defensa, al Estado le resulta legítimo defenderse del que atenta contra su propia existencia, o sea, contra el delincuente político. Considérese el supuesto caso de que el Estado no ejerza su defensa; entonces, los delincuentes políticos libremente atienden a la destrucción del órgano estatal, llegando a una situación donde se ejercite el llamado derecho a la rebelión,

algo que ningún orden jurídico, en un plano lógico, puede plasmar, puesto que no puede legitimar su propia desaparición. De esta manera, los actos de rechazo efectuados por el Estado contra el delincuente político, aparecen como la legítima defensa ejercitada por un sujeto que sufre una agresión. Al pretender el delincuente político destruir al Estado, es posible entender que se responda con la supresión física del delincuente. El delincuente político, al ir contra el Estado mismo, atenta contra el orden jurídico en su conjunto, mostrando, de esta forma, su elevada y especial peligrosidad.

Asimismo, atendiendo a los fines de la pena, como son, entre otros, la readaptación a la sociedad y la corrección del delincuente, en el caso de los delincuentes políticos es en extremo difícil lograrlo, por lo que la pena de muerte puede considerarse como el único remedio para evitar la repetición de sus conductas, que llevarían al Estado a desaparecer. Véase la peligrosidad y la incorregibilidad de estos individuos, y podrá comprenderse la necesidad del Estado para suprimir a los que atentan contra su permanencia.

La pena de muerte es la mayor sanción que el Estado puede imponer al hombre. Es cierto que ese castigo puede acompañarse de sufrimientos, torturas y decomiso de los bienes del culpable, pero eso no quita la esencia del acto: privar de la vida. Sanción extrema, para algunos justificada y necesaria, para otros excesiva y símbolo de la prepotencia estatal, su validez, desde el punto de vista del derecho positivo, no puede estar sujeta a ninguna duda: es derecho lo que el Estado quiere que sea derecho.

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

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

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

Baste decir que un Estado que defiende su existencia tiene derecho a utilizar todos los medios a su alcance, y que el Estado mexicano no debe ser la excepción. El combate que se dio contra las guerrillas, principalmente en los años setenta y ochenta, algunos sectores de la sociedad, que no toda, han dado en llamarla "guerra sucia". Algunas organizaciones no gubernamentales, periodistas, intelectuales y políticos, utilizan esta denominación, pretendiendo que el Estado mexicano efectuó una lucha contrainsurgente similar a la que se dio en otros países del continente americano en esas décadas.

En Chile, Argentina, Uruguay y Brasil, como ejemplos más claros, existió una represión y violencia generalizada, no sólo contra las organizaciones guerrilleras, sino contra toda la población en su conjunto. Existió en estos países un temor extremo a ser víctima de los aparatos estatales de lucha contra la guerrilla, aun en sectores de la población que estaban alejados de toda actividad subversiva o política. Los efectos de la represión de las dictaduras militares latinoamericanas tuvieron consecuencias hasta en el orden internacional. Y esta etapa histórica se le denomina, en varios de esos países, "guerra sucia".

Lo anterior no puede ser aplicado al caso de México. Aquí no existió una dictadura militar, nunca hubo una violencia generalizada contra la población civil, ni existió un temor extremo hacia los cuerpos de seguridad estatales. Al contrario, y como lo ha reconocido la propia Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en la Recomendación 026/2001 (Quejas sobre desapariciones ocurridas en la década de los setenta y principios de los ochenta), "es cierto que las organizaciones surgidas en torno a proyectos revolucionarios utilizaron la violencia, transgredieron las leyes y representaron un riesgo para la seguridad pública y las instituciones del Estado. Adicionalmente al asalto a convoyes militares, privaron de la vida a elementos de la policía y el

Ejército, cometieron secuestros y asaltos a bancos y generaron temor y zozobra en amplios sectores de la sociedad mexicana”.

La represión contra los movimientos guerrilleros es una obligación ineludible del Estado mexicano. El carácter esencial de la guerrilla, alcanzar el poder político por medios violentos, le convierte en la delincuencia más peligrosa desde el punto de vista técnico jurídico. Es necesario cambiar la concepción de que el delincuente político lo es por motivos altruistas y desinteresados, para concebirlo como el ataque o la contradicción al Estado como estructura de mando. Esto deberá llevar a reformar el régimen de beneficio que se aplica a los delincuentes políticos y darle al Estado mayores elementos jurídicos para salvaguardar su propia existencia.

“Pero de lo que estoy más orgulloso de esos 6 años, es del año de 1968, porque me permitió servir y salvar al país, les guste o no les guste, con algo más que horas de trabajo burocrático, poniéndolo todo, vida, integridad física, horas, peligros, la vida de mi familia, mi honor y el paso de mi nombre a la historia. Todo se puso en la balanza. Afortunadamente, salimos adelante y sino ha sido por eso, usted no tendría la oportunidad, ¡muchachito!, de estar aquí preguntando”.

Gustavo Díaz Ordaz²²

²² Respuesta a un reportero, al preguntarle su opinión sobre su periodo presidencial y el movimiento estudiantil de 1968, en la conferencia de prensa efectuada en la Secretaría de Relaciones Exteriores el 12 de abril de 1977, ofrecida al darse a conocer su nombramiento como embajador de México en España. Véanse los videos denominados *Gustavo Díaz Ordaz y el 68*. México, 1998, *La Jornada*, Clío (colección México Siglo XX, vol. XIII); y *Gustavo Díaz Ordaz y el 68*. México, 1998, Clío, Banamex, Femsá (colección México Siglo XX, Historias del poder, núm. 12). En los disturbios de 1968, aun cuando no existió la presencia reconocida de guerrillas, diversos participantes y dirigentes del movimiento cometieron, entre otros ilícitos, delitos políticos. Fue por eso que años después, y en un afán de reconciliación nacional, se expidió la Ley de Amnistía, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de mayo de 1976, que decretó amnistía para las personas contra las que se ejerció acción penal por los delitos de sedición e invitación a la rebelión, en el fuero federal, y por resistencia de particulares, en el fuero común del Distrito Federal, así como por delitos conexos con los anteriores, cometidos durante el conflicto estudiantil de 1968.

LA GESTIÓN COLECTIVA EN EL DERECHO AUTORAL

José Ramón CÁRDENO SHAADI
Carlos Alberto CARREIRO TRUJILLO

SUMARIO: I. *Consideraciones generales.* II. *Definición.* III. *Antecedentes históricos.* IV. *Las Sociedades de Autores en México.* V. *Características de las Sociedades de Gestión Colectiva.* VI. *Los derechos administrados por las Sociedades de Gestión.* VII. *Principales ventajas de la administración colectiva.* VIII. *Requisitos para constituir una Sociedad de Gestión Colectiva.* IX. *Organización y funcionamiento de las sociedades de gestión.* X. *Los retos a los que se enfrenta la gestión colectiva.* XI. *Conclusiones.*

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El principio rector sobre el cual se erige el derecho autoral, es el reconocimiento de la actividad creativa del individuo, que florece las civilizaciones en su propia diversidad y lega una herencia cultural al mundo.

Para tal efecto, a lo largo de los tiempos, se ha diseñado por los distintos ordenamientos jurídicos del mundo, una serie de garantías y salvaguardas que reconozcan estos derechos del espíritu, naturales a la propia sociedad en la que se desenvuelve el hombre.

De nada serviría que el autor o titular gozaran de derechos autorales sobre sus obras creativas, si los mismos no pudieran utilizarlos o autorizar a terceros su explotación.¹

¹ En términos de los artículos 8, 9, 11, 11 bis, 11 ter, 12 y 14, del Acta de París del Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas y el artículo IV bis del Acta de París de la Convención Universal sobre Derecho de Autor, conceden "derechos exclusivos"

Sin el derecho de autor, las obras podrían ser copiadas y vendidas sin ninguna contraprestación para el creador de la obra, delimitando con una barrera desmotivante el desarrollo imaginativo. Por tanto, el derecho autoral reconoce al autor el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la reproducción, distribución, ejecución o comunicación pública de las obras, proveyendo un incentivo a la innovación.

Para ejercitar tales derechos de manera eficaz, la figura desarrollada fue la de entidades representativas de los autores, o Sociedades de Gestión Colectiva de derechos patrimoniales.²

Es evidente que resulta prácticamente imposible llevar a cabo una gestión individual de los derechos. Los autores no tienen posibilidad de controlar todos los usos que se hacen de sus obras y, por ejemplo, no pueden ponerse en contacto con todas y cada una de las emisoras de radio o de televisión para negociar las autorizaciones necesarias para la utilización de sus obras y la remuneración que les corresponde. Por otro lado, tampoco es factible que los organismos de radiodifusión soliciten permisos específicos de cada autor a la hora de utilizar una obra protegida por derecho de autor. Cada año, una cadena de televisión difunde un promedio de 60 000 obras musicales; en teoría, habría que ponerse en contacto con cada uno de los titulares de derechos sobre esas obras para solicitar la debida autorización. De ahí la necesidad de crear organizaciones de gestión colectiva cuyo cometido es el de ocuparse de los problemas que se plantean entre usuarios y titulares de derechos en esas esferas fundamentales.³

Por ende, ante la misma vocación de universalidad de obras del ingenio, las prestaciones artísticas y las producciones fonográficas, y la amplitud de posibilidades de su utilización, tanto a nivel nacional como internacional, incluso por un sinnúmero de usuarios, hizo que en ciertos géneros creativos o conexos, y respecto de algunas formas de utilización, la gestión colectiva resulta el único medio eficaz para que los titulares de derechos sobre las obras, interpretaciones o

a los autores de las obras literarias y artísticas podrán autorizar o prohibir la explotación de sus obras mediante su traducción, reproducción, representación o ejecución públicas, radiodifusión, adaptación, arreglos y otras transformaciones de las mismas.

² Término utilizado por la Ley Española de 1987 y sugerido por la OMPI. ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Derecho de autor*, t. II, Caracas, p. 682.

³ Gestión Colectiva del Derecho de Autor y los Derechos Conexos, *op. cit.*, p. 4.

producciones pudieran controlar el uso de esos bienes intelectuales.⁴ Como consecuencia, la Gestión Colectiva tiene como fundamento el ejercicio eficaz del derecho autoral. Existen dos formas de ejercer los derechos autorales y conexos: la primera es que el autor administre sus derechos directamente y de forma individual, negociando personalmente con el usuario de cada una de las obras; la segunda es ejecutar los derechos a través de apoderado persona física que designe el autor, o a través de las sociedades de gestión colectiva a las que pertenezcan, quienes licenciarán los términos para el uso y explotación de las obras.

Para ello, la Sociedad negociará los términos con los usuarios, de una manera más justa y equitativa para las partes, reducirá los costos de administración que serán divididos entre los afiliados, y se aprovechará de una red de mecanismos tecnológicos y jurídicos que facilitarán la recaudación y ejercicio de los derechos.

Luego entonces, podemos afirmar que la gestión colectiva es la manera económica para administrar de manera más eficiente los derechos autorales, que con su sola existencia, evita a los usuarios desplazarse y negociar con los distintos sectores, ya que la Sociedad puede controlar y monitorear todas las formas de uso de las obras, dentro y fuera de su territorio, igualar las condiciones de negociación, reducir los costos de transacción, y aumentar el volumen de intercambio.⁵

II. DEFINICIÓN

Entendemos por Sociedad de Gestión Colectiva, aquel organismo que administra los derechos de los autores y titulares:⁶

1. "Tenga por finalidad, y asegure efectivamente, el fomento de los intereses morales de los autores y la defensa de sus intereses materiales (patrimoniales).

⁴ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *op. cit.*, p. 683.

⁵ *The Collective Management of rights in Europe. A quest for Efficiency*, *op. cit.*, p. 28.

⁶ Por gestión colectiva se entiende el ejercicio del derecho de autor y los derechos conexos por intermedio de organizaciones que actúan en representación de los titulares de derechos, en defensa de sus intereses. Gestión Colectiva del Derecho de Autor y los Derechos Conexos. Publicación de la OMPI, núm. L450CM (S), p. 4.

2. Cuente con mecanismos eficaces para la recaudación y distribución de las regalías de derechos de autor y asuman la plena responsabilidad de las operaciones correspondientes a la administración de los derechos que se le confíen.⁷
3. Sea reconocida como tal por el organismo gubernamental correspondiente.
4. Represente a sus afiliados de conformidad con el mandato que le hayan conferido.
5. Su catálogo se conforme de las obras entregadas en administración por sus diversos agremiados.

“En un sistema de administración colectiva, los titulares de derechos autorizan a las organizaciones de administración colectiva para que administren sus derechos, es decir supervisen la utilización de las obras respectivas, negocien con los usuarios eventuales, les otorguen licencias a cambio de regalías adecuadas y en condiciones convenientes, recauden esas regalías y las distribuyan entre los titulares de derechos”.⁸

La gestión colectiva es un sistema en el cual una *Pluralidad* ilimitada de autores y titulares de derechos, autorizan a un órgano especializado, para administrar el uso comercial de sus obras.

De este modo, podemos concebir a las Sociedades de Gestión como facilitadoras del proceso autoral, ya que simplifican la relación e intercambio entre los autores y los usuarios. De esta manera estos últimos pueden utilizar y explotar las obras, de forma legítima, a un bajo costo.⁹

Podemos afirmar, sin una Gestión Colectiva, el ejercicio del derecho autoral, sería inoperable.

⁷ Artículo 5 de los Estatutos de la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores.

⁸ Mihály FICSOR, *La administración colectiva del derecho de autor y los derechos conexos*, OMPI, Suiza, 1991, p. 6.

⁹ Este estudio se centra en la Gestión Colectiva representando autores y compositores. No obstante, la Gestión Colectiva se ejerce en los derechos conexos que ostentan los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión.

III. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La Gestión Colectiva es tan antigua como el derecho autoral y su defensa grupal. No obstante, su organización formal es de origen europeo.

Es en Francia donde nacen las primeras sociedades autorales, como asociaciones profesionales que lucharon por el reconocimiento de los derechos de los autores.

La primera Sociedad de Autores fue creada por iniciativa de los dramáticos franceses en 1777, con el Bureau de Législation Dramatique,¹⁰ que posteriormente se transformaría en 1929 en la Sociedad de Autores y Compositores Dramáticos (SACD), que se ocupó de la administración Colectiva de los derechos de los autores miembros.¹¹

Un siglo después, Honoré de Balzac, Alejandro Dumas, Víctor Hugo y otros autores franceses, fundaron la Sociedad de Autores Literarios (SGDL),¹² que se reunió por primera vez en 1837, al tiempo que los autores y compositores musicales se reunían en la Société des Auteurs, Compositeurs et Éditeurs de Musique (SACEM).¹³

Los hechos que condujeron a una administración colectiva plenamente desarrollada comenzaron realmente hasta 1847, cuando dos compositores –Paul Henrion y Victor Parizot– y un escritor, Ernest Bourget, apoyados por su editor, entablaron una demanda contra el “*Ambassadeurs*” un “café-concert” de la Avenida de los Campos Eliseos de París.¹⁴ La comprensión de este hecho dio origen en 1850 a la fundación de un organismo de recaudación, que poco después

¹⁰ Mihály FICSOR, *Administración colectiva del derecho de autor y derechos conexos*, OMPI, Ginebra, 1991, p. 9.

¹¹ Mihály FICSOR, *op. cit.*, pp. 9 y 10.

¹² Société des gens de lettres.

¹³ Antequera PARILLI, *op. cit.*, p. 682.

¹⁴ Estos últimos consideraron que existía una contradicción flagrante en que ellos tuvieran que pagar por asientos y su comida en el “*Ambassadeurs*”, mientras que nadie manifestaba intención de pagarles por las obras que ejecutaba la orquesta. Tomaron la valiente y lógica decisión de no pagar hasta que se les pagase. Los autores ganaron el pleito; y el propietario del “*Ambassadeurs*” fue condenado a pagar una importante suma de dinero por regalías. Se abrían con ese fallo judicial enormes posibilidades nuevas para los compositores y letristas de obras musicales no dramáticas. Era evidente, sin embargo, que no les sería posible controlar y hacer valer individualmente los nuevos derechos que se les reconocían. Mihály FICSOR, *op. cit.*

fue sustituido por la Société des Auteurs, Compositeurs et Éditeurs de Musique (SACEM), que hasta hoy continúa en actividad.

En América Latina, la primera Sociedad de gestión fue la Sociedad Argentina de Autores Dramáticos y Líricos, constituida en 1910, misma que posteriormente se convirtió en la Sociedad General de Autores de Argentina (Argentores).¹⁵

A fines del siglo XIX y durante los primeros decenios del siglo XX se formaron en casi todos los países europeos, y también en algunos otros países, organizaciones similares (Sociedades de derechos de ejecución pública).

IV. LAS SOCIEDADES DE AUTORES EN MÉXICO

1. Ley Federal Mexicana sobre el Derecho de Autor del 31 de diciembre de 1947

El primer antecedente de las Sociedades de autores en México, lo constituye el Capítulo III de la Ley Federal Mexicana sobre el Derecho de Autor del 31 de diciembre de 1947. Este capítulo establecía que los miembros de las Sociedades de Autores serían los autores mexicanos y los extranjeros domiciliados en la República Mexicana, de obras científicas, didácticas, literarias o artísticas y las personas titulares de derechos de autor por causa de herencia, o de donación entre parientes dentro del cuarto grado, obligando a dichas Sociedades a ser miembros de la Sociedad General Mexicana de Autores, cuyos fines consistían en: a) unir a los autores de obras científicas, literarias, pedagógicas o artísticas para la elevación intelectual de sus miembros y el mejoramiento de la cultura nacional; b) mantener la producción intelectual mexicana en un plano de moralidad y decoro; y, c) obtener para sus socios los mejores beneficios en el orden económico. La Sociedad General Mexicana de Autores y las Sociedades de autores debían ser ajenas a toda actividad de carácter político o religioso.

¹⁵ En Argentina, dos años después de fundarse Argentores, la disidencia fundó la Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música (SADAIC), SCHUSTER, Santiago, *Historia de la gestión colectiva del derecho de autor y de los derechos conexos en América Latina*, OMPI, Suiza, Buenos Aires, 1990, pp. 2 y 3.

En términos del artículo 70 de la Ley de 1947, la Sociedad General Mexicana de Autores se regía por las disposiciones de sus Estatutos y tenían las siguientes atribuciones:

Mirar el mejoramiento del derecho de autor en los regímenes internos o internacionales.

Representar, en materia de derechos de autor frente a los usuarios de esos mismos derechos, a las Sociedades extranjeras de autores o a los socios de ellas en virtud de mandato o de pacto de reciprocidad.

Representar en materia del derecho de autor a las Sociedades mexicanas de autores cuando la representación le fuere encomendada por ellas.

Intervenir como mediadora o como árbitro, cuando las partes le den este carácter en los conflictos que se susciten:

- a) Entre las Sociedades de autores entre sí.
- b) Entre las Sociedades de autores y sus miembros.
- c) Entre las Sociedades de autores o sus miembros y las Sociedades extranjeras y los miembros de éstas.
- d) Entre las Sociedades de autores y sus miembros y los usuarios de derechos de autor.
- e) Entre autores.

Fomentar y patrocinar a las instituciones de carácter benéfico, social, de seguro y corporativo que favorecieran a los autores.

Aprobar los pactos, convenios y contratos que celebraran las Sociedades mexicanas de autores con las Sociedades extranjeras.

La administración de la Sociedad General Mexicana de Autores estaba a cargo de un Consejo de Administración formado por un presidente, un secretario y un tesorero y por un representante de cada una de las Sociedades de autores constituidas en cada rama; cada representante tenía derecho a un voto y los acuerdos se tomaban por mayoría. En caso de empate, el presidente tenía voto de calidad.

No podían desempeñar el puesto de Presidente, Secretario o Tesorero de la Sociedad General Mexicana de Autores, quienes ocuparan algún puesto de dirección o administración en las Sociedades de autores. Los representantes de las Sociedades de autores en el seno de la Sociedad General Mexicana de Autores eran designados por la asamblea general de la Sociedad de autores respectiva.

Los artículos del 74 al 80 se referían a la constitución de las Sociedades de autores de las diferentes ramas, que formaban parte de la Sociedad General Mexicana de Autores, se regían por sus Estatutos y tenían las siguientes atribuciones:

- Representar a sus socios ante autoridades judiciales y administrativas en tanto que ellos no se apersonaran directamente.
- Recaudar y distribuir los derechos de ejecución representación, o exhibición en su caso.
- Celebrar convenios en representación de sus socios con los usuarios o cámaras de usuarios en materia de interés general para sus miembros.
- Celebrar pactos con las Sociedades extranjeras de autores de su rama.
- Contratar en representación de sus miembros en los términos de los mandatos que estos les conferían.

Las Sociedades de autores de las diversas ramas tenían que cumplir en términos del artículo 75 con los siguientes requisitos:

- Admitir como miembros a toda persona mexicana o extranjera domiciliada en la República Mexicana que tengan la calidad de autor.
- Tenían únicamente voto en las asambleas los autores que contaran cuando menos con dos obras publicadas de calidad media.
- La Asamblea de Socios era el órgano supremo de la Sociedad que era administrada por un Consejo Directivo que podía ejercer las facultades que le conferían sus Estatutos y las que le otorgará a la Asamblea de Socios.
- Los socios de nuevo ingreso no podían formar parte del Consejo Directivo hasta pasados tres años de su admisión.
- Las minorías que representaran el veinte por ciento de los asociados con voto tenían el derecho a nombrar a un consejero.
- Los miembros podían objetar judicialmente las resoluciones de la Asamblea de Socios cuando eran contrarias a la Ley o a los Estatutos.

- Los autores gozaban de votos suplementarios en los asuntos de orden económico general, en proporción con las percepciones que les correspondían por concepto de ingresos provenientes del derecho de autor obtenidas por conducto de las Sociedades en el último ejercicio social. Los Estatutos fijaban la cantidad que daba derecho a un voto suplementario, la que no era inferior de tres mil pesos ni superior a diez mil pesos, percibidos en el ejercicio social inmediato anterior.
- Debían contribuir en proporción a sus ingresos al sostenimiento de la Sociedad General Mexicana de Autores.
- Estaban obligadas a proporcionar a la Sociedad General Mexicana de Autores todas las informaciones pertinentes que ésta les solicitara.
- Sólo podían percibir los ingresos provenientes del derecho de autor correspondientes a su propia rama.
- Tenían que someter a la aprobación de la Sociedad General Mexicana de Autores, los pactos, convenios y contratos que celebraran con otras Sociedades o asociaciones extranjeras, sin cuyo requisito no tendrían eficacia.

Las personas que formaban parte del consejo directivo o de administración de cualquiera de las Sociedades de autores, no podían formar parte del consejo directivo de ninguna otra Sociedad de autores, cámara de usuarios o agrupación relacionada con esta materia.

Desde entonces los autores podían pertenecer a diversas Sociedades de autores según las actividades que desarrollaban.

Las Sociedades de autores de las diversas ramas tenían la obligación de elaborar sus presupuestos de gastos anualmente, pero su monto no debía exceder del veinte por ciento de las cantidades recaudadas de sus miembros, y del treinta por ciento de las cantidades recaudadas por utilización de obras de autores que no eran miembros de la Sociedad, haciendo responsables solidarios ante la Sociedad respectiva a los administradores, por la posible infracción de esta obligación.

Por lo que toca al presupuesto de la Sociedad General Mexicana de Autores, éste era aprobado por la Asamblea de Socios, pero el proyecto del presupuesto era dado a conocer con treinta días de anticipación a las Sociedades miembros, las cuales podían presentar

sus observaciones por conducto de su representante en el seno de la asamblea.

La Ley de 1947 establecía en su artículo 81 que los derechos de ejecución y representación se regulaban por los contratos celebrados con los usuarios o con las cámaras de usuarios, y en su defecto, por las tarifas que expedía la Secretaría de Educación Pública, de conformidad con los precedentes que existían y con la equidad, procurando ajustar los intereses de los autores y de los usuarios. Esos derechos se causaban cuando las ejecuciones o representaciones fueran públicas, aun cuando fueran gratuitas, y se llevaran a cabo fuera del círculo de una familia, de una fiesta o acto de carácter escolar o de beneficencia.

Los artículos del 83 al 89 se referían a la vigilancia de la Sociedad General Mexicana de Autores y de las Sociedades de autores de las diversas ramas, mediante la constitución de una institución fiduciaria que fuera designada dentro de los treinta días siguientes a la constitución de cada una de ellas: en el caso de las Sociedades de autores de las diversas ramas no hubieran designado la institución fiduciaria dentro del plazo señalado, la elección era hecha por la Sociedad General Mexicana de Autores, o en su defecto, por el Departamento del Derecho de Autor, dependiente de la Secretaría de Educación Pública, que en aquel entonces operaba, el que tenía la facultad de designar el órgano de vigilancia de la Sociedad General Mexicana de Autores en el caso de que ella no lo hubiera hecho durante dicho plazo.

De acuerdo con el artículo 84 de la Ley en mención la institución fiduciaria tenía el carácter de comisario y las siguientes facultades y obligaciones:

- Cerciorarse de la constitución y subsistencia de la garantía que de acuerdo con los Estatutos de la Sociedad respectiva debían prestar los administradores, dando cuenta sin demora de cualquier irregularidad a la asamblea general de esta.
- Exigir a los administradores un balance mensual de comprobación de las operaciones efectuadas.
- Inspeccionar por lo menos cada tres meses los libros y papeles de la Sociedad respectiva, así como la existencia en caja.
- Intervenir en la formación y revisión del balance anual.

- Informar a la asamblea general y al Departamento del Derecho de Autor respecto al balance anual y a las irregularidades que observe en la administración.
- Hacer que se inserten en el orden del día de las cesiones del Consejo de Administración y de las asambleas generales, los puntos que crean pertinentes.
- Convocar asambleas generales, ordinarias y extraordinarias en caso de omisión de los administradores y en cualquier otro caso en que lo juzgaran pertinente.
- Asistir con voz pero sin voto a todas las cesiones de Consejo de Administración, a las cuales deberían ser citados.
- Asistir con voz pero sin voto a las asambleas generales.
- En general, vigilar ilimitadamente y en cualquier tiempo las operaciones de la Sociedad.

Estas atribuciones y deberes de la institución fiduciaria operaban sin perjuicio de las atribuciones y deberes de la Secretaría de Educación Pública para con la Sociedad general y las Sociedades de autores, según se disponía en el artículo 94 de la Ley que se analiza.

La institución fiduciaria era responsable para con la Sociedad respectiva por el cumplimiento de las obligaciones que la Ley y los Estatutos de éstas le imponían.

De acuerdo con el artículo 90 de la Ley en cuestión los Estatutos de la Sociedad General Mexicana de Autores y de las Sociedades de autores de las diversas ramas debían hacerse constar en escritura pública e inscribirse en el Registro de Sociedades Civiles y en el Departamento del Derecho de Autor.

El Dr. Wenzel Godlbaum, destacado organizador de los autores y compositores de teatros, de los novelistas y escritores de argumentos cinematográficos en Alemania y cofundador de la Confederación Internacional de Autores y Compositores (CISAC), respecto del Capítulo III de la Ley mexicana de 1947 afirmó: "No es de orden burocrático, no es la desconfianza su motivo de legislar sobre la materia, no es su punto de vista esencial la mediación profesional; reconoce, al contrario, las organizaciones de los trabajadores como la expresión del derecho democrático de reunirse en defensa de sus intereses, del cual están gozando los obreros y empleados, ¿y por qué no los autores?; prepara, para el movimiento de organización, 'con

todo cuidado' el camino para que llegue a su fin determinado; deja, sin embargo, la iniciativa a los interesados; conoce la posibilidad del abuso; establece para eliminarlo, unas disposiciones muy acertadas, como la limitación de los gastos; obliga a los mismos interesados a designar una 'institución fiduciaria' y a someterse a ella según disposiciones precisas, quedándose remota pero existente siempre, la posibilidad de la intervención gubernamental, en el caso de que los autores mismos no supieran arreglar las cosas de una manera satisfactoria..."¹⁶

Durante la vigencia de la Ley de 1947, únicamente se creó en México la Sociedad Mexicana de Autores y Compositores, que actualmente se le conoce como Sociedad de Autores y Compositores de México (SACM). Lamentablemente la Sociedad General Mexicana de Autores no llegó a su constitución.¹⁷

2. La Nueva Ley Federal sobre el Derecho de Autor del 29 de diciembre de 1956, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del día 31 del mismo mes y año, que entró en vigor el 31 de enero de 1957

La nueva Ley Federal del Derecho de Autor de 1957 corresponde en lo general a la Ley anterior, pero corregida la redacción de aquellos artículos cuyos textos eran incompletos, gramaticalmente incorrectos o que mezclaban materias distintas haciéndolos confusos.

Además, se redistribuyeron en sus diversos capítulos los artículos que en la Ley anterior figuraban impropiaemente en capítulos dedicados a materias distintas de las tratadas en ellos y se redactaron los artículos necesarios para poner en concordancia el texto de la nueva con las disposiciones de la Convención Universal sobre Derechos de Autor, al redactar las nuevas disposiciones se llenaron lagunas existentes en la Legislación de 1947, se completaron aquellas que no fijaban plazo para cumplir determinadas obligaciones o no san-

¹⁶ Dr. Wenzel GODLBAUM, *Comentarios a la Ley Federal Mexicana sobre el Derecho de Autor*, Secretaría de Educación Pública, 1947, p. 11.

¹⁷ Gabriel E. LARREA RICHERAND, ponencia sobre Gestión Colectiva presentada en el Seminario de Formación para Profesores de Derecho Privado en Derechos de Autor y Derechos Conexos, en Bogotá, Colombia, del 30 de agosto al 2 de septiembre de 1994, p. 5.

cionaban infracciones y las tendientes a remediar vicios o defectos observados en la práctica.

En cuanto al capítulo V relativo a las Sociedades de autores el artículo 81 de la Ley de 1957 textualmente establecía: "Las denominaciones 'Sociedad General Mexicana de Autores' y la de 'Sociedad', seguida del término que indique la rama de autores asociados, sólo pueden ser usadas por las personas morales regidas por esta Ley, previa su inscripción en el Registro del Derecho de Autor".

El artículo 81 contiene la misma disposición del artículo 67 de la Legislación de 1947, además de aclarar que sólo pueden usar la denominación de Sociedades de Autores las que estén inscritas en el Registro del Derecho de Autor. Esto es consecuencia del carácter de Sociedades de interés público que les otorga la Ley, pues las Sociedades de interés meramente privado pueden constituirse y funcionar libremente por los particulares, pero no así las de interés público que sólo pueden constituirse y funcionar, cuando la autoridad a la que la Ley que las regula da esa facultad, aprueba su constitución y funcionamiento como consecuencia de haberse llenado los requisitos que la Ley exige al efecto.¹⁸

En cuanto a los fines de la Sociedad General Mexicana de Autores y de las diversas Sociedades de Autores, la Ley de 1957 sólo cambió a la Legislación de 1947 en lo relativo a "mantener la producción intelectual mexicana en un plano de moralidad y decoro", ya que éste era muy general y vago, por el de "difundir las obras de sus asociados".

Por su parte, el artículo 85 de la Ley de 1957 corresponde al artículo 71 de la Ley anterior, con la sola adhesión de que los miembros del Consejo de Administración en ningún caso podrán ser reelectos y desempeñar ningún cargo en la Directiva inmediata posterior.

El artículo 75 de la Ley de 1947 fue modificado por el artículo 89 de la Ley de 1957, para establecer que el ingreso a las Sociedades de autores sería gratuito; y suprimir la limitación que contenía la Legislación anterior que concedía votos en las asambleas únicamente a los socios que hubieren publicado cuando menos dos obras de

¹⁸ Secretaría de Educación Pública, Dirección General del Derecho de Autor. Estudio comparativo y concordancia de la nueva Ley Federal sobre el Derecho de Autor con la anterior del 31 de diciembre de 1947, México, 1957, p. 46.

calidad media; estableciendo además que la Asamblea de Socios se integraría cuando menos, con el 50% de los que tenga la Sociedad; e impedir la no reelección de los miembros del Consejo Directivo; prohibiendo a las Sociedades de autores expulsar a sus socios en ningún caso, quienes sólo podrían ser sancionados con suspensión de sus derechos sociales por un término no mayor de dos años, sin implicar la privación o retención de sus derechos económicos, para lo cual se requería la conformidad del setenta y cinco por ciento de los socios asistentes, obligando a las Sociedades a fijar en sus Estatutos la garantía que en cada caso debieran otorgar los administradores. Estas modificaciones se hicieron para beneficiar a los socios y garantizar sus derechos.

La Ley de 1957 incrementó el porcentaje que la Ley de 1947 reconocía a las Sociedades de derechos de autor para cubrir sus presupuestos de gastos anuales, elevando dicho porcentaje del 20 al 25% de las cantidades recaudadas de sus miembros, además de impedir los acuerdos de asambleas que autorizarán la disposición de fondos repartibles entre los socios para fines diversos, ya que éstos serían nulos de pleno derecho (lo cual evolucionó hasta hoy día, donde no es más un impedimento).

Con esta nueva Ley se precisó que el presupuesto de la Sociedad General Mexicana de Autores sería aprobado por los representantes de las diversas Sociedades de Autores miembros de ella, constituidos en Asamblea de Socios, pues el artículo 79 de la Ley anterior hablaba de la Asamblea de Socios y como los socios de la Sociedad General Mexicana de Autores eran las diversas Sociedades de Autores, la asamblea tenía que estar constituida por cuando menos el 50% de los socios, de todas las Sociedades de autores, lo que era prácticamente imposible.

Respecto del pago de los derechos de ejecución, representación exhibición, proyección y, en general por el uso o explotación de obras protegidas por la Ley, según el artículo 95 de dicha Legislación se regulaban por los convenios celebrados por los autores o Sociedades de autores con los usuarios o con las asociaciones de usuarios o con los distribuidores en el caso de la cinematografía y en su defecto, por las tarifas que expediera la Secretaría de Educación Pública de conformidad con los precedentes que existan y con la equidad, procurando ajustar los intereses de los autores y de los usuarios; a cuyo

efecto la Secretaría de Educación Pública integraba las comisiones mixtas de autores, usuarios y representantes de ella para su estudio; la resolución definitiva era dictada por el titular de la Secretaría de Educación Pública.

Estos derechos se causarían cuando las ejecuciones, representaciones, exhibiciones, proyecciones, uso o explotación de las obras fueran públicos o con fines de lucro; este precepto consideraba dentro del uso o explotación pública los que se llevaran a cabo fuera del círculo de una familia, de una fiesta o acto de carácter familiar, escolar, de beneficencia, religioso, o cívico, aun cuando fueran gratuitos.

Las disposiciones de este artículo eran aplicables en lo conducente a los derechos de los ejecutantes o intérpretes.

Lo novedoso de este precepto, en relación con lo dispuesto con la Ley de 1947, es que precisa con quien se debe de contratar en el caso de la cinematografía y, respecto de las tarifas, dispone como novedad que la Secretaría de Educación Pública debía dictar la resolución definitiva previa integración de las comisiones mixtas de autores y usuarios para su estudio.

Es así como la Secretaría de Educación Pública, con base en lo dispuesto en este artículo, expidió el 29 de julio de 1957 la Tarifa para el cobro de derechos por la ejecución, representación, exhibición o explotación de obras protegidas por la Ley, para dar cumplimiento al artículo Sexto transitorio de la Ley que entró en vigor el 31 de enero de 1957, que fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 8 de agosto del mismo año.

La Ley de 1957 agrega dos obligaciones, más una a cargo de la institución fiduciaria que ejercía las funciones de comisario, consistentes en rendir un informe trimestral a la Secretaría de Educación Pública respecto de las operaciones de las Sociedades de autor y otra era la de mencionar las denuncias que recibiera de los socios sobre dichos informes.

Con el artículo 105 de la Ley de 1957 no se exige la inscripción de los Estatutos de la Sociedad General Mexicana de Autores y de las diversas Sociedades de autores en el Registro de Sociedades Civiles, por ser esas Sociedades *sui generis* y estar regidas por la Ley Federal del Derecho de Autor, que presentan diferencias sustanciales con las Sociedades Civiles y Mercantiles.

Verdadera novedad representa el reconocimiento que el artículo 68 de la Ley de 1957 establece a favor de los ejecutantes, cantantes, declamadores, y, en general, todos los intérpretes de obras difundidas mediante la radio, la televisión, el cinematógrafo, el disco fonográfico o cualquier otro medio apto a la reproducción sonora o visual, para recibir una remuneración económica por la explotación de sus interpretaciones, quienes conforme al artículo 110 de esta Ley se verían favorecidos por las disposiciones del capítulo V de la misma.

Para ello consideramos pertinente transcribir el artículo 110, que a la letra establecía: "Las disposiciones de este capítulo son aplicables a las Sociedades que organicen los intérpretes de las obras a que se refiere el artículo 68, encaminadas hacer efectivos los derechos que les reconoce esta Ley".

Durante la vigencia de la Ley de 1957 existían únicamente la Sociedad de Autores y Compositores de Música (SACM) y la Sociedad Mexicana de Autores de Teatro, que tuvieron muchos problemas para funcionar y recaudar sus derechos debido a que jamás se constituyó la Sociedad General Mexicana de Autores, que de acuerdo con el artículo Cuarto Transitorio de dicha Ley debió constituirse dentro de los seis meses siguientes a la vigencia de la misma.

3. Reformas y adiciones a la Ley Federal de Derechos de Autor de 1957, efectuadas en 1963

El 21 de diciembre de 1963 se reformó y adicionó la Ley de 1956, cuya vigencia corrió a partir de 1957. Estas reformas y adiciones constituyeron prácticamente una nueva Ley Federal de Derechos de Autor, que establece en su Capítulo VI las normas que regían a las Sociedades de Autores. Ante la inaplicabilidad de algunos preceptos de la legislación anterior, el artículo 93 de dicha Ley estableció: "Las Sociedades de autores de las diversas ramas que se constituyan de acuerdo con esta Ley serán de interés público, tendrán personalidad jurídica y patrimonios propios, y las finalidades que la misma establece".

Esta Ley no hizo mención alguna a la Constitución de una Sociedad General Mexicana de Autores, lo que permitió constituir diversas Sociedades de autores sin depender de una Sociedad General que las agrupara. Por su parte, el artículo 117 de dicho ordenamiento

estableció que las disposiciones del capítulo VI fueran aplicables a las Sociedades que organizarán los artistas intérpretes o ejecutantes, encaminadas a hacer efectivos los derechos que dicho ordenamiento legal les reconoció.

De hecho, en México, conforme a la Ley de 1963, se regularizó el funcionamiento de la Sociedad de Autores y Compositores de Música (SACM); se creó la Sociedad Mexicana de Autores de Teatro, la Sociedad de Escritores de Cine, Radio y Televisión. Estas dos posteriormente se unieron y junto con la Asociación de Escritores de México integraron en 1975, la que hoy se conoce como la Sociedad General de Escritores de México (SOGEM). En el periodo de 1970 a 1976, se crearon también la Sociedad Mexicana de Caricaturistas; la Sociedad de Directores Realizadores de Cine, Radio y Televisión; la Sociedad Mexicana de Artes Plásticas (SOMART); la Sociedad de Autores de Obras Fotográficas (SAOF). Se regularizó la Asociación Nacional de Intérpretes (ANDI) que básicamente funcionaba bajo el auspicio de la Asociación Nacional de Actores (ANDA) creándose también otra Sociedad para los músicos ejecutantes, bajo la denominación Sociedad Mexicana de Ejecutantes de Música (SOMEM), quienes no guardan ninguna relación con la ANDA. En 1988 se constituyó la Sociedad Mexicana de Historietistas y en 1992 se creó la Sociedad Mexicana de Escenógrafos.¹⁹

La multiplicidad de Sociedades autorales de las diversas ramas generó la necesidad de reunir aquellas que cobraban la llamada ejecución pública, para discutir en un solo foro sus problemas y las posibles soluciones, para plantearlos a los usuarios como un frente común entre ellos.

En 1984 se crea como Asociación Civil la Federación Mexicana de Sociedades Autorales (FEMESA) en la que se agruparon la Sociedad de Autores y Compositores de Música (SACM), la Sociedad General de Escritores de México (SOGEM), la Sociedad de Directores Realizadores de Cine, Radio y Televisión (Directores), la Sociedad Mexicana de Ejecutantes de Música (SOMEM), y la Asociación General de Intérpretes (ANDI). También concurrieron la Sociedad Mexicana

¹⁹ Gabriel E. LARREA RICHERAND, *op. cit.*, p. 14.

de Artes Plásticas (SOMART), la Sociedad de Autores de Obras Fotográficas (SAOF) y la Sociedad Mexicana de Caricaturistas.²⁰

“Posteriormente por ciertas divergencias en su seno, entre los autores y los titulares de derechos conexos, FEMESA cambió de denominación, por la de Federación Mexicana de Sociedades de Autores y Derechos Conexos (FEMESAC), también como Asociación Civil. La constitución como Asociación Civil se debió a que la propia Ley no preveía el caso de una Federación de Sociedades de Autores ni de Sociedades que se pudieran constituir por otras Sociedades. Las Sociedades de Autores deben constituirse por autores o sus causahabientes (personas físicas).

A pesar de que la Ley no contempla específicamente el caso de una Federación de Sociedades o de una Sociedad General de Autores como lo hacían las leyes de 1947 y 1957 la Dirección General del Derecho de Autor, en 1987 registró a FEMESAC, como Sociedad de Autores, registro que provocó dudas respecto de su legalidad”.²¹

En términos del artículo 97 de la Ley de 1963, las Sociedades de autores tenían las siguientes finalidades:

- I. Fomentar la producción intelectual de sus socios y el mejoramiento de la cultura nacional.
- II. Difundir las obras de sus socios.
- III. Procurar los mejores beneficios económicos y de seguridad social para sus socios”.

Las leyes mexicanas sobre Derechos de Autor de 1947 y 1957, los gastos aplicables al fomento y patrocinio de instituciones de carácter benéfico, social, de seguro y cooperativo, que favorecieran a los autores, corría a cargo de la llamada Sociedad General Mexicana de Autores, que jamás se constituyó, por lo que con en artículo transcrito en el párrafo que antecede, por primera vez se obliga a las Sociedades de autores de las diversas ramas, a procurar los mejores beneficios de seguridad social para sus socios. La mayoría de las Sociedades autorales, adoptan las sugerencias de la CISAC, para deducir un máximo del 10% de todas las regalías recaudadas, para destinarlas a fines culturales y de seguridad social, es decir, una parte de dicho fondo

²⁰ *Ibidem*, p. 15.

²¹ *Ibidem*, p. 16.

se invierte en la promoción de la música contemporánea nacional, primas por actividad creadora y destacada de los socios, premios, becas, etc. y otra parte se aplica a gastos médicos, seguros de salud, fondos de pensiones para sus socios, etcétera.

Por lo que respecta a los presupuestos de gastos de administración de las Sociedades de autores, la Ley de 1963 establecía en su artículo 104: “las Sociedades de autores formularán anualmente sus presupuestos de gastos, cuyo monto no excederá del 20% de las cantidades recaudadas por su conducto para los socios radicados en el país, y del 25% de las cantidades que perciban por la utilización en el país, de obras de autores del extranjero”.

Las atribuciones de las Sociedades de autores reconocidas por la Ley de 1963, las habilitaba en términos de su artículo 98: I) a representar a sus socios ante las autoridades judiciales y administrativas en todos los asuntos de interés general para los mismos; II) a recaudar y entregar a sus socios, así como los autores extranjeros de su rama, las percepciones pecuniarias provenientes de los derechos de autor que les corresponda. Para el ejercicio de esta atribución se requería que los socios individualmente, otorgaran mandato a la Sociedad y, en el caso de autores extranjeros, que la asociación a que pertenecieran otorgara la autorización correspondiente, o que el autor extranjero, directamente otorgara mandato a la Sociedad; III) a contratar y convenir, en representación de sus socios respecto de los asuntos de interés general; IV) a celebrar convenios con las Sociedades extranjeras de autores de la misma rama, o su correspondiente, con base en la reciprocidad; V) a representar en el país a las Sociedades extranjeras de autores o a sus socios, sea por virtud de mandato específico o de pacto de reciprocidad; VI) a velar por la salvaguarda de la tradición intelectual y artística nacional, que corresponda a todas y cada una de las ramas protegidas en el artículo 7o. de dicha Ley; y, VII) las demás que la Ley y sus reglamentos les otorgaran.

Cabe aclarar que la atribución contenida en la fracción II) del artículo 98, fue reformada por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 11 de enero de 1982, para quedar como sigue:

- “Recaudar y entregar a sus socios, así como a los autores extranjeros de su ramo las percepciones pecuniarias provenientes de los derechos de autor que le correspondan.

Recaudar en el país y sin que sea preciso tener representación alguna, los derechos que se generen por la utilización pública en cualquier forma de las obras de autores extranjeros, quedando supeditada la entrega de dichas recaudaciones a los autores extranjeros o las asociaciones que los representen en su caso, con base en el principio de reciprocidad.

Para la recaudación de los derechos nacionales, se requerirá que los autores otorguen individualmente mandato a la Sociedad. En el caso de que en el término de dos años el autor no haya recaudado las percepciones a que tiene derecho, aun sin el mandato expreso individual a la Sociedad autoral las recaudará notificando al Autor o a su causahabiente por conducto de la Dirección General del Derecho de Autor, de la Secretaría de Educación Pública. Estas percepciones serán manejadas por la Sociedad Autoral correspondiente, a través del Fideicomiso de Administración previsto en la Ley...

Como vemos la reforma de la fracción II del artículo 98 de la Ley que se analiza, fue sumamente favorable a las Sociedades de autores, ya que a partir del 12 de enero de 1982 quedaban legitimadas para recaudar las percepciones pecuniarias provenientes de la utilización pública en cualquier forma de las obras de autores extranjeros, sin que fuera preciso tener representación alguna de los mismos, lo que a todas luces facilitaba la cobranza de tales derechos, sobre todo para que las Sociedades autorales concedieran licencias de ejecución y radiodifusión de obras de "pequeños derechos" como licencias globales, para autorizar a los usuarios cualquier obra musical del repertorio mundial, a los fines indicados en la licencia y durante el término de su plazo, evitando además la inseguridad jurídica de los propios usuarios para la utilización pública de las obras autorales. Similar beneficio constituye la reforma del párrafo tercero de la fracción II del artículo que se comenta, ya que en el caso de que los autores nacionales no otorgaran mandato a las Sociedades autorales dentro de un término de dos años, éstas podían recaudar las regalías aun sin el mandato expreso individual otorgado a su favor, con la única obligación de notificar al Autor o a su causahabiente por conducto de la Dirección General del Derecho de Autor, cuyos importes eran manejados por la Sociedad correspondiente, a través del Fideicomiso de Administración que tuvieran constituido.

Respecto a la posibilidad de constituir dos o más Sociedades de derechos de autor sobre una misma rama, el segundo párrafo del artículo 93 de la Ley de 1963, textualmente establecía: "El reglamento

determinará las distintas ramas en que puedan organizarse Sociedades de autores; el número mínimo de socios con que puedan formarse, los casos en que pueden constituirse por autores de ramas similares, y la forma, condiciones de registro, y demás requisitos para su funcionamiento conforme a las disposiciones de la presente Ley". Sin embargo dicho reglamento, jamás fue publicado para su observancia. Ante esta situación, considero que la reforma de la fracción II del artículo 98 de la Ley, efectuada en 1982, sugiere la existencia de una sola Sociedad por cada rama, ya que de existir duplicidad de Sociedades en una misma rama, ¿cuál de ellas sería la autorizada a recaudar los derechos de los autores nacionales y extranjeros?

4. Ley Federal del Derecho de Autor, publicada en el *Diario Oficial* del 24 de diciembre de 1996

La Gestión Colectiva de derechos en esta Ley se regula por las disposiciones contenidas en el Capítulo Único del Título IX, artículos 192 al 207 de la Ley (LFDA).

La actual Ley establece que por Sociedad de Gestión Colectiva debe entenderse como la persona moral que, sin ánimo de lucro, se constituye bajo su amparo con el objeto de proteger a los autores y titulares de derechos conexos tanto nacionales como extranjeros, así como recaudar y entregar a los mismos las cantidades que por concepto de derechos de autor o derechos conexos se generen a favor de sus miembros.

Los causahabientes de los autores y de los titulares de derechos conexos, nacionales o extranjeros, residentes en México podrán formar parte de las Sociedades de Gestión Colectiva que en sus ramas se constituyan.

V. CARACTERÍSTICAS DE LAS SOCIEDADES DE GESTIÓN COLECTIVA

- Sus miembros constituyen, organizan y gobiernan la Sociedad de Gestión, siguiendo los ordenamientos del orden jurídico nacional e internacional.²²

²² The Collective Management of rights in Europe, A quest for Efficiency, *op. cit.*, p. 16.

- Son entidades económicas, quienes no obstante ser no lucrativas, necesitan licenciar las obras para poder sobrevivir. Esto implica afiliarse a miembros con suficientes obras para nutrir un catálogo que interese a los usuarios así como realizar suficientes negociaciones con los usuarios para alimentar los sistemas administrativos y mantener bajos costos en su administración.
- Se constituye una Sociedad por rama, lo cual facilita la integración del repertorio y genera seguridad jurídica al usuario.²³
- Su consejo de administración, es controlado por personas y no por empresas.
- Sirven a objetivos de interés público, tales como motivar el ingenio creativo, enriquecer la esencia misma de nuestra vida cultural, fomentar su capacidad artística, promover el patrimonio que representan sus obras, proporcionar servicios de asistencia y seguridad social, etcétera.
- Negocian las tarifas con los usuarios, que en razón de su volumen, vuelven las licencias accesibles a todos los usuarios.
- Monitorean el uso de las Sociedades, para evitar y prevenir las infracciones de las obras.
- Distribuyen las regalías entre sus agremiados.
- Identifican usuarios potenciales y se adaptan a los nuevos modelos de negocios, especializando a su vez la práctica jurídica.
- Celebran convenios de reciprocidad internacional con Sociedades de gestión de otros países, de las cuales dependen para su recaudación internacional.
- Representan a un sector social.
- Son el medio idóneo para que los autores individuales, pequeñas y medianas empresas administren sus derechos y se den a conocer; ya que son quienes dependen de mayor forma, del licenciamiento colectivo, pues no cuentan con los recursos humanos o la infraestructura financiera para ejercitar sus derechos de forma individual.²⁴

²³ Salvo aisladas excepciones en países de tradición sajona, como Estados Unidos, donde existe ASCAP y BMI.

²⁴ La autorización es el medio por el cual el utilizador obtiene la licitud del uso y el autor la otorga a través del contrato, en el que se estipulan las condiciones a las que se sujetó la explotación de la obra. LIPSZYC, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, UNESCO, Argentina, 1993, p. 443.

- Las organizaciones de gestión colectiva son un punto de enlace entre creadores y usuarios de obras protegidas por derecho de autor (por ejemplo, las emisoras de radio) ya que garantizan que los creadores reciban la debida retribución por el uso de sus obras.²⁵

VI. LOS DERECHOS ADMINISTRADOS POR LAS SOCIEDADES DE GESTIÓN²⁶

Podremos resumir los derechos administrados (o licenciados) colectivamente en los siguientes:²⁷

1. Administrar colectivamente el derecho de ejecución pública

El derecho de ejecución pública es el derecho de comunicar una obra, por cualquier medio, a oyentes o espectadores sin restringirla a un grupo privado o círculo familiar.

Las obras musicales de “pequeños derechos” son las que por regla general se administran colectivamente; y las obras dramáticas “de grandes derechos” son las que, en general, se administran individualmente, o por lo menos, son objeto de licencias otorgadas en forma individual. Esta segunda categoría consiste, prácticamente, en obras dramático-musicales.

La utilización de tales obras se efectúa en un número relativamente pequeño de lugares, lo que permite, desde el punto de vista práctico y económico, la concesión de licencias otorgadas en forma directa por

²⁵ Gestión Colectiva del Derecho de Autor y los Derechos Conexos, *op. cit.*, p. 3.

²⁶ Por lo general, las organizaciones de gestión colectiva se ocupan de los siguientes derechos: el derecho de representación y ejecución pública (la música que se interpreta y ejecuta en discotecas, restaurantes, y otros lugares públicos); el derecho de radiodifusión (interpretaciones o ejecuciones en directo y grabadas por radio y televisión); los derechos de reproducción mecánica sobre las obras musicales (la reproducción de obras en disco compacto, cintas, discos, casetes, minidiscos u otras formas de grabación); los derechos de representación y ejecución sobre las obras dramáticas (obras de teatro); el derecho de reproducción reprográfica sobre las obras literarias y musicales (fotocopiado); los derechos conexos (los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas a obtener remuneración por la radiodifusión o la comunicación de fonogramas al público). Gestión Colectiva del Derecho de Autor y los Derechos Conexos, *op. cit.*, p. 4.

²⁷ Artículo 16, LFDA.

los autores; en cambio, las obras musicales no dramáticas se emplean con más frecuencia y en lugares mucho más numerosos; por lo que su utilización desde el punto de vista práctico no puede administrarse en forma individual.

Los adjetivos “pequeños” y “grandes”, de las expresiones “pequeños derechos” y “grandes derechos”, no corresponden necesariamente a la importancia económica de los derechos respectivos. Incluso en muchos países, las sumas recaudadas sobre la base de los “pequeños derechos” son muy superiores a las que se recaudan sobre la base de “grandes derechos”.²⁸

2. Administrar colectivamente el derecho mecánico

El derecho mecánico es el derecho a reproducir o realizar uno o varios ejemplares de una obra, de un fonograma o de un videograma, en cualquier forma tangible, incluyendo cualquier almacenamiento permanente o temporal por todos los medios electrónicos, aunque se trate de la realización bidimensional de una obra tridimensional o viceversa.

La expresión “derecho de reproducción mecánica” se entiende generalmente como el derecho del autor a autorizar la reproducción de sus obras en forma de grabaciones “fonogramas o fijaciones audiovisuales” (videogramas) producidas “mecánicamente” (técnicamente), en el sentido más amplio del término con inclusión de los procedimientos electroacústicos y electrónicos y digitales aunque la fijación sea temporal.

El más característico y de mayor importancia económica de los “derechos de reproducción mecánica” es el que tienen los compositores de obras musicales y los autores de sus textos para utilizar la grabación sonora de tales obras.

La administración de estos derechos es también más sencilla porque se lleva a cabo de acuerdo con los datos de etiqueta de la producción de las compañías grabadoras.

²⁸ La industria cinematográfica no cuenta con una sociedad de gestión que los represente, dada su clara identificación en pocas empresas, quienes cuentan con la capacidad de recaudar por ellas mismas. La Motion Picture Association es la asociación que las une.

3. Administrar colectivamente los derechos de representación o grandes derechos

“En estos casos, la recaudación de los derechos es aparentemente más sencilla, porque las obras se representan por lo general en los teatros que todo el público conoce. Pueden presentarse dificultades en los teatros experimentales o universitarios en los que no existe un anuncio general y que también pueden cambiar de domicilio.

En la mayoría de los casos, las Sociedades actúan simplemente como representantes de los autores, para otorgar las autorizaciones de representaciones de sus obras, las Sociedades recaudarán sobre bases generales o tarifas y sólo en algunos casos y previa intervención del propio autor se establecerán condiciones especiales de explotación.

Debemos advertir, que las Sociedades que administran este tipo de derechos también pueden administrar derechos sobre obras radiodifundidas o utilizadas en obras audiovisuales...”²⁹

4. Administrar colectivamente los derechos conexos que tienen de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas

Los derechos conexos en que la administración colectiva resulta indispensable, consiste en los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas respecto de la radiodifusión y la comunicación al público de los fonogramas.

El artículo 12 de la Convención de Roma textualmente establece: “cuando un fonograma publicado con fines comerciales o una reproducción de ese fonograma se utilicen directamente para la radiodifusión o para cualquier otra forma de comunicación al público, el utilizador abonará una remuneración equitativa y única a los artistas intérpretes y ejecutantes, o a los productores de fonogramas, o a unos y otros.

La legislación nacional podrá, a falta de acuerdo entre ellos, determinar las condiciones en que se efectuará la distribución de esa remuneración”.

²⁹ Gabriel E. LARREA RICHERAND, *op. cit.*, p. 5.

Sin embargo conforme al artículo 16 de dicha convención, los Estados contratantes pueden hacer diversas reservas; entre otras cosas pueden declarar que no aplicarán el artículo 12 o condicionar su aplicación a la reciprocidad.

Conforme al artículo 12 de la Convención de Roma, transcrito en el párrafo que antecede, los Estados contratantes tienen libertad para otorgar esos derechos únicamente a los artistas intérpretes ejecutantes, o únicamente a los productores de fonogramas o a unos y otros, o bien otorgar esos derechos sólo a una de esas dos categorías pero con la obligación de compartirlos con la otra.

5. Administrar colectivamente en algunos casos el derecho de distribución pública

El derecho de distribución pública es la puesta a disposición del público del original o copia de la obra mediante venta, arrendamiento y, en general, cualquier otra forma.

VII. PRINCIPALES VENTAJAS DE LA ADMINISTRACIÓN COLECTIVA

- Crea una ventanilla única de acceso del repertorio que administran, lo que evita la multiplicación de negociaciones con los titulares de derecho.
- Elimina costos a los usuarios.
- Genera seguridad jurídica.
- Incrementa la recaudación.
- Divide los riesgos y costos que implica el manejo de los derechos autorales.
- Crea redes de relaciones y acuerdos internacionales.
- Crea solidaridad entre el gremio, lo que les da una fuerte posición de negociación.
- Realiza actividades de promoción, diversidad cultural y beneficio social.
- Nivelada la capacidad de negociación entre autor y usuario.
- Es un organismo especializado que da identificación y protección uniforme a un sector cultural.

VIII. REQUISITOS PARA CONSTITUIR UNA SOCIEDAD DE GESTIÓN COLECTIVA

Los requisitos para obtener autorización para operar como Sociedad de Gestión Colectiva, fueron reglamentados por lo dispuesto en el artículo 119 del Reglamento de la Ley Federal del Derecho de Autor, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 22 de mayo de 1998.

El Instituto Nacional del Derecho de Autor (Indautor) es el órgano desconcentrado de la Secretaría de Educación Pública, otorga la autorización cuando se cumplen los requisitos señalados por la Ley.³⁰

Otorgará las autorizaciones, cuando los Estatutos de la Sociedad solicitante cumpla con los requisitos establecidos por la Ley y que con los datos aportados más la información de que pueda allegarse el Instituto, se desprenda que la Sociedad de Gestión Colectiva en cuestión reúne las condiciones necesarias para asegurar la transparente y eficaz administración de los derechos, que favorezcan los intereses generales de la protección del derecho de autor, de los titulares de los derechos patrimoniales y de los titulares de los derechos conexos en el país.³¹

Las Sociedades en cuestión podrán ostentarse como Sociedades de Gestión Colectiva, utilizando la denominación autorizada por la Secretaría de Relaciones Exteriores, que deberá incluir la mención "Sociedad de Gestión Colectiva" o su abreviatura "S.G.C."³²

Estando autorizadas las Sociedades de Gestión Colectiva por parte del Indautor, estarán legitimadas en los términos que resulten de sus propios Estatutos para ejercer los derechos confiados a su Gestión y hacerlos valer en *toda clase de procedimientos administrativos o judiciales*.

En términos del artículo 122 del Reglamento de la Ley Federal del Derecho de Autor vigente, los Estatutos de las Sociedades de Gestión Colectiva serán propuestos libremente por la asamblea general de socios, pero en todo caso deberán apegarse a lo establecido por la

³⁰ Artículo 208 de la LFDA. El Instituto Nacional del Derecho de Autor, autoridad administrativa en materia de derechos de autor y derechos conexos, es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Educación Pública.

³¹ Véase los arts. 193 LFDA y 123 del Reglamento de la LFDA.

³² Véase el art. 128 del Reglamento de la LFDA.

Ley y contener las normas que regulen: I) la duración de la Sociedad; II) la administración de socios; III) la exclusión de socios, y IV) la disolución de la Sociedad.

IX. ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LAS SOCIEDADES DE GESTIÓN³³

1. Quórum

La Asamblea General Ordinaria deberá reunirse un mínimo de dos veces al año y, sesionará en Asamblea Extraordinaria cuando sea convocada por el órgano de administración de la Sociedad, o cuando se le solicite al órgano de administración por un tercio del total de votos, computados conforme a la Ley y su Reglamento y a los Estatutos de la Sociedad, o lo convoque el órgano de vigilancia.

Las asambleas ordinarias y extraordinarias serán convocadas por el órgano de administración o de vigilancia, según el caso. La convocatoria para la celebración de las asambleas deberá publicarse por una sola vez en el *Diario Oficial de la Federación* y por dos días consecutivos en dos de los periódicos de mayor circulación, con anticipación no menor de quince días a la fecha en que deberá celebrarse. Para que una asamblea se considere legalmente constituida, contará con la asistencia, por lo menos, del 51% del total de votos. Si el día señalado para su reunión la asamblea no pudiere celebrarse por falta de quórum, se expedirá y publicará en la misma forma una segunda convocatoria, con la expresión de esta circunstancia y la asamblea

³³ Pueden ser miembros de las organizaciones de gestión colectiva todos los titulares de derecho de autor y derechos conexos, se trate de autores, compositores, editores, escritores, fotógrafos, músicos y artistas intérpretes o ejecutantes. Los organismos de radiodifusión son un caso aparte por cuanto se considera que entran en la categoría de usuarios aunque son titulares de determinados derechos sobre sus radiodifusiones. Al pasar a formar parte de una organización de gestión colectiva, los miembros tienen que proporcionar determinados datos personales y declarar las obras que hayan creado. Esa información se integra en los archivos de la organización de gestión colectiva a fin de facilitar la tarea de determinar el uso de que son objeto las obras y la retribución por el uso de las mismas, que debe efectuarse a los debidos titulares de derechos. Las obras declaradas por los miembros de la organización constituyen lo que se conoce como repertorio "nacional" o "local" (en contraposición al repertorio internacional en el que constan las obras gestionadas por las organizaciones de gestión colectiva en todo el mundo). Gestión Colectiva del Derecho de Autor y los Derechos Conexos, *op. cit.*, p. 4.

se realizará en un plazo no menor de diez días con cualquier número de votos representados. Las resoluciones legalmente adoptadas por la asamblea serán obligatorias para todos los socios, aun para los ausentes y disidentes, pudiendo ser impugnadas judicialmente por los socios, cuando sean contrarias a la Ley, a su Reglamento o a los Estatutos de la Sociedad respectiva, en un término de treinta días que correrán partir de la fecha de su celebración.

Las reglas para las convocatorias y quórum de las asambleas se deberán apegar a lo dispuesto por la Ley de la Materia y su Reglamento y por la Ley General de Sociedades Mercantiles.³⁴

2. Administración

La Sociedad formulará anualmente su presupuesto de gastos, tendrán además la obligación de intervenir en la protección de los derechos morales de sus socios, y aceptar la administración de los derechos patrimoniales o derechos conexos que le sean encomendados de acuerdo con su objeto o fines, dando trato igual a todos sus miembros y a todos los usuarios de su repertorio.

Igualmente deberá negociar, en nombre y representación de los socios, el monto de las regalías que corresponda pagar a los usuarios del repertorio que administran y en caso de no llegar a un acuerdo, proponer al Indautor la adopción de una tarifa general presentando los elementos justificativos.³⁵

3. Información

Otra de las obligaciones de las Sociedades de Gestión Colectiva es la de información, pues deben rendir anualmente a sus asociados, un informe desglosado de las cantidades que cada uno de ellos haya recibido, con copia de las liquidaciones respectivas, así como las cantidades que por conducto de la Sociedad se hubiesen enviado al extranjero, y las cantidades que se encuentren en su poder, pendientes de ser entregadas a los autores mexicanos o de ser enviadas a los autores extranjeros, explicando las razones por las que se encuentren

³⁴ Véase art. 123 del Reglamento de la LFDA.

³⁵ Véase art. 127 del Reglamento de la LFDA.

pendientes de ser enviadas. Estos informes deberán incluir la lista de los miembros de la Sociedad y de los votos que les corresponden.³⁶

4. Libre asociación

Las personas legitimadas para formar parte de una Sociedad de Gestión Colectiva podrán optar libremente entre afiliarse a ella o no; asimismo, podrán elegir entre ejercer sus derechos patrimoniales en forma individual, por conducto de apoderado persona física o a través de la Sociedad de gestión a la que pertenezca.

Las Sociedades de Gestión Colectiva no podrán intervenir en el cobro de regalías cuando los socios elijan ejercer sus derechos en forma individual respecto de cualquier utilización de la obra o bien hayan pactado mecanismos directos para dicho cobro.

Por el contrario, cuando los socios hayan dado mandato a las Sociedades de Gestión Colectiva, no podrán efectuar el cobro de las regalías por sí mismos, a menos que lo revoquen.

Las Sociedades de Gestión Colectiva no podrán imponer como obligatoria la Gestión de todas las modalidades de explotación, ni la totalidad de las obras o de producción futura.

En el caso de que los socios optaran por ejercer sus derechos patrimoniales a través de apoderado, éste deberá ser persona física y deberá contar con la autorización del Indautor. El poder otorgado a favor del apoderado no será sustituible ni delegable y deberá registrarse ante el Indautor.³⁷

X. LOS RETOS A LOS QUE SE ENFRENTA LA GESTIÓN COLECTIVA

Durante los últimos 150 años, el ser humano ha experimentado un mayor número de cambios tecnológicos y sociales, comparado con el resto de su historia. En los últimos veinte años y a raíz de la revolución digital, el ambiente comercial en el que se desenvuelve la explotación de las obras del ingenio, ha mutado drásticamente.

³⁶ Véase art. 203 de la LFDA.

³⁷ Véanse arts. 195 y 196 de la LFDA.

Desde la perfección de la imprenta de Gutenberg, pasando por la invención del telégrafo y del computador personal con programas de cómputo (*software*) interactivos; la tecnología ha evolucionado hasta lograr en nuestros días, una comunicación en tiempo real, rompiendo la barrera del espacio.

A lo largo de la historia, y desde que el ser humano expresa su sensibilidad intelectual, han existido los autores (escultores fenicios, escritores griegos, arquitectos mayas, pintores holandeses, compositores africanos, programadores de la India y más), que demuestran que el ser intelectual, evoluciona a través de su originalidad.

El mundo ha vivido tres grandes revoluciones, que han cambiado el curso de las relaciones sociales: la invención de la escritura, la revolución industrial y la revolución digital.

Esta última transformación abre la puerta de la era de la información, madurada gracias a la constante evolución tecnológica.

En la actualidad, con las nuevas tecnologías y los nuevos formatos digitales, la transmisión pública de las obras ha encontrado la manera de abolir las barreras de la física y obligar la interoperabilidad entre los sistemas y máquinas.

Ante ello, las relaciones humanas se volvieron más dinámicas e inmediatas y la ubicuidad mundial se convirtió en la destreza de todos los días. Internet tendió el puente hacia el nuevo mundo. Un mundo virtual de relaciones reales.

El crecimiento explosivo de Internet ha hecho del comercio electrónico uno de los modelos más efectivos y confiables para hacer negocios. Se han fomentado las relaciones humanas y el acceso inmediato a la información, a los nuevos mercados, al conocimiento, a los lugares remotos.

Es el medio idóneo para relacionarse, aprender, comerciar, comunicar y tener acceso a todo tipo de obras intelectuales, clientes, procesos productivos y demás actividades cotidianas, en todo el mundo.

Con el formato digital, se facilitó la reproducción, transmisión y utilización de las obras, de manera ilimitada y con éste, se definió al momento en que vivimos con un solo término: la comunicación. Con modelos de intercambio social como Internet, Internet 2.0 y 3.0, y aparatos móviles que permiten la reproducción en línea de obras musicales, audiovisuales, literarias, métodos de hacer negocios, fo-

tografía, y demás, la legitimación del uso de las obras autorales se vuelve más compleja.

1. El futuro al que se enfrenta la gestión colectiva

El mundo digital permite un uso y explotación ilimitada de las obras, que se reproducen y comunican en todo el mundo.

Si bien es cierto que existen sistemas de identificación, seguridad y seguimiento, la tecnología ha superado por mucho al control sobre la información contenida en los programas.

El tamaño ante el cual se enfrenta el mercado internacional globalizado y los conflictos que ello genera, impiden a su vez el ejercicio directo de los derechos por sus autores en forma individual. Incluso hoy en día, el licenciamiento en línea y móvil, representa menos del 3% de los ingresos de la Gestión Colectiva.³⁸

Ante tal dificultad, los proveedores de servicios en línea aprovechan para prestar servicios atractivos, con un amplio repertorio, a través de servicios ilegales de intercambio como son los programas *peer to peer*, *torrent*,³⁹ bitácoras (*Blogs*), *Wikis* (sitio Web colaborativo), Contenido Generado por el Usuario, *Mashups* (aplicaciones híbridas), videojuegos y mundos virtuales, televisión interactiva, dispositivos móviles, música y video en distintos formatos digitales, *podcasting*, *webcasting*, *streaming*, etcétera.

En el mundo virtual del nuevo milenio, la gestión de los derechos adquiere una nueva dimensión. Las obras protegidas se digitalizan, se cargan y se descargan, se copian y se distribuyen en Internet, a fin de enviarlas a cualquier lugar del mundo. Las posibilidades que ofrece esta red permiten la reproducción masiva y la distribución y comunicación en línea de material protegido. Hoy ya es normal la posibilidad de descargar el contenido de un libro o de escuchar y grabar música procedente del ciberespacio.⁴⁰

³⁸ The Collective Management of rights in Europe. A quest for Efficiency, *op. cit.*, p. 17.

³⁹ Aproximadamente hay 335 sitios legales que prestan servicios de música en línea en el mundo. IFPI Digital Music Report, 2006. Aproximadamente hay 350 millones de descargas ilegales al año. La mayoría de ellas son transmitidas a través de archivos MP3. The Collective Management of rights in Europe, A quest for Efficiency, *op. cit.*, p. 18.

⁴⁰ Gestión Colectiva del Derecho de Autor y los Derechos Conexos, *op. cit.*, p. 8.

Muchas organizaciones de gestión colectiva cuentan con novedosos sistemas para el suministro en línea de información relacionada con la concesión de licencias para la explotación de varias categorías de obras y su contenido, la supervisión de la utilización de las obras y la recaudación y distribución de las remuneraciones correspondientes a las distintas categorías de obras dentro del entorno digital. Esos sistemas de información digital que funcionan sobre la base de sistemas y códigos numéricos incorporados en portadores digitales como los discos compactos y las películas, permiten obtener la adecuada identificación de las obras, de los titulares del derecho y de los soportes digitales, así como otros datos pertinentes.⁴¹

El mejor ejemplo de lo anterior lo muestran los servicios de telefonía celular o móvil, que se convirtieron en la fuente con mayor crecimiento del mercado digital, en especial *ring tones*, *true tones*, *ring back tones* y descargas.⁴² El mismo aparato tecnológico permite tener acceso en línea a Internet, comunicarse a través de mensajes, reproducir música, tomar fotografías, realizar presentaciones, ubicarse en el mapa GPS mundial, etcétera.

Por ello, en el futuro, las Sociedades de gestión enfrentan el desafío de diseñar sistemas que faciliten la obtención de licencias para la transmisión y reproducción digital, a bajos costos y con fácil identificación.

Este licenciamiento encuentra dificultades ante un mercado mundial, en la territorialidad del derecho aplicable en cada país (cada vez más uniforme), las barreras lingüísticas, las estructuras administrativas, los procedimientos de licenciamiento y cobranza de cada Estado, etc., que no impiden que Internet y los servicios digitales operen de forma universal.

Por ende, la respuesta común será el otorgamiento de licencias generales (*blanket licence*), que cubran el repertorio nacional o el repertorio mundial, con aplicación en cada país, para la explotación de derechos mecánicos o de ejecución pública, en cualquier plataforma

⁴¹ *Idem.*

⁴² En Europa y Japón, el mercado móvil presenta el mayor crecimiento que el mercado en línea, incluso mayor que en Estados Unidos. Tal vez porque el mercado en línea europeo está menos desarrollado, razón que no aplicaría en el caso japonés que es un país con tecnología de punta, www.eMarketer.com.

de medios, siempre y cuando se respeten los derechos morales del autor sobre la obra.

La representación recíproca también tendrá más fuerza y dependencia entre las Sociedades, las cuales tenderán a agruparse en una confederación internacional de Sociedades de Gestión de cada rama, o posiblemente en una Confederación Regional.

Los usuarios tenderán a crear una mayor conciencia, y buscarán obtener legitimación en sus acciones, en virtud de la facilidad y bajo costo que obtendrán de los sistemas instrumentados por las Sociedades.

Inconsecuencia ante los nuevos retos de la administración colectiva, las Sociedades de gestión tenderán a uniformar sus criterios e instrumentar sistemas de identificación mundialmente a obras, con servicios de licencia en línea, para su adecuada administración.⁴³

XI. CONCLUSIONES

Las Sociedades de gestión son organizaciones complejas, esenciales para el ejercicio del derecho autoral. Ofrecen una solución eficiente a los usuarios y a sus miembros en razón de la representación y licenciamiento que ejercitan, con bajos costos y gran fortaleza.

Tienen competencia territorial, lo que las obliga a celebrar acuerdos de reciprocidad internacional con otras sociedades de quienes a su vez dependen para proveer licencias internacionales.

Las Sociedades de gestión se encargan de administrar los derechos autorales de sus miembros y entregarles las regalías que cobran con base en sus sistemas de recaudación.

La afiliación a las sociedades de gestión es voluntaria, pero en la medida que exista un mayor número de miembros y de obras, los costos de administración serán menores y mayor será la recaudación y licenciamiento de las obras.

En el futuro, las Sociedades de gestión seguirán siendo el eslabón necesario para el ejercicio pleno y la subsistencia del derecho autoral.

⁴³ Véase GERVAIS, Daniel, Identificación de las obras utilizadas en sistemas digitales. Memorias del II Congreso Iberoamericano sobre el derecho de autor y derechos conexos, Lisboa, 1994, p. 740.

LA NOZIONE DI FAMIGLIA SECONDO LA COSTITUZIONE ITALIANA E LA TUTELA DEI MODELLI PARA-FAMILIARI

Francesco DAL CANTO

SOMMARIO: I. *Premessa*. II. *Il dibattito in Assemblea Costituente sul ruolo delle formazioni sociali*. III. *Il dibattito e l'approvazione dell'art. 29 Cost. sulla famiglia come "società naturale"*. IV. *L'interpretazione storicistica e quella giusnaturalistica dell'art. 29*. V. *L'ipotesi di allargamento della nozione tradizionale di famiglia, di cui all'art. 29 Cost., alle coppie formate da persone dello stesso sesso*. VI. *La tutela costituzionale delle convivenze diverse dalla famiglia tradizionale ex art. 2 Cost.* VII. *Il recente disegno di legge sui D.I.C.O.*

I. PREMESSA

Il presente intervento è dedicato alla tematica riguardante il rapporto tra istituzione familiare e ordinamento statale e intende affrontare le questioni ad essa connesse dalla prospettiva di chi si occupa, come il sottoscritto, del diritto costituzionale. Non verranno, in particolare, affrontati i rapporti "endofamiliari", che intercorrono *tra i* membri della comunità familiare, ma soltanto le relazioni tra tale comunità e le istituzioni pubbliche, nonché il ruolo che essa riveste per l'ordinamento giuridico.

A questo proposito, deve innanzi tutto notarsi come il tema della famiglia, così delimitato, e sia pur con qualche rilevante eccezione –risalente nel tempo (A. C. Jemolo, C. Mortati, C. Esposito), ovvero più recente (R. Bin, E. Rossi, A. Ruggeri)– sia stato scarsamente

frequentato dalla maggior parte dei cultori del diritto pubblico, e ciò soprattutto all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione.

La ragione di tale parziale disaffezione può essere individuata in un duplice ordine di argomenti.

In primo luogo, in quanto la spinta pubblicistica sul tema della famiglia si era in parte esaurita nel momento in cui le ragioni sulle quali la stessa poggiava risultarono soddisfatte con l'approvazione della Carta costituzionale del 1948, allorché si procedette, con l'inserimento degli articoli 29 e seguenti, alla "costituzionalizzazione" di tale istituto; si ritenne, infatti, da parte di molti, che, da quel momento, il compito di adeguare la disciplina del codice civile del 1942 ai nuovi parametri costituzionali —ciò che sarebbe avvenuto con gradualità nei decenni successivi— dovesse essere realizzato prevalentemente grazie all'apporto degli studiosi del diritto privato.

In secondo luogo, con l'entrata in vigore della Costituzione si erano di fatto ridotti gli spazi per i pubblicisti, essendosi affermata l'idea che la disciplina dell'istituto familiare, pur avendo una rilevanza anche pubblicistica, fosse da inquadrare per la maggior parte nell'ambito del diritto civile. Si era infatti affermato il principio in forza del quale, in antitesi con talune esperienze del passato, a cominciare da quella che si era registrata durante il regime totalitario fascista, l'istituto familiare doveva essere considerato come (quasi) pienamente autonomo rispetto allo Stato. Negli anni precedenti, al contrario, la famiglia era stata classificata addirittura tra gli organismi di diritto pubblico, nel senso che su di essa lo Stato "indirizzava" interessi di tipo extra-familiare (incentivi alla procreazione, divieto di matrimoni con persone di nazionalità africana, ecc.) allo scopo di funzionalizzare la stessa alla realizzazione di obiettivi ed ideologie ad essa sicuramente trascendenti.

Si afferma dunque l'idea, proprio per reazione alle concezioni precedenti e alle ingerenze dello stato fascista, della famiglia come "isola che il mare del diritto deve solo lambire", secondo la fortunatissima espressione di Arturo Carlo Jemolo,¹ che in seguito sarebbe stata da taluni strumentalmente utilizzata anche per giustificare la tesi, certamente non di Jemolo, dell'assoluta necessità di "non interventismo" delle regole giuridiche nei confronti dell'istituzione familiare.

¹ Jemolo, *La famiglia e il diritto*, 1948, 1ss.

La rilevanza pubblicistica della famiglia, in verità, più che venire meno con l'entrata in vigore della Costituzione, cambia decisamente di segno. Dopo il 1948 la prospettiva dalla quale il diritto pubblico guarda alla famiglia non è più quella di una sua possibile strumentalizzazione, al fine di piegarla verso obiettivi situati al di fuori di essa, bensì quella che risulta filtrata dalla lente di due nuovi principi costituzionali, quello personalista e quello, come si sa implicitamente ricavabile dal testo del 1948, di sussidiarietà sociale.²

In particolare, l'ordinamento statale fondato sulla Costituzione, riconoscendo il valore della famiglia come luogo ove si svolge la personalità dell'individuo, e in particolare ove si svolgono funzioni che sono il presupposto stesso affinché una società di individui possa concretamente formarsi ed operare, si pone il problema di riconoscere, promuovere e proteggere tale peculiare formazione sociale; e ciò nella misura, e nei limiti in cui, la stessa effettivamente svolga le predette funzioni —di socializzazione, procreative, di educazione delle giovani generazioni ecc.— cosicché il riconoscimento dei diritti (dei membri) della famiglia viene a realizzarsi contestualmente alla soddisfazione dei corrispondenti doveri.

In armonia con questa nuova impostazione, per evitare di individuare nella famiglia il centro di interessi "superindividuali" e di fare della stessa un organismo separato dai suoi membri —e malgrado alcuni studiosi, anche in tempi recenti, abbiano tentato di dimostrare la bontà di una contraria soluzione— l'ordinamento giuridico italiano non riconosce a tale formazione sociale una soggettività giuridica autonoma e distinta da quella dei suoi componenti.

II. IL DIBATTITO IN ASSEMBLEA COSTITUENTE SUL RUOLO DELLE FORMAZIONI SOCIALI

Per considerare il rapporto tra famiglia e potere pubblico è utile ripercorrere il dibattito culturale che si sviluppò in Assemblea costituente —sul riflesso di un dibattito ben più ampio che aveva attraversato l'Europa durante tutto l'Ottocento— allorché si procedette alla elaborazione dell'art. 2 della Costituzione, laddove, com'è noto, si stabilisce

² Stammati, *Declinazioni del principio di sussidiarietà nella disciplina costituzionale della famiglia*, in *Dir.soc.*, 2003, 257ss.

tra l'altro che "la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ...".³

In quel dibattito si contrapposero le due tradizionali teorie che rappresentavano altrettanti modi di porsi di fronte all'annosa questione di quale dovesse essere il ruolo che l'ordinamento statale poteva riconoscere alle comunità intermedie, frapposte tra lo stesso e il singolo individuo. Com'è noto, secondo le teorie c.d. organicistiche, il cui più risalente riferimento culturale può individuarsi in Montesquieu, gli ordinamenti intermedi svolgono un ruolo rilevante per la definizione stessa della "forma di stato", nel senso che gli stessi – la loro collocazione, il loro ruolo, le loro prerogative – costituiscono uno dei tratti distintivi per comprendere le peculiarità di un determinato ordinamento giuridico statale. Al contrario, secondo la contrapposta visione, c.d. "individualistica", che si fa risalire alla speculazione teorica di Rousseau, le comunità intermedie si rivelano quali fattori del tutto irrilevanti in ordine alla definizione dei caratteri di uno Stato, se non, addirittura, ostili nei confronti della sua stessa sua unità, impedendo e ostacolando l'affermarsi della "volontà generale", la quale si ritiene presupponga un rapporto diretto tra cittadino e istituzioni pubbliche.

Tale "grande dicotomia",⁴ qui ovviamente assai semplificata, ha rappresentato, come si è detto, il presupposto culturale di uno dei più intensi dibattiti che si ebbero in Assemblea Costituente. Il tema fu introdotto, nel corso dei lavori della I Sottocommissione, dall'on. Giorgio La Pira, cui si deve la seguente proposta di formulazione di quello che sarebbe divenuto, modificato, l'art. 2 della Costituzione: "Lo Stato italiano riconosce la natura spirituale, libera e sociale dell'uomo. La Repubblica tutela i diritti originari e imprescrittibili della persona umana e delle comunità naturali nelle quali essa organicamente e progressivamente si integra e si perfeziona".

Come risulta evidente, la proposta di La Pira si fondava sul duplice assunto in forza del quale, in primo luogo, i diritti della persona avrebbero potuto essere integralmente protetti solo a condizione che fossero altrettanto salvaguardati i diritti delle comunità intermedie

³ Su tale dibattito, di recente, cfr. E. Rossi, *Sub art. 2*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco, Celotto e Olivetti, Volume I, Torino, 2006, 38ss.

⁴ Secondo la celebre formula di Bobbio, *Liberalismo e democrazia*, Milano, 1985, 1ss.

e, in secondo luogo, queste ultime, secondo una visione ispirata al giusnaturalismo, si sarebbero collocate rispetto allo Stato come entità "precedenti" e "presupposte".

Riaffioravano palesemente le concezioni organicistiche, fondate sull'antioriorità della persona umana, in tutte le sue molteplici dimensioni, anche aggregative, rispetto all'organizzazione statale, in evidente accordo con le tesi avanzate dalla dottrina sociale della Chiesa cattolica in numerose encicliche papali e che erano state in quegli anni rielaborate da un gruppo di giuristi cattolici nel celebre "Codice di Camaldoli". Corollario di quella impostazione era poi l'ulteriore assunto per il quale gli stessi gruppi intermedi si ponevano tra loro in un rapporto gerarchico e, tra di essi, al vertice della gerarchia si collocava la famiglia, quale nucleo primigenio costitutivo dell'organizzazione sociale.

Secondo questa visione, la persona era il fine ultimo al quale lo stesso Stato era preordinato, mentre le comunità intermedie rappresentavano lo strumento privilegiato per dare corpo a questa prospettiva, ponendosi l'organizzazione statale come mero strumento di garanzia della corretta dialettica tra questi due poli. In questo preciso senso, il pensiero di molti Costituenti cattolici era fortemente pervaso da una concezione che potremmo definire, se non proprio "antistatalista",⁵ certamente "riduttiva" del ruolo dello Stato.

Nel dibattito in Costituente non mancarono peraltro delle proposte alternative. La visione del Partito comunista, ben rappresentata nei numerosi interventi dell'on. Palmiro Togliatti, nel concordare con la concezione cattolica sia sul punto che la persona umana dovesse essere il "fine" dello Stato sia sulla centralità, a questo proposito, che andava attribuita alle formazioni intermedie, aveva opinioni differenti soprattutto circa la diversa importanza che doveva riconoscersi alle varie formazioni, privilegiando nettamente quelle che rivestivano una riconosciuta e prevalente funzione pubblicistica, quali i partiti e i sindacati.

Inoltre, mentre tradizionalmente la concezione liberale era restia a riconoscere un qualche valore ai corpi intermedi nella definizione

⁵ Amato, *Aspetti vecchi e nuovi del "politico" e del "sociale" nell'Italia repubblicana*, in AA.VV., *Il sistema delle autonomie: rapporto tra Stato e società civile*, Bologna, 1981, 91ss.

dell'architettura statale, i socialisti, per bocca dell'on. Lelio Basso, si erano dichiarati per lo più indifferenti rispetto al fenomeno del pluralismo sociale.

A fronte della palese maggior "convinzione" con la quale i Costituenti cattolici coltivarono la propria impostazione su questi temi, da altri considerati non particolarmente vitali ai fini della caratterizzazione dell'architettura complessiva della Costituzione, la posizione cattolica finì di fatto per prevalere. In particolare, scartandosi comunque la proposta originaria di La Pira, considerata un po' troppo massimalista, l'accordo fu raggiunto sulla formulazione proposta da un altro eminente Costituente cattolico, l'on. Giuseppe Dossetti. Quest'ultimo, infatti, propose all'Assemblea l'approvazione di un "ordine del giorno" — che ufficialmente non venne mai approvato, ma sul quale, nella sostanza, finirono per convergere quasi tutte le forze politiche — i cui capisaldi erano rappresentati dal riconoscimento della prevalenza e della anteriorità della persona umana rispetto allo Stato, dalla affermazione circa la "naturale socialità" di ogni individuo e dalla identificazione del pluralismo sociale come elemento strutturale per la definizione della forma di Stato.

All'indomani di questo passaggio "parlamentare", la formula dell'attuale art. 2 non incontrò ulteriori difficoltà per la sua approvazione nella versione che oggi conosciamo ("La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale").

Si può concludere che le forze della sinistra, le quali non potevano considerarsi del tutto rappresentate da siffatte affermazioni — che certamente erano fortemente "schiacciate" su concezioni di stampo giusnaturalistico — finirono per cedere convinte che si trattasse in fondo di una "rinuncia" di poco conto e accontentandosi, come si è notato, di giocare, nella circostanza, un ruolo "di rimessa".⁶ Lo stesso Piero Calamandrei, a conclusione di quel dibattito, osservava: "è inutile discutere se nasca prima lo Stato o i diritti di libertà; è come discutere, quando viene alla luce un neonato, se nasca prima l'uomo o i polmoni che gli danno il respiro".

⁶ Cfr. Amato, *Aspetti vecchi e nuovi del "politico" e del "sociale"*, cit., 91ss.

III. IL DIBATTITO E L'APPROVAZIONE DELL'ART. 29 COST. SULLA FAMIGLIA COME "SOCIETÀ NATURALE"

L'andamento del dibattito sull'art. 2 si ripropose per molti aspetti, sebbene con toni meno accesi, anche in occasione della discussione sull'art. 29, comma 1, che, nella vigente formulazione, stabilisce che "la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio".⁷

Peraltro, è evidente che, una volta prevalsa la linea dei Costituenti cattolici sul tema del pluralismo sociale, alcune delle affermazioni di maggior rilievo contenute nell'art. 29 finirono per apparire un sorta di conseguenza necessaria e scontata. Non stupisce, a questo proposito, che la stessa formula di famiglia come "società naturale" fu ideata proprio dall'on. Togliatti, in considerazione del fatto, probabilmente, che la stessa fosse, almeno nelle forme, un po' meno "impegnativa" dell'altra, di matrice cattolica, che parlava di "unità naturale".

Nella sostanza, peraltro, l'art. 29 finì per rappresentare una sorta di "quadratura del cerchio" rispetto ad una duplice esigenza manifestata dai Costituenti cattolici: da una parte, quella di affermare in modo esplicito che la famiglia era una comunità preesistente allo Stato; dall'altra, che tale nucleo naturale era altresì individuabile in una ben precisa forma di organizzazione sociale, cioè nella famiglia coniugale tradizionale, fondata sul matrimonio. Formulazione che, non a caso, nella versione licenziata dalla Commissione dei Settantacinque, poi non approvata dall'Assemblea per un pugno di voti, conteneva anche un riferimento esplicito al carattere di "indissolubilità" del legame matrimoniale.

Difficile — soprattutto dopo la soppressione del riferimento all'indissolubilità — non notare l'esistenza di una latente contraddizione tra i due obiettivi, i quali, come taluno ha efficacemente notato, avrebbero finito, una volta declinati nel testo dell'art. 29, per dare vita ad una sorta di "ossimoro".⁸ In effetti, da una parte si rivendica la naturalità della famiglia come bene precedente rispetto allo Stato, e quindi anche

⁷ Su tale dibattito, per tutti, cfr. Bessone, *Sub art. 29, Rapporti etico-sociale*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca-Pizzorusso, Bologna-Roma, 1976, 1ss. e Caggia-Zoppini, *Sub art. 29*, in *Commentario alla Costituzione*, cit., 601ss.

⁸ Bin, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium iuris*, 2002, 1066ss.

rispetto al diritto, dall'altra si aggiunge che la famiglia alla quale ci si riferisce è proprio quella fondata sul matrimonio, tipico istituto giuridico regolato dallo stato e dal diritto, e, dunque, da ritenere rientrante nella disponibilità del potere politico.

Può essere notato, d'altra parte, come tale contraddizione non fosse, in senso stretto, e come sovente capita di osservare con riguardo ad altre disposizioni costituzionali, la conseguenza del carattere di compromesso tra diverse ideologie che caratterizza la Costituzione italiana.⁹ Al contrario, la presunta contraddizione appare distendersi tutta all'interno della stessa impostazione cattolica, dal momento che i due obiettivi che costituiscono la ragione d'essere della predetta formulazione (la famiglia come entità pregiuridica e, allo stesso tempo, fondata sul matrimonio) sono entrambi il portato di quella impostazione.

Semmai occorre notare come il carattere contraddittorio dell'art. 29 non fosse affatto percepito come tale dai Costituenti, anche quelli non cattolici, nella misura in cui era difficile all'epoca pensare che vi potessero essere dei modelli "naturali" di famiglia alternativi a quelli riconducibili al matrimonio civile (al tempo indissolubile e modellato in buona sostanza su quello canonico) e considerato che, inoltre, oltre il novanta per cento delle coppie si univa al tempo con il rito canonico, in seguito trascritto e produttivo di effetti civili.

Occorre, in definitiva, tenere conto del fatto che il difficile connubio tra i concetti di società naturale e di matrimonio — che, con gli occhi di oggi, appare a taluni come un ossimoro — veniva registrato da molti osservatori del tempo alla stregua, addirittura, di un "endiadi".¹⁰

IV. L'INTERPRETAZIONE STORICISTICA E QUELLA GIUSNATURALISTICA DELL'ART. 29

All'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione, l'art. 29 è stato fatto oggetto di due interpretazioni contrapposte.

Da una parte quella avanzata da una buona parte dei giuristi di impostazione cattolica, che, coerentemente del resto con l'idea preva-

⁹ Sul carattere compromissorio della formula "famiglia come società naturale", cfr., per tutti, P. Rescigno, *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto di famiglia*, Torino, 2000, I ss.

¹⁰ Cfr., sul punto, Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova 1976, 1165 ss.

lente dei Costituenti, intesero accreditare una lettura giusnaturalistica di tale disposizione, accentuando i passaggi dai quali si evinceva il carattere pregiuridico dell'istituto familiare (società "naturale") e dai cui si ricavava altresì la collocazione della famiglia al di fuori di qualsiasi possibile ingerenza dello Stato, quale organismo storico ed immutabile. Per tale orientamento, inoltre, l'esatta individuazione del modello costituzionale di famiglia, che lo Stato non può definire ma deve limitarsi a "ricepire", può essere operata di fatto attraverso il ricorso alle tradizioni culturali e alla coscienza comune, sul presupposto implicito, evidentemente, che la tradizione conduca esclusivamente all'individuazione di un ben definito tipo di famiglia: quella legittima, coniugale, appunto fondata sul matrimonio.

E' un'impostazione ancora oggi seguita, oltre che dalle gerarchie della Chiesa cattolica, da alcuni autorevoli giuristi:¹¹ sul quotidiano "Avvenire" del 21 novembre 2004, a titolo di esempio, Giuseppe Dalla Torre scrive: "si deve riconoscere, a cominciare dagli insegnamenti della storia, che nella sostanza la famiglia possiede una struttura fondamentale e diversa da quella delle altre formazioni sociali: una struttura di base che si può culturalmente reinterpretare ma che non è modificabile nel tempo, data com'è dall'unione di un uomo e di una donna i quali cercano il completamento di se stessi, qui ed ora, e nei giorni a venire, con apertura alla procreazione e quindi all'educazione dei figli (...). Essa non è mutabile a piacimento delle inflessioni soggettive dei privati, né può essere modificata dalla volontà del legislatore. Come i diritti umani, nella sua struttura fondamentale la famiglia è un *a-priori* rispetto al diritto positivo, di cui questo non può che prendere atto".

In senso esattamente contrario, taluni hanno invece avanzato un'interpretazione storicistica dell'art. 29,¹² leggendo l'aggettivo "naturale" collegato alla famiglia non nel senso della sua "originarietà" bensì della sua "essenzialità", da intendere come capacità di rispondenza ad

¹¹ Cfr., tra gli altri, Grassetti, voce *Famiglia (diritto privato)*, in *Nss.D.I.*, VII, 1961, 50 ss. e Lombardi, *La famiglia nell'ordinamento italiano*, in *Iustitia*, 1965, 3 ss.

¹² Cfr. Mancini, *Uguaglianza tra coniugi e società naturale nell'art. 29 della Costituzione*, in *Riv.dir.civ.*, 1963, I, 223 ss. e Barcellona, voce *Famiglia (dir.civ.)*, in *Enc.dir.*, XVI, 780 ss.

un bisogno primario,¹³ che lo Stato è tenuto a salvaguardare. Ancora, per gli storicisti la fisionomia della famiglia è destinata a mutare con il corso della storia e con l'evoluzione della società e conseguentemente il connesso modello assume connotati continuamente cangianti ed è dunque del tutto relativo. L'art. 29 diviene, in questa visione, una sorta di norma "in bianco", a carattere "recettizio", di mero rinvio alla concezione di famiglia che si realizza in un dato momento. Ecco che il matrimonio assume la "forma giuridica del rapporto di coppia sempre aperta alle trasformazioni di regime storicamente necessarie".¹⁴

Da notare come, paradossalmente, sebbene da prospettive opposte, anche in questa concezione il ruolo del potere politico nell'opera di definizione del modello familiare sia in fondo del tutto passivo: lo Stato si limita a registrare la "tradizione", più o meno mutevole, e a codificarla nel diritto positivo.

Se quelle ora descritte sono le due visioni principali e contrapposte, molte altre si collocano su posizioni variamente intermedie e tentano di individuare una sorta di punto di equilibrio tra le molteplici esigenze manifestate, con attenzione agli opposti rischi: in un certo senso, del relativismo da una parte e dell'assolutismo dall'altra. Tali soluzioni, in particolare, si muovono alla ricerca di un compromesso tra la necessità di riconoscere un "nucleo essenziale" del concetto costituzionale di famiglia, relativamente insensibile ai mutamenti della società, e quella, speculare, di tener conto delle profonde trasformazioni, anche culturali, intervenute nel corso di quasi sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione, e che possono essere riassunte nella formula, un po' sbrigativa, della "crisi della famiglia tradizionale".

Si tratta, in altre parole, di verificare se esista o meno un "nocciolo duro" della nozione costituzionale di famiglia, meno permeabile alle trasformazioni sociali e culturali, e di chiedersi inoltre se esso, una volta individuato, debba considerarsi intangibile anche da parte del potere di revisione costituzionale¹⁵ — alla stregua, nel vocabolario dei costituzionalisti, di un "principio supremo" dell'ordinamento giuridico statale — ovvero, come sembra in verità preferibile, inviolabile soltanto da parte del legislatore ordinario.

¹³ In questo senso, di recente, Califano, *La famiglia ed i figli nella Costituzione italiana*, in AA. VV., *I diritti costituzionali*, III, a cura di R. Nania e P. Ridola, Torino 2006, 933.

¹⁴ Rodotà, *Libertà e diritti in Italia*, Roma, 1997.

¹⁵ Cfr. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, cit., 1165ss.

V. L'IPOTESI DI ALLARGAMENTO
DELLA NOZIONE TRADIZIONALE DI FAMIGLIA,
DI CUI ALL'ART. 29 COST., ALLE COPPIE FORMATE
DA PERSONE DELLO STESSO SESSO

Tale dibattito è assai meno teorico di quanto a prima vista potrebbe apparire. In Italia esso è tornato al centro dell'attenzione soprattutto all'indomani dell'approvazione di una legge spagnola del 2005 che ha aperto, attraverso una semplice modifica del codice civile, la strada del matrimonio alle coppie formate da persone dello stesso sesso.

Ci si è dunque chiesti se i confini della nozione di "famiglia come società naturale", presidiati in Italia dall'art. 29 della Costituzione, potessero essere estesi, seguendo l'esempio spagnolo, e prima ancora quello olandese o belga, fino a ricomprendervi quella particolare forma di convivenza. Risultato il cui raggiungimento pareva, in qualche modo, essere auspicato anche da una raccomandazione del Parlamento europeo del 2000, nella quale gli Stati membri dell'Unione europea erano stati esortati a "garantire alle coppie, anche dello stesso sesso, parità di diritti rispetto alle famiglie tradizionali". Raccomandazione che del resto faceva seguito ad un intervento della stessa istituzione europea che, ancora più esplicitamente, alcuni anni prima aveva ritenuto di dover esortare gli Stati a "porre fine agli ostacoli frapposti al matrimonio di coppie omosessuali" (cfr. Risoluzione 8 febbraio 1994).¹⁶

Molte sono state le opinioni avanzate in Italia in ordine a tale problema, in ambito scientifico, politico e mediatico, e tutte possono essere variamente collocate lungo la direttrice che unisce i poli rappresentati dalle due concezioni antitetiche sopra esaminate, quella storicistica e quella giusnaturalistica. Schematizzando, vi sono stati innanzi tutto coloro che hanno ritenuto corretto il primo dei due orientamenti culturali e che dunque si sono dichiarati favorevoli, tenuto conto dell'evoluzione dei costumi sociali, ad una lettura dell'art. 29 Cost. estesa al punto di ricomprendere nella nozione di famiglia "naturale" anche l'ipotesi delle coppie omosessuali. Altri, al contrario, seguaci del contrapposto orientamento, si sono dichiarati assoluta-

¹⁶ Sul quale cfr. Schlesinger, *Una risoluzione del Parlamento europeo sugli omosessuali*, in *Corr. giur.*, 1994, 393ss.

mente contrari a questa soluzione, non riconoscendo alcun ruolo al dato storico, e ancorando la nozione di famiglia esclusivamente al nucleo coniugale tradizionale.

Senza pretesa di riassumere un dibattito che, com'è facile comprendere, è stato estremamente ricco di distinguo e di sfaccettature peculiari, ciò che in questa sede può senz'altro riferirsi è che la tesi che a chi scrive sembra senz'altro più convincente è quella, intermedia rispetto alle due sopra riferite, in forza della quale la nozione di famiglia individuata nella Costituzione italiana sarebbe costituita da una serie di caratteri maggiormente sensibili ai cambiamenti culturali e sociali e da un'altra serie di caratteri, costituenti appunto il "nocciolo duro" della nozione, invece meno influenzati dallo scorrere del tempo.¹⁷ Tra questi ultimi, vi è senz'altro il requisito della diversità di sesso tra i coniugi.

Sembrano, in definitiva, ancora frutto di un equilibrio ragionevole le parole del giurista Jemolo, pronunciate nel lontano 1947, secondo il quale "una nozione universale di matrimonio ha un unico presupposto veramente costante, ossia la diversità di sesso delle persone che contraggono il vincolo". Naturalmente, deve aggiungersi, ciò non significa che una diversa soluzione possa in futuro essere impedita in base a ragioni che si fondano sul diritto naturale e che quindi si possa parlare di una sorta di indisponibilità assoluta del "nocciolo duro" da parte del diritto. Più ragionevolmente, può constatarsi come la predetta soluzione rappresenti la lettura più corretta dell'art. 29 *allo stato attuale*, e che dunque il suo eventuale superamento non sia affatto da escludersi in futuro.

VI. LA TUTELA COSTITUZIONALE DELLE CONVIVENZE DIVERSE DALLA FAMIGLIA TRADIZIONALE EX ART. 2 COST

La prospettiva, ora considerata, di un eventuale allargamento della nozione costituzionale di famiglia, è ovviamente un problema distinto da quello riguardante la possibilità di riconoscere a modelli di convi-

¹⁷ Per un'autorevole, quanto efficace, difesa del "nucleo essenziale" del modello costituzionale di famiglia, cfr. Busnelli, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv.dir.civ.*, 2002, spec. 514ss. Più di recente, cfr. anche Dal Canto, *Matrimonio tra omosessuali e principi della Costituzione italiana*, in *Foro it.*, 2005, V, 279ss.

venza diversi da quelli tradizionali alcune forme di riconoscimento e di tutela. In altre parole, a prescindere dal significato da riconoscere alla formula di "famiglia come società naturale", il diritto può — ed anzi, entro certi limiti, *deve* — prendere in considerazione, tutelando, una serie di esperienze "para-familiari", utilizzando strumenti diversi da quelli del ricorso all'art. 29 Cost., ovviamente sul presupposto che tali forme di convivenza chiedano, come in effetti spesso accade, di essere riconosciute e garantite dallo Stato e dal diritto.

Su questo diverso fronte, l'ordinamento giuridico italiano ha già dato alcune risposte abbastanza soddisfacenti sia sul piano della legislazione di settore che della giurisprudenza, sia costituzionale che ordinaria. Con riguardo alle convivenze *more uxorio*, ad esempio, la Corte costituzionale ha sottolineato in più di un'occasione la possibilità che le stesse possano trovare una "copertura costituzionale" attraverso il ricorso al richiamato art. 2 Cost., ove si prevede che la Repubblica riconosce i diritti inviolabili dell'uomo "sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità".¹⁸ Proprio in forza di tale richiamo sono state introdotte nell'ordinamento italiano, e in più di un'occasione ritenute legittime da parte del Giudice costituzionale, numerose previsioni legislative settoriali, le quali, per specifici aspetti, hanno esteso alle "unioni di fatto" forme di tutela elaborate per la famiglia tradizionale.

In particolare, secondo la Corte costituzionale la Costituzione italiana, nel riconoscere l'alto valore sociale della famiglia fondata sul matrimonio, cui deve riconoscersi un vero e proprio *favor* rispetto alle altre formazioni sociali, non esclude affatto che le diverse forme di convivenza possano in quanto tali ricevere una tutela, dal momento che, come è stato affermato, "un consolidato rapporto, ancorché di fatto, non appare, anche a sommaria indagine, costituzionalmente irrilevante quando si abbia riguardo al rilievo offerto al riconoscimento delle formazioni sociali e alle conseguenti intrinseche manifestazioni solidaristiche" (cfr. Corte cost. n. 237/1986 e 281/1994).

¹⁸ In argomento, di recente, Ruggeri, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in *www.forumcostituzionale.it*. Cautamente, con riguardo alla possibilità di riferire il fenomeno delle formazioni para-familiari al predetto principio fondamentale, la posizione espressa da F. Vari, *Contributo allo studio della famiglia nella Costituzione italiana*, I, Bari 2004, 97ss.

Com'è stato di recente osservato in dottrina,¹⁹ al legislatore "è imposto di percorrere un crinale, costringendolo da un lato a garantire a tutte le formazioni sociali ispirate a manifestazioni solidaristiche alcuni diritti, e insieme a porre attenzione a che l'estensione a forme di convivenza diverse dal matrimonio di garanzie ed istituti previsti a vantaggio della famiglia legittima non pregiudichi la distinzione posta dalla Costituzione tra famiglia e "altre" formazioni sociali ...".

Percorrere tale "crinale", e quindi trovare una sintesi tra l'esigenza di non trascurare le convivenze *more uxorio* come tali e quella di non svalutare il *plusvalore* da riconoscere, dal punto di vista dell'ordinamento giuridico, alla famiglia fondata sul matrimonio, è risultato in Italia un'operazione particolarmente difficile.

E le difficoltà maggiori si sono registrate con riguardo soprattutto ad una delle ipotesi sul tappeto, cioè quella riguardante proprio il riconoscimento delle coppie omosessuali. In altre parole, scartata, nel dibattito giuridico e politico, la possibilità di estendere la copertura fornita dall'art. 29 Cost. alle coppie formate da persone dello stesso sesso, difficoltà si sono registrate anche con riguardo alla prospettiva meno forte, di predisporre per queste ultime una tutela giuridica differenziata, da riconoscersi in quanto formazioni sociali.

E ciò, vale la pena di notare, a differenza di quanto è accaduto in molti altri paesi europei,²⁰ i quali, anche quando hanno scartato soluzioni "forti" del tipo di quelle spagnola, olandese e belga, hanno tuttavia fornito una soluzione specifica al problema: in alcuni casi, predisponendo forme di tutela differenti, ma sostanzialmente equivalenti, a quelle derivanti dal matrimonio, come nel caso delle socialdemocrazie scandinave; in altri casi introducendo forme di riconoscimento più "leggere", ma comunque abbastanza efficaci, come nel caso della Francia, dove nel 1999 sono stati introdotti i "Patti civili di solidarietà", e del Portogallo, dove nel 2001 sono state regolamentate le "unioni di fatto".

Non c'è dubbio che il dibattito italiano sia stato fortemente influenzato dalla presenza nella società di una radicata tradizione cattolica

¹⁹ E. Rossi, *Quale famiglia?*, in *Il Regno*, n. 10 del 2007, 2s. e Id., *La tutela costituzionale delle forme di convivenza familiare diverse dalla famiglia*, in Panizza-Romboli (a cura di), *L'attuazione della Costituzione*, Pisa, 2004, 157ss.

²⁰ Cfr., di recente, Pignatelli, *I livelli europei di tutela delle coppie omosessuali tra "istituzione" matrimoniale e "funzione" familiare*, in *Riv.dir.cost.*, 2005, 243ss.

unita ad un particolare attivismo delle gerarchie ecclesiastiche nella vita politica. Fattori che hanno significativamente condizionato anche il recente dibattito parlamentare sul disegno di legge di iniziativa del Governo di centro-sinistra, presieduto dall'on. Romano Prodi, sui "diritti dei conviventi" (al quale si farà un cenno nel successivo paragrafo).

In alcune recenti esternazioni, ad esempio, l'allora Presidente della Conferenza episcopale italiana, Card. Camillo Ruini, ha ricordato non soltanto che "alla famiglia fondata sul matrimonio monogamico tra persone di sesso diverso non possono essere equiparate in alcun modo altre forme di convivenza" ma altresì, categoricamente, che queste ultime "non possono ricevere in quanto tali riconoscimento legale" (prolusione al Consiglio permanente del 22-25 gennaio 2007). E la ragione di ciò, con particolare riguardo alle coppie omosessuali, è rinvenuta nella circostanza che un eventuale riconoscimento pubblico di queste situazioni potrebbe rischiare di aprire la strada al matrimonio tra persone dello stesso sesso; prospettiva assolutamente da avvertire, come osserva ancora il Card. Ruini, perché in contrasto con "i fondamentali dati antropologici e in particolare con la non esistenza del bene della generazione dei figli, che è la ragione specifica del riconoscimento sociale del matrimonio".

E, sulla stessa linea, l'attuale Presidente della C.E.I., Mons. Angelo Bagnasco, non ha usato mezzi termini quando, in occasione della sua prima prolusione al Consiglio episcopale permanente, il giorno 26 marzo 2007, ha affermato che "il disegno legislativo sulle unioni di fatto è inaccettabile sul piano dei principi ma anche pericoloso sul piano sociale ed educativo". In particolare, tra i valori essenziali che, per il rappresentante dei vescovi italiani, potrebbero risultare compromessi dall'approvazione della proposta di legge vi sarebbe quello del "matrimonio sacramentale, il quale si iscrive nel disegno primigenio del Creatore: 'maschio e femmina li creò'. Disegno che noi siamo parimenti impegnati ad annunciare e servire". E infine, con una risolutezza che in passato raramente era stata raggiunta, e che, in un certo senso, inaugura in Italia una fase nuova nei rapporti tra Chiesa cattolica e Istituzioni pubbliche, nella stessa nota si osserva non soltanto che "sarebbe incoerente quel cristiano che sostenesse la legalizzazione delle unioni di fatto" ma pure che, nel caso di "un progetto di legge favorevole al riconoscimento legale delle unioni

omosessuali, il parlamentare cattolico ha il dovere morale di esprimere chiaramente e pubblicamente il suo disaccordo e votare contro il progetto di legge”.

VII. IL RECENTE DISEGNO DI LEGGE SUI D.I.C.O.

Ma veniamo ad un rapido esame del disegno di legge in questione,²¹ il cui destino peraltro è stato, come si sa, oramai definitivamente segnato, sia sul piano formale, che, direi anche sostanziale, in seguito allo scioglimento delle Camere e alla celebrazione delle nuove elezioni politiche nell'aprile del 2008.

Il testo definiva in primo luogo l'ambito soggettivo di applicabilità della normativa dallo stesso recata, prevedendo, in particolare, che affinché due persone maggiorenni, anche dello stesso sesso, legate da vincoli affettivi, potessero essere titolari dei diritti e dei doveri previsti dalla disciplina dovevano sussistere due presupposti positivi: uno fattuale, ossia una convivenza stabile, e uno formale, ossia la manifestazione da parte dei due conviventi (attraverso una dichiarazione all'ufficio dell'anagrafe) della volontà di essere destinatari degli effetti giuridici previsti.

Per i destinatari della disciplina si prevedeva, quanto ai rapporti interni alla coppia, un obbligo di assistenza e di solidarietà materiale e morale, e, quanto invece alla dimensione esterna, una serie di diritti, quali quello di accesso nelle strutture ospedaliere e di assistenza in caso di malattia (art. 4), di designazione dell'altro convivente per decisioni in materia di salute e in caso di morte (art. 5), di ottenere il permesso di soggiorno in ragione della convivenza (art. 6).

Veniva inoltre tutelato il diritto all'abitazione sia in relazione all'assegnazione di alloggi di edilizia pubblica che con riguardo alla successione del contratto di locazione, in caso di morte di un convivente o in caso di cessazione della convivenza (artt. 7 e 8).

Si prevedevano, inoltre, ma soltanto dopo un certo periodo dalla registrazione della convivenza, specifiche agevolazioni in materia di

²¹ Sul quale si vedano anche le osservazioni di Pignatelli, *I Dico tra resistenze culturali e bisogni costituzionali*, in www.forumcostituzionale.it.

rapporti di lavoro (art. 9), un diritto alla pensione di reversibilità (art. 10) e diritti di successione (art. 11).

Nel disegno di legge vi era insomma un tentativo, che in alcuni casi non costituiva una sostanziale novità ma si limitava a recepire le indicazioni provenienti dalla precedente giurisprudenza costituzionale o addirittura a trascrivere previsioni già contemplate in legislazioni settoriali, di dotare di alcune prerogative giuridiche gli individui stabilmente conviventi, peraltro, come si era voluto precisare fin dal titolo del progetto, senza alcun riconoscimento diretto della “coppia” in quanto tale (ma tale dato, molto esaltato nel dibattito politico, non pare in verità degno di grande rilievo, dal momento che, come si è sopra ricordato, anche la famiglia fondata sul matrimonio non ha, nell'ordinamento italiano, una propria personalità giuridica, né dunque può risultare titolare di specifiche situazioni giuridiche soggettive). Tutto ciò, evidentemente, sul presupposto che vi fosse un'effettiva esigenza di regolamentazione minima che meritava di essere soddisfatta da parte del legislatore.

All'indomani delle elezioni politiche della scorsa primavera del 2008, come si diceva, le speranze che tale progetto potesse essere approvato, già a dire la verità piuttosto scarse, si sono ovviamente azzerate. E pare difficile, per il prossimo futuro, ipotizzare una qualche ripresa del dibattito su questi temi nelle aule parlamentari.

Del resto, finché la discussione, com'è stato fino ad oggi, si manterrà prevalentemente sul piano dello scontro ideologico tra cattolici (*rectius*: gerarchie cattoliche) e laici (tra i quali, per la verità, si annoverano anche molti dei cattolici meno intransigenti), a prescindere dai contenuti concreti delle proposte sul tappeto, nessuna mediazione potrà concretamente essere realizzata e divenire testo di legge.

A PROPÓSITO DE LA CRISIS ALIMENTARIA Y DE UN MENSAJE EPISCOPAL. LEYES NEOLIBERALES VS. DERECHO A LA ALIMENTACIÓN

Jesús Antonio DE LA TORRE RANGEL
Óscar Arnulfo DE LA TORRE DE LARA

Sumario: I. *Introducción*. II. *Diagnóstico*. III. *Derecho humano a la alimentación*. IV. *Neoliberalismo jurídico: la nueva legislación para el campo mexicano*. V. *Una reflexión jurídica final*.

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 1 de enero de 2008 entró en vigor la última etapa de desgravación arancelaria en materia agropecuaria del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), que permite abrir totalmente las fronteras para la importación y exportación de productos tales como maíz, frijol, azúcar y leche en polvo, entre otros.

Muchas voces se han unido, especialmente la de los campesinos afectados, exigiéndole al gobierno federal la revisión del capítulo agropecuario del TLCAN. En apoyo de esta demanda, muchas organizaciones campesinas y sociales marcharon a la Plaza de la Constitución (Zócalo) de la Ciudad de México, el jueves 31 de enero de 2008 en una movilización multitudinaria.

Este asunto se relaciona de manera directa con el tema de la alimentación, y, por supuesto, en los días que corren, con la crisis alimentaria mundial, expresada en que la demanda de alimentos va en aumento y la oferta de los mismos no crece al mismo ritmo.

Una de esas voces disidentes de la política agropecuaria del gobierno y de lo pactado en el TLCAN, es la oficial de la Iglesia Católica. En ese sentido es el Mensaje de los obispos de la Comisión Episcopal para la Pastoral Social de la Conferencia Episcopal Mexicana (CEM), de 14 de enero de 2008, titulado “Jesucristo, Vida y Esperanza de los Indígenas y Campesinos”.

En las líneas siguientes comentaremos los aspectos que consideramos más relevantes del documento, resaltando y, por nuestra parte, profundizando algunos aspectos que se relacionan con cuestiones jurídicas.

II. DIAGNÓSTICO

El mensaje episcopal se abre propiamente con un diagnóstico acerca de la situación del campo mexicano, y de los efectos previsibles que sobre el mismo se vendrán con la desgravación arancelaria al cumplirse esta etapa del TLCAN.

El documento comienza dando noticia de la apertura total de fronteras “para la importación y exportación de productos agropecuarios”, en cumplimiento del TLCAN, a partir del 1 de enero de 2008. Se reconoce como “signo de los tiempos” la intensidad del comercio internacional y de que no podemos vivir aislados “en un mundo cada vez más globalizado” (núm. 2); de tal manera que México no puede cerrar sus fronteras. Pero a renglón seguido, los obispos hacen una advertencia y una denuncia de corte ético-jurídico:

Sin embargo, cuando las leyes del mercado se imponen sobre los derechos de las personas y de los pueblos, el lucro se convierte en un valor supremo y se conforman los grandes grupos de interés, que excluyen a los pobres, generando un sistema económico globalizado injusto e inhumano (núm. 2).

A la Iglesia le preocupa el pueblo “mayoritariamente pobre, campesino, obrero e indígena”, porque la apertura comercial de que se habla beneficiará a “unos pocos agricultores poderosos y tecnificados”, pero “traerá consecuencias dolorosas para aquellos cuya sobrevivencia depende del campo”, pues no podrán competir “con los enormes subsidios que los gobiernos de Estados Unidos y Canadá otorgan a sus agricultores”, quedando en situación desventajosa (núm. 3).

Afirma el mensaje episcopal que el campo “ha estado olvidado y descuidado en México”, desde hace años; los campesinos no tienen créditos, y sus tierras se han reducido, desgastado y erosionado (núm. 4). Y de no corregirse esto “existe el riesgo real de un mayor empobrecimiento, especialmente en el medio rural e indígena, y de empujar a muchos campesinos más a abandonar el campo, y a emigrar” a las ciudades o a Estados Unidos “que en este momento tiene un fortísimo e inhumano programa antiinmigrante” (núm. 5).

El diagnóstico, propiamente, se cierra cuando los obispos hacen notar la cada vez más creciente demanda de combustible por parte de la industria, lo que “estimula la producción de bio-combustibles derivados de granos” y lleva “a poner en riesgo los objetivos primarios de la producción agrícola, con consecuencias graves para la alimentación y la soberanía alimentaria del país” (núm. 6). Esto es: preferir los granos para alimentar las máquinas y no a los seres humanos.

Por nuestra parte, referente a la crisis alimentaria mundial, y reforzando en cierta medida lo expresado por los obispos, añadimos al diagnóstico las razones que se aducen para explicar por qué la oferta mundial de alimentos es menor a la demanda. La primera, la rigidez estructural del sector agropecuario que no permite en el corto plazo aumentar la productividad de alimentos; la segunda, los aspectos adversos que el cambio climático está ocasionando en la actividad agropecuaria, ejemplificado en terribles sequías; y la tercera que está ligada al continuo incremento del precio del petróleo, que Claudio Vargas explica así:

Por un lado, porque este incremento se ha trasladado de manera directa y calamitosa a los costos de producción y distribución de alimentos y, por otro lado, porque ese mismo incremento en los energéticos tradicionales ha incentivado a que en países y regiones como Estados Unidos, Brasil y la Unión Europea se esté produciendo cada vez más biocombustibles (etanol y biodiesel en especial) en detrimento de la producción de alimentos sean éstos para consumo humano o animal.¹

¹ Claudio H. VARGAS, en su columna *Extravíos* “Los mil millones de rostros del hambre”, *El Heraldo*, Aguascalientes, 26 de abril de 2008.

III. DERECHO HUMANO A LA ALIMENTACIÓN

Después del diagnóstico anterior, el mensaje de los obispos reafirma como un derecho fundamental primario el *derecho a la alimentación*, prioritario en su cumplimiento sobre cualquiera consideración y valoración económica:

La producción de bio-combustibles derivados de granos no puede valorarse sólo por las ventajas económicas o por las oportunidades comerciales que representa. Hay de fondo una cuestión ética a tener en cuenta. No se pueden poner por encima del derecho a la alimentación de las personas las ventajas de la industria, favoreciendo de nueva cuenta a ésta antes que al campo (núm. 7).

Y más adelante el documento episcopal reafirma su postura en relación con el *derecho a la alimentación* al decir:

La alimentación es uno de los derechos humanos primordiales y una de las obligaciones éticas del Estado en favor de los ciudadanos. La dependencia alimentaria tiene efectos sociales muy graves en una sociedad tan desigual como la nuestra. Por ello, el Estado mexicano tiene la obligación de garantizar el derecho humano a la alimentación y de proteger la producción nacional (núm. 11).

Nosotros entendemos que la raíz de toda juridicidad, y por lo tanto de los derechos fundamentales, es precisamente el ser humano, con una esencia tanto personal como comunitaria. Nos importa resaltar lo anterior, porque el neoliberalismo, que constituye la expresión actual del individualismo liberal, y que es la corriente de pensamiento imperante ideológica y fácticamente, no acepta que la alimentación, la educación, la salud, la vivienda y el trabajo, entre otros, constituyan derechos: "según ese punto de vista, la eficiencia con que cada individuo, y la suma de ellos, persiga y alcance sus fines económicos, constituirá la base material para satisfacer las aspiraciones de bienestar social".²

² Guillermo KNOCHENHAUER, "Derecho a la alimentación", en *Este País*, núm. 74, México, 1997, p. 48.

Por nuestra parte sostenemos que son las *necesidades juridificadas*, de las mujeres y los hombres, las que constituyen los derechos humanos, teniendo como base una concepción integral del ser humano y aceptando su plena dignidad. Por otro lado, preferimos también no hablar de los derechos humanos dividiéndolos en generaciones, porque partimos de la aceptación del principio de la *indivisibilidad de los derechos humanos*. Este principio lo encontramos formulado de manera muy clara con el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, llamado "Protocolo de San Salvador", que dice:

...la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, *por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros...*

El *derecho a la alimentación* sólo lo encontramos reconocido explícitamente en la Constitución general de la República referido a los menores, cuando en el artículo 4o., párrafo sexto, se dice:

Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Sin embargo, el *derecho a la alimentación*, una manera implícita, está en los artículos siguientes de la Constitución:

Art. 123, fracción VI, párrafo segundo, que establece: Los salarios mínimos generales deberán ser suficientes para satisfacer las necesidades normales de un jefe de familia, en el orden material, social y cultural... Art. 25, primer párrafo: Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para organizar que éste sea integral, que fortalezca la soberanía de la nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el

pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución.

Un desarrollo integral de todos debe tener como base una buena y suficiente alimentación de todos.

Por otro lado, el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que la propia Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. El gobierno mexicano celebró y ratificó, conforme a la Constitución, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; entró en vigor en México el 23 de junio de 1981, y conforme al citado artículo 133 constitucional, constituye derecho obligatorio al interno del Estado mexicano.

Por medio de este Pacto, los Estados partes se comprometen a adoptar medidas, hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para la plena efectividad de los derechos reconocidos en el mismo (artículo 2, 1).

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce, entre otros, los siguientes derechos: "el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia" (artículo 11, I); y "reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre", los Estados Partes deben adoptar las medidas necesarias para:

- a) Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales.
- b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que exportan (artículo 11, II).

Como parte de la normatividad obligatoria para el Estado mexicano en relación con el *derecho humano a la alimentación adecuada*, debe tenerse el Comentario General núm. 12 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, ya que es un documento necesario para la interpretación del artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Por último, cabe señalar en relación con el derecho a la alimentación, lo que dicen Costa y Gonçalves Rocha:

Se debe destacar que la alimentación adecuada constituye un ejemplo de la interrelación y de la interdependencia de los derechos humanos. Siendo así, no son raros los pactos y las convenciones sobre otros derechos que reafirman el derecho a la alimentación adecuada.³

El *derecho a la alimentación*, pues, no es sólo declaratoria o buenos deseos de los obispos, o un "derecho natural" proclamado y exigido, sino un derecho subjetivo reconocido en el sistema jurídico mexicano. Si es un derecho, ¿a quién obliga? Sin duda a la sociedad toda y al Estado. Pero las políticas del Estado mexicano más bien contrarían ese derecho.

IV. NEOLIBERALISMO JURÍDICO: LA NUEVA LEGISLACIÓN PARA EL CAMPO MEXICANO

En el Mensaje "Jesucristo, Vida y Esperanza de los Indígenas y Campesinos", los obispos se refieren a un tema clave y muy delicado: el tratamiento biotecnológico de las semillas y sus repercusiones para campesinos en general e indígenas en especial; consecuencias que no sólo son económicas, sino también políticas culturales y religiosas. Esto dicen:

12. Además, y esto es lo más grave, al permitir la importación sin ningún control de granos, y al coproducir el maíz nativo, cuando se quiera sembrar en

³ Alexandre Bernardino COSTA y Eduardo GONÇALVES ROCHA, "Segurança alimentar: sua previsão constitucional", en *Notícia do Direito Brasileiro*, Nova Série, núm. 13, Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasília, 2006, p. 153.

el futuro, se tendrán que comprar semillas de origen extranjero. A los obispos nos preocupa la posibilidad de que entren en el país semillas genéticamente modificadas, que impliquen graves riesgos para la salud, para la biodiversidad y para la economía campesina, por la biotecnología que se utiliza para modificar el genoma del maíz, del frijol y de otras semillas. Al perder el maíz nativo, será necesario comprar semilla a las grandes empresas semillares, nacionales y extranjeras, creando una dependencia económica que postrará a los campesinos y al país en una esclavitud estructural.

13. Además del impacto económico, nos preocupa el impacto cultural. Aunque cada vez más el número de personas que viven en las ciudades, el porcentaje de quienes viven en el campo es significativo. Los campesinos y los indígenas son valorados, por algunos amantes de las estadísticas, por el aporte que hacen al producto interno en nuestro país; sin embargo, el aporte cultural es más valioso de lo que podemos imaginar.

14. No olvidemos que en nuestra patria el sentido de vida de millones de personas está íntimamente influenciado por su relación laboral con la tierra, el maíz y el frijol. Su cultivo crea relaciones de colaboración, de trabajo familiar y comunitario, que refuerza los vínculos familiares y sociales. Muchas reuniones y asambleas de los pueblos giran alrededor del maíz y del frijol. En muchas partes se realizan festividades en torno a la siembra, el cuidado y la cosecha de estos granos. Incluso hay ceremonias y ritos religiosos, tradicionales y católicos, en torno al maíz y el frijol. Las palabras maíz y frijol están incluidas en el nombre de identidad de poblaciones y de lugares geográficos y topográficos por todo el territorio nacional.

15. La liberación de la importación de estos productos, en condiciones para el campesinado mexicano, que causarían el abandono del cultivo de los mismos, puede romper definitivamente todas estas dimensiones que integran la realidad social, cultural y religiosa de esta parte tan importante de la población, con resultados que serían muy lamentables para nuestro país.

Las leyes, la normatividad del Estado mexicano destinada al campo en los últimos años va encaminada a lograr aquello que los obispos temen.

1. Reforma agraria de mercado

Una de las reformas jurídicas más importantes que surgen de la Revolución Mexicana, fue lo relativo a la reforma agraria. La Constitución de 1917, en su texto original, concretamente en el artículo 27, contenía los fundamentos para la restitución de tierras de los pueblos y la

dotación de tierras a nuevos núcleos de población llamados ejidos, fraccionando el gran latifundio mexicano que se fue formando desde la Nueva España y de manera más intensa y grave en el siglo XIX. Quedaba así plasmado jurídicamente el ideal agrario del movimiento revolucionario mexicano de la segunda década del siglo XX, a partir de reconocer la existencia de desigualdades en indígenas y campesinos, que la Constitución equilibra al incorporar garantías sociales.

Con la reforma agraria nació el ejido como institución de derecho mexicano, consistente en un núcleo de población dotado de tierra tanto para su usufructo como para su habitación; reconoció la propiedad ancestral sobre la tierra a comunidades indígenas y el derecho a reclamar la desocupación y devolución, por restitución.

El 6 de enero de 1992 se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación*, reformas muy importantes al artículo 27 constitucional, por medio de las cuales se canceló el reparto de tierras, pues el gobierno (Ejecutivo y Legislativo) consideró que ya no había más que repartir.

Esta reforma al artículo 27 constitucional transforma el derecho agrario mexicano, pues ya no será una legislación que establezca las pautas para la repartición de tierras; ahora será una serie de normas que organizan la tenencia de la tierra, la vida del ejido y trata de evitar conflictos entre distintos tenedores de la propia tierra.

Complementa esta reforma tendiente a la privatización de la tierra el Programa de Certificación de Derechos Ejidales y Titulación de Solares (Procede), que tiene como objetivo principal dar certidumbre jurídica a la tenencia de la tierra a través de la entrega de certificados parcelarios o certificados de derechos de uso común, o ambos en su caso, así como de los títulos de solares en favor de los individuos con derechos que integran los núcleos agrarios y así lo aprueben o soliciten.

El Procede, pues, forma parte de la "reforma agraria de mercado" impulsada por el Banco Mundial, y que en México se instrumentó con las reformas al artículo 27 constitucional y la nueva *Ley Agraria*. Ha implicado la privatización de la propiedad agraria y la desamortización de la tierra, propiedad del sector social entrando de lleno en el mercado.

Ana de Ita nos describe las graves consecuencias de la aplicación del Procede para comunidades y campesinos pobres:

1. La pérdida de sentido de territorialidad de las comunidades, a través del mercado de tierras, ya sea de renta o de compra-venta, al perder el control del espacio físico necesario para su reproducción social, con el consecuente aumento de la necesidad de migrar de los jóvenes que perdieron su acceso a tierra.
2. Se asiste a un proceso de despojo de tierras a través del mercado. El mercado de tierras tanto de renta como de venta, está llegando a poner en riesgo a muchas de las unidades campesinas y a sus comunidades, en donde una minoría local o externa está logrando el control sobre las mejores tierras ejidales y privadas de las comunidades rurales mientras que un número creciente de campesinos está perdiendo el acceso a la tierra.
3. La decisión de ceder el usufructo o la posesión de la tierra es forzada por las circunstancias. Las ventas se realizan para resolver emergencias de los ejidatarios pobres y los compradores suelen ser ejidatarios de elite que aprovechan la situación de emergencia para comprar a bajo precio.
4. Los campesinos no asisten al mercado con la idea de obtener una ganancia, o de lograr un beneficio, sino, por el contrario, quien da en renta su tierra, asume su imposibilidad temporal o permanente de trabajarla directamente y de obtener así un mayor beneficio con la venta de los productos. La tierra se renta porque no se tuvieron los recursos necesarios para hacerla producir. Ya sea a través de la renta o de la venta, la tierra se está cediendo a quienes tienen los recursos, las relaciones, y la capacidad de hacerla producir y colocar el producto en el mercado, o a quienes tienen una visión a futuro del mercado especulativo de la tierra.
5. En México los mercados de las tierras reflejan una profunda desigualdad e ineficiente distribución de la riqueza, los recursos y las oportunidades.⁴

⁴ Ana DE ITA, *México: Impactos del Procede en los conflictos agrarios y la concentración de la tierra*, Centro de Estudios para el Cambio en el Campo Mexicano, Ceclam, 2003.

2. La privatización de los saberes campesinos tradicionales y sus consecuencias económicas y sociales

La acumulación y despojo de bienes ya no sólo se limita a tierras y agua campesina, ahora el gran capital y las grandes corporaciones biotecnológicas han posado sus ojos sobre los saberes indígenas y campesinos, y las bases materiales de su subsistencia. Esto mediante una estrategia adaptativa del sistema dominante, a través de la cual desarrolla las tecnologías para su conservación, creando nuevas formas de dominación y acumulación. Así la agricultura campesina tiene que convertirse en agricultura productivista capitalista, los servicios públicos deben pasar al sector privado, la biodiversidad se concibe como base de nuevas fuentes de energía y materias primas, y los saberes campesinos se vuelven objeto de apropiación individual orientada al lucro.

Este nuevo proceso de neo-conquista/neo-colonización se sustenta en una concepción del mundo y la vida fragmentada, basada en la idea de producción y acumulación de bienes a gran escala, bajo principios normativos de eficiencia, competitividad y obtención del máximo beneficio, con lo que la naturaleza ha sido cosificada, desnaturalizada de su complejidad ecológica y convertida en materia prima de un proceso económico; en el que los recursos naturales y la vida misma se transforman en simples objetos para la explotación del capital.

Es a través de la figura jurídica de la patente, que se crea, mediante la ley, un derecho, que se le otorga a una persona física o moral, para que mediante éste excluya, por un periodo de tiempo determinado, a los demás (personas físicas y morales) de actos o uso sobre la nueva "invención" patentada. Es por esto que la patente otorga a su titular un verdadero monopolio en la producción y distribución de determinados productos en un lugar o por un cierto periodo de tiempo. De esta forma las grandes empresas transnacionales (farmacéuticas y biogenéticas) se valen de este tipo de figuras jurídicas, para esconder su pillaje y explotación de la biodiversidad y el conocimiento tradicional de los pueblos del tercer mundo.

Las patentes son usadas como instrumento encaminado a proteger el derecho e intereses de grandes corporaciones económicas, ya que el régimen jurídico de patentes y protección a la propiedad intelectual, ligados a la ingeniería genética, permiten la creación de

nuevas colonias, sobre los saberes tradicionales y los seres vivos. Esto es lo que Vandana Shiva llama *biopiratería*: la apropiación por parte de empresas transnacionales y también de algunas instituciones públicas de investigación –a menudo en curso de privatización– de los recursos genéticos y conocimientos asociados a ellos, para su privatización y con el objeto de lucrar con ellos.

Al proceso de búsqueda y evaluación, que permite identificar, seleccionar y aislar componentes últimos de estos recursos, se le conoce como *bioprospección*, el cual consiste en la exploración de la diversidad biológica y conocimiento campesino/indígena asociado a ella, facilitando la selección y extracción de recursos genéticos y bioquímicos que puedan resultar aplicables en productos comerciales. De esta forma opera la apropiación de estos espacios vitales, como son las especies vegetal, animal y humana, con el afán de obtener ganancias, sin el consentimiento y excluyendo a las comunidades tradicionales, creadoras y conservadoras de dichos conocimientos.

El Sistema de Derechos de Propiedad Intelectual expandió su dominio a la biodiversidad y el saber indígena y campesino, a través del Sistema de Derechos de Propiedad Intelectual. Esto a través de un ordenamiento jurídico impuesto por la OMC, como lo es el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), el cual sólo reconoce y brinda protección a los innovadores formales, no a los informales, como los pueblos indígenas o comunidades tradicionales, verdaderos creadores y conservadores del conocimiento objeto de apropiación. Pues “el conocimiento tradicional de estos últimos, es pirateado por innovadores formales, como científicos, horticultores y tecnólogos, que realizan pequeños avances o modificaciones; luego los patentan, y de este modo, declaran tal conocimiento como su propiedad privada”.⁵

Mediante las políticas de patentes y de protección a la propiedad intelectual se protege únicamente al conocimiento científico empresarial orientado hacia el lucro, pues al ser registradas las semillas de cultivos genéticamente modificados, medicamentos básicos y productos farmacéuticos de origen animal o vegetal, el conocien-

⁵ Vandana SHIVA, *Las nuevas guerras de la globalización. Semillas, agua y formas de vida*, Ed. Popular, Madrid, 2007, p. 86.

to tradicional se vuelve objeto de apropiación individual, lo cual se opone frontalmente a la naturaleza colectiva de dicho conocimiento. Esto tiene como consecuencia la supresión del derecho de uso y disfrute de los bienes comunes, además la eliminación de las formas alternativas y auto-sustentables de producción y consumo. Se crean *nuevas colonias del capital*,⁶ a través de la apropiación de los saberes tradicionales, los recursos naturales y la vida misma. Al priorizar las relaciones mercantiles sobre las necesidades humanas reales, se destruyen los equilibrios fundamentales del ser humano con la fuente de su sustento.

Esta reducción de las bases materiales de subsistencia y los saberes tradicionales, a bienes susceptibles de apropiación y regulación capitalista, los desliga de su significación cultural, desestructurando los conocimientos y a las comunidades que los crearon y conservaron durante siglos, pues esta “cosificación de los seres vivos –ahora denominados recursos naturales, elementos genéticos, material orgánico– supone una adaptación forzosa de los instrumentos jurídicos que son propios de los bienes materiales de naturaleza patrimonial”.⁷

De este modo y bajo esta lógica capitalista, es que los ordenamientos jurídicos vigentes de los Estados nacionales se subordinan a las directrices marcadas por la Organización Mundial de Comercio (OMC), a través del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV) y el Acuerdo General de Tarifas y Comercio (GATT), los cuales exigen la configuración de sistemas de leyes uniformes sobre patentes y derechos de propiedad intelectual, sin tomar en cuenta las diferencias éticas y culturales de las comunidades tradicionales del Tercer Mundo, donde las semillas y la biodiversidad son sagradas y se encuentran exentas de regirse por el régimen de patentes y derechos de propiedad intelectual.

⁶ Cfr. David SÁNCHEZ RUBIO y Normán J. SOLÓRZANO ALFARO, “Nuevos colonialismos del capital. Propiedad intelectual, biodiversidad y derechos de los pueblos”, *Pasos*, San José, enero-febrero de 2004.

⁷ Andressa CALDAS, *La regulación jurídica del conocimiento tradicional: la conquista de los saberes*, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), Bogotá, 2004, p. 122.

De esta forma cada Estado signatario de estos Acuerdos (como México), debe hacer su legislación interna compatible con los mismos. Estos mecanismos jurídicos tienen una gran fuerza operativa y acaban siendo cumplidos con mayor eficacia que las normas protectoras de derechos humanos, de modo que “el derecho, junto con la ciencia, se ponen abiertamente al servicio del proceso de subsunción real de la sociedad y la naturaleza en el capital”.⁸

En materia alimentaria, estas disposiciones tienen repercusiones gravísimas para la seguridad y soberanía alimentaria, pues el uso de semillas genéticamente modificadas —mediante un proceso biotecnológico—, producidas y comercializadas por las empresas agrobiotecnológicas, implica la adquisición, junto con la semilla, de un paquete tecnológico (pesticidas o agroquímicos, sin los cuales no crecen los cultivos), con lo que ya no sólo se da la contaminación transgénica, sino que también se da una contaminación del suelo y la consecuente pérdida de diversidad por el uso de agroquímicos, provocando una ausencia de sustentabilidad y ruptura en los agroecosistemas y las economías familiares comunitarias de autosubsistencia. Además de que son estas mismas empresas quienes controlan los mercados agrícolas mundiales, envolviendo a los campesinos en una terrible trampa “ya que los *inputs* para la producción como los *outputs* para la distribución son controlados siempre por un número siempre más pequeño de gigantescas corporaciones que, además de vender, junto con las semillas y sus fertilizantes integrado, la costosa maquinaria para el cultivo, controlan los precios de los mercados”.⁹

Así, ya sólo siembra quien tiene dinero y se destruyen las semillas y cultivos tradicionales, sustituyéndolos por las semillas genéticamente modificadas, producidas y comercializadas por las grandes agrocóporaciones agrarias. Pues “no contentos con el control mediante las patentes, los gigantes genéticos han desarrollado una ‘patente biológica’: la tecnología *Terminator*,¹⁰ que produce semillas estériles en

⁸ SÁNCHEZ RUBIO y SOLÓRZANO ALFARO, *op. cit.*, p. 28.

⁹ 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.

¹⁰ En marzo de 1998, el USDA y la Delta and Pine Land Company anunciaron que habían desarrollado y patentado conjuntamente una nueva biotecnología agrícola a la que denominaron, en términos benignos, *control de la expresión genética de las plantas*. La nueva patente hace posible que sus dueños y los poseedores de una licencia creen semillas

la segunda generación. Una patente típica le otorga al propietario un monopolio legal exclusivo por 20 años. Con *Terminator*, este monopolio no tiene fecha de expiración. Es la herramienta perfecta para la industria corporativa de semillas en el mercado global”.¹¹

Mediante esta nueva tecnología se rompe el ciclo ancestral a través del cual los campesinos productores recuperan las semillas con la cosecha, reservándolas para ciclos de cultivo posteriores; además se acaba también el intercambio de semillas entre agricultores y comunidades, degradando el tejido social y la generación de conocimiento ligado a la práctica en el manejo de semillas y recursos naturales. Lo que se crea es dependencia de los campesinos hacia las agro-corporaciones, que son las únicas beneficiadas al ser las productoras y vendedoras de las semillas. Este perverso sistema de derechos de propiedad intelectual, trata a las plantas y a las semillas como invenciones empresariales y está transformando en delitos las más elevadas obligaciones de los campesinos, guardar semillas e intercambiarlas con sus vecinos.¹²

En palabras de Vandana Shiva, “el desarrollo desenfrenado, ética y ecológicamente, de la biotecnología, proporciona nuevas herramientas para la manipulación; y las patentes proporcionan nuevas herramientas para la apropiación de los monopolios de lo que es gratis por su propia naturaleza”.¹³ Así opera una re-colonización y monopolización de las bases materiales de vida, a través del “libre comercio”, produciendo lo que Iván Illich llamó *monopolios radicales*, creando nuevas formas de escasez, limitando el acceso a los recursos e instalando a la gente dentro de la dependencia mediante la transformación de la alimentación en una realidad económica y artificial, sustituyendo el valor de uso por el valor de cambio.

Iván Illich llamaba *monopolio radical* “más que la dominación de una marca, la de un tipo de producto. En ese caso un proceso de

estériles mediante la programación selectiva del ADN de la planta para que mate a sus propios embriones. Tomado de *Cosecha Robada. El secuestro del suministro mundial de alimentos*, Paidós, Barcelona, 2003, p. 102.

¹¹ Silvia RIBEIRO, “Cultivos transgénicos: contexto empresarial y nuevas tendencias”, *Alimentos transgénicos. Ciencia, ambiente y mercado: un debate abierto*, Siglo XXI, UNAM, México, 2004, p. 85.

¹² Cfr. Vandana SHIVA, *Cosecha robada. El secuestro del suministro mundial de alimentos*, Paidós, Barcelona, 2003, p. 113.

¹³ Vandana SHIVA, *Las nuevas...*, *op. cit.*, p. 56.

producción industrial ejerce un control exclusivo sobre la satisfacción de una necesidad apremiante excluyendo en ese sentido todo recurso a las actividades no industriales [...] Hay monopolio radical cuando la herramienta programada despoja al individuo de su posibilidad de hacer. Esta dominación de la herramienta instauro el consumo obligatorio y con ello limita la autonomía de la persona. Es un tipo particular de control social, reforzado por el consumo obligatorio de una producción en masa que sólo las grandes industrias pueden garantizar”.¹⁴ De esta forma las agrocorporaciones biotecnológicas ejercen el monopolio radical de la alimentación, destruyendo y apropiándose de las fuentes materiales de subsistencia, a través de la biotecnología, el régimen de patentes y protección a la propiedad intelectual. Además de alterar la relación entre lo que la gente necesita hacer por sí misma, para obtener su alimento y lo que obtiene de la industria. Los *monopolios radicales* constituyen un nuevo tipo de dominación y acumulación.

Todo esto tiene su concretización jurídica en el contexto mexicano con la entrada en vigor en 2005 de la Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados y la reciente aprobación, en 2007, de la nueva Ley Federal de Producción, Certificación y Comercio de Semillas, de las cuales realizaremos una breve introducción y algunas críticas a las mismas.

3. Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados (LBOGM)

Se trata de una ley de supuesto orden público e interés social, la cual entró en vigor el 18 de marzo de 2005, y que más que ser una ley de bioseguridad parece una ley de fomento a la biotecnología. Creemos que esta ley tiene muchas deficiencias e incluso que tendenciosamente beneficia a las grandes transnacionales dedicadas a la biotecnología o producción de organismos genéticamente modificados (OGM), por lo que no puede tratarse de una ley de interés general ni de orden público, pues hay un trato particular preferencial a las empresas (farmacéuticas, biogenéticas y agrobiotecnológicas) interesadas en la liberación de organismos genéticamente modificados.

En palabras de Silvia Ribeiro, la LBOGM es “una aberración, ya que no crea un marco de seguridad para la diversidad biológica, la soberanía alimentaria, los cultivos y plantas de los que México es centro de origen o diversidad, base del sustento y las culturas de campesinos e indígenas que los crearon; pero le ofrece seguridad a las cinco empresas transnacionales que controlan los transgénicos a escala global”.¹⁵ Hace falta una visión integral de lo que es bioseguridad, pues la cuestión de la bioseguridad abarca muchos aspectos, dimensiones socioeconómicas, culturales, además de las repercusiones en el medio ambiente y en la salud humana y animal, lo cual creemos no se encuentra reflejado en esta ley.

Una cuestión importante es la relacionada con la confidencialidad, ya que los interesados en la liberación de organismos genéticamente modificados pueden identificar claramente en su solicitud de permiso, aquella información que deba considerarse como confidencial conforme al régimen de propiedad industrial o de derechos de autor (información que no es revelada al público). Consideramos que esto no está bien, pues esta información que no es revelada al público –bajo el pretexto de la protección a la propiedad industrial y los derechos de autor– es de suma importancia para el público en general, es decir para los consumidores, productores e investigadores, para poder identificar y saber el origen del organismo genéticamente modificado y sus posibles daños al medio ambiente, la salud humana y animal.

Un principio fundamental en materia de bioseguridad es el llamado principio de precaución, el cual no se encuentra regulado de forma adecuada en esta ley. La LBOGM señala que en caso de presunción de riesgos o efectos no deseados por uso de organismos genéticamente modificados y ante insuficiencia de evidencias científicas sobre los posibles daños a la diversidad biológica y a los seres humanos, las decisiones que se tomen seguirán invariablemente el principio de precaución; sin embargo en la LBOGM los márgenes de incertidumbre están eliminados en la medida en que propone actuar una vez que se haya liberado el organismo genéticamente modificado y sólo cuando sea obvio el peligro de daño grave o irreversible, es decir que se va actuar una vez liberado el organismo genéticamente modificado, lo

¹⁵ Silvia RIBEIRO, “Ley Monsanto: parece mala pero es peor”, *La Jornada*, sábado 22 de enero de 2005.

¹⁴ Iván ILLICH, *La convivencialidad*, Joaquín Mortiz-Planeta, México, 1985, pp. 81 y 83.

cual es una irresponsabilidad, pues la precaución implica prevención, y más aún tratándose de esta clase de organismos, de los cuales aún no existe un conocimiento preciso de los posibles daños a largo plazo, mismos que pueden ser irreversibles.

Otro principio básico en materia de bioseguridad es lo referente al derecho a la información, el derecho a la libre elección del consumidor, el cual va íntimamente ligado al etiquetado. En la LBOGM se encuentra previsto el etiquetado (artículo 101) para los productos que contengan organismos genéticamente modificados para consumo humano directo; sin embargo, se limita a aquellos casos en que sus características sean "significativamente" diferentes respecto de los productos convencionales, es decir que presenten cambios significativos, basándose en el absurdo principio de *equivalencia sustancial* impuesto por las empresas biotecnológicas; absurdo porque la diferencia genética no necesariamente se manifiesta en esas características, ya que nociones vagas como la de *equivalencia sustancial* no ayudan a que se cumpla con un examen riguroso, un etiquetado preciso y un seguimiento post-comercialización. Cosa muy distinta ocurre en cuanto al etiquetado de las semillas transgénicas, éstas sí son etiquetadas, pues ésta es la garantía para el cobro de regalías por ventas o contaminación.

En cuanto a los mecanismos, previstos en la ley, para participación ciudadana y la consulta pública (artículo 33) se considera que son inadecuados. La LBOGM dispone que la Secretaría correspondiente, al recibir una solicitud de permiso de liberación al ambiente de organismos genéticamente modificados, siempre y cuando cumpla con la información y los requisitos establecidos en la ley, y realizada su inscripción y registro, pondrá a disposición del público dicha solicitud, para su consulta pública, debiendo observar las previsiones sobre confidencialidad. De este modo, si se pone a disposición del público la solicitud pero con previsiones de confidencialidad no se le da a los ciudadanos toda la información necesaria para hacer un juicio y emitir una opinión respecto del organismo genéticamente modificado, pues con las previsiones de confidencialidad hay información, que no es revelada con el pretexto de la protección a propiedad industrial y los derechos de autor, información que es de suma importancia para el público en general, los consumidores, los productores e investigadores, para poder identificar y saber el origen

del organismo genéticamente modificado y sus posibles riesgos a la salud y la diversidad biológica.

El mismo artículo 33 establece que cualquier persona, incluyendo a los gobiernos de las entidades federativas en las que se pretenda realizar la liberación respectiva, podrá emitir su opinión, que deberá estar sustentada técnica y científicamente; siendo que la carga de la prueba debería corresponder a los solicitantes interesados en la liberación de organismos genéticamente modificados, en beneficio de la sociedad. Pareciera que lo primordial es la liberación de organismos genéticamente modificados y no la salud y el cuidado de la biodiversidad.

Se considera que debe de ser prohibida la liberación de organismos genéticamente modificados en los centros de origen, zonas de diversidad y áreas naturales protegidas (artículos 86 a 90); si bien existe la posibilidad de la prohibición hay muchísimas excepciones, restricciones y se imponen muchos requisitos a los campesinos y comunidades interesadas en que se decrete la prohibición. Incluso si se trata de una ley de bioseguridad y se aplica el enfoque de precaución, la prohibición para la liberación de estos organismos debería de estar contenida sin necesidad de ser solicitada.

El procedimiento para declarar las zonas libres de organismos genéticamente modificados tiene demasiados requisitos, pues los interesados tendrían que seguir un costoso proceso legal, conseguir el dictamen favorable de la comunidad, los gobiernos municipales y estatales, la Cibiozem, la Conabio y la Sagarpa, y que se demuestre científica y técnicamente que no es viable su coexistencia con transgénicos o que no cumpliría con los requisitos normativos para su certificación. Esto muestra además que el enfoque para declarar zonas libres de organismos genéticamente modificados es para aquellos agricultores cuya producción sea certificada como orgánica, otro complicado y caro trámite, ajeno a quienes realmente necesitan las zonas libres, que son los campesinos.

El 19 de marzo de 2008 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el Reglamento de la Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados. De esta normatividad nos interesa destacar lo que tiene que ver con el maíz. La Ley, en su artículo 2, fracción XI, señala que uno de sus propósitos es determinar las bases para el establecimiento, caso por caso, de áreas geográficas libres

de organismos genéticamente modificados ordenando que el maíz “mantendrá un régimen de protección especial”. De acuerdo con esto el artículo 65 del Reglamento establece: “El régimen de protección especial al maíz se conformará con las disposiciones jurídicas relativas a la bioseguridad que establezca la autoridad”; y el artículo octavo transitorio del propio Reglamento manda que dentro de los sesenta días siguientes a la entrada en vigor del Reglamento, la Semarnat y la Sagarpa “deberán emitir las disposiciones jurídicas relativas a la bioseguridad que conformen el régimen de protección especial” del maíz, para “resolver las solicitudes de permiso” de su liberación.

¿A qué “disposiciones jurídicas” se refiere el Reglamento? ¿A circulares con mandamientos técnicos de las autoridades? ¿Estas “disposiciones jurídicas” van a tener más fuerza que la propia Ley y el Reglamento? ¿La Ley y el Reglamento van a dejar a la discrecionalidad de funcionarios la protección de —como dicen los indígenas— el “sagrado maíz”? ¿El alimento base de sustento de los mexicanos va a tener tan endeble protección? Tiene razón Alejandro Nadal cuando dice:

Los autores del reglamento y el *lobby* de la industria de la biotecnología pretenden que con normas técnicas y circulares de la Sagarpa (refrendadas dócilmente por la Semarnat) se establezca algo que parezca un régimen de protección para el maíz. Pero eso, y eso debería quedarles claro, es equivalente a un acto de simulación.¹⁶

4. Ley Federal de Producción, Certificación y Comercio de Semillas

Esta ley tiene por objeto regular actividades relacionadas con la planeación y organización de la producción agrícola, de su industrialización y comercialización. Su aplicación le corresponde al Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación y tiene por objeto regular:

- a) La producción de semillas certificadas.
- b) La calificación de semillas.
- c) La comercialización y puesta en circulación de semillas.

Son sujetos de esta Ley, los productores y comercializadores de semillas; los obtentores, fitomejoradores y mantenedores de semillas; los comités consultivos regionales y estatales de semillas; asociaciones de agricultores consumidores de semillas; las instituciones de enseñanza superior; de investigación y extensión; y los organismos de certificación que realicen actividades relacionadas con las materias que regula esta ley.

Esta nueva ley de semillas constituye un complemento ideal de la Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados (*Ley Monsanto*), pues su finalidad es otorgar “certidumbre” a las transnacionales semilleras (Monsanto, Cargill, Pioneer, Novartis), ya que al ser respaldados por esta ley, podrán perseguir legalmente a cualquier agricultor que ellas consideren que usa sus “invenciones” sin pagarles, pues como señala Silvia Ribeiro “ahora, gracias al Congreso y al gobierno mexicanos, podrán continuar su biopiratería histórica con total impunidad y al mismo tiempo demandar a cualquier campesino o agricultor que no les pague (o se contamine, si son transgénicos). De paso, se hicieron de un lugar privilegiado para seguir influyendo en las políticas sobre semillas en nuestro país y, por si fuera poco, financiados con dinero público”.¹⁷

En esta ley se establece un Sistema Nacional de Semillas (artículos 7 al 11), como organismo de coordinación del sector, del que invariablemente se deberá considerar su opinión en materia de planeación, diseño, operación, políticas y programas y sobre la reglamentación y normatividad derivada de la ley que se comenta, pero, sobre todo actúa como “instrumento consultivo” para definir políticas relacionadas con las semillas. De sus 16 integrantes, nueve fueron asignados al sector empresarial (es decir a las empresas privadas productoras y comercializadoras de semillas), con lo que dicho sector tiene garantizada cualquier decisión al respecto.

¹⁶ Alejandro NADAL, *La Jornada*, 26 de marzo. Tomado de *Simpermiso*: <http://www.simpermiso.info/textos/index.php?id=1754>.

¹⁷ Silvia RIBEIRO, “Nueva ley de semillas contra los campesinos”, *La Jornada*, 24 de agosto de 2007.

Este Sistema Nacional de Semillas quedó ligado a un instrumento financiero: el Fondo de Apoyos e Incentivos (artículos 11, 12 y 13), que sirve como instrumento financiero para promover programas, acciones y proyectos de conservación, investigación, producción, certificación, comercialización, fomento, abasto y uso de semillas, por lo que en este contexto será una vía más para sangrar recursos públicos y subsidiar a las trasnacionales, pues a través de este fondo se pretende financiar a las empresas dedicadas a la investigación, producción, certificación y comercialización de semillas, como la Monsanto, Syngenta, Dupont-Pionner –monstruos monopólicos semilleros– pues tan sólo Monsanto “tiene el virtual monopolio global de las semillas transgénicas (casi 90%) y la mayoría del mercado global de otras semillas, junto con Syngenta y Dupont-Pioneer controlan 44 por ciento de las semillas patentadas a escala global”.¹⁸ Este fondo se integrará por: a) las aportaciones que efectúen los gobiernos federal, estatales, del Distrito Federal y municipales; b) créditos y apoyos de organismos nacionales e internacionales; c) las aportaciones y donaciones de personas físicas o morales de carácter privado, mixto, nacionales e internacionales; d) las aportaciones provenientes de los aranceles que se impongan a las semillas importadas.

Se establece también la posibilidad de que la calificación y certificación de semillas la realicen empresas privadas (artículos 30, 31 y 32), pudiendo conservar muestras de las semillas que califiquen. Lo cual es un peligro, pues si se pone en manos de las trasnacionales la calificación y certificación de semillas, se les entrega la decisión de qué semillas pueden ser comercializadas o puestas en circulación, lo cual consideramos es una irresponsabilidad, pues se trata de lo que Vandana Shiva llama *totalitarismo alimentario* en el que un puñado de grandes empresas controla toda la cadena alimentaria, destruyendo las economías y los sistemas de control de calidad locales, obligándose a los ciudadanos a confiar en la calificación de calidad de las empresas trasnacionales.

Paralelamente, se da pie a algo gravísimo, pues esta ley abre la puerta para sancionar a quien no use semillas certificadas o registradas, obligando de esta forma a los campesinos a certificar sus semillas, criminalizando y sancionando cualquier intercambio “no

certificado”, por ejemplo, si un agricultor produce su propia semilla y la intercambia o vende con otros agricultores. Con esto se destruyen prácticas comunitarias de libre intercambio de semillas –base del mantenimiento de la biodiversidad y seguridad alimentaria– entre campesinos y comunidades, transformando prácticas campesinas ancestrales en crímenes; esto constituye una criminalización del campesino y sus prácticas convivenciales.

Artículo 38. Incurrir en infracción administrativa a las disposiciones de esta Ley, la persona que:

I. Comercialice o ponga en circulación cualquier categoría de semillas sin cumplir con lo dispuesto en el artículo 33 de esta Ley.

IV. Comercialice o ponga en circulación semillas que no cumplen con el procedimiento de calificación establecido en esta Ley, en las Normas Mexicanas y en las Reglas correspondientes.

VIII. No conserve la documentación comprobatoria de la calificación y certificación de semillas en los términos de esta Ley.

También con esta ley se crea un catálogo para variedades “comunes”, pretendiendo que los campesinos registren sus variedades, lo cual significará que en cierto plazo quien use cualquier semilla no registrada estará en infracción, así al no poder usar sus propias semillas si no están registradas se orilla a los campesinos pobres a depender de la industria de semillas. Además de abrir la puerta a la bioprospección y por lo tanto a la biopiratería de los cultivos locales.

Como bien dice Vandana Shiva, “el fenómeno de la biopiratería y la piratería intelectual por los intereses comerciales occidentales ha surgido como consecuencia de la devaluación y la invisibilidad de los sistemas de conocimiento indígena, y la falta de protección para estos sistemas”,¹⁹ del mismo modo que la imposición de un orden normativo, como lo es el que rige el régimen de patentes y de protección a la propiedad intelectual, a través de las políticas de la OMC y el FMI, es consecuencia de una desvalorización e invisibilización de los sistemas normativos campesinos e indígenas, a favor un *paradigma estatalista* de la producción del derecho, mutilando la gran riqueza y complejidad del fenómeno de lo jurídico, íntimamente ligado a la realidad social y cultural de los procesos sociales donde

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ Vandana SHIVA, *Las nuevas...*, op. cit., p. 90.

nace y se nutre el derecho, y permite la constante transformación y reflexión de lo jurídico.

Andressa Caldas, siguiendo a Boaventura de Sousa Santos refiere que al reduccionismo científico corresponde el monismo jurídico y la imposición de un modelo único de Estado. Además explica que el mismo Sousa Santos demuestra que existen complicidades íntimas entre la ciencia moderna y el derecho estatal moderno en la construcción de la modernidad capitalista. De este modo se entiende cómo la ciencia moderna asumió el extraordinario privilegio epistemológico de ser la única forma de conocimiento válido. Del mismo modo que el derecho estatal moderno asumió igualmente el extraordinario privilegio jurídico de ser la única forma de derecho válida.²⁰ Es en atención a esta misma lógica que Shiva dice que las variedades nativas, llamadas criollas —que evolucionan por medio de la selección natural y humana, producidas por los campesinos del Tercer Mundo— se consideran plantaciones primitivas y no viables, mientras que las creadas por las grandes agro-corporaciones y centros de investigación internacionales son llamadas plantaciones y semillas de elite. Sucede lo mismo con las creaciones o concepciones jurídicas de los comunidades tradicionales, basadas en su propia conciencia social, su experiencia, cultura, costumbre y prácticas sociales, las cuales no son consideradas derecho frente al orden normativo engendrado por el Estado.

Esta nueva estrategia del sistema dominante —de invisibilización de la ciencia campesina, y potencialización del saber científico-empresarial— es instrumentada jurídicamente mediante los sistemas de protección de derechos de propiedad intelectual, con el objetivo de apropiarse de nuevos mercados para la obtención de ganancias y beneficios. Esta reestructuración pone en peligro, no sólo a las comunidades locales, sino a la humanidad entera, pues se deja en manos de unas cuantas corporaciones la gestión y manejo de las bases de subsistencia de la humanidad. Por esto nos adherimos a lo que señala el iusfilósofo andaluz David Sánchez Rubio, cuando señala que “resulta de vital importancia que todos actuemos para que continúen existiendo *espacios de la vida humana y natural que no sean comerciables bajo la actual lógica del capitalismo neoliberal*.”

²⁰ CALDAS, *op. cit.*, p. 108.

Entre ellos se encuentran muchos bienes, recreaciones y entornos comunes que permiten la producción, la reproducción y el desarrollo de la vida humana, animal y vegetal. Por esta razón, detener el proceso de invasión de la globalización neoliberal, en todos los aspectos de la vida y la naturaleza, implica defender que muchas dimensiones del mundo social, cultural y económico deben estar fuera del alcance depredador del mercado, sobre todo aquellos aspectos que permiten el mantenimiento y el desarrollo de nuestras condiciones de existencia: el aire, el agua, las variedades de plantas y especies animales, los genes de todas las criaturas, las reservas de conocimiento humano, semillas para el cultivo sostenible y tradicional, etcétera”.²¹

Este mismo autor además propone dos principios básicos, que a modo de imperativos categóricos deben ser defendidos a nivel global:

- 1) Nada que sea básico para la supervivencia humana puede ser objeto de monopolio, mercantilización y privatización bajo la lógica del capital.
- 2) Una prohibición de la patentabilidad de la vida, mucho menos en aquella faceta vinculada con la salud, la alimentación y la biodiversidad.

En este mismo sentido y siguiendo a este mismo autor creemos que localmente se puede tener la titularidad y la gestión local de bienes globales o recreaciones consideradas comunes para la humanidad —como la biodiversidad y los cultivos tradicionales— esto a partir del reconocimiento de derechos colectivos a los pueblos indígenas y comunidades tradicionales del tercer mundo. Se trata de defender que éstos sean los titulares y gestores de la biodiversidad y de los bienes comunes, que Sánchez Rubio ha definido como recreaciones, entornos y espacios comunes de la humanidad. Incluso el mismo Sánchez Rubio habla de *herencia local* de la humanidad, es decir los cuidados, obras y las recreaciones que los pueblos indios desarrollan localmente, en sus relaciones con la naturaleza, todo lo cual nos beneficia a to-

²¹ David SÁNCHEZ RUBIO, “Herencia, recreaciones, cuidados, entornos y espacios comunes o locales para la humanidad, pueblos indígenas y derechos humanos”, en *Derechos humanos, pensamiento crítico y pluralismo jurídico*, Comisión Estatal de Derechos Humanos de San Luis Potosí y Universidad Autónoma de San Luis Potosí, San Luis Potosí, 2008.

dos, a nivel global.²² Creemos que esto implicaría necesariamente el reconocimiento de su autonomía y autodeterminación como pueblos, ligados a un territorio y a una cultura, con la capacidad de decidir respecto de los bienes situados en sus territorios, estableciendo ellos mismos qué deben regir en las relaciones económicas en las que son parte, protegiéndolos de las manos del capital.

5. Ley de Promoción y Desarrollo de los Bioenergéticos

El 1 de febrero de 2008 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la Ley de Promoción y Desarrollo de los Bioenergéticos, que según su artículo 1: “tiene por objeto la promoción y desarrollo de los bioenergéticos con el fin de coadyuvar a la diversificación energética y el desarrollo sustentable como condiciones que permiten garantizar el apoyo al campo mexicano”.

La Ley resultó decepcionante desde la óptica de un neoliberalismo radical, pues no liberó de manera absoluta el cultivo y comercialización de “bioenergéticos”, ya que establece una “restricción del régimen de aprovechamiento de la propiedad de la tierra”; y un “régimen de permisionamiento para el cultivo de insumos agrícolas y para la comercialización de bioenergéticos”.²³ Esto en virtud de lo mandado por el artículo 24 de la Ley que establece que las actividades y servicios relacionados con la producción, el almacenamiento, el transporte, la distribución y comercialización de bioenergéticos, se sujetarán a permiso previo de la Secretaría de Energía.

Según esta visión de mercado total, “la ley debió haber liberalizado la producción agrícola”.²⁴ De acuerdo con este criterio, el libre uso de la propiedad de la tierra para la producción de etanol de maíz sería bienvenido.

Otros piensan diverso. Alanís Ortega sostiene que es más adecuado hablar de “agrocombustibles” que de “biocombustibles”, pues éstos implican no sólo los energéticos a que se refiere la ley, sino otros como la energía solar o eólica, por ejemplo.

²² *Idem*.

²³ Sergio AMPUDIA MELLO, “Ley de Promoción y Desarrollo de los Bioenergéticos. Un análisis económico de una falla de gobierno”, en *Desarrollo Ambiental y Ecología*, núm. 24, México, abril-mayo, 2008, p. 12.

²⁴ *Ibidem*, p. 15.

Este autor, siguiendo a Gabriel Quadri de la Torre, es crítico de la Ley por lo que ve a su objetivo de “reducción de emisiones contaminantes a la atmósfera y gases de efecto invernadero” (artículo 1, fracción IV). Alanís escribe:

De acuerdo con Gabriel Quadri, la revista *Science*, en el artículo de 7 de febrero de este año (Searchinger *et al.*) nos sitúa en una realidad completamente diferente al afirmar:

Primero: los biocombustibles derivados de insumos agrícolas emiten más o menos las mismas cantidades de carbono (gas de efecto invernadero por excelencia) que los combustibles fósiles al ser quemados en motores.

Segundo: Es verdad que ese carbono es capturado por los cultivos bioenergéticos (maíz, caña de azúcar, palma africana, *jatropha*) a través de la fotosíntesis durante su proceso de crecimiento, lo que reduciría –en apariencia– las emisiones. Desafortunadamente esta contabilidad es parcial y engañosa, no toma en cuenta ni las emisiones del proceso de producción, y menos, pero más importante, el balance de carbono asociado al uso de la tierra. Es decir, no considera al carbono acumulado y acumulable en los ecosistemas (bosques, selvas, vegetación secundaria, pastizales) o cultivos (alimentos y fibras) desplazados para la producción de biocombustibles, y que sería emitido directa o indirectamente a la atmósfera al reconvertirse los usos del suelo.

El resultado neto es considerablemente negativo, extremo en el caso del etanol de maíz norteamericano, y francamente malo en el caso del etanol de caña de azúcar brasileña (lo que contradice las pretensiones del gobierno de ese país).²⁵

En su estudio, Alanís Ortega señala, en relación con el maíz, dos cuestiones muy importantes que queremos resaltar:

Para el caso de México en particular, por las concesiones del sistema productivo y comercial agrícola, el maíz no debe ser desviado para producir etanol. México importa 30% de su maíz para consumo, y el cultivo para la alimentación debe tener prioridad antes que utilizarlo para la producción de combustibles. La realidad de producción de etanol en Estados Unidos es una muestra de lo que puede llegar a ocurrir si una política pública facilita –subsidiando– la siembra de maíz para producir etanol: incremento de

²⁵ Gustavo ALANÍS ORTEGA, “Ley de Promoción y Desarrollo de los Bioenergéticos ¿la verdadera solución al desarrollo energético?”, en *Derecho Ambiental y Ecología*, núm. 24, México, abril-mayo, 2008, p. 18.

precios de los insumos pecuarios y sus derivados, reducción de *stocks* para exportación, priorización de la siembra de maíz a costa de otros cultivos. El gobierno mexicano debe pronunciarse para excluir la producción de etanol o partir de maíz de cualquier esquema de subsidios y en desviarlos hacia soluciones más integrales y compatibles con el ambiente.²⁶

Además, este experto se opone a la utilización de transgénicos en la producción de agrocombustibles; y en especial a que se utilice el maíz para producir etanol, ya que “podría fácilmente contaminar la cadena alimenticia, como ha sido demostrado por toda una década de adopción de transgénicos y contaminación de cultivos”.²⁷

La Ley sobre los bioenergéticos, que comentamos, faculta a la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación (Sagarpa), para que sea la autoridad que otorgue los “permisos previos” relativos a la producción de agroenergéticos “a partir del grano de maíz en sus diversas modalidades”; permisos que sólo podrán otorgarse “cuando existan inventarios excedentes de producción interna de maíz para satisfacer el consumo nacional” (artículo 11, fracción VIII).

De acuerdo con esta disposición normativa, parece, por lo pronto, cerrada la puerta para la utilización del maíz en la producción de agroenergéticos. Esperemos que esa puerta no se abra, por el bien de la eficacia del derecho a la alimentación.

6. Compromiso cristiano y propuestas

Ante el preocupante panorama que describen, los obispos dicen que los católicos no “podemos reducirnos a celebraciones rituales y a una predicación etérea”, y recuerdan el Evangelio, en donde Jesucristo identificado con los pobres, dice “tuve hambre y me dieron de comer” (Mateo, 25, 31-46). Y a continuación, en ese mismo sentido citan varios pasajes del documento producto de la V Conferencia del Episcopado Latinoamericano, celebrada en Aparecida, Brasil, en mayo de 2007; recurren, además, a citas directas de mensajes del papa Benedicto XVI.

²⁶ *Idem.*

²⁷ *Ibidem*, p. 19.

Termina el Mensaje de los obispos de la Comisión Episcopal para la Pastoral Social, “Jesucristo, Vida y Esperanza de los Indígenas y Campesinos”, con varias “Propuestas”, de las cuales destacamos dos:

24. Que nuestras autoridades federales analicen la posibilidad jurídica y la conveniencia económica para renegociar el apartado agropecuario del Tratado de Libre Comercio y proteger con mayor decisión los intereses de los campesinos e indígenas pobres, que son la mayoría. Existen condiciones jurídicas, económicas y morales para renegociar este capítulo, lo cual es prioritario para el gobierno y para los legisladores.

31. Es necesario insistir a los campesinos y apoyarlos para que no dejen de sembrar y conserven su maíz nativo, pues será la base de su subsistencia perdurable y del mantenimiento de su identidad milenaria de mujeres y hombres de maíz. En consecuencia, que no se siembren semillas de maíz que no son de su historia; que siembren todas las variedades propias, partiendo de acuerdos comunitarios para la defensa territorial de su maíz, y que eviten la siembra de semillas de maíz transgénicos que producen granos estériles.

V. UNA REFLEXIÓN JURÍDICA FINAL

Siguiendo los lineamientos del Mensaje Episcopal, hemos tocado las cuestiones jurídicas que su propio texto sugiere. Hemos hablado del *derecho a la alimentación* plenamente reconocido por nuestro sistema jurídico, y al mismo tiempo hemos visto cómo la juridicidad misma lo contradice con varias leyes.

No basta que los derechos sean reconocidos, se requiere que puedan ser exigidos y que sean cumplidas las obligaciones correlativas a los mismos. Es necesaria su viabilidad histórica. Y esto último es la cuestión más delicada, sobre todo por lo que hace a los derechos sociales y económicos. Es evidente que para muchos seres humanos en el mundo, y para millones de mexicanos en particular, la plena efectividad de los derechos sociales y económicos no pasa de ser una mera ilusión. Es precisamente el ordenamiento económico y social paradójicamente apoyado por leyes, el que impide que esos derechos puedan ser gozados por una inmensa mayoría.

¿Ante quién o ante quiénes son exigibles? ¿Quién debe cumplir con las obligaciones correlativas a los derechos sociales y económicos?

El obligado es el Estado, pero el Estado todo, queremos decir la sociedad y el gobierno. Este último debe instrumentar las políticas económicas y sociales, de coordinación de todos los esfuerzos de la sociedad, para el bien común. Esto sobre los intereses particulares de los poderes económicos.

Pero para que esas políticas del gobierno y de la sociedad hagan viables históricamente los derechos sociales y económicos para todos, se requiere que el centro de atención sea la persona humana con las consecuencias lógicas que esto conlleva; lo que implica el poner la economía, la legalidad y la administración pública al servicio del ser humano y no al revés. Pues cuando al hombre se le pone al servicio del sábado, y no el sábado al servicio del hombre, aparece una economía inhumana generadora de millones de miserables en relación con la riqueza opulenta de unos pocos.

La juridicidad, entonces, es ambivalente, es, para usar un término de Bourdieu, “anfibia”; es manipulable y admite diversas interpretaciones.²⁸ En aquello que concierne a derechos humanos básicos concede, reconoce; pero también quita, los hace ineficaces.

Los indígenas van descubriendo ya este doble aspecto de la juridicidad. Cerramos este trabajo con una reflexión del Mensaje Final de una reunión de representantes de Pueblos Indígenas de todo el País, en San Gabriel Chilac, Puebla, a principios de febrero de 2007, que trató precisamente sobre la “Madre Tierra”:

“...supimos que las leyes hechas por los poderosos y también interpretadas y aplicadas por ellos según sus conveniencias, son más chicas que el derecho, y que, como las víboras sólo envenenan y matan a los descalzos; pero también vimos sus dos caras y entendimos que también con ellas podemos y debemos exigir el respeto a lo nuestro”.²⁹

Y esto lo tienen en cuenta para la defensa de su *derecho a la alimentación* contra las leyes neoliberales.

²⁸ Pierre BOURDIEU, *Poder, derecho y clases sociales*, Ed. Descleé de Brouwer, 2000, p. 184.

²⁹ *Nuestra Madre Tierra. Equilibrio y armonía del pueblo. Manantial amenazado*, XVII Enlace de Agentes de Pastoral Indígena, San Gabriel Chilac, Puebla, 5-9 de febrero de 2007, p. 43.

LOS ORÍGENES Y LA GÉNESIS DE LA CONSTITUCIÓN DE 1857

Rafael ESTRADA SÁMANO

En memoria de don Jesús Rodríguez Gómez

SUMARIO: I. *Consideraciones previas.* II. *Antecedentes históricos inmediatos.* III. *El programa de los liberales.* IV. *El programa de los conservadores.* V. *El Plan de Ayutla.* VI. *El Congreso Constituyente.* VII. *Reflexiones finales.*

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, sancionada y jurada por el Congreso General Constituyente Extraordinario el día 5 de febrero de 1857, es decir, hace ciento cincuenta años, es sin duda uno de los textos fundamentales del constitucionalismo mexicano. Baste señalar que tiene un valor trascendental en la organización jurídico-política de México, pues la Constitución actualmente vigente, promulgada también un 5 de febrero, pero de 1917, se intitula a sí misma como reformatoria de la expedida sesenta años antes.

Refiriéndose a los diputados del mencionado Congreso Constituyente Extraordinario de 1856-1857, don Emilio Rabasa decía que "todos sin excepción, fueron patriotas ardientes, luchadores sin flaqueza y hasta mártires llenos de abnegación y fe, que merecen la gratitud, el respeto de las generaciones actuales, porque ellos, con otros muchos hombres de su época, nos allanaron el camino, y para nuestro beneficio purificaron a gran costa la atmósfera infecta de desorden, de tiranía y de corrupción en que desde su emancipación

había estado envuelto el país. Su obra, juzgada en conjunto, parte de su coronamiento de la revolución de Ayutla, es como obra de ciencia política, digna de alto elogio. Incomparablemente superior a todas las leyes fundamentales que se sucedieron desde 1812, y sin más precedente que la de 1824 como inspirada en el bien de la nación y en los intereses del pueblo, dio una alma nacional a las agrupaciones dispersas, egoístas, casi extrañas las unas a las otras que aparecían unidas sólo por el nombre de México”.¹

Por otro lado, en la parte final de los considerandos del Decreto expedido por el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, Venustiano Carranza, el 14 de septiembre de 1916, por el que al triunfo de la fase antihuertista y constitucionalista de la Revolución Mexicana, se convocó a elecciones para un nuevo Congreso Constituyente, así se condensaron los propósitos de las reformas institucionales propuestas: “en una palabra, que se respetará escrupulosamente el espíritu liberal de dicha Constitución (la de 1857), a la que sólo se quiere purgar de los defectos que tiene ya por la contradicción u oscuridad de algunos de sus preceptos, ya por los huecos que hay en ella o por las reformas que con el deliberado propósito de desnaturalizar su espíritu original y democrático se le hicieron durante las dictaduras pasadas”.²

Por lo anterior está más que justificado que se indague acerca de los orígenes y la génesis de la Ley Fundamental de 1857, habida cuenta, como señaló certeramente don Antonio Martínez Báez, de que “la conducta defensiva de su propia existencia desde los primeros días, provocó una grave deformación inicial en su misma vigencia, así como un serio divorcio entre el texto escrito y la aplicación real de las normas. Este fenómeno histórico y sociológico que afectó a la Constitución de 1857 desde que fue expedida, además de explicar el hecho de que durante la mayor parte de su vida, más bien puede decirse que fue honrada y no que fue observada; también es útil para comprender que los estudios sobre sus orígenes, antecedentes y sobre su propia gestación se hayan descuidado hasta lo increíble”.³

Es claro, por lo demás, que la Constitución Política Federal de 1857 fue el fruto de un movimiento político perfectamente definido

¹ Citado por Antonio MARTÍNEZ BAEZ, *Obras II. Ensayos históricos*, Nueva Biblioteca Mexicana, Universidad Nacional Autónoma de México, 1996, p. 37.

² *Idem*.

³ MARTÍNEZ BAEZ, Antonio, *op. cit.*, pp. 81 y 82.

y concreto, el cual tendía a la desaparición del régimen dictatorial y absurdo del general Antonio López de Santa Anna; pero el triunfo de la Revolución de Ayutla ofreció la coyuntura para que en el Congreso Constituyente reunido en febrero de 1856 irrumpieran y prevalecieran las tendencias que el Partido Liberal postulaba como progresistas y se pugnara, en consecuencia, por la realización de una profunda reforma política y social.

Queda claro también que uno de los principales y más agitados debates entre los que se presentaron en el seno del Constituyente Extraordinario de 1856-1857 consistió en si debía dictarse una nueva Constitución, o si habría simplemente que volver a poner en vigor el Acta Constitutiva y la Constitución federal de enero y de octubre, respectivamente, del año de 1824, con unas cuantas adiciones y reformas. Esta cuestión señaló en forma muy marcada la división de opiniones entre los pocos conservadores, los también pocos moderados y los liberales radicales o puros que integraban la mayoría dentro del Congreso.

Sin entrar al estudio detallado de las innovaciones que el proyecto de Constitución y la Ley Fundamental que finalmente fue aprobada en 1857 presentan en relación con el texto del primer Pacto Federal de 1824, es indudable que entre la Constitución de 1824 y la de 1857 existe una gran vinculación material, de semejante índole a la que ya se señaló media entre la Ley Fundamental de 1857 y la de 1917.

Es por ello que puede decirse que para conocer la historia de nuestra vigente Constitución, además de recurrir a las fuentes que nos proporcionan los datos y los elementos que se refieren a sus partes propias o distintivas, se requiere ascender en la investigación para encontrar las fuentes en los programas de la vida colectiva que le antecedieron, pues cada una de las tres constituciones federales contribuyó con sus aportaciones, en tanto que ciertos principios y fórmulas políticas se han mantenido en todas ellas. No obstante esto que aparentemente constituye un ejercicio más o menos simple de genealogía constitucional, las sucesivas generaciones nacionales no hemos conocido suficientemente el significado de dichas aportaciones.

De conformidad con esta tesis, puede afirmarse que las mencionadas Acta Constitutiva y Constitución Federal de 1824 aportan un material muy importante para el estudio de la Carta Fundamental de 1857 y que son tan relevantes los problemas que se presentaron

en el periodo formativo de nuestra organización jurídico-política, en los años de 1821 a 1824, y es tan abundante en documentos y en personajes de primera importancia ese periodo, como grande es la ignorancia que en México se ha mantenido acerca de esa época.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS INMEDIATOS

Dicho lo anterior, para no perder el foco de este estudio, por ahora habrá que presentar solamente algunos elementos que pueden contribuir a obtener una mejor perspectiva sobre los acontecimientos que ocurrieron en el Congreso Constituyente de 1856-1857.

Hay que señalar sin ambages y admitir con humildad —ésta es, según el dicho insuperable del estimado maestro Enrique Kuri, “la objetividad absoluta”— que la anarquía y el desorden de los sistemas empleados para impulsar el desarrollo político, económico y social de México fueron la constante en el periodo que cubre, cuando menos, los primeros cincuenta años de su vida como nación independiente.

Esa desorientación, ese desorden, ese no encontrar las fórmulas adecuadas para una convivencia sana y fructífera entre los mexicanos, significaron grandes, inmensos costos para el país, entre otros, ni más ni menos, la pérdida de aproximadamente la mitad del territorio que el Estado mexicano había recibido en 1821 como causahabiente de la Madre Patria.

Las dramáticas consecuencias de la guerra con Estados Unidos (1846-1848), que concluyó con la firma de los Tratados de Guadalupe Hidalgo el 2 de febrero de 1848, engendraron nuevas y múltiples causas de inestabilidad y desorganización imposibles de contener, no obstante el restablecimiento del sistema federal a través del Acta de Reformas de 1847, con la que se otorgó nueva vigencia a la Constitución de 1824. Es bien sabido que uno de los principales promotores de estas reformas fue Mariano Otero y que con ellas nació el juicio de amparo en el ámbito federal.

El gobierno de José Joaquín de Herrera (1848-1851) que sostuvo una línea moderada con la cual aprovechó la dízque “indemnización” acordada a favor de México en los ya mencionados Tratados de Guadalupe Hidalgo, así como el gobierno de Mariano Arista (1851-1852), cuya renuncia abrió las puertas a la última dictadura de Santa Anna, padecieron los efectos de la ruinoso situación nacional. El propio

Arista, al anunciar su dimisión de la Presidencia de la República el 5 de enero de 1853, expresó lo siguiente: “Los acontecimientos que hoy ponen a la nación y a sus instituciones al borde de un abismo, se anunciaron desde mi advenimiento al poder con la crisis del Tesoro, y con ella nacieron también la oposición y las dificultades que, cultivadas después empeñosamente por el espíritu de partido, han venido últimamente a dar por tierra con todo, incluso el respeto, la estimación y la fuerza moral de la autoridad”.⁴

La dictadura militar de Santa Anna estimuló y llevó a sus extremos la falta de racionalidad en el manejo de la cosa pública. En el breve periodo de 1853 a 1855 se decidió toda una fase de la historia de México, la ya señalada como el largo periodo inicial de la vida independiente de la nación, y se abrió la oportunidad para el advenimiento de la Constitución de 1857 y de las Leyes de Reforma.

Previamente, no obstante los fugaces triunfos políticos de los liberales y la clara definición de sus propósitos, especialmente en 1833, las bases económicas y sociales legadas por la época de la dominación española subsistieron entre 1821 y 1855, como era hasta cierto punto natural. La deuda pública elevó su cuantía sin transformarse en un renglón dinámico por medio de inversiones productivas. El clero conservó sus privilegios y riquezas y los terratenientes ampliaron su dominio en el campo. La industria, la minería y el comercio continuaron en manos de grupos selectos y las grandes mayorías de la población confrontaron una condición deplorable.

¿Cuáles fueron las consecuencias políticas de esta grave situación económica y social del país? Rabasa resumió la historia de las primeras décadas del México independiente en la siguiente forma: “En los veinticinco años que corren de 1822 en adelante, la nación mexicana tuvo siete congresos constituyentes que produjeron, como obra, una Acta Constitutiva, tres constituciones y una Acta de Reformas, y como consecuencias, dos golpes de Estado, varios cuartelazos en nombre de la soberanía popular, muchos planes revolucionarios, multitud de asonadas e infinidad de protestas, peticiones, manifiestos, declaraciones y de cuanto el ingenio descontentadizo ha podido inventar para mover al desorden y encender los ánimos. Y esta porfía de la

⁴ Secretaría de Hacienda y Crédito Público, *La Hacienda Pública en México a través de los informes presidenciales*, México, 1951, p. 121.

revuelta y el desprestigio de las leyes, en que los gobiernos sabían ser más activos que la soldadesca y las facciones, y en que el pueblo no era sino materia disponible, llevaron aquéllos al contingente más poderoso para aniquilar la fe de la nación, con la disolución violenta de dos congresos legítimos y la consagración como constituyentes de tres asambleas sin poderes ni apariencia de legitimidad".⁵

Una versión más reciente de esos acontecimientos ofrece lo siguiente: "En efecto, en ese periodo (los treinta y tres primeros años de la vida independiente de México) rigieron al país cuatro constituciones, dos repúblicas centrales y dos federales, más la última dictadura de Antonio López de Santa Anna. Dos de los numerosos titulares del poder ejecutivo fueron fusilados: el emperador Iturbide y el presidente Guerrero, precisamente los autores de la independencia. Sólo la primera república federal tuvo un periodo normal, el de Guadalupe Victoria, y la segunda la transmisión pacífica del poder por José Joaquín de Herrera. Santa Anna domina la escena nacional del Plan de Casamata al de Ayutla, por eso con sobrada razón Alamán pudo escribir que la historia de esos años puede llamarse con propiedad la historia de las revoluciones de Santa Anna.

En unas cuantas dicotomías suele resumirse la historia de ese tercio de siglo: monarquía contra república; federación contra centralismo; democracia *versus* oligarquía; clase media contra clero, milicia y propietarios territoriales; liberales contra conservadores; simpatizadores de Estados Unidos contra partidarios de Europa, etc. Un esquema simplista indicaría que al final las dicotomías parecen escindirse tajantemente, de modo que de un lado figuren la constelación república federal, democrática, liberal, burguesa y pro yanqui, y del otro la monarquía, centralismo, conservatismo y oligarquía europeizante. Se ha dicho que con el Plan de Iguala el país conquistó la independencia, pero no la libertad. Esto es, separación de España pero mantenimiento del *statu quo*. El esfuerzo de unos por conservar el legado de Iguala y el de otros por destruirlo, empeñó al país en una lucha de un tercio de siglo".⁶

⁵ RABASA, Emilio, *La Constitución y la Dictadura*, México, 1912, p. 9.

⁶ GONZÁLEZ NAVARRO, Moisés, "La Era de Santa Anna", en *Historia Documental de México*, t. II, pp. 177 y 178.

III. EL PROGRAMA DE LOS LIBERALES

Con la gran intensidad de la lucha desatada durante el primer tercio del siglo XIX, los liberales y los conservadores construyeron entonces dos modelos ideológicos para resolver los problemas económicos y sociales, y ellos constituyen la antinomia fundamental que se debatió hasta el triunfo del Plan de Ayutla. Son muchos los matices que caracterizan a esos dos modelos. Aquí será suficiente sólo señalar, a grandes líneas y en forma general, las principales tesis que sostuvieron esos grupos. El pensamiento liberal fue representado por la generación de 1833 y el Dr. José María Luis Mora es considerado como su teórico más destacado; en el extremo contrario, el de los conservadores, cuenta principalmente don Lucas Alamán. Existió, es cierto, el modelo intermedio, el de los moderados, pero fue impreciso, fluctuante, casi inaprehensible y lleno de confusiones y sorpresas. Hubo, también es cierto, una preocupación general que abarcó a todos los "partidos", aunque sin identificarlos y menos unificarlos; por el contrario, agudizó sus animosidades y violentó sus contradicciones. Y esa fue, desafortunadamente, la preocupación por el problema religioso.

A ese respecto siempre complicado y espinoso, Rabasa escribió: "El clero se empeñó en presentar como incompatibles el catolicismo y el liberalismo para hacer inseparables el sentimiento religioso y la filiación política; pero, en cambio, los liberales... marcaron la distinción entre el clero y la Iglesia y entre la Iglesia y los dogmas, de suerte que llamaron a sus enemigos "clericales" sin abjurar por su parte del título de católicos. Pero en aquella época de transición, en que más que una lucha de principios había una evolución dolorosa de conciencias, y en que cada hombre antes de combatir al adversario, comenzaba por luchar consigo mismo, muchos, quizá la mayor parte, permanecían en la indecisión, querían hacer de la perplejidad el punto medio y llegaban a creer de buena fe que los extremos tenían una línea de acomodación aconsejada por la razón, por el patriotismo y por los principios religiosos. Éstos formaron el partido moderado, que si parecía avanzado en tolerancia, era reaccionario en política, y del cual se pasaba mucho más fácilmente al clericalismo neto que al liberalismo puro; partido esencialmente débil, puesto que tenía que componerse de hombres débiles, y que perjudicó profundamente a la evolución rápida del liberal, porque éste se veía inclinado con

frecuencia a confiar en los hombres de aquél, por la proximidad de sus principios y la elasticidad de sus concesiones".⁷

El modelo liberal del primer tercio del siglo XIX fue claramente expuesto por José María Luis Mora, quien en 1834 resumió en ocho puntos las ideas esenciales del mismo modelo:

1. Libertad absoluta de opiniones y, en consecuencia, supresión de las leyes represivas de la prensa.
2. Abolición de los privilegios del clero y de la milicia.
3. Supresión de las instituciones monásticas y de todas las leyes que atribuyeran al clero el conocimiento de negocios civiles, como el contrato de matrimonio.
4. Reconocimiento, clasificación y consolidación de la deuda pública, designación de fondos para pagar su renta y establecimiento de hipotecas para amortizarla más adelante.
5. Medidas para hacer cesar y reparar la bancarrota de la propiedad territorial, para aumentar el número de propietarios territoriales, fomentar la circulación de este ramo de la riqueza pública y facilitar los medios de subsistir y adelantar a las clases indigentes, sin ofender ni tocar en nada al derecho de los particulares.
6. Mejora del estado moral de las clases populares mediante la destrucción del monopolio del clero en la educación pública, por la difusión de los medios de aprender y la inculcación de los deberes sociales, por la formación de museos, conservatorios de artes y bibliotecas públicas, así como por la creación de establecimientos de enseñanza para la literatura clásica, las ciencias y la moral.
7. Abolición de la pena capital para todos los delitos políticos y para aquellos que no tuviesen el carácter de un asesinato premeditado.
8. Garantía de la integridad del territorio por la creación de colonias que tuviesen por base el idioma, los usos y las costumbres mexicanos.⁸

⁷ RABASA, Emilio, *op. cit.*, p. 30.

⁸ MORA, José María Luis, "Programa de los principios políticos que en México ha profesado el partido del progreso, y de la manera con que una sección de este partido pretendió hacerlos valer en la administración de 1833 a 1834", en *Revista Política*, México, s/f, pp. 108 y ss.

Los ocho principios antes aludidos y enunciados son los que constituyeron en México, según afirmó el propio doctor Mora, "el símbolo político de todos los hombres que profesan el progreso", e inspiraron también la práctica concreta de una administración, la de Valentín Gómez Farías, entre 1833 y 1834, posteriormente removida por Santa Anna y los militares y demás socios que lo apoyaban. Mora aconsejaba entonces a los moderados llevar adelante tales principios con "medidas prolongadas y enérgicas". Sin embargo, los consejos de Mora a los liberales moderados fueron desestimados, echados por la borda. Ciertamente, ellos no se ocuparon de conducir el programa liberal por el camino de las "medidas prolongadas y enérgicas" y el fracaso de su política de compromiso o transacción se mostró claramente en la administración de don José Joaquín de Herrera y en la posterior y sorprendente renuncia de Mariano Arista.

IV. EL PROGRAMA DE LOS CONSERVADORES

La invasión de los norteamericanos, fuente de graves consecuencias para el país y de increíbles confusiones en la conciencia política de los mexicanos, según lo hizo notar don José Fernando Ramírez, uno de los moderados más capaces y distinguidos,⁹ no indujo transformaciones importantes en la conducta de los moderados y por ello, ante la prueba de la ineficiencia de éstos, los conservadores aprovecharon la coyuntura para llevar por enésima ocasión a Santa Anna a la Presidencia de la República. En el convenio de fecha 6 de febrero de 1853, firmado por Juan Bautista Ceballos, Presidente Interino y sucesor de Mariano Arista, y el general Uruga, se estableció que el Jefe del Poder Ejecutivo que se eligiera dispondría, hasta la promulgación de una nueva Constitución, de las facultades necesarias para restablecer el orden social, planear la administración pública, formar el erario nacional y adoptar medidas en materia judicial. El 20 de abril del mismo año, ante el Presidente de la Suprema Corte, Santa Anna se encargó del Poder Ejecutivo investido de esas facultades extraordinarias.

⁹ Véase, por ejemplo, la carta escrita por RAMÍREZ el 8 de marzo de 1847, publicada por Genaro GARCÍA y Carlos PEREYRA en el t. III de los *Documentos inéditos o muy raros para la historia de México*, México, 1905, pp. 270-282.

Esta última reaparición de Santa Anna, dotado con tan grandes poderes, sirvió para que el "partido" conservador anunciara los propósitos de su doctrina, francamente y sin timidez alguna. El organizador del modelo conservador, don Lucas Alamán, dirigió entonces una carta a Santa Anna inmediatamente antes de que éste viniera a tomar posesión del poder que se le estaba preparando, en la que Alamán expresaba, con franqueza y sin adulaciones hacia el vanidoso caudillo, las ideas de gobierno que debían orientar y dirigir a la administración que se preparaba. Un Santa Anna bien aconsejado habría de ser el resumen del nuevo gobierno.

En la mencionada carta de don Lucas, fechada el 23 de marzo de 1853, se encuentran las bases del sistema ideado por los conservadores para el manejo de la cosa pública. Representa, por lo demás, la definición madura de una línea política sostenida desde los orígenes de la nación por quienes se resistían a aceptar la mayor parte de las formas de la política moderna. La monarquía que había sido propuesta por Gutiérrez Estrada en su conocida Carta de 1840,¹⁰ se transformó en el ejercicio de una dictadura apoyada por "toda la gente propietaria, el clero y todos los que quieren el bien de la patria", según reza el texto de Alamán.

Pero son varios elementos más los que conformaron los principios del bando conservador, declarados expresamente en el documento de don Lucas Alamán de 1853, a saber:

1. La conservación de la religión católica y sus fueros y privilegios.
2. La restricción de la libertad de pensamiento e imprenta por una intervención de la autoridad pública que impidiera la circulación de "obras impías e inmorales".
3. La constitución de un gobierno con la fuerza necesaria para cumplir sus deberes, aunque sujeto a responsabilidades que eviten los abusos que él mismo pudiese perpetrar.
4. Una fuerza militar suficiente para proteger el orden implantado, perseguir a los indios bárbaros y guardar la seguridad de los caminos.

¹⁰ GUTIÉRREZ ESTRADA, José Manuel, "Carta dirigida al Excelentísimo Sr. Presidente de la República sobre la necesidad de buscar en una convención el posible remedio de los males que aquejan a la República", en *Colección de Documentos Públicos-Económicos*, México, 1948, t. I, pp. 72 y ss.

5. Una decidida lucha contra la Federación, el sistema representativo, los ayuntamientos electivos y todo lo que se llamare elección popular, mientras todo ello no descansara sobre bases distintas a las empleadas hasta entonces.
6. La sustitución del Congreso nacional por consejos poco numerosos que prepararan los trabajos en las distintas ramas de la administración.
7. La modificación de la distribución territorial por una que hiciera olvidar la forma de una federación integrada por estados y facilitara la buena administración, "siendo éste el medio más eficaz para que la Federación no retoñe".
8. El dominio de una opinión pública dirigida por medio de los principales periódicos de la capital y de los estados, publicaciones que dependerían fundamentalmente de la fuerza moral que dé la uniformidad del clero, de los propietarios y de toda la gente sensata que está en el mismo sentido.
9. El establecimiento de un gobierno fundado en la energía de carácter de un hombre y apoyado en los recursos de las clases conservadoras.

La carta de Alamán a Santa Anna concluye con las siguientes frases: "Tiene usted, pues, a la vista, lo que deseamos, con lo que contamos y lo que tenemos. Creemos que estará por las mismas ideas; mas si así no fuere, tememos que será gran mal para la nación y aun para usted... En manos de usted, señor general, está el hacer feliz a su patria colmándola usted de gloria y de bendiciones".¹¹

V. EL PLAN DE AYUTLA

La muerte de Alamán, acaecida en junio del mismo año de 1853, y el desmedido abuso de la dictadura de Santa Anna que el propio don Lucas ya no pudo moderar, junto con la imposibilidad del gobierno conservador para resolver los graves problemas del país, fueron otras tantas de las causas que provocaron el levantamiento de Ayutla. Juan N. Álvarez, el antiguo compañero de José María Morelos en las luchas

¹¹ El texto íntegro de la carta de ALAMÁN a Santa Anna está reproducido en VALADÉS, José C., *Lucas Alamán, estadista e historiador*, México, 1938, pp. 528 y ss.

por la independencia, e Ignacio Comonfort, coronel retirado y ex administrador de la Aduana de Acapulco, hombre de ideas moderadas, encabezaron el movimiento contra la dictadura santannista.

Los autores del Plan de Ayutla, reformado en Acapulco con posteridad a su expedición, expresaron con claridad los motivos que los llevaron a la rebelión. En ese documento, publicado el 1 de marzo de 1854, se manifestaron las siguientes consideraciones:

“Que la permanencia de don Antonio López de Santa Anna en el poder es un amago constante para las libertades públicas, puesto que con el mayor escándalo bajo su gobierno, se han hollado las garantías individuales que se respetan aun en los países menos civilizados; que los mexicanos, tan celosos de su libertad, se hallan en el peligro inminente de ser subyugados por la fuerza de un poder absoluto ejercido por un hombre a quien tan generosa como deplorablemente confiaron los destinos de la patria; que bien distante de corresponder a tan honroso llamamiento, sólo ha venido a oprimir y vejar a los pueblos, recargándolos de contribuciones onerosas, sin consideración a la pobreza general, empleándose su producto en gastos superfluos, y (en) formar la fortuna, como en otra época, de unos cuantos favoritos; que el plan proclamado en Jalisco, y que le abrió las puertas de la República, ha sido falseado en su espíritu y objeto, contrariando el torrente de la opinión, sofocada por la arbitraria restricción de la imprenta; que ha faltado al solemne compromiso que contrajo con la nación al pisar el suelo patrio, habiendo ofrecido que olvidaría resentimientos personales, y jamás se entregaría en los brazos de ningún partido; que debiendo conservar la integridad del territorio de la República, ha vendido una parte considerable de ella (La Mesilla), sacrificando a nuestros hermanos de la frontera del Norte, que en adelante serán extranjeros en su propia patria para ser lanzados después como sucedió a los californianos; que la nación no puede continuar por más tiempo sin constituirse de un modo estable y duradero, ni dependiendo su existencia política de la voluntad caprichosa de un solo hombre; y, por último, que atendiendo a que la independencia nacional se halla amagada, bajo otro aspecto no menos peligroso, por el general Santa Anna; usando los mismos poderes que usaron nuestros padres en 1821 para conquistar la libertad, los que suscriben proclaman y protestan sostener hasta morir, si fuese necesario, el siguiente plan...”

En el contexto del Plan de Ayutla, el cual contiene nueve puntos, se mantienen cuatro fundamentales proposiciones: a) la supresión de la dictadura de Santa Anna; b) la instalación de un congreso ex-

traordinario constituyente para organizar a la nación bajo la forma republicana, representativa y popular de gobierno; c) la derogación de la gabela impuesta a los pueblos con el nombre de capitación y d) la transformación del ejército en un instrumento del gobierno para apoyar el orden social y las garantías individuales, ya llamadas así estas últimas desde entonces.

Las reformas a este importante Plan efectuadas en Acapulco el 11 de marzo del mismo año de 1854, agregaron a las consideraciones y proposiciones del Plan un deliberado reconocimiento de la doctrina liberal, pues en este segundo documento se afirma “que las instituciones liberales son las únicas que convienen al país, con exclusión absoluta de cualesquiera otras; y que se encuentran en inminente riesgo de perderse bajo la actual administración, cuyas tendencias al establecimiento de una monarquía ridícula y contraria a nuestro carácter y costumbres, se han dado a conocer ya de una manera tan clara y terminante con la creación de órdenes, tratamientos y privilegios abiertamente opuestos a la igualdad republicana”.

Más allá de la postura intolerante y excluyente expresada en las reformas de Acapulco, el Plan de Ayutla planteaba de esa manera lo que sería el futuro inmediato posterior a la jura y promulgación de la Constitución de 1857: primero, la guerra civil para dilucidar si prevalecía o no la forma de gobierno establecida en la misma Constitución y si prevalecían o no las ideas liberales, “con exclusión absoluta de cualesquiera otras”; después, el imperio de Maximiliano de Hamburgo, con la intervención francesa que vino a sostenerlo. En total, diez años de penurias, zozobras y división de las familias.

Sin embargo, en los puntos octavo y décimo de la reforma acapulqueña del Plan que se comenta, se amplía la fe republicana y democrática de los revolucionarios de Ayutla: por el octavo se derogaban los efectos de las leyes vigentes que pugnarán contra el sistema republicano y por el décimo se apelaba a la presencia de la soberanía popular al admitirse que “si la mayoría de la nación juzgare conveniente que se hagan algunas modificaciones a este plan, los que suscriben protestan acatar en todo tiempo su voluntad soberana”.

El peso específico del liberalismo era, pues, definitivo en el Plan de Ayutla; pero también lo eran los atributos propios de la rebelión encabezada por el antiguo insurgente Juan N. Álvarez que ofrecían al país el espejismo de un renacimiento nacional. Esas características las

reseñó Ignacio Burgoa en los siguientes términos: "El Plan de Ayutla propendió a derrocar violentamente la dictadura santanista, tuvo como propósito establecer la 'igualdad republicana' mediante la abolición de 'órdenes, tratamientos y privilegios' abiertamente opuestos a ella, pugnó por la organización 'estable y duradera' del país mediante un orden constitucional republicano, representativo, popular y respetuoso de las garantías individuales e hizo surgir con perfiles ideológicos perfectamente marcados al Partido Liberal que sostuvo con las armas la Constitución de 1857 y las Leyes de Reforma".¹²

Los hechos se sucedieron rápidamente. Santa Anna había tomado posesión de la Presidencia de la República el 20 de abril de 1853 y dejó el poder el 9 de agosto de 1855; el 4 de octubre del mismo año, después de los ajustes discutidos en Cuernavaca, fue nombrado Presidente Interino de la República el general Juan N. Álvarez. Unos meses después, con base en las facultades que le otorgaba el Plan de Ayutla, Álvarez renunció a la Presidencia y designó como sustituto al general Ignacio Comonfort, quien tomó posesión el 11 de diciembre de 1855.

Justo Sierra comentó el final de la era de Santa Anna de la siguiente manera: "Todo un periodo de nuestra historia desaparecía con él, no sin dejar largos y sangrientos rostros, a manera de visos rojos de crepúsculo. La historia nacida de la militarización del país por la guerra de independencia y de la anarquía sin tregua a que nuestra educación nos condenaba, manifestaciones morbosas, pero fatales, de nuestra actividad personificada en Santa Anna, iba a concluir, la tragedia perdía su protagonista. Lenta, pero resuelta y definitivamente, otro periodo histórico, otra generación, otra República iban a entrar en escena".¹³

En efecto, la historia de las generaciones mexicanas había cambiado radicalmente. Así lo mostró González Navarro al analizar esa época: "Destaca la presencia de la juventud en el campo liberal y (la) de los viejos en el conservador; éstos sólo tuvieron dos notables excepciones (Luis G.) Osollo y (Miguel) Miramón, aquéllos a Juan N. Álvarez.

¹² BURGOA, Ignacio, "Reseña histórica sobre la situación político-jurídica de México desde 1810", en *Plan de Ayutla, Conmemoración de su Primer Centenario*, México, 1954, pp. 83 y 84.

¹³ SIERRA, Justo, *Evolución política del pueblo mexicano*, México, 1940, pp. 281 y 282.

Grande fue el número de liberales que al tiempo de la revolución de Ayutla tenían alrededor de veinticinco años, abogados que trocaron la pluma por la espada: Porfirio Díaz, Ignacio Zaragoza, Pedro (Luis) Ogazón, Francisco Zarco, Vicente Riva Palacio, Ignacio L. Vallarta, etc. Los más destacados campeones del conservadurismo, en cambio, eran gente de más de cincuenta años en esa fecha: Espinosa, (Bernardo) Couto, (Juan N.) Almonte, etc. Una generación intermedia, la que en 1855 tenía de 35 a 45 años, llevó el peso de la lucha por ambos bandos: (José María) Lafragua (Ponciano) Arriaga (Ignacio) Comonfort (Guillermo) Prieto (Ignacio) Aguilar y Marocho (Clemente de Jesús) Munguía (Pelagio Antonio de) Labastida, etc."¹⁴

El histórico reto estaba más que formulado y la responsabilidad de enfrentarlo recayó en el Congreso Constituyente Extraordinario de 1856-1857. La obra de los diputados que lo integraron, según observó Rabasa, "comprendía dos tareas bien determinadas, aunque algunas veces se confundieron en un objeto común: la una de destrucción y demolición, consistía en aniquilar al bando conservador, acabar con la influencia del clero en los asuntos políticos, hacer la reforma social, como tantas veces lo dijeron en sus discursos los progresistas; la otra de reconstrucción y organización, consistía en establecer el gobierno nacional con el mecanismo más adecuado para un funcionamiento armonioso, tan automático como fuese posible. Las condiciones personales para acabar una y otra empresa eran casi incompatibles: la primera requería convicciones absolutas, voluntad resuelta a todos los extremos, acción enérgica y hasta pasión de sectarios; la segunda necesitaba reflexión serena, espíritu previsor, más inclinación a los consejos de la experiencia que a la lógica de los principios, severidad de criterio para sojuzgar el entusiasmo, haciendo prevalecer un patriotismo adusto".¹⁵

VI. EL CONGRESO CONSTITUYENTE

Entre el 18 de febrero de 1856, fecha en que se efectuó la solemne apertura de sesiones del Congreso Constituyente, y el 5 de febrero

¹⁴ GONZÁLEZ NAVARRO, Moisés, "La Reforma y el Imperio", en *Historia documental de México*, t. II, p. 257.

¹⁵ RABASA, Emilio, *op. cit.*, p. 213.

de 1857, día en que los diputados constituyentes y el Presidente de la República firmaron y juraron, también con solemnidad, la nueva Constitución, los constituyentes discutieron, en ocasiones con violencia y apasionamiento excesivos, los puntos doctrinales de los modelos políticos elaborados en las primeras décadas de ese siglo XIX. Sería ingenuo suponer que el Constituyente fue una reunión homogénea y armoniosa de liberales dispuestos a transformar sus ideas en normas jurídicas. Las cosas no sucedieron así. Los debates entre puros y moderados llegaron en ocasiones a situaciones irreductibles y más de una vez la estrategia de los escasos conservadores que había en el Congreso estuvo a punto de llevar al fracaso los propósitos del movimiento de Ayutla.¹⁶ Estas dificultades no fueron las únicas. Habría que añadir a ellas la mal disimulada tensión que existió entre el gobierno de Comonfort y el grupo más avanzado y radical del Congreso. Sin embargo, los liberales lograron una victoria innegable: en la Constitución de 1857 se resolvió la antinomia y el antagonismo entre centralismo y federalismo y se adoptaron los principios del gobierno republicano y de la democracia representativa.

La convocatoria para el Congreso Constituyente había sido expedida por don Juan N. Álvarez el 16 de octubre de 1855. El Congreso se reuniría en Dolores Hidalgo, Guanajuato, el 14 de febrero de 1856 y dispondría de un año para cumplir con su cometido. Modificada posteriormente la convocatoria por decreto de don Ignacio Comonfort, en el punto relativo a la sede del Congreso, éste se reunió finalmente en la Ciudad de México—más precisamente en el Palacio Nacional, en el recinto legislativo que ahí se conserva y que fue restaurado hace algunos años— el 17 de febrero de 1856 y al día siguiente llevó a cabo la apertura solemne de sus sesiones.

Se inició así el brillante episodio parlamentario dedicado a la formación de la Constitución, del que diera cuenta el periodista Francisco Zarco, uno de sus protagonistas. Ese episodio tuvo jornadas memorables, como la del 4 de septiembre de 1856, en la que se discutió el proyecto de Arizcorreta que proponía el restablecimiento,

¹⁶ Todo esto puede corroborarse con la lectura de la célebre *crónica* de Francisco ZARCO, *Historia del Congreso Extraordinario Constituyente (1856-1857)*, México, 1956 y de los relatos y comentarios de MARTÍNEZ BÁEZ, Antonio, *op. cit.*, pp. 33-105, y de TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-1985*, 13a. ed., Porrúa, México, 1985, pp. 595-606.

con algunas reformas, de la Constitución de 1824, tradicional bandera del federalismo liberal que ya había sido izada varias veces y otras tantas abatida y que contaba con la autoridad de los años, el prestigio de su legitimidad y el respeto derivado del hecho de haber sido la primera ley fundamental que rigió al Estado mexicano, a raíz del alumbramiento de éste como tal. En el debate a que tal proyecto dio lugar intervinieron en contra los diputados Arriaga, Olvera y Castillo Velasco, en tanto que defendieron el proyecto su propio autor, Arizcorreta, y Aguado y cerró el debate el ministro de Relaciones De la Fuente, quien declaró que el gobierno aprobaba la idea de restablecer la Constitución de 1824 con algunas de las reformas propuestas en el proyecto.

Zarco consignó en su crónica que la votación, la cual fue nominal a solicitud del diputado Guzmán, “tuvo algo de solemne”. El proyecto de Arizcorreta fue admitido a discusión por 54 votos a favor y 51 en contra, lo que indicaba que los moderados, favorecedores del restablecimiento de la Ley Fundamental de 1824, habían ganado la batalla, “pero en los vencedores se notaba cierta vacilación que parecía inexplicable”, según añadió el cronista y diputado Zarco. Por fin Arizcorreta admitió que en vista de que notoriamente la Comisión de Constitución, de la que formaban parte los diputados que se habían pronunciado en contra, rechazaba su proyecto, se nombraría una comisión especial.

Este titubeo fue aprovechado por los diputados del bando progresista radical, quienes se lanzaron al asalto y con motivo de una cuestión de mero trámite convirtieron su derrota en victoria. El propio Zarco, Gamboa, Prieto, Guzmán y Cendejas reclamaron el trámite de nombrar una comisión especial porque la de Constitución existía y la asamblea en manera alguna le había retirado su confianza. Uno tras otro acosaron al Presidente de la asamblea con intervenciones rápidas y precisas, lo que llevó a Arizcorreta a retirar el trámite de la formación de una comisión especial que había propuesto. Zarco no dejó pasar la oportunidad y entabló con el Presidente de la asamblea un diálogo fulgurante en el que acabó por arrancarle la declaración comprometedora: Arizcorreta dijo: “pase el proyecto a la Comisión respectiva”, la cual no podía ser otra que la Comisión de Constitución en la que mayoritariamente sus miembros favorecerían la expedición de una nueva ley fundamental.

Así, en el duelo entre las dos constituciones federales, venció la de 1857, la de nueva creación, puesto que la Comisión de Constitución jamás llegó a ocuparse del proyecto de Arizcorreta.

Al decir de don Felipe Tena Ramírez, esta jornada parlamentaria del 4 de septiembre de 1856 fue “acaso la más alta y sin duda la más trascendental en la vida del Congreso Constituyente... Recogió las últimas convulsiones de una época y a partir de ese día la vertiente de la historia de México tomó otro declive. Por esos títulos... ocupa, sin usurparlo, uno de los mejores lugares en nuestros fastos parlamentarios”.¹⁷

VII. REFLEXIONES FINALES

Algunas reflexiones sobre la trascendencia innegable de la Constitución de 1857, servirán para concluir este estudio.

Con el triunfo definitivo de la República en el Cerro de las Campanas el 19 de junio de 1867 cambió el panorama constitucional de México. Las armas republicanas vencían al Imperio de Maximiliano y a la intervención francesa, pero indudablemente en su victoria estaba incluida, de una vez por todas, la del Partido Liberal sobre el Conservador, lo que significaba a su vez la resolución final de la prolongada querrela entre los dos bandos, desarrollada entre 1821 y 1867 en torno del contenido constitucional y muy significativamente dentro de éste, en torno de la forma de gobierno.

De manera que la historia constitucional de México se escinde en dos largos periodos, uno anterior y otro posterior a 1867. Durante el primero, la constante es la inestabilidad política centrada casi siempre en la ley fundamental y la forma de gobierno y significada por los constantes levantamientos, planes, motines y asonadas. Los temas que dividían a los partidos podrían haber sido resueltos al fin en el ámbito constitucional, pero la inestabilidad de los mismos partidos en el poder, agravada con la ambición de no pocos personajes de la política que sacaban ventaja de ese estado de cosas, sólo llevó a la multiplicidad de ensayos constitucionales más o menos efímeros y alineados con una u otra de las dos corrientes políticas preponderantes.

¹⁷ TENA RAMÍREZ, Felipe, *op. cit.*, pp. 598 y 599.

Durante el segundo periodo, la Constitución permanecerá firme y ya no será el objetivo de las luchas sociales. En su nombre y no en contra de ella, se harán los movimientos, armados o no, y, más importante aún, se pedirán los amparos ante el Poder Judicial de la Federación para reparar las reales o supuestas violaciones cometidas por las autoridades contra ella. En este mismo periodo, seguirá considerándose que el texto constitucional es imperfecto, poco aplicable o incluso poco observado, pero su mejoramiento se buscará a través de numerosas reformas y adiciones, a partir de las que fueron propuestas por el gobierno republicano triunfante de Juárez en la famosa circular de 14 de agosto de 1867, muchas de las cuales fueron realizadas hasta el gobierno de Sebastián Lerdo de Tejada en el año de 1874.

Así, la Constitución de 1857, con su doble triunfo y con sus reformas y adiciones —entre éstas señaladamente las Leyes de Reforma que se le adicionaron en 1873—, puso fin al ruidoso y prolongado debate sobre la organización política que hasta entonces había llenado la historia del México independiente. Hasta ahora, ya nadie ha vuelto a objetar por medio de la violencia la forma de gobierno y la soberanía del Estado mexicano y, en consecuencia, las luchas cívicas, políticas y sociales se han centrado más en otros aspectos, tales como la vigencia real y la eficacia de las instituciones; las soluciones para el abatimiento económico, moral y cultural del pueblo; la satisfacción, en fin, de necesidades distintas a las meramente políticas que tanto preocuparon durante los tres primeros cuartos del tormentoso siglo XIX mexicano.¹⁸

Ojalá que los mexicanos de hoy, conscientes de la necesidad imperiosa de ajustar nuestras instituciones políticas —en gran parte heredadas de la Constitución de 1857— a los requerimientos de los tiempos presentes, aprendiéramos las lecciones históricas que naturalmente se derivan de nuestro convulso siglo XIX. Quizá la más importante de ellas sea la que procede de la intolerancia y la desunión: con ellas presentes en el quehacer y en el debate políticos, no será factible llevar la nave del Estado a buen puerto. Otra deriva indudablemente de la falta de autenticidad y congruencia, pues como enseñaba don Gustavo R. Velasco, “...un pueblo que no respeta su constitución, no puede aspirar a un gobierno de leyes. Aun frente al fenómeno mucho

¹⁸ Cfr. TENA RAMÍREZ, Felipe, *op. cit.*, pp. 22 y 23.

más difícil de la inmoralidad, por cuanto más sutil y generalizado, que desgraciadamente corroe a la nación entera, no hay ninguna razón para desesperar de reducirla y, lentamente, ponerle remedio. Lo esencial, lo imprescindible es pensar con claridad y actuar con firmeza.

Saber lo que queremos y enseguida acometerlo con esa voluntad constante y decidida en que los romanos encontraron el elemento primordial de la justicia".¹⁹

¹⁹ Citado por don Jesús RODRÍGUEZ GÓMEZ, en el discurso pronunciado en el homenaje a don Gustavo R. VELASCO, maestro y Rector de la Escuela Libre de Derecho, el 21 de noviembre de 1983. RODRÍGUEZ GÓMEZ, Jesús, *Recuerdos*, México, 1998, p. 211.

ALGUNAS OBSERVACIONES CRÍTICAS A LA FUTURA REFORMA CONSTITUCIONAL, CON ESPECIAL MENCIÓN A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Rodolfo FÉLIX CÁRDENAS

I. Introducción. II. Reforma constitucional y Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada de 1996. III. Decreto por el que se reforman diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos presentado por el presidente Felipe Calderón Hinojosa al Senado de la República en marzo de 2007. IV. Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia de la Cámara de Diputados con Proyecto de Decreto que Reforma, Adiciona y Deroga diversas disposiciones de la Constitución Política.

I. INTRODUCCIÓN

Es de todos conocido que el sistema de enjuiciamiento penal mexicano tiene serias fisuras, por decir lo menos. La inercia que desde años atrás se viene experimentando para abandonarlo y trasladarse a otra vía de enjuiciamiento que se caracterice por su transparencia y eficacia ha conllevado a la formulación de numerosas iniciativas de reforma al texto constitucional,¹ la más reciente, aprobada ya por el Congreso de la Unión circula por las entidades federativas y el Distrito Federal en búsqueda de su voto aprobatorio.²

¹ Véase Moisés MORENO HERNÁNDEZ, "Retos y perspectivas de la reforma penal", en *Examen*, núm. 157, año XIX, marzo de 2008, pp. 27 y 28.

² Ello para culminar el proceso de reforma constitucional en términos del artículo 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La reforma constitucional, que se anuncia como un hecho, toca diversos artículos del texto de la Carta Magna, a pesar de ser objeto de mayor publicidad lo que ya, como lenguaje común, se suele denominar como juicio oral,³ cuya referencia continua por sus promotores se muestra como la mejor moneda –por no decir la única– de dicha reforma.

No debe perderse de vista, sin embargo, que la reforma constitucional va más allá de la propuesta de un nuevo sistema de enjuiciamiento penal; ciertamente presenta algunos temas que me parecen plausibles, por citar sólo algunos, coincido con García Ramírez⁴ en la adopción de medidas alternativas para resolver los conflictos, el fortalecimiento de la defensoría pública y de los derechos de la víctima, como el que se busque privilegiar la libertad, entre otros; sin embargo, dicha reforma toca a la vez otros aspectos también relevantes respecto de los cuales la referencia ha sido menor, a no ser en los distintos foros especializados en que se ha venido discutiendo el tema;⁵ me refiero a la regulación que se propone con relación a la delincuencia organizada; a la nefanda propuesta del uso de grabaciones entre interlocutores que revelen algún hecho delictivo,⁶ como a la intervención de las

³ Esta expresión –juicio oral– no es acertada para denominar lo que se quiere presentar como un sistema de enjuiciamiento penal distinto, al ser tan sólo la referencia a una etapa procesal, si bien importante y característica de éste, pero que no debe confundirse con un sistema de corte acusatorio que es en realidad en lo que consiste la propuesta formulada.

⁴ Véase Sergio GARCÍA RAMÍREZ, “¿Agua y veneno? Doble sistema penal”, en *Examen*, núm. 157, año XIX, marzo de 2008, pp. 16 y 17.

⁵ Ha encabezado la discusión, desde la iniciativa presentada al Senado de la República en marzo de 2007 por el presidente Felipe Calderón Hinojosa, el Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal organizador del Foro: “La Reforma Penal en México. Análisis, críticas y perspectivas”, celebrado en sus instalaciones de la ciudad de México del 23 al 27 de abril de 2007, cuyos trabajos se recogieron en la publicación: “La Reforma Penal. Análisis, críticas y perspectivas”, en la revista *Sistema Penal*, edición especial, agosto de 2007, del Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal; también en el Foro de discusión organizado por el mismo Instituto de Formación Profesional: “La Reforma constitucional en materia penal y seguridad pública”, celebrado del 7 al 11 de enero de 2008 en sus instalaciones; así como en el Foro de discusión: “Los estados ante la Reforma constitucional en materia penal”, organizado por el mismo Instituto de Formación Profesional, con la Procuraduría General de Justicia del Estado de Veracruz y con la participación de la Academia Mexicana de Ciencias Penales y la Procuraduría General de la República, celebrado en la ciudad de Xalapa de Enríquez los días 8 y 9 de enero de 2008.

⁶ Me refiero aquí a lo que prevé el artículo 16 constitucional en lo que vendrá a ser su décimo tercer párrafo al señalar: Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancio-

comunicaciones privadas que, si bien no se toca como tal de manera expresa, a mi entender se ve afectada por la reforma constitucional misma; de estos aspectos me ocuparé a continuación.

II. REFORMA CONSTITUCIONAL Y LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA DE 1996

En el año de 1995, los instrumentos jurídicos con los que contaba el Estado mexicano no tenían la capacidad de rendimiento para hacer frente a la delincuencia organizada. En aquel entonces, la Procuraduría General de la República fue la promotora en la búsqueda de posibles soluciones para ello; así, se integró un grupo interinstitucional de trabajo y se decidió acudir al extranjero para tomar nota de la experiencia de países como Colombia, Estados Unidos, Italia, España y Francia; se trataba de conocer de mejor manera cómo en estos países se estaba atacando ese fenómeno delictivo.⁷ La Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, en aquel entonces a cargo del Dr. José Antonio González Fernández, también tuvo presencia y participación en esos lugares.⁸ El resultado de los trabajos condujo a la elaboración, ya en 1996, del Proyecto de la que hoy conocemos como Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.⁹

ará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas, *excepto cuando sean aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas. El juez valorará el alcance de éstas, siempre y cuando contengan información relacionada con la comisión de un delito. En ningún caso se admitirán comunicaciones que violen el deber de confidencialidad que establezca la ley.*

⁷ El grupo de trabajo se integró por distintos sectores y actores; unos cubrieron alguna o algunas etapas otras todas; entre ellos se encontraban por la Procuraduría General de la República el Dr. Moisés Moreno Hernández, el Dr. Samuel González Ruiz, el Dr. Mario Estuardo Bermúdez, el licenciado José Luis Santiago Vasconcelos; por la Presidencia de la República el abogado Fernando Gómez Mont y como legisladores acudieron Eduardo Andrade Sánchez, José Ángel Conchello, Eduardo Zapata Perogordo, Eduardo González Alcocer, Gerardo de Jesús Arellano Aguilar, Ramón Sosamontes, Mauro González Luna, entre otros.

⁸ Acudió en representación de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal el entonces subprocurador Eduardo Ibarrola Nicolín.

⁹ *Diario Oficial de la Federación*, 7 de noviembre de 1996. Un análisis sobre la misma puede verse en Sergio GARCÍA RAMÍREZ, *Delincuencia organizada. Antecedentes y regulación penal en México* (Porrúa, México, 1997). También en Augusto SÁNCHEZ SANDOVAL, “La Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada: un nuevo fuero penal posmoderno”,

Primero, se elaboró este Proyecto de ley, pero frente a su contenido, particularmente en materia de “intervención de comunicaciones privadas”, un importante sector señaló la necesidad de reformar la Constitución Política para que el sustento normativo de la misma quedara precisado a nivel constitucional, estableciéndose ahí mismo, incluso, una serie de prohibiciones para su ejercicio,¹⁰ aun cuando, bajo criterio distinto, ello resultaba innecesario pues se desprendía de la interpretación del primer párrafo del artículo 16 constitucional el control judicial de los actos que causaren molestia a los particulares.¹¹

Desde su origen, la “intervención de comunicaciones privadas” estuvo pensada únicamente para delitos considerados como de Delincuencia organizada¹² o, como refiere García Ramírez, la reforma constitucional de 1996 estuvo regida por el tema de la delincuencia organizada¹³. En este proceso, se habría elaborado primero el Proyecto de la Ley mencionada y después el de reforma constitucional, de tal manera que la reforma al artículo 16 de la Carta Magna que vendría a contemplarla no tuvo otro sustento ideológico que el combate a la delincuencia organizada; no obstante ello, el Constituyente prefirió omitir esa alusión y es así que en el entonces noveno párrafo (hoy

con la colaboración de María Claudia Campuzano Caballero, en *Alter*, Revista Internacional de Teoría, Filosofía y Sociología del Derecho, año I, núm. 3, septiembre-diciembre de 1997, pp. 145-196.

¹⁰ Frente a las experiencias vividas, en que la intervención *ilegal* de comunicaciones privadas era algo frecuente y ante el temor de dejar en manos del legislador ordinario una decisión como ésta, fue notoria la oposición del sector académico, de los especialistas en la materia, de legisladores, que ello ocurriera, con lo cual se propuso elevar al texto constitucional su regulación, siempre con la exigencia de un necesario control judicial previo de la medida adoptada. Se estableció como prohibición la intervención de comunicaciones privadas en diversas materias tales como civil, administrativa, mercantil, laboral, fiscal y las del detenido con su defensor.

¹¹ GARCÍA RAMÍREZ, *Delincuencia organizada*, op. cit., pp. 50-52 y en especial la parte transcrita de la Tesis de la Sala Auxiliar de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictada con relación al juicio de amparo directo 1993/86, de cuya interpretación le resulta aconsejable aplicar al caso de intervención de comunicaciones personales los términos en que se regula el acceso a domicilio mediante cateo.

¹² Véase Exposición de Motivos del Ejecutivo Federal y del Legislativo Federal de fecha 19 de marzo de 1996 a la Cámara de Senadores (Cámara de Origen); como los respectivos Dictamen y Discusión en las Cámaras de Senadores y Diputados, consultables en <http://www2.scj.gob.mx/leyes/UnProcLeg.asp?nldLey>.

¹³ *Delincuencia Organizada*, op. cit., p. 47.

décimo segundo) del artículo aludido no aparece ninguna mención a la misma.¹⁴

El entonces párrafo noveno (hoy décimo segundo) en mención, dispone que la “intervención de las comunicaciones privadas” sólo puede provenir de una solicitud; en el ámbito federal, de la autoridad federal que faculte la Ley y, en el ámbito local, de quien sea el titular del Ministerio Público, esto es, no cualquiera puede autorizar esa medida. Pero ello no basta, existe también un claro control judicial con relación a la misma al quedar sujeto su otorgamiento a una decisión de juez, además de la necesidad de observar otros requisitos.¹⁵

De esta manera, desde el año de 1996, se puso en marcha el aparato judicial para conocer de solicitudes de “intervención de las comunicaciones privadas”, para “obsequiarlas”, “valorar” el resultado arrojado por ellas, en fin; desde ese entonces se empezó con la construcción de una doctrina judicial que a la fecha cuenta con numerosos criterios en esta temática.¹⁶ No obstante, una queja que parecía provenir más

¹⁴ No obstante ser así, atendiendo a que el origen de la reforma constitucional no fue otro, sino la generación de bases normativas para el combate a la delincuencia organizada, la interpretación del artículo 16 constitucional en su vigente párrafo noveno permite considerar que su diseño encuentra como origen precisamente ese, es decir, la necesidad de implementar instrumentos jurídicos para combatir la delincuencia organizada, de lo que parece correcto suponer que la intervención de comunicaciones privadas como excepción al secreto de las mismas, se pensó como un instrumento para combatir dicho tipo de delincuencia.

¹⁵ El texto vigente del noveno párrafo del artículo 16 constitucional establece: Las comunicaciones privadas son inviolables. La Ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas. Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente, por escrito, deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

¹⁶ Existen numerosas tesis de Tribunales Colegiados de Circuito al respecto, p. ej. COMUNICACIONES PRIVADAS. LAS PRUEBAS OFRECIDAS DENTRO DE UN JUICIO CIVIL, OBTENIDAS POR UN GOBERNADO SIN RESPETAR LA INVOLABILIDAD DE AQUÉLLAS, CONSTITUYEN UN ILÍCITO CONSTITUCIONAL, POR LO QUE RESULTAN CONTRARIAS A DERECHO Y NO DEBEN ADMITIRSE POR EL JUZGADOR COPRESPONDIENTE. Materia Constitucional. Novena Época. Segunda Sala. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XII, diciembre de 2000. Tesis 2a. CLXI/2000; INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES PRIVADAS. SUJETO PASIVO DEL DELITO. Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. Novena Época. Tesis I.4o. p. 2; INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES TELEFÓNICAS PRIVADAS. ACREDITACIÓN DEL DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 27 DE LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA

del ámbito de actuación de la Procuraduría General de la República al ser la institución que con mayor frecuencia acude a este mecanismo, apareció como el detonante que se escondía tras la Iniciativa de reforma constitucional que, en este particular aspecto, envió al Senado de la República el presidente Felipe Calderón¹⁷ y es que, en ella se decía que, o bien, los jueces no otorgan con oportunidad la medida, o bien, suelen negarla. Dicho de otra manera, la Iniciativa parecía responder más a un reclamo del Ministerio Público que no obtenía la autorización judicial para "intervenir" y que por ello el control judicial le estorba.¹⁸

De cualquier manera hay que destacar que la realidad fue que toda esa reforma estuvo orientada al combate en contra de la delincuencia organizada. Para delitos de delincuencia organizada fue que se pensó en la "intervención de comunicaciones privadas", sólo que con control judicial previo y sin que esa petición pudiera provenir de cualquier servidor público de las procuradurías.

Ello puede ser apreciado de la parte conducente del Dictamen respectivo de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión que a continuación se transcribe:¹⁹

CONSIDERACIONES I. En la actualidad, el crimen organizado tiene una indudable presencia en nuestro país y su actuación se demuestra en hechos como narcotráfico, secuestros, asaltos y otros, por ello, el Estado mexicano debe promover políticas que permitan enfrentar y combatir eficazmente este tipo de delincuencia, que ha modernizado su *modus operandi* de manera significativa. Consecuente con la po-

ORGANIZADA. Sexto Tribunal Colegiado Penal del Primer Circuito. Novena Época. Tesis I. 6o. p. 52.

¹⁷ Véase *infra*, pp. 7-10.

¹⁸ En la Exposición de Motivos de la Iniciativa de Reforma constitucional ello se hace patente, pues al respecto se dice: La intención es que estas medidas de investigación sean oportunas, pues derivado de la operación de la delincuencia organizada, resulta evidente que, en varios casos, se tiene datos que señalan la necesidad de intervenir comunicaciones de forma inmediata. *En ocasiones acudir a la autoridad judicial dificulta o imposibilita la investigación...* (cursivas añadidas).

¹⁹ Dictamen de la Cámara de Diputados del Congreso Federal relativo al proyecto de Decreto con el que se reforman y adicionan los artículos 16, 20, fracción I y penúltimo párrafo, 21, 22, y 73, fracción XXI constitucionales; Diario de los Debates, correspondiente al Segundo Periodo de Sesiones Ordinarias del Segundo Año de Ejercicio. Legislatura LVI, año II. Segundo Periodo Ordinario. Diario 16 de abril de 1996. Véase *supra*, nota núm. 9.

sibilidad de lograr mejores líneas de acción legal en contra de la delincuencia organizada, el Estado mexicano hace suya la necesidad de crear nuevos instrumentos jurídicos para una mejor procuración de justicia, en beneficio de la sociedad. La existencia de la delincuencia organizada permite fundadamente suponer en su disponibilidad de recursos económicos y tecnológicos de mayor envergadura, lo cual conduce a la necesidad de legislar para establecer las bases que posibiliten la adopción de estrategias necesarias para enfrentar eficazmente este fenómeno... Los legisladores concluyeron que el crimen organizado requiere, para afrontarlo, de un esfuerzo multidisciplinario e internacional. También se sugirió que la legislación contemple procedimientos efectivos para contrarrestar la acción de grupos de delincuentes que trabajen con equipos y tecnologías sofisticados; la realidad impone que se adecuen nuevas formas de investigación que auxilien al Ministerio Público y a la policía; intervención de los medios de comunicación, instauración de programas de protección a testigos, reducción de penas para sujetos que colaboren con la justicia y regulación jurídica de policías encubiertos... La intervención telefónica es un medio que permite a la autoridad investigadora allegarse elementos para cumplir con sus atribuciones, pero este instrumento deberá estar fundado y motivado en las causas legales del tipo de intervención, el sujeto pasivo de esta acción fundamental y su duración, para que queden establecidos con claridad los presupuestos básicos para su autorización por parte de la autoridad judicial federal y, con ello, no se conculque la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas... IV. De las modificaciones realizadas por el Senado de la República al dispositivo legal de las iniciativas. 1. Artículo 16 constitucional. La intervención de comunicaciones telefónicas y de otros medios similares por parte de la autoridad competente, constituyen una de las principales estrategias en la lucha contra el crimen organizado, que permiten recabar pruebas judiciales al interceptar, mediante grabaciones, las comunicaciones telefónicas, radiotelefónicas o similares, que se realicen por quienes colaboren o pertenezcan a este tipo de organizaciones. El tratamiento de esta reforma no es sencillo. La reforma provoca un creciente interés y origina opiniones encontradas sobre sus consecuencias. La prohibición nos conduciría a obstáculos en el diseño de medios eficaces del Estado para mejorar las tareas de investigación policiaca; regularlo

puede llevarnos a la vulneración de las garantías individuales de los sujetos si no se realiza con minuciosidad. La desventaja que trae consigo la prohibición para el Estado implicaría la ventaja para la delincuencia organizada. En la actualidad, esta delincuencia hace gala de su poderío económico en el uso de las técnicas más sofisticadas en la interceptación de los medios de comunicación, aprovechando, sin duda, de los adelantos científicos y tecnológicos más recientes para evadir la acción de la justicia. La intervención telefónica de comunicaciones telefónicas y medios similares, cuyo tópico se considera necesario en la legislación penal como elemento indiscutible en la política anticriminal, provoca preocupación sobre su constitucionalidad, donde se vierten opiniones encontradas, que van desde la autorización con una base constitucional, hasta los que piensan que es una práctica que vulnera los derechos individuales consagrados en la Constitución. Las opiniones que se han vertido sobre la intervención de los medios de comunicación, en el sentido en el que se vulneraría la intimidad o la vida privada de las personas es, ciertamente factible, si la reforma constitucional no se hiciera con cuidado. Existen opiniones que sostienen que como todo acto que cause molestia, debe fundarse y motivarse por mandamiento de autoridad competente, como lo establece el primer párrafo del artículo 16 constitucional; por esta razón, la regulación de la autorización para intervenir comunicaciones telefónicas y similares no puede ser contraria al espíritu de la Constitución. En el análisis sobre la posibilidad de regular la autorización de las intervenciones telefónicas y de otros medios de comunicación similar se plantearon diversas alternativas. La de reformar el párrafo VIII del artículo 16 constitucional, referente a los cateos y al párrafo X, que establece la inviolabilidad de la correspondencia. Si observamos el contenido del párrafo X del artículo 16 constitucional, notaremos que no ha sido alterado desde la Constitución de 1857; en 1983 este párrafo sólo cambió de ubicación, transfiriéndose al artículo 16, pero sin hacer alusión a los modernos medios de comunicación. Es admisible, que tanto la intimidad como la privacidad son bienes jurídicos tutelados por la ley; sin embargo, el Constituyente Permanente no ha considerado en un nivel constitucional, dado que no la protegió frente a los nuevos medios de comunicación; se piensa pues, que para efectos en actos de molestia se considere aplicable el párrafo primero del artículo 16

constitucional. Los avances científicos y tecnológicos que implica, facilitan la invasión en la esfera privada de los sujetos, mediante sofisticados medios de vigilancia electrónica, por lo que resulta inútil intentar salvaguardar la privacidad de las personas mediante fórmulas jurídicas tradicionales. Se considera conveniente entonces, se adicione un párrafo noveno del artículo 16 constitucional para que se regulen expresamente las intervenciones en los medios de comunicación privados, con una base constitucional para cumplir los fines de la justicia. La propuesta de reforma es precisa; la intervención de los medios de comunicación privada es un medio extraordinario de allegarse de elementos que permitan al Estado cumplir con sus atribuciones, siempre autorizados por la autoridad judicial federal, lo que garantiza que esta práctica no se vuelva arbitraria sancionando penalmente a quien sin cumplir las formalidades de ley, lo haga... 3o. Para los efectos de la regulación de la intervención de las comunicaciones privadas por las leyes secundarias, se enfatiza que en ninguna autoridad federal, inclusive el Ministerio Público de la Federación, aun cuando estuviera facultada por ley para realizar la intervención, podrá llevarla a cabo sin estar previamente autorizada por el Poder Judicial de la Federación, pese a que se alegue urgencia, notoria necesidad o cualquier otra razón. 4o. Sólo el Poder Judicial de la Federación, a través del órgano que determine la ley que expida el Poder Legislativo de la Unión, estará facultado para autorizar la intervención de comunicaciones privadas con estricto apego a todos los elementos regulatorios en la Constitución y en las leyes secundarias. Aun la facultad de apreciación de la autoridad judicial federal competente para atender lo solicitado, estará restringida y condicionada por los fundamentos, causas legales, requisitos, límites y necesidades en los términos que lo dispongan las leyes que apruebe el Congreso de la Unión. 5o. La Ley secundaria determinará el tipo idóneo de autoridad judicial que permita una intervención de las excepcionalmente contempladas en el artículo 16 constitucional, cuya reforma se propone. Para tal efecto, el legislador ordinario analizará acuciosamente todo el espectro del Poder Judicial Federal. Jueces federales de jurisdicción especial, jueces federales que no tengan competencia especial, tribunales colegiados y aun ministros de la Corte, para decidir cuál o cuáles de ellos, en razón de la mayor conveniencia para la sociedad, deben ser investidos de la delicada función

de otorgar las autorizaciones multicitadas. 6o. No basta que las leyes secundarias faculten a una autoridad federal a solicitar autorización para intervenir comunicaciones privadas, sino que dichas leyes reglamentarias deberán contener necesariamente una estricta regulación respecto de las materias o hechos en que se justifique la intervención, enumeren las causas legales que deben sustentar la solicitud respectiva, incluyan los demás requisitos que se deriven de la naturaleza de ese acto de autoridad, y establezcan los límites precisos de forma, tiempo y espacio de su ejecución. Igualmente, la ley reglamentaria, por ningún motivo omitirá normas acerca de regular la intervención y sus resultados, y las que sean necesarias para precisar controles y responsabilidades, así, las autoridades federales a las que se refiere el texto del artículo 16 constitucional propuesto, incluido el Ministerio Público Federal, podrán actuar sólo si están facultadas por la ley, lo cual constituye el elemento básico para la protección de la nueva garantía individual de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. 7o. En virtud, primero, de que la adición al artículo 16 constitucional propone “fundar y motivar las causas legales de la solicitud” de autorización para intervenir comunicaciones privadas; segundo, que se dará una especial relación entre autoridades locales y federales y, tercero, que precisamente será el Poder Judicial de la Federación quien otorgue la autorización, la atribución concedida a los titulares de los Ministerios Públicos de los estados y del Distrito Federal, para solicitar a los jueces federales autorizaciones de intervención en comunicaciones privadas, no es una norma constitucional autoaplicativa; más aún, la instancia judicial competente sólo concederá la autorización que aquellos le soliciten: a) si median en la petición respectiva las fundamentaciones y motivaciones respecto de causas previstas en las leyes federales, que se exijan a las autoridades de ese orden de gobierno; b) si se solicitan para averiguaciones previas de delitos calificados como graves en la legislación local respectiva y c) si se cumplen los demás requisitos y condiciones determinados en las leyes locales. Lo anterior implica, igualmente, que el otorgante de la autorización concedida al Ministerio Público local, deberá estar facultado para darle seguimiento a su ejecución.

III. DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN
 DIVERSOS ARTÍCULOS DE LA CONSTITUCIÓN
 POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS
 PRESENTADO POR EL PRESIDENTE FELIPE CALDERÓN
 HINOJOSA AL SENADO DE LA REPÚBLICA
 EN MARZO DE 2007

En el mes de marzo de 2007 el Ejecutivo Federal presentó al Senado de la República un Decreto reformativo de diversos artículos constitucionales, como de otras normativas,²⁰ entre ellas, sin modificar el texto del entonces párrafo noveno (salvo su orden) del artículo 16 constitucional en lo referente a la intervención de comunicaciones privadas, la Iniciativa de reforma propuso la adición de un nuevo párrafo a dicho precepto que habría venido a quedar como párrafo décimo cuarto y en el que se facultaba al Ministerio Público a autorizar, “sin control judicial previo”, la “intervención de comunicaciones privadas” en caso de delincuencia organizada, aun cuando se señalaba que la validez de ello estaría sujeta a la revisión posterior de la autoridad judicial en términos de la ley.²¹ No se trataba de modificar el noveno párrafo del artículo 16 constitucional, sino de adicionar uno nuevo, de tal forma que ambos convivieran en lo que, de su simple lectura y con los antecedentes expuestos, se mostraba como una vía inaceptable.²²

La iniciativa enunciada, llevaba a la conclusión de que, de adoptar la tesis que sostiene que las disposiciones previstas en la Constitución

²⁰ El 9 de marzo de 2007 el Ejecutivo Federal presentó ante la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión un Decreto por el que se reforman los artículos 16, 17, 18 y 73, fracción XXI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como de los diversos 25, 336, 343 bis, tercer párrafo y 343 ter del Código Penal Federal y otros de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

²¹ El texto que proponía la Iniciativa era del siguiente tenor: Tratándose de delitos considerados como delincuencia organizada, el Ministerio Público podrá ordenar la realización de arraigos, cateos e *intervención de comunicaciones privadas, cuya validez estará sujeta a revisión judicial posterior en los términos que determine la ley.*

²² Se ha visto que el origen y la ideología que se esconde detrás del entonces noveno párrafo del artículo 16 constitucional (hoy párrafo décimo segundo) no es sino el combate a la delincuencia organizada, de ahí que, una doble regulación de “intervención de comunicaciones privadas” en sentido diferente, no resultaba ser adecuada.

no se contraponen sino que se armonizan;²³ en un esfuerzo de armonización la interpretación que se podía ofrecer de ambos preceptos, partiendo de que, si el texto del entonces noveno párrafo (hoy décimo segundo) que no menciona a la delincuencia organizada como objeto exclusivo de la “intervención de las comunicaciones privadas”, no obstante que a ello se vincula su origen y, el párrafo que proponía la Iniciativa, refería a la procedencia de la intervención de comunicaciones privadas sólo en caso de delincuencia organizada, se extraía que dos textos con contenido diferente habrían coexistido en el artículo 16 constitucional aconteciendo así, lo siguiente:²⁴

- a) Como el texto que proponía la Iniciativa era expreso en referirse a la delincuencia organizada, mientras que el entonces párrafo noveno no lo hace; se habría tenido que concluir que se trataba de dos regulaciones distintas, por ello, referidas a supuestos diferentes; uno para delincuencia organizada y otro para delitos que no son de delincuencia organizada. O lo que es igual, el entonces párrafo noveno que nació en razón de la delincuencia organizada y que es la base constitucional de la ley,²⁵ habría dejado de guardar relación con delitos de delincuencia organizada a pesar de su origen, al ser improcedente suponer dos vías con control y exigencias distintas para intervenir el mismo tipo de comunicación.²⁶

²³ Elizur ARTEAGA NAVA, *Derecho constitucional*, Oxford University Press, Harla-México, Colección Juristas Latinoamericanos, México 1998, p. 10, señala al respecto: En teoría el texto de la constitución es un todo armónico y congruente; todas sus partes están conformadas de tal manera que nada sobre ni falte; que unas a otras no se contradigan o neutralicen y que, más bien, se complementen y adecuen.

²⁴ Al respecto puede verse mi aportación, “La intervención de las comunicaciones privadas en la Reforma constitucional”, en la revista *Sistema Penal*, Edición especial, agosto de 2007, Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, pp. 25-32.

²⁵ Me refiero aquí a la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

²⁶ Pues mientras el párrafo noveno del artículo 16 constitucional establecía que la solicitud debía provenir en materia federal de la autoridad que diga la Ley y en la local del titular del Ministerio Público y que, ello a la vez debe ser autorizado por el juez previamente a la intervención; conforme a la Iniciativa presentada por el presidente Felipe Calderón, cualquier Ministerio Público la habría podido solicitar sin necesidad de acudir previamente a un juez que lo autorizara, aun cuando su actuación fuere objeto de revisión judicial posteriormente.

- b) Si la reforma calderonista se hubiere aprobado, habría sido el único aplicable para intervenir comunicaciones privadas en delincuencia organizada, luego, el entonces noveno párrafo —que ya no serviría para ello— tendría que haber sido utilizado para intervenir comunicaciones privadas en casos de delitos que no son de delincuencia organizada, con lo cual, *la reforma que así se proponía postulaba una desmedida ampliación de la intervención punitiva del Estado al facilitar esa intervención en cualquier delito*. La invasión en la esfera particular que se habría ocasionado resultaba sumamente grave, pues la mayoría de los delitos que prevén las leyes penales no son de delincuencia organizada y, ni siquiera en muchos de ellos podría pensarse en lo más mínimo en la posibilidad de una intervención de comunicaciones privadas.²⁷
- c) El trabajo realizado por el Poder Judicial de la Federación en poco más de diez años, se habría perdido, o al menos, habría corrido riesgo de verse perdido de manera sustancial, ya que las interpretaciones generadas con los años respecto del tema —intervención de comunicaciones privadas— simplemente habrían dejado de tener aplicación a consecuencia del inicio de la vigencia de esa Iniciativa de reforma constitucional, si la misma se hubiera aprobado.²⁸
- d) Habría quedado autorizada la intervención de comunicaciones privadas en toda materia, pues las prohibiciones relativas a dichas comunicaciones del defensor con el detenido, así como las relacionadas con las materias fiscal, laboral, administrativa, mercantil y civil que en el párrafo vigente no pueden ser autorizadas por el juez, sí lo habrían sido por el Ministerio Público conforme pregonaba esa Iniciativa presidencial. Así

²⁷ Por ejemplo, no es posible sostener que sea procedente intervenir comunicaciones privadas en delitos que no son graves, mucho menos en delitos culposos o en aquéllos que tienen asignada pena alternativa, pues dicha intervención supone el sacrificio de un derecho fundamental, para lo cual, bajo este supuesto estaría ausente toda proporcionalidad en dicha medida.

²⁸ Así, las tesis y distintos criterios surgidos a lo largo de los años en interpretación del entonces noveno párrafo del artículo 16 constitucional que se comenta, dejarían de tener aplicación sin poder ser utilizados para nuevos casos que no serían de delincuencia organizada.

todos, prácticamente en cualquier actividad de nuestra vida cotidiana habríamos podido ser escuchados, leídos, etcétera.

- e) La Iniciativa facultó que cualquier Ministerio Público fuera el que acordara la intervención de las comunicaciones privadas, con lo cual no sólo se difuminaba el control de una decisión de tal magnitud, sino que se facilitaba el camino a la corrupción²⁹ y una menor calidad jurídica en el contenido y control de la medida, hecho que habría impactado decisivamente en la validez de las pruebas que se obtuvieran con motivo de la intervención así autorizada.

La medida adoptada en la Iniciativa que se comenta, no aportaba nada positivo, muy por el contrario se mostraba como una medida abiertamente restrictiva de derechos fundamentales al ampliar el ámbito de intromisión estatal en la esfera de privacidad de los particulares.

IV. DICTAMEN DE LAS COMISIONES UNIDAS DE PUNTOS CONSTITUCIONALES Y DE JUSTICIA DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS CON EL PROYECTO DE DECRETO QUE REFORMA, ADICIONA Y DEROGA DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

La iniciativa de reforma constitucional presentada al Senado de la República por el presidente Felipe Calderón fue rechazada. No obstante, a los pocos meses diversas iniciativas que se habían recibido desde el mes de septiembre de 2006 hasta octubre de 2007 por la Cámara de Diputados en las que se formulaban propuestas de reforma a diversos artículos de la Constitución Política fueron consensuadas para así, en diciembre de 2007 –bajo el sello del consenso entre partidos políticos– llegar a ser dictaminadas como una sola, incluso, en ello se consideró la Iniciativa presidencial aludida.³⁰

²⁹ No es difícil imaginar que bajo una aparente legalidad, surgirían intervenciones originadas en actos de corrupción.

³⁰ Véase Dictamen Cámara de Diputados, pp. 1-12.

Para el propósito que me ocupa, tres son los aspectos a destacar: 1) la federalización de la delincuencia organizada y la previsión de diversas reglas en torno a la misma, así como su definición en el texto constitucional y el arraigo; 2) la previsión –como excepción mal entendida– al derecho al secreto de las comunicaciones privadas, con la aceptación de grabaciones efectuadas por particulares a sus interlocutores cuando contengan información relacionada con un delito y 3) la intervención de las comunicaciones privadas.

1. La federalización de la delincuencia organizada

Uno de los aspectos que destaca del trabajo del Constituyente es convertir la materia de delincuencia organizada en una de competencia exclusivamente federal. A tal efecto, se propuso reformar el artículo 73, fracción XXI, de la Carta Magna para preverla así en favor del Congreso de la Unión.³¹ No existe ninguna alusión en los trabajos del referido cuerpo legislativo que refieran el porqué se tomó una decisión como esa –federalizar el combate de la delincuencia organizada–, desconociendo con ello que este fenómeno delictivo, que por sí no bastara exige para su combate de instrumentos jurídicos de excepción, se encuentra presente a lo largo y ancho del territorio nacional operando también en el ámbito local, es decir fuera de la competencia federal. Se desnuda así a las entidades federativas y al Distrito Federal a quienes se constriñe a combatir sólo a la “delincuencia común”, quizá pretendiendo que bastaría con reformar los textos penales locales apadrinando con distinto nombre la misma figura para salvar el escollo, cuando lo cierto es que la delincuencia organizada es lo que es y no otra cosa, se le denomine como se le denomine, “no hay aquí etiqueta que valga”.³²

³¹ El texto propuesto dice: Artículo 73. El Congreso tiene facultad: XXI. Para establecer los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse, *así como legislar en materia de delincuencia organizada*.

³² Al respecto, se suele referir por algunos, que en el caso de las entidades federativas como del Distrito Federal la solución estaría en agravar la asociación delictuosa o quizá, en crear otro delito con tales características que sin ser lo mismo que la delincuencia organizada, se trate como si lo fuera. La realidad es que no se puede etiquetar a la delincuencia organizada bajo otra denominación y pretender así dar la vuelta a la reforma, sobre todo porque se olvida que tratándose de esa forma de criminalidad se hace procedente el uso

Con ello, cabe cuestionar, ¿cómo combatir a la delincuencia organizada local si la prohibición se endereza en ese camino?, o es que acaso, ¿lo que existe aquí es una trampa que se esconde tras la reforma en comento? Piénsese que si la delincuencia organizada sólo ha de ser aquella que así se califique por la ley federal, la “delincuencia organizada de suyo local”, dejará de serlo porque así se manda en la reforma constitucional mas no porque deje de ser delincuencia organizada; luego, como será desprendida de esa etiqueta tendrá que ser tenida como “delincuencia común” por cruenta, organizada y sofisticada que sea, con lo cual, todas las entidades federativas como el Distrito Federal se obligan a combatirla –al pasar a ser delincuencia común– sólo que ahora sin la posibilidad de utilizar para ello los instrumentos propios de lucha en contra de aquel tipo de criminalidad.³³ Por decreto, como se ve, sólo habrá un tipo de delincuencia organizada –la federal– que será lo que a tal efecto señale la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada y se corresponda en sus elementos con la definición de ésta, que absurdamente se incorporó a la vez al texto constitucional; fuera del enunciado de la referida ley, no habrá delincuencia organizada aun cuando en las distintas entidades federativas del país, como en el Distrito Federal su existencia sea innegable.

Este desacierto del Constituyente encuentra eco en otro más que no hace sino volver a destacar el descuido que se ha tenido –al menos en lo que es motivo de este análisis– en la elaboración de la reforma constitucional que se comenta. Me refiero aquí al régimen de transitoriedad que se prevé para que cobre vigencia la regulación en materia de delincuencia organizada. En efecto, el régimen de transitoriedad presenta diversos supuestos para el inicio de la vigencia de la reforma, y en el caso de delincuencia organizada acontece que el artículo SEXTO TRANSITORIO, en su parte primera, establece que tratándose de delincuencia organizada las legislaciones de las entidades federativas mantendrán su vigencia *hasta en tanto el Congreso de la Unión*

de ciertos instrumentos procesales para combatirla que no se piensan para la delincuencia común y que, por lo mismo, su utilización no se justifica en este último caso.

³³ Sería ilusorio pretender sostener que el mismo fenómeno delictivo sea previsto en las legislaciones locales con nombre diferente para combatir de esa manera la delincuencia organizada, pues reunidos los requisitos que la ley federal señale como tal, se estará en un supuesto de delincuencia organizada cuya regulación pasa a ser de exclusiva competencia federal, vedando, en consecuencia, a los estados y al Distrito Federal legislar sobre la misma.

no ejerza la facultad que le concede el artículo 73, fracción XXI, que también se reforma,³⁴ o lo que es igual, hasta que el Congreso de la Unión legisle en esta materia.

La parte segunda de dicho transitorio se muestra como la coronación de ese descuido, al señalar que tanto los procesos penales como las sentencias dictadas, ambos en las distintas entidades federativas –aplicando desde luego las leyes locales en materia de delincuencia organizada– no se afectarán con motivo de *la entrada en vigor de la legislación federal*, la cual, según el referido transitorio, se da a entender surgirá *hasta en tanto cuanto el Congreso de la Unión ejerza la facultad* que con la reforma le concede el artículo 73 constitucional, fracción XXI, de legislar en materia de delincuencia organizada,³⁵ rematando con la indicación de que los procesos penales estatales y las sentencias estatales (lo que incluye al Distrito Federal) en esa materia, deberán ser concluidos o bien ejecutarse conforme a las regulaciones estatales y del Distrito Federal que señala como vigentes *hasta antes de que entre en vigor la legislación federal que se espera*.

De ello puede extraerse que, para el Constituyente, el otorgar la facultad exclusiva al Congreso de la Unión para legislar en materia de delincuencia organizada, conlleva a la expedición de una ley federal para tales efectos [o una reforma a la vigente Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada], la cual se espera a futuro tal y como si el referido cuerpo legislativo no contase con esa facultad –la de legislar en esa materia– que siempre ha tenido al gozar de competencia para legislar en delitos federales como se desprende del párrafo primero del artículo 73 constitucional, fracción XXI, luego, la exclusividad que se pretende con la reforma constitucional, debe entenderse como exclusión de los ámbitos locales para legislar tratándose de delincuencia organizada.

No es derivado de la reforma constitucional en estudio que el Congreso de la Unión adquiere la facultad para legislar en materia de delincuencia organizada, ya que dicha facultad no surge de la re-

³⁴ Véase *supra*, nota núm. 31.

³⁵ Así, el artículo SEXTO TRANSITORIO, en su parte segunda, dice: Los procesos penales iniciados con fundamento en dichas legislaciones, así como las sentencias emitidas con base en las mismas, no serán afectados *por la entrada en vigor de la legislación federal*. Por lo tanto, deberán concluirse y ejecutarse, respectivamente, conforme a las disposiciones vigentes *antes de la entrada en vigor de esta última*.

forma aludida al ser que ésta ya se tenía desde el momento en que el aludido cuerpo legislativo puede legislar en materia penal federal, lo que no debe confundirse con el hecho de que lo que ahora se produce con la reforma sea que los estados de la República, como el Distrito Federal que hasta antes de la misma podían legislar igualmente en esa materia pero en su régimen local,³⁶ hoy encuentren prohibición de hacerlo por pasar a ser dicha regulación de exclusiva competencia de la federación. Con la reforma constitucional “no nace” para el Congreso de la Unión la facultad de legislar en materia de delincuencia organizada, sino lo que nace es la prohibición para los estados y el Distrito Federal de legislar en la misma, convirtiendo esta materia en una de exclusiva competencia federal.

No parece entonces adecuado sostener que deba mantenerse la vigencia de la normatividad local en materia de delincuencia organizada hasta que ocurra que el Congreso de la Unión produzca una ley federal en la materia, pues dicha ley ya existe al ser el caso que esa facultad que la reforma en comento concede al Congreso de la Unión—legislar en materia de delincuencia organizada— fue ejercida desde el año de 1996 cuando ese cuerpo colegiado dio lugar a la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada que se encuentra en vigor, sin que “esa exclusividad competencial” que nace con la reforma constitucional produzca efectos abrogatorios en dicha ley pues no ha sido sino el mismo legislador federal quien en su ámbito competencial le dio origen, ya que de no ser así, habría que sostener—lo que no comparto— que la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada vigente se abroga por efecto de la reforma que se comenta, quedando en espera de esa actividad legislativa—a futuro— del Congreso de la Unión que dé lugar a una ley en esa materia, produciendo así la conclusión de toda investigación y proceso penal que exista por aplicación de esa ley; el dejar sin efecto las sentencias condenatorias en que se ha aplicado la misma y la consecuente liberación de sujetos miembros de las organizaciones criminales hoy condenados con su aplicación. Es evidente que aun con la reforma constitucional se mantiene vigente la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada de 1996.

Por su parte, el artículo PRIMERO TRANSITORIO precisa como la regla general de inicio de vigencia de la reforma constitucional, al

³⁶ Véanse los artículos 122 C, Base primera, fracción V, inciso h) y 124 constitucionales.

día siguiente en que la misma se publique en el *Diario Oficial de la Federación*.³⁷ De entre las excepciones a esa regla que aparecen en distintos artículos transitorios,³⁸ no se encuentra la relativa al artículo 73, fracción XXI, que concede al Congreso de la Unión la facultad de legislar en materia de delincuencia organizada federalizando así esa materia, con lo cual, para el inicio de vigencia de dicha disposición deberá estarse a lo previsto en la regla general del artículo PRIMERO TRANSITORIO. Siendo así, la delincuencia organizada será “únicamente un problema federal” y con ello, sólo podrá existir el delito de delincuencia organizada como un “delito federal”, lo que acontecerá precisamente a partir del inicio de vigencia de esa facultad otorgada al Congreso de la Unión.

La delincuencia organizada será “solamente federal” a partir de que el poder constituido se encuentre en posibilidad de legislar—lo que ocurrirá al “día siguiente” de que se publique la reforma en el *Diario Oficial de la Federación*— sobre de ella y esto no puede confundirse con un momento distinto y posterior como lo es cuando el Congreso “ejerza” esa facultad. No es derivado del “ejercicio de la facultad” enunciada que nace la misma, sino en razón del previo inicio de su vigencia según se ha expuesto.

Así las cosas, si a futuro se espera que se expida por el Congreso de la Unión una nueva ley en sustitución de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada “en ejercicio de la referida facultad”, ello no puede prolongar la vigencia de las diversas regulaciones estatales como del Distrito Federal en esa materia hasta que tal situación ocurra, *pues no es derivado de una reforma ordinaria federal* (la generación de una nueva Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada o una futura reforma a dicha ley) *que se abrogan las legislaciones estatales y distrital en la materia, sino en razón de la reforma constitucional que la federaliza, creando con ello un único tipo penal de delincuencia organizada que será siempre un “tipo penal federal”*, con lo cual todos los tipos penales de delincuencia organizada previstos en las distintas regulaciones estatales como en la del Distrito Federal quedarán derogados al ser el caso que el delito en cita será

³⁷ Dicho transitorio establece: El presente Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*, con excepción de lo dispuesto en los artículos transitorios siguientes.

³⁸ Véase particularmente los artículos transitorios segundo, tercero, cuarto y sexto.

solamente federal, por lo cual, no habrá ya más tipos penales locales de delincuencia organizada.

Una futura ley o una futura reforma a la ley vigente de delincuencia organizada federal, por ser una “ley ordinaria” tampoco podría abrogar las leyes estatales y del Distrito Federal en esa materia, no sólo porque ello lo prohíbe el pacto federal,³⁹ sino porque nada podría ya abrogar al ser que ese efecto abrogatorio se surtirá previamente derivado –no de esa futura ley ordinaria– sino de la Constitución Política misma, ya que, conforme al artículo PRIMERO TRANSITORIO de la reforma, la federalización de la materia de delincuencia organizada ocurrirá al día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación* y ello traerá consigo –de inmediato–, ese efecto.

Por otro lado, es también inexacto, por absolutamente improcedente, que en la parte segunda del SEXTO TRANSITORIO de la reforma se quiera sostener la aplicación de las normas procesales y sustantivas que se estén aplicando para los procesos locales por delitos de delincuencia organizada de competencia estatal; o bien que ello también se pretenda de las sentencias dictadas por dichos delitos hasta en tanto no se legisle en la materia a futuro por el Congreso de la Unión ya que, si bien las normas procesales frente a una reforma legal suelen no verse afectadas en su aplicación para las situaciones que regían, lo cierto es que, para el caso que nos ocupa, lo que cobra relevancia no es ya la materia procesal, sino la materia eminentemente sustantiva [me refiero aquí a los delitos de delincuencia organizada estatales], pues si como habrá de acontecer, solamente existirá el delito de delincuencia organizada “que será federal” a *contrario sensu* “no habrá más delitos locales de delincuencia organizada” y ello acontecerá así a partir del “día siguiente” en que se publique la reforma constitucional en el *Diario Oficial de la Federación*.

Siendo así, si a partir de ese momento los “tipos penales estatales” de delincuencia organizada quedarán derogados como efecto directo de ese inicio de vigencia de la norma constitucional, lo que procede “no es sostener” la validez de los procesos penales estatales que

³⁹ En términos de los artículos 122 C, Base primera, fracción V, inciso h) y 124 constitucionales respectivamente, los tipos penales para el Distrito Federal y para los estados de la República se crean en sus ámbitos particulares por sus órganos legislativos, modificándose o derogándose por su mismo proceso de creación, por ello, una ley ordinaria federal cuya fundamentación es otra, no puede incidir en ese proceso.

se estén instruyendo por delitos locales de delincuencia organizada, como tampoco las sentencias que se hubieren dictado con base en las regulaciones de los estados y del Distrito Federal en esos delitos, tal y como lo señala el aludido artículo transitorio en su parte segunda, sino “la derogación” de los delitos de delincuencia organizada que todas las leyes especiales o códigos penales, según el caso, del Distrito Federal y de las distintas entidades federativas contengan, con lo cual los respectivos procesos penales habrán de sobreseerse y los condenados por esos delitos deberán ser puestos en libertad dado que, sin esa materia sustantiva, como lo es, los “delitos locales de delincuencia organizada” que se derogan, ningún proceso por los mismos es sostenible, como tampoco lo son las sentencias dictadas en torno a ellos precisamente porque con la reforma constitucional se descriminalizan las conductas punibles asociadas a los mismos.⁴⁰

2. Definición de delincuencia organizada

En otro aspecto de la reforma, el constituyente, bajo una deficiente justificación propone una definición de delincuencia organizada, incorporada al artículo 16 constitucional en los siguientes términos: *por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia.*

La argumentación aducida por el poder constituyente para llevarla al texto constitucional, haciendo de lado que para ello existe un Código penal, no encuentra ninguna justificación, pues para ello se sostiene que en *aras de la claridad*⁴¹ que debe tener la norma suprema para hacerla asequible a cualquier habitante del país y entonces generar seguridad jurídica, establecer de manera general qué se entiende por delincuencia organizada, señalando que para ello se incorpora una definición que en esencia es *sustracción de los principales elementos*

⁴⁰ Véase, por ejemplo, los artículos 10 y 121 del Código Penal para el Distrito Federal y 56 del Código Penal Federal. Reglas como éstas existen en todos los códigos penales estatales.

⁴¹ En el dictamen de la Cámara de Diputados, en su p. 19 se dice: Así que es pertinente, en “aras de la claridad” que debe tener la norma suprema, para hacerla asequible a cualquier habitante del país y entonces generar seguridad jurídica, establecer de manera general qué se entiende por delincuencia organizada.

de las concepciones contenidas en el marco jurídico vigente.⁴² Como se ve, un argumento es el de “la claridad” en los conceptos que se refiere como la vía para que el ciudadano conozca la norma y el otro, la “diversidad de conceptos” que sobre delincuencia organizada existen en el marco jurídico del país. Empiezo por esto último.

Si es el caso que en las legislaciones de las distintas entidades del país, como del Distrito Federal se puede llegar a encontrar diferentes definiciones de lo que se tiene como delincuencia organizada, debe entenderse que ello acontece así en razón de que con anterioridad a esta reforma todas ellas podían legislar en esta materia al ser, sin más, materia penal aplicada a delitos de delincuencia organizada pero locales; por ello, como llega a suceder con algunos otros tipos penales (caso muy común, por ejemplo, en delitos de servidores públicos) las entidades federativas los generan conteniendo en ocasiones elementos distintos que en otras. Al ser esto así, el Constituyente busca justificar llevar al texto constitucional una definición de delincuencia organizada frente a esa diversidad de conceptos, esto es, *para que sólo exista uno*.

Esto raya en la incongruencia pues, si se federaliza la competencia para legislar en materia de delincuencia organizada, sólo podría existir una sola definición de la misma que sería precisamente la que se diera en la ley federal (o la que existe actualmente en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada).⁴³ Luego entonces, cómo pretender justificar que se trastoque la Constitución Política en esos términos cuando no sólo ya ninguna de las legislaciones locales en la materia estará vigente (y con ello sus definiciones de delincuencia organizada), sino cuando lo que se perseguía era acabar con esa multiplicidad de definiciones buscando tener sólo una, la definición dada por la ley federal. Por ello, nada interesa lo que digan las distintas legislaciones locales pues con la reforma quedan abrogadas, de ahí

⁴² En este apartado del Dictamen de la Cámara de Diputados, p. 19, se dice: Se incorpora, por tales motivos, una definición que en esencia es “una sustracción de los principales elementos de las concepciones contenidas en el marco jurídico vigente”, misma que viene a delimitar el ámbito de aplicación de las limitaciones a las garantías individuales, desde luego con la posibilidad de que la legislación secundaria pueda otorgar mayor amplitud a las garantías restringidas en principio por la definición constitucional.

⁴³ La Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, en su artículo 2, dice qué se entiende por la misma.

que se muestre como un absurdo y como un argumento intolerable que de esa manera se trastoque la Constitución Política para elevar a ese nivel una definición como la referida, cuando bastaba con la definición que adopta el legislador penal en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, o, bien, la que se pudiera adoptar en una futura ley ordinaria que rijan la materia.

Como se ve, el Constituyente Permanente tocó sin utilidad alguna a la Constitución Política, dejando de lado en la reforma que su función al modificar el texto constitucional no es la de generar en la Carta Magna definiciones de corte penal, olvidando lamentablemente que la Constitución Política de los mexicanos está muy por encima de ello.

El otro argumento: la claridad en los conceptos. Llevar a la Constitución Política una definición de delincuencia organizada implica restringir su contenido a los elementos que se precisan en esa definición, de ahí que si el legislador ordinario federal exige menos de esos elementos en la construcción del respectivo tipo penal, actualizará un supuesto de inconstitucionalidad de ley, pero si exige más, actuará ampliando garantías, pues la definición que da el Constituyente tan sólo establece el contorno de lo que deberá ser tenido en consideración mínima para la construcción del tipo penal de delincuencia organizada.

Una definición como la que ofrece el constituyente de lo que entiende por delincuencia organizada, conduce a cuestionar si esto constituye o no un tipo penal, precisamente el “tipo penal de delincuencia organizada”, me pregunto ¿si ello da la claridad al texto que invoca el Constituyente?

El único antecedente que hasta ahora se ha tenido en el texto constitucional y que condujo al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a sostener la existencia de un tipo penal en la Constitución Política,⁴⁴ se encuentra en el artículo 109, fracción III, tercer párrafo,

⁴⁴ Tesis: ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO. EL ARTÍCULO 224 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, AL ESTABLECER LA CONDUCTA DELICTIVA, NO VIOLA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XVI, agosto de 2002. Tesis P. XXXIX/2002, p. 9. Novena época. Instancia: Pleno. Materia: Constitucional, Penal, particularmente es de destacarse al caso lo que al respecto sostiene el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la parte conducente de dicha Tesis que de manera textual se transcribe: “la preocupación del Cons-

de la Carta Magna relativo al delito de enriquecimiento ilícito.⁴⁵ Cabe destacar que el hecho de que el Constituyente haga referencia en alguna norma constitucional a un delito, aun cuando, como ocurre en el caso que se menciona, prevea algunos elementos a considerar como integrantes de la estructura típica, ello no conlleva a aseverar que exista en el texto constitucional un tipo penal, como equivocadamente sostuvo el Tribunal Pleno.⁴⁶ De nueva cuenta, con la desafortunada inclusión en el artículo 16 de la Carta Magna de la definición de delincuencia organizada, el cuestionamiento vuelve a surgir: ¿se trata de un tipo penal en la Constitución o es que simplemente esa referencia dibuja el contorno de lo que el legislador ordinario federal debe considerar para generar el tipo penal de delincuencia organizada?

Las disposiciones de la constitución política de un Estado poseen un alto grado de abstracción, que llega a su máxima amplitud respecto de las normas de principio o de carácter programático. Como afirman Fix-Zamudio y Valencia Carmona⁴⁷ se trata de disposiciones que en su mayor parte formalizan principios y valores que el Constituyente ha considerado esenciales para la comunidad política. Es forma de ser y de estar constituido; en ella se recogen las garantías individuales, las decisiones políticas fundamentales, la forma de gobierno que se asume, la forma de Estado, la organización y funcionamiento de los poderes públicos, etc., “mas no se constituye en un ordenamiento punitivo”. Ciertamente, la Constitución Política reconoce en su normatividad diversas figuras e instituciones, pero no las reglamenta, ni

tituyente de regular, en los diferentes ámbitos, las conductas desplegadas por los servidores públicos, lo condujo a establecer en la propia Constitución el tipo penal de enriquecimiento ilícito el cual, con todos sus elementos integradores, en forma similar fue reiterado en el Código Penal Federal”.

⁴⁵ El artículo 109, fracción III, en su tercer párrafo, dispone: III Las leyes determinarán los casos y las circunstancias en los que se deba sancionar penalmente por causa de enriquecimiento ilícito a los servidores públicos que durante el tiempo de su encargo, o por motivo del mismo, por sí o por interpósita persona, aumenten sustancialmente su patrimonio, adquieran bienes o se conduzcan como dueños sobre ellos, cuya procedencia lícita no pudiesen justificar. Las leyes penales sancionarán con el decomiso y con la privación de la propiedad de dichos bienes, además de las otras penas que corresponda.

⁴⁶ Al respecto en sentido crítico, Rodolfo FÉLIX CÁRDENAS, “Enriquecimiento ilícito y principio de legalidad, el criterio del Tribunal Pleno (análisis de la tesis de Jurisprudencia número XXXIX/2002)”, en *Revista Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 32, México, 2004, pp. 363-408.

⁴⁷ Héctor FIX-ZAMUDIO y Salvador VALENCIA CARMONA, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, Porrúa, México, 1999, p. 164.

si quiera está para contener ni definir sus estructuras, mucho menos para servir como Código Penal.⁴⁸

En el caso particular, la definición que aporta el Constituyente Permanente de delincuencia organizada queda sometida a los términos en que la ley que rija la materia establezca para configurar el tipo penal de delincuencia organizada, pues basta para ello la consideración de los delitos asociados a esa forma de criminalidad que están ausentes en el texto de la Constitución Política y que la mención de los elementos recogidos en la definición del artículo 16 no basta por sí misma para configurar el tipo penal referido. Piénsese, como simple ejemplo, que la ley ordinaria, además de decir en cuáles delitos se podrá estar frente a la delincuencia organizada, diga también que esos delitos deban cometerse utilizando armas de fuego, o bien, que establezca algún elemento subjetivo del injusto (por ejemplo, un especial ánimo o propósito) en la actuación de la organización criminal, etcétera.

Si la definición del Constituyente Permanente fuera un tipo penal, bastaría con ella para realizar su aplicación directa al crimen organizado, sin necesidad de una ley ordinaria; sin embargo, dicha definición puede en sí misma ser pasada por otra forma en que la delincuencia se manifiesta, como lo es, la “asociación delictuosa”,

⁴⁸ Como refiere ARTEAGA NAVA, *op. cit.*, p. 44, un intento interpretativo de la Constitución debe partir de la premisa de que ella es un documento legal, con vista a logra una convivencia ordenada y pacífica dispone la existencia de poderes y órganos de autoridad, con facultades, atribuciones, limitaciones y prohibiciones y establece derechos a favor de los individuos. FIX-ZAMUDIO y VALENCIA CARMONA, *ibid.*, p. 41, tras señalar que el derecho constitucional cubre un dominio muy vasto, refieren que éste engloba un conjunto de reglas que fundan al Estado, determinan su forma, le procuran su estructura y sus principios de organización. Todos estos postulados básicos deben ser desenvueltos por la legislación ordinaria; por eso se ha dicho que la Constitución imprime al Estado su “arquitectura constitucional” que tiene que ser complementada en su detalle por la legislación de los niveles inferiores. *Cursivas añadidas.* Miguel Ángel APARICIO PÉREZ, “Modelo constitucional de Estado y realidad política”, en Perfecto Andrés IBÁÑEZ, Luigi FERRAJOLI, Miguel Ángel APARICIO PÉREZ, Salvatore SENESE, Miguel Ángel GARCÍA HERRERA, Pier Luigi ZANCHETA, Guiliano TURIONE, Clemente AGUGER LIÑAN, Michele TARUFFO y Ernesto PEDRAZ PENALVA, *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*, Ed. Trotta, Madrid, 1996, p. 30, refiere que la Constitución no es identificable con el resto de las normas jurídicas. No sólo porque en su interior existen preceptos puramente valorativos, mandatos incompletos, sino también porque, ante todo, es un documento político que pretende nada menos que organizar el funcionamiento del aparato estatal y de la sociedad misma. *Cursivas añadidas.* Cfr. Conrado HESSE, “Constitución y derecho constitucional”, en Benda MAIHOFFER, VOGUEL; Hayde, *Manual de derecho constitucional*, 2a. ed., Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 5.

por ello se precisa que sea el legislador ordinario federal quien dé lugar al correspondiente tipo penal de delincuencia organizada, sin perjuicio de que frente a la vigencia que se sostiene de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada ello acontece ya en su artículo 2. Por otro lado, si se aceptara que el tipo penal de delincuencia organizada se previó en el artículo 16 reformado, dejaría de cobrar aplicación la ley ordinaria que hoy lo contempla al verse desplazada por la norma constitucional o bien, a futuro, una nueva regulación ordinaria en la materia que pretendiera establecer el aludido tipo penal estaría de sobra pues habría que aceptar que el mismo se encontraría ya en el texto de la Carta Magna y, siendo así, carecería de sentido su incorporación legal frente al desplazamiento que del mismo haría la norma constitucional.

A pesar de la definición de delincuencia organizada que el constituyente permanente proporciona, ésta no configura el tipo penal de delincuencia organizada, sino tan sólo proporciona los elementos mínimos que debe contemplar el legislador penal ordinario para la generación de aquél y, mientras ello no acontezca este extremo se encuentra satisfecho con la descripción contenida en el artículo 2o. de la vigente Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada que absorbe todos sus elementos.

3. Arraigo en delincuencia organizada

En otro aspecto de la reforma, el Constituyente Permanente, partiendo del reconocimiento que hiciera la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el sentido de que la figura del arraigo es inconstitucional,⁴⁹ elevó al texto de la Carta Magna dicha figura previendo en el séptimo párrafo del artículo 16 su procedencia para el caso de delincuencia organizada.⁵⁰ Por otro lado, en el régimen transitorio de la reforma,

⁴⁹ Véase *Diario Oficial de la Federación*, 10 de mayo de 2007, que contiene la publicación de la acción de inconstitucionalidad 20/2003 que promovieron los diputados integrantes de la Sexagésima Legislatura del Congreso del Estado de Chihuahua en contra del Congreso del Estado y del Ejecutivo estatal, por considerar que el artículo 122 bis del entonces Código de Procedimientos Penales de la entidad referente al arraigo, violaba la garantía de libertad personal, al no ser una excepción prevista en la Constitución Política que autorizare la restricción de la dicha garantía.

⁵⁰ Al respecto el séptimo párrafo del artículo 16 constitucional que se reforma dice: La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia

específicamente en el artículo UNDÉCIMO,⁵¹ se prevé que los agentes del Ministerio Público *que determine la ley*, podrán solicitar el arraigo en caso de delitos graves y que ello será así hasta el momento en que inicie la vigencia del sistema de enjuiciamiento penal que adopta la reforma, según se vaya poniendo en vigor por las distintas entidades federativas como por el Distrito Federal, lo cual tendrá que acontecer en un plazo no mayor de ocho años a partir del inicio de vigencia de la misma.⁵²

Como se aprecia, a partir de que inicia la vigencia de la reforma constitucional conforme al artículo PRIMERO TRANSITORIO, el arraigo en materia de delincuencia organizada se regirá por lo dispuesto en el artículo 16, séptimo párrafo y, como a partir de ese momento la delincuencia organizada será ya un tema de exclusiva competencia federal,⁵³ conforme al texto constitucional sólo procederá el arraigo en caso de "delincuencia organizada federal" ya que los delitos de "delincuencia organizada locales" desaparecen con la misma; por ello, sólo el Ministerio Público federal podrá invocar esa norma para pedir de un juez el arraigo en contra de uno o más miembros de la delincuencia organizada.

Pero junto a esta disposición, acontecerá que el Ministerio Público que determine la ley, ya sea federal o del fuero común de cualquier

organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.

⁵¹ Dicho artículo establece: en tanto entra en vigor el sistema procesal acusatorio, los agentes del Ministerio Público que determine la ley podrán solicitar al juez el arraigo domiciliario del indiciado tratándose de delitos graves y hasta por un máximo de cuarenta días.

Esta medida será procedente siempre que sea necesaria para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia.

⁵² En términos del artículo SEGUNDO TRANSITORIO, que dice: El sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19; veinte y veintiuno, párrafo séptimo, de la Constitución, entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años, contado a partir del día siguiente de la publicación de este Decreto.

⁵³ Véase *supra*, pp. 10-15.

estado de la República y del Distrito Federal, también podrán solicitar el arraigo a un juez penal, sólo que fundamentados en el artículo DÉCIMO PRIMERO TRANSITORIO de la reforma que contiene un supuesto distinto, como lo es el arraigo para el caso de delitos considerados como "graves" atento a las respectivas legislaciones, sin que en ello tenga cabida la "delincuencia organizada estatal" que desaparece aun cuando sea así estimada, pues el delito de delincuencia organizada se convierte en enteramente federal.

El precepto transitorio aludido restringe la posibilidad de pedir el arraigo a ciertos ministerios públicos, al señalar que ello quedará en manos del "Ministerio Público que determine la ley", con lo cual, no será cualquiera ni todos, sino sólo aquéllos que la ley diga que gozan de esa facultad.⁵⁴

Estas dos disposiciones convivirán en el tiempo hasta un plazo no mayor de ocho años que es el que se concede para que en todo el territorio nacional entre en vigor el nuevo sistema de enjuiciamiento que se propone, con lo cual dependerá del momento en que cada estado y el Distrito Federal generen su nuevo Código de Procedimientos Penales, que en cada caso particular se mantenga en vigor dicho artículo transitorio.⁵⁵ Siendo así, coexistirán en tiempo y en esos términos, esas dos posibilidades para arraigar.

Sin embargo, acontece con la reforma que, cuando el sistema de enjuiciamiento se ponga en marcha, acorde con lo dispuesto por los artículos TRANSITORIOS SEGUNDO, TERCERO Y CUARTO y deje de aplicarse el diverso DÉCIMO PRIMER TRANSITORIO, entrará en vigor el nuevo párrafo décimo tercero del artículo 16 constitucional, conforme al cual, los futuros jueces de control, entre otros, estarán facultados para resolver sobre la concesión de "medidas cautelares". Sucederá entonces que esta disposición abrirá la puerta para que el arraigo no sólo sea una figura limitada a la delincuencia organizada, sino que, por

⁵⁴ Las leyes orgánicas de las distintas procuradurías o sus reglamentos no suelen definir cuáles serán los ministerios públicos que gocen de la facultad para pedir el arraigo, por lo que se entiende que lo son todos, ya que ello es acorde con el ejercicio de su actividad; sin embargo, al acotarse esa facultad a sólo aquéllos "que determine la ley" será conveniente prever quiénes serán tales ministerios públicos, o simplemente una regla general que diga que dichos servidores públicos serán todos, para evitar así argumentaciones en contra que sostengan que no se tiene la facultad para solicitar el arraigo.

⁵⁵ Si bien es cierto que los artículos transitorios de una ley forman parte de la misma, también lo es que su vigencia se extiende hasta el momento en que cumplen su cometido.

ser una medida cautelar de carácter personal, será posible realizar su solicitud para aquellos delitos respecto de los cuales se establezca su procedencia en los códigos de procedimientos penales que surgirán. Esta medida tendrá sustento constitucional pues aun cuando en otro apartado del propio artículo 16 de la Carta Magna se prevé de manera expresa que el arraigo sea para la delincuencia organizada, lo cierto es que dada su naturaleza de medida cautelar personal será posible su procedencia, fundamentado ello en este otro sustento constitucional, siempre y cuando así se prevea en los ordenamientos adjetivos estatales, como del Distrito Federal, que serán creados.

Como se ve, el arraigo no será entonces ni una figura de exclusiva aplicación federal, ni tan sólo para la delincuencia organizada.

4. Intervención de comunicaciones privadas

La reforma constitucional de 1996 fue la que dio origen al entonces párrafo noveno, hoy décimo segundo del artículo 16 constitucional, como a la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, previendo la posibilidad de intervenir comunicaciones privadas como una excepción al derecho fundamental del secreto de las comunicaciones privadas.

Si bien dicha reforma tuvo como sustento ideológico el combate a la delincuencia organizada y para ello, entre otros instrumentos, precisamente se incorporó a nuestro régimen legal la posibilidad de intervenir comunicaciones privadas en el entonces noveno párrafo del artículo 16 constitucional;⁵⁶ no obstante ello, el Constituyente Permanente no llevó al texto referido la mención de que la aludida intervención de comunicaciones privadas tan sólo fuese procedente en caso de delincuencia organizada; muy por el contrario, dejó abierta la posibilidad de su realización para todo delito al no plasmar la excepción mencionada.

A pesar de ser así, la doctrina de nuestros tribunales y la praxis judicial, entendió no sólo que esa posibilidad operaba únicamente para delitos de delincuencia organizada, no sólo por la grave afectación de derechos fundamentales que conlleva su utilización, particularmente en la afectación al secreto de la comunicación privada, sino

⁵⁶ Que pasa a ser con la reforma constitucional en estudio el décimo segundo párrafo.

porque fue en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada que la misma se reguló.⁵⁷

Acontece con la reforma constitucional en estudio, que si bien es cierto que el contenido del entonces noveno párrafo del artículo 16 no es tocado por la misma, también lo es que en razón de que con ella se produce la “federalización de la delincuencia organizada”, puede sostenerse que ello conlleva a ampliar desmedidamente la facultad del Estado de intervenir en la vida privada de los habitantes de este país al facilitar que, con el nuevo modelo de enjuiciamiento, la intervención de comunicaciones privadas no sólo se pueda realizar con relación a delitos de delincuencia organizada que serán de “naturaleza federal”, sino respecto de otros delitos, pues es claro que al estar facultado el titular del Ministerio Público de los estados y del Distrito Federal, es decir, el procurador local y el del Distrito Federal, a solicitar de un juez federal la intervención de comunicaciones privadas y, siendo que ello no podrá suceder más en delitos de delincuencia organizada por convertirse éstos en “delitos federales” y, por tanto, dejar de existir en el ámbito local; esa solicitud sólo se podrá formular entonces por delitos que “no son de delincuencia organizada”, con lo cual resulta evidente que si anteriormente la intervención aludida se limitó siempre al ámbito de la delincuencia organizada, ahora se ampliará a otros delitos fuera de la misma y de esta manera acontecerá una mayor intromisión del Estado en la vida de los particulares con la evidente restricción de garantías que ello conlleva.

Siendo así, nos aproximamos a una época en que las comunicaciones privadas serán objeto de intervención fuera de la consideración de si existe o no delincuencia organizada, rompiendo con ello lo que hasta esta reforma constitucional –la presencia de delincuencia organizada– se había considerado como lo que podía motivar ese tipo de diligencia.

5. El uso de grabaciones entre particulares como prueba

La reforma constitucional también contempla la posibilidad de usar como prueba en un proceso penal las grabaciones que se efectúen

⁵⁷ Lo mismo aconteció posteriormente en la Ley de Seguridad Nacional, como en las distintas legislaciones especiales en la materia de las entidades federativas y del Distrito Federal que legislaron de esa manera en delincuencia organizada.

entre particulares que participan en una conversación, si es el caso que sean aportadas de manera voluntaria a la investigación.

La motivación del Constituyente Permanente para elevar a rango constitucional una prueba como ésta, se sustenta en considerar lo ilícito que para el común de las personas es la intervención de comunicaciones privadas. Esto es, equiparando este último supuesto al de la grabación de una conversación entre los interlocutores de la misma, el Constituyente destaca que, como para la gente la intervención de comunicaciones privadas es una actividad ilícita,⁵⁸ se precisa entonces llevar al texto constitucional –pensando seguramente en salvaguardar un problema de inconstitucionalidad de ley, que por supuesto es imaginario– las grabaciones entre particulares como prueba de un delito, cuando acontece que, entre este último supuesto y la intervención de comunicaciones privadas no hay ninguna similitud, y mucho menos se trata de lo mismo.

Dicho de otra manera, es un desacierto del Constituyente que justifique llevar a la Constitución Política la reforma que aquí se comenta, porque el que la intervención de comunicaciones privadas practicada fuera del marco constitucional se estime como ilícita, no es el mismo supuesto que la “grabación de una conversación entre particulares” al ser que esta última se desarrolla en un contexto diferente, pues en la misma no ocurre la intromisión ilegal de un tercero en la comunicación que sostienen otros, sino que es uno de los que participa en la conversación quien al hacerlo, y por ello, de manera voluntaria revela datos relacionados con un delito, renunciando así a su derecho al secreto de lo que comunica al otro interlocutor.

De esta manera, el Constituyente coloca en la reforma constitucional como medio de prueba “las grabaciones entre particulares que tengan un contenido delictivo”, al entender, con pleno equívoco, que ello es una excepción a la prohibición de intervenir comunicaciones

⁵⁸ De manera que podría considerarse que eso es suficiente para tener por salvado el problema, pero lo cierto es que, al igual que en el allanamiento policial, esa medida para el público en general es ilícita, por la creencia generalizada de que invariablemente las comunicaciones privadas son confidenciales, aunado a que como es del dominio de los juristas, la jurisprudencia de los tribunales es una interpretación de un determinado texto en un momento histórico que en cualquier momento puede interrumpirse y quedar sin efectos, por lo que es necesario establecer la licitud de esa conducta en las circunstancias precisadas, con carácter general y permanente.

privadas, tras equiparar aquella acción con la de intervenir de manera ilegal una comunicación privada; de ahí que eleve su permisión a la Carta Magna, a pesar de ser claro que tratándose del caso de “grabaciones entre particulares” no existe una ilegal intromisión en la esfera del secreto, por existir precisamente lo contrario, esto es, la libre divulgación del mismo en renuncia del derecho fundamental al secreto de la comunicación privada; así que “las grabaciones entre particulares” no son en realidad una excepción de la referida “intervención ilegal de comunicaciones privadas”. En estos términos el Constituyente es nuevamente desafortunado al llevar al texto constitucional ese medio probatorio, el cual, por cierto, tiene cabida en el Código de Procedimientos Penales como un indicio.⁵⁹

Las grabaciones entre particulares se consideran como indicios en el procedimiento penal, por lo que el hecho de plasmarlas en el artículo 16 constitucional no se traduce en el nacimiento de esa prueba o en el reconocimiento de una nueva prueba para el proceso; esa prueba ha existido y lo sigue haciendo como lo que es, “un documento”, y por ello, siempre ha podido ser ofrecida como tal. De esta manera, es del todo innecesaria su previsión constitucional, de ahí que, de nueva cuenta se trastoque la Constitución Política sin ninguna utilidad y, todo ello, porque dicho poder –en su lamentable confusión– no ha sabido distinguir entre dos pruebas distintas pensando, sin razón, que se trata de lo mismo.

Además, se dice en la reforma constitucional que esto no puede proceder en todo caso porque también hay excepciones y éstas tienen que ver con aquéllos obligados a guardar el secreto profesional. Se trata del abogado, del sacerdote.⁶⁰

Vuelve a trastocarse inútilmente la Constitución Política, pues resguardar el secreto recibido en razón de la actividad profesional da

⁵⁹ Véanse, por ejemplo, los artículos 135, 230, 251, 252 y 261 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal y 206, 272 y 285 del Código Federal de Procedimientos Penales y 210 A del Código Federal de Procedimientos Civiles.

⁶⁰ En el undécimo párrafo del artículo 16 constitucional que surge con la reforma se dice: Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas, excepto cuando sean aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas. El juez valorará el alcance de éstas, siempre y cuando contengan información relacionada con la comisión de un delito. En ningún caso se admitirán comunicaciones que violen el deber de confidencialidad que establezca la ley.

cobertura al profesionista para no revelarlo. Es un problema que se resuelve también a la luz del derecho penal y que por ello no necesita de una reforma a la Carta Magna.⁶¹

Pero habrá que pensar en que el obligado a guardar el secreto lo revele, ¿qué consecuencias traería esto en términos de la reforma constitucional? Si el secreto recibido por el profesional precisamente con dicho carácter es revelado por el mismo, se actualizará una violación, ciertamente directa a un derecho fundamental –que no es sino el derecho a la confidencialidad– que surge con motivo de la reforma en estudio. Esa violación, dada su ilicitud, estará impregnada de una nulidad de pleno derecho y, por lo mismo, de su revelación nada podrá ser extraído.⁶²

⁶¹ Me inclino por considerar que el secreto del profesional bajo ninguna circunstancia debe ser revelado y que el silencio que con motivo de ello se guarde no podría traer consecuencia penal alguna al profesional.

⁶² En términos del artículo 20, apartado A, fracción IX, de la reforma constitucional.

EL PRIMER ESTUDIO SISTEMÁTICO SOBRE EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (1955)

Eduardo FERRER MAC-GREGOR

I

Se suele considerar a Kelsen como el fundador del derecho procesal constitucional. Esta aseveración que ha sido seguida y repetida hasta nuestros días, proviene de Niceto Alcalá Zamora y Castillo en su clásico libro *Proceso, autocomposición y autodefensa (contribución al estudio de los fines del proceso)* publicada en 1947.¹ En esta obra enfáticamente el procesalista español señalaba que “debemos considerar fundador de esta rama procesal (Kelsen), a la que ha dedicado algún fundamental trabajo, y que trascendió al constitucionalismo de otros países como España en 1931”.² Alcalá-Zamora se refería al influyente estudio de Kelsen sobre *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)* de 1928,³ traducida al

¹ México, UNAM, 1947. Existe segunda edición (1970) y tercera (1991, en realidad reimpresión de la 2a. ed., con prólogo de Héctor Fix-Zamudio), así como una reimpresión de esta última (2000), todas por la UNAM.

² *Ibidem*, pp. 214-215 (edición de 1991).

³ *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, Paris, 1928, año XXXV, t. 45, pp. 197-257; al año siguiente se publicó en el *Annuaire de l'Institut de Droit Public*, Paris, 1929, pp. 52-143.

español en 1974 por Rolando Tamayo y Salmorán,⁴ y por Juan Ruiz Manero.⁵

No es el momento de entrar a la polémica actual relativa a si Kelsen es en realidad el fundador de esta disciplina científica. Lo que nos interesa resaltar es que en ningún momento trató de sistematizar una nueva parcela del saber jurídico. En realidad con este trascendental trabajo del fundador de la escuela de Viena comienza una nueva etapa relativa al estudio dogmático de la jurisdicción constitucional y de los instrumentos jurídicos para la defensa de la Constitución. Una vez consolidada la postura kelseniana que repercutió en la concepción misma del derecho y en las nuevas constituciones democráticas, con el paso del tiempo aparecieron dentro de la corriente del mejor procesalismo científico las figuras de Alcalá-Zamora, Couture, Calamandrei, Cappelletti y Fix-Zamudio, que condujeron a la concepción de la ciencia del derecho procesal constitucional.

Mientras Kelsen sentó los cimientos, las bases generales desde la teoría del derecho, Couture, Calamandrei y Cappelletti contribuyen para encauzar el fenómeno hacia su significación científica procesal. Y en esa misma corriente Alcalá-Zamora y Castillo advierte la existencia de la nueva disciplina, con la misma lógica con la cual se venía dando la autonomía de las restantes ramas procesales bajo la unidad de la teoría general del proceso. Faltaba todavía el último eslabón: su coherencia estructural y de sistematicidad científica.

II

Es en ese contexto donde aparece el primer estudio sistemático de la ciencia del derecho procesal constitucional como tal, es decir, en su dimensión de análisis conceptual como disciplina jurídica autónoma de naturaleza procesal. Se debe a Héctor Fix-Zamudio este mérito en su tesis para optar por el grado de licenciado en derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) de 1955, cuyo

⁴ *Anuario Jurídico*, México, UNAM, núm. 1, 1974, pp. 471-515. Existe revisión de esta traducción por Domingo García Belaunde, publicada en *Ius et Veritas*, año V, núm. 9, Lima, PUCP, 1994, pp. 17-43. La traducción original de Tamayo y Salmorán aparece como libro posteriormente (México, UNAM, 2001).

⁵ En la obra *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Ed. Debate, 1988, pp. 109-155.

título es: *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo*.⁶ En la elaboración de este trabajo Fix-Zamudio dedicó cinco años bajo la dirección, en un primero momento del procesalista José Castillo Larrañaga,⁷ y fundamentalmente de quien se convertiría en su maestro, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, habiendo realizado el examen profesional el 18 de enero de 1956 obteniendo mención honorífica.⁸

Esta verdadera "joya" de la ciencia del derecho procesal constitucional no ha sido lo suficientemente valorada por la doctrina contemporánea, no obstante representar el primer estudio de construcción dogmática de la disciplina con la intención manifiesta de establecer su contorno científico. Por supuesto que Fix-Zamudio se apoyó y tuvo en cuenta la gran aportación de Kelsen en su famoso artículo de 1928, que inspira incluso el título de su tesis, como también se advierte una clara influencia de Couture, Calamandrei, Cappelletti y de su maestro Alcalá-Zamora y Castillo. Sin embargo, no se debe a ninguno de los afamados juristas el primer estudio sistemático por virtud del cual se pone en conexión su identidad, naturaleza y ubicación dentro de la ciencia procesal, su definición y contenido, así como su delimitación propiamente con la ciencia constitucional.

El trabajo de Fix-Zamudio de 1955 consta de 167 páginas, dividido en cinco capítulos. No llegó a publicarse en forma de libro, sino a manera de artículos que fueron apareciendo en diversas revistas. Así se publicaron en 1956 de manera sucesiva sus ensayos: "Derecho procesal constitucional";⁹ "La garantía jurisdiccional de la Cons-

⁶ México, 1955.

⁷ José Castillo Larrañaga, destacado procesalista y en aquel momento magistrado del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, fue el director original de la tesis de Héctor Fix-Zamudio. Castillo Larrañaga, sin embargo, sugirió que la dirección de la tesis pasara a Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, y es así como se conocieron Fix-Zamudio y Alcalá-Zamora, cuya relación se afirmó y prolongó con el paso del tiempo al extremo de convertirse el primero en el discípulo más destacado del profesor español.

⁸ El jurado del examen estuvo integrado por Lucio Cabrera Acevedo, José Castillo Larrañaga, Mariano Azuela Rivera y Niceto Alcalá-Zamora y Castillo.

⁹ *La Justicia* (Fundador, Alfredo Vázquez Labrido), t. XXVII, núms. 309 y 310, enero y febrero de 1956, pp. 12300 y 12361-12364. Corresponde al capítulo III de su tesis de 1955, pp. 56-97.

titución mexicana";¹⁰ "El proceso constitucional";¹¹ y "Estructura procesal de amparo".¹² En ese mismo año se publica su primer artículo (independiente de su tesis de 1955), que lleva el emblemático título: "La aportación de Piero Calamandrei al derecho procesal constitucional";¹³ también aparecen sus primeras traducciones sobre la materia¹⁴ y una "Biografía de Piero Calamandrei".¹⁵

III

Su tesis de licenciatura de 1955 quedó reproducida de manera íntegra, junto con ese primer artículo en su obra *Juicio de amparo* que publicara en 1964.¹⁶ En realidad en este libro quedan reunidos seis ensayos que aparecieron entre los años de 1955 a 1963: I. "La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo";¹⁷ II. "La aportación de Piero Calamandrei al derecho procesal constitucional";¹⁸ III. "Algunos problemas que plantea el amparo contra leyes";¹⁹ IV. "Estudio sobre la jurisdicción constitucional mexicana";²⁰ V. "Mandato de

¹⁰ *Foro de México* (Director, Eduardo Pallares), núm. XXXV, febrero de 1956, pp. 3-12. Corresponde al capítulo V, relativas a las conclusiones de su tesis de 1955, pp. 157-178.

¹¹ *La Justicia*, t. XXVII, núm. 317, septiembre de 1956, pp. 12625-12636. Corresponde a la primera parte del capítulo IV de la tesis de 1955, pp. 99-126.

¹² *La Justicia*, t. XXVII, núm. 318, octubre de 1956, pp. 12706-12712. Corresponde a la última parte del capítulo IV de la tesis de 1955, pp. 126-139.

¹³ *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. VI, octubre-diciembre de 1956, núm. 24, pp. 191-211. Posteriormente publicado en su obra *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 1964, pp. 145-211; así como en la *Revista Michoacana de Derecho Penal*, Morelia, núms. 20-21, 1987, pp. 17-37.

¹⁴ "Piero Calamandrei y la defensa jurídica de la libertad", *op. cit.*, pp. 153-189.

¹⁵ Junto con ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *op. cit.*, pp. 17-39.

¹⁶ Prólogo de Antonio Martínez Báez, México, Porrúa, 1964.

¹⁷ *Op. cit.*, corresponde a su tesis de licenciatura.

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 37, enero-abril de 1960, pp. 11-39.

²⁰ Apéndice al libro de CAPPELETTI, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad. Con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco*, México, UNAM, pp. 131-247. Además del Apéndice, la traducción del libro fue realizada por el propio Fix-Zamudio.

seguridad y juicio de amparo";²¹ y VI. "Panorama del juicio de amparo".²²

El primero de ellos corresponde a su tesis de licenciatura de 1955 y publicada parcialmente al año siguiente a manera de artículos independientes en revistas mexicanas. La estructura del trabajo consta de cinco capítulos, que analizaremos brevemente.

I. *Planteamiento del problema.* Constituye el primer capítulo a manera de introducción y justificación del estudio (pp. 9-14). Partiendo de la problemática relativa a que el juicio de amparo mexicano se ha convertido paulatinamente en un procedimiento sumarisimo a "un dilatado y embarazoso procedimiento que iguala a los más complicados de naturaleza civil", Fix-Zamudio advierte que con independencia de las reformas legislativas que pudieran emprenderse al respecto, es necesario previamente esclarecer "la naturaleza procesal del amparo" que desde su creación en el siglo XIX ha sido analizado esencialmente en su aspecto político y no en su estructura estrictamente jurídica que es la procesal. De esta manera estima que de la misma forma en que "sólo haciendo una cuidadosa auscultación del paciente está en posibilidad el médico de intentar su cura: de este modo, sólo precisando el concepto del proceso constitucional, es factible encauzarlo en la vía por la cual puede desarrollarse firme y plenamente". El proceso constitucional de amparo debe ser estudiado dentro de la más reciente rama del derecho procesal como lo es el derecho procesal constitucional que "todavía no ha salido de la etapa analítico-descriptiva, por no decir exegetica, que ha sido superada en otras disciplinas adjetivas, para iniciar francamente un estudio dogmático del amparo desde el punto de vista de la teoría general del proceso".

El autor define su postura y finalidad del estudio: "nuestro trabajo ha de orientarse a una ordenación del amparo hacia la teoría general del proceso y situándolo dentro de la nueva disciplina adjetiva: el

²¹ *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 46, enero-abril de 1963, pp. 3-60, reproducido en el volumen *Tres estudios sobre el mandato de seguridad brasileño*, México, UNAM, 1963, pp. 3-69, en colaboración con Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, y Alejandro RÍOS ESPINOZA.

²² Este ensayo ha sido actualizado con el paso de los años hasta su versión más actualizada denominada "Breve introducción al juicio de amparo mexicano", que aparece en la obra del mismo autor *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 3a. ed., México, Porrúa, 2003, pp. 1-96.

derecho procesal constitucional, y esto no sólo con el afán puramente especulativo, sino también con propósitos prácticos, como son el lograr una reglamentación adecuada a su naturaleza que pueda resolver todos los problemas que hasta la fecha han impedido una real y verdadera legislación orgánica del amparo". En realidad el contenido de los restantes capítulos rebasa con creces el objetivo pretendido por el autor. No sólo se dirige al estudio dogmático del juicio de amparo. Como cuestión previa realiza un profundo análisis de la evolución que ha experimentado la ciencia procesal en general, estableciendo una novedosa clasificación sistemática de sus diversas ramas, con la finalidad de ubicar el sitio donde debe encuadrarse al derecho procesal constitucional; de ahí construye la categoría contemporánea de "garantía constitucional" y ubica al amparo como parte de esa nueva disciplina al constituir su naturaleza jurídica el de un proceso constitucional.

II. *Situación de la materia en el campo del derecho procesal.* Este segundo capítulo parte del concepto mismo del derecho procesal. Entiende el autor que existe un "derecho instrumental" y dentro del cual deben distinguirse el "derecho procedimental" y el "derecho procesal". El primero se ocupa de las normas que señalan los requisitos formales necesarios para la creación y realización de las disposiciones materiales y el segundo estudia las normas que sirven de medio a la realización del derecho, en el caso concreto, mediante el ejercicio de la función jurisdiccional.

Partiendo de esta concepción del derecho procesal emprende su análisis a la luz de su carácter unitario. Advierte que la confusión generada deriva de los distintos planos en que se analiza la ciencia del derecho procesal, el proceso, el procedimiento y la jurisdicción. Examinando las distintas teorías de la diversidad especialmente aquellas defendidas por Eugenio Florián y Vicente Manzini, relativas al proceso penal como contrapuesto a su subordinación al proceso civil, advierte que en realidad no son contradictorios sino que por el contrario parten de las mismas teorías fundamentales para explicar la naturaleza y fines del proceso, lo que pone de manifiesto la unidad esencial del derecho procesal. De tal suerte concluye que existe esta unidad conceptual, si bien con diversidad en el proceso y multiplicidad del procedimiento.

En un apartado específico analiza con detalle el carácter histórico de la diversidad del proceso. Para ello analiza el proceso evolutivo de la concepción científica del derecho procesal, que iniciara desde la famosa obra de Bülow de 1968 que le otorga al proceso un carácter de relación pública entre el juez y las partes, distinguiendo el derecho material y la acción procesal. Pasando por Wach en su teoría sobre la pretensión de tutela jurídica, hasta la conocida prolesión de Chioven-da de 1903 y de autores que siguieron abonando en la construcción científica de la disciplina (Goldschmidt, Canelutti, Calamandrei, Couture, Prieto Castro, Fairén Guillén, etc.).

Así se llega a visualizar la conquista del derecho procesal civil como rama autónoma y advierte la manera en que las mismas teorías encuentran eco en el proceso penal hasta su aceptación como disciplina autónoma. Concluye destacando que "de estas dos primitivas ramas del derecho procesal se fueron formando otras que paulatinamente fueron alcanzando autonomía (haciendo hincapié que con esta palabra no queremos indicar independencia absoluta o desvinculación de la ciencia madre), expansión que se inicia a partir de la Revolución Francesa, primeramente con el derecho procesal administrativo (que es desarrollado en forma admirable en Francia a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado), posteriormente con el constitucional, el laboral, el agrario, el asistencial, y finalmente, el supraestatal, con inmensas perspectivas en el agitado mundo de la segunda posguerra; pudiendo decirse que ninguna disciplina jurídica ofrece tan brillante futuro como la antaño modesta ciencia procesal, ya que el proceso tiende a invadir y a abarcar todo el inmenso campo del derecho" (p. 24).

Con estas premisas y otorgando al derecho procesal el carácter de público derivado de su evolución a partir de la segunda mitad del siglo XIX, realiza un ensayo de clasificación de sus diversas ramas. Lo anterior con la finalidad de situar "geográficamente" al derecho procesal constitucional, género al cual pertenece, a su vez, el proceso de amparo. De esta forma clasifica, según la finalidad de las normas, al derecho procesal en: a) Dispositivo (derecho procesal civil y mercantil). b) Social (derecho procesal laboral, agrario y asistencial). c) Inquisitorio (derecho procesal penal, familiar y del estado civil, administrativo y constitucional). d) Supraestatal.

Esta clasificación, si bien pudiera actualizarse con una perspectiva contemporánea, tiene el gran mérito de ubicar a la nueva disciplina del derecho procesal constitucional en el concierto de las ramas procesales, otorgándole el carácter inquisitorio. Señala el autor que "con mayor razón debemos situar en este grupo de normas procesales a aquéllas que sirven de método para lograr la efectividad del principio de la supremacía constitucional, la que caería por su base si los órganos del poder pudieran desconocer o violar las normas fundamentales, sin que existiera un medio para prevenir y reparar dichas violaciones" (p. 49). En este sentido distingue entre el "proceso" del simple "procedimiento" constitucional. Este último entendido como la vía para lograr la defensa constitucional sin acudir a un acto jurisdiccional, como ejemplifica sucede con la responsabilidad ministerial, la emisión de los votos de confianza, la disolución del poder legislativo o el veto presidencial. En cambio, "dado el carácter público del proceso constitucional es evidente que el principio oficial o inquisitorio tiene plena aplicación".

III. *El derecho procesal constitucional.* Mientras que los capítulos anteriores sirvieron para establecer la naturaleza procesal de la disciplina como rama del derecho procesal, este tercer capítulo lo destina Fix-Zamudio a su sistematización dogmática. Este apartado constituye el primer estudio realizado sobre la "ciencia del derecho procesal constitucional" como disciplina procesal. Y para ello el autor lo divide en siete partes.

1. *Nacimiento de la disciplina.* Partiendo de la evolución del derecho procesal como ciencia expuesta en los capítulos precedentes, Fix-Zamudio enfatiza que "llegamos a la conclusión de que existe una disciplina instrumental que se ocupa del estudio de las normas que sirven de medio para la realización de las disposiciones contenidas en los preceptos constitucionales, cuando éstos son desconocidos, violados o existe incertidumbre sobre su significado: siendo esta materia una de las ramas más jóvenes de la ciencia del derecho procesal, y por lo tanto, no ha sido objeto todavía de una doctrina sistemática que defina su verdadera naturaleza y establezca sus límites dentro del inmenso campo del derecho".

Esta aseveración resulta significativa, en la medida en que reconoce el propio Fix-Zamudio que el derecho procesal constitucional aún no había sido objeto de un análisis sistemático que estableciera su

naturaleza jurídica. Esto confirma nuestra hipótesis relativa a que en realidad el trabajo de Fix-Zamudio que estamos comentando representa el primero en sistematizarla en su dimensión de disciplina autónoma procesal, lo cual dista de la intención de Kelsen en su ensayo de 1928. De esta manera, estimamos que no debemos confundir la base de cimentación (Kelsen), con la construcción dogmática de la disciplina como ciencia procesal (Couture, Calamandrei, Cappellotti), hasta llegar a su reconocimiento (Alcalá-Zamora y Castillo) y sistematización conceptual (Fix-Zamudio).

Fix-Zamudio parte de las consideraciones de Kelsen y advierte que los diversos estudios que se han realizado en relación con los métodos para actualizar los mandatos de la Constitución están dispersos en los manuales de derecho político o constitucional y englobados bajo la denominación genérica de "Defensa Constitucional", por lo que con mayor razón considera que el análisis del concepto de proceso constitucional sea nuevo y prácticamente virgen. Considera que esto se debe, por una parte, a que la constitución, como objeto de conocimiento ha sido estudiada preferentemente desde el punto de vista sociológico y político, y de manera secundaria su aspecto estrictamente normativo. Por la otra, a que las normas constitucionales están frecuentemente desprovistas de sanción, esto es, carecen de remedios jurídicos en caso de su violación, recurriéndose frecuentemente a medios políticos para lograr la reparación o cumplimiento de la norma infringida, lo que ha provocado que los estudios se concentren en esa protección política o sociológica. Sin embargo, a partir de las ideas de Hans Kelsen y de Mirkine-Guetzevicht sobre la "racionalización del poder" y continuada por Carl Schmitt, Herman Heller y otros juristas, se alienta la preocupación de un estudio científico de la salvaguardia de la constitución, incluso en la doctrina francesa (León Duguit, Gastón Jese y Julián Bonnecase), para predicar la nueva corriente del control jurisdiccional de la constitución, que ya venía aplicándose en Estados Unidos derivada de la jurisprudencia de su Corte Suprema.

2. *La defensa constitucional.* Este es un apartado de relevancia en la medida en que Fix-Zamudio, con la finalidad de contribuir al objeto de estudio de la nueva rama procesal, emprende su deslinde con el derecho constitucional. Esta delimitación la realiza a través de la distinción entre los conceptos de "Defensa" y "Garantía" de la Constitución. Asevera que esta confusión lleva a "errores semánti-

cos" de manera similar a los que se producen cuando se identifica el derecho subjetivo con la acción procesal.

El autor parte de la concepción de Calamandrei sobre las disposiciones "primarias" dirigidas al sujeto jurídico y las "secundarias" enderezadas hacia un órgano del Estado encargado de imponer ese mandato primario, así como de las ideas de James y Roberto Goldschmidt sobre el carácter "justicial" de aquellas normas secundarias o sancionatorias. Bajo esta concepción, entiende que "las garantías de las normas supremas son aquellas de carácter justicial formal que establecen la actualización del poder que debe imponer la voluntad del Constituyente". Y señala su preferencia por la expresión "garantía" de las también utilizadas connotaciones relativas a la "tutela" o "control", al estimar que la primera implica en sentido estricto un remedio, un aspecto terapéutico o restaurador, mientras que las otras expresiones son demasiado amplias.

La "Defensa de la Constitución", conforme al pensamiento de Fix-Zamudio, constituye un concepto genérico de salvaguarda de la norma suprema, que comprende tanto a los aspectos "patológicos" como "fisiológicos en la defensa de la ley fundamental, a manera de sus dos especies: a) La primera denominada "Protección constitucional" es materia de la ciencia política en general, de la teoría del estado y del derecho constitucional. Comprende la protección política (principio de división de poderes), protección jurídica (procedimiento dificultado de reforma constitucional), protección económica (control del presupuesto del Estado) y la protección social (organización de los partidos políticos), teniendo un carácter eminentemente "preventivo o preservativo". b) La segunda que denomina "Garantías Constitucionales", materia del derecho procesal constitucional y que constituyen los remedios jurídicos de naturaleza procesal destinados a reintegrar la eficacia de los preceptos constitucionales violados, por lo que tienen un carácter "restitutorio o reparador".

3. *Garantías fundamentales y garantías de la Constitución.* Fix-Zamudio se detiene a su vez en las tres diversas connotaciones de la expresión "garantías" que se le otorgan en el derecho público. Por un lado la tradicional denominación de "garantías fundamentales" como sinónimo de derechos, utilizada por las constituciones francesas posteriores a la Revolución de 1789; por otro, aquella concepción que se refiere a los instrumentos sociales, políticos y jurídicos para

preservar el orden jurídico establecido en la constitución (Jellinek); y por último, su significación como método procesal para hacer efectivos los mandatos fundamentales. De ahí concibe la distinción contemporánea que debe existir entre "Garantías fundamentales" entendidas como derechos y "Garantías constitucionales" referidas a los medios procesales que dan efectividad a los mandatos fundamentales cuando son desconocidos, violados o existe incertidumbre respecto de su forma o contenido.

4. *Diversos sistemas de garantías de la Constitución.* Una vez definida la significación de las "garantías constitucionales" se analizan los sistemas establecidos para reintegrar la validez del orden constitucional. Partiendo de los dos sistemas significados por Kelsen relativos a la "abrogación de la ley inconstitucional" y la "responsabilidad personal del órgano", el autor estima que esta clasificación resulta insuficiente al quedar excluidos aquellos actos contrarios a las disposiciones dogmáticas y orgánicas de la constitución que no tengan carácter legislativo. Por lo tanto, Fix-Zamudio estima que en realidad los sistemas de garantías de la Constitución son de tres clases.

Garantía política, que realiza un órgano político, pudiendo ser alguno de los existentes en la estructura de la constitución o bien un órgano especialmente creado. Es un órgano calificado como poder "neutral", "intermedio", "regulador" o "moderador", conforme a la concepción de Schmitt y que tiene su origen en la teoría de la monarquía constitucional del siglo XIX (Benjamin Constant).

Garantía judicial de la Constitución, que se sigue ante un tribunal establecido al efecto, teniendo como función la de declarar, sea de oficio o principalmente a petición de personas u órganos públicos legítimos, cuando una ley o un acto son contrarios a la ley fundamental y produce tal declaración la anulación absoluta de los mismos. Advierte el autor dos sistemas, el que denomina "austriaco" por obra de Kelsen, si bien con precedentes anteriores en algunas constituciones alemanas como las de Baviera (1818) y Sajona (1831) que instituyeron un Tribunal de Justicia Constitucional, como lo advertía Schmitt; y el que denomina "español", por haberse creado en la Constitución de la II República española de 1931, que si bien se inspiró en el sistema "austriaco", estableció modalidades que permiten considerarlo como un sistema peculiar con procedimientos específicos.

Garantía jurisdiccional de la Constitución, que realizan los órganos estrictamente jurisdiccionales actuando en la composición de la litis sobre el contenido o forma de una norma constitucional, para el caso concreto y a través del “agravio personal”. El autor lo denomina “sistema americano”, en virtud de que es seguido en términos generales por los países de ese continente y derivado de la Constitución de Estados Unidos de 1787. Este sistema se divide, conforme a la concepción del autor, en dos grandes ramas: la primera que se realiza a través de una verdadera jurisdicción constitucional (como señala sucede en México debido a que del amparo conoce privativamente y con procedimiento especial el Poder Judicial de la Federación); y la segunda, cuyo control se realiza por el poder judicial común (excepto los denominados *extraordinary legal remedies*) dentro del procedimiento ordinario.

5. *Ventajas y superioridad de la garantía jurisdiccional*. El autor precisa que no existen en forma típica ni exclusiva los diversos sistemas de garantías de la constitución. Sin embargo, las argumentaciones de Fix-Zamudio se dirigen a la superioridad que caracteriza al sistema de garantía jurisdiccional, sea como integrante de una jurisdicción especializada o como órgano judicial ordinario, al ser la figura del juez el defensor más calificado de las normas fundamentales, actuando sin apasionamiento ni vehemencia de las lides políticas.

6. *Concepto de derecho procesal constitucional*. Así llega el autor a una definición de lo que entiende por derecho procesal constitucional, al concebirla como “la disciplina que se ocupa del estudio de las garantías de la constitución, es decir, de los instrumentos normativos de carácter represivo y reparador que tienen por objeto remover los obstáculos existentes para el cumplimiento de las normas fundamentales, cuando las mismas han sido violadas, desconocidas o existe incertidumbre acerca de su alcance o de su contenido, o para decirlo en palabras carneltianas, son las normas instrumentales establecidas para la composición de los litigios constitucionales” (pp. 90-91).

7. *El derecho procesal constitucional mexicano*. Pone en conexión los apartados anteriores con el ordenamiento jurídico mexicano. Así se ocupa del examen de las garantías de la propia constitución y que están establecidas en el texto mismo de la norma suprema. Fix-Zamudio advierte tres garantías de carácter jurisdiccional y en tal virtud, tres procesos diversos, a saber: 1) El que denomina “represivo” que co-

responde al “juicio político” o “de responsabilidad” (art. 111). 2) El proceso constitucional que se contrae a las controversias entre dos o más estados, entre los Poderes de un mismo estado sobre la constitucionalidad de sus actos, de los conflictos entre la Federación y uno o más estados, así como aquéllas en que la Federación fuese parte (art. 105). 3) El proceso de amparo, que se contrae a la controversia que se suscite por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales (art. 103).

IV. *El proceso constitucional*. En este cuarto capítulo el autor estudia de manera particular al amparo como “el proceso constitucional por antonomasia, en virtud que constituye la garantía normal y permanente de la Constitución, en contradicción con los otros dos que son medios extraordinarios e intermitentes”. Partiendo de un estudio genérico de lo que se entiende por “proceso” y de las diversas teorías en su evolución, define al mismo como “el conjunto armónico y ordenado de actos jurídicos, en vista de la composición de la litis de trascendencia jurídica, que establece una relación de las partes con el juzgador y que se desenvuelve en una serie concatenada de situaciones”.

Una vez establecida la naturaleza y fines del proceso en general, Fix-Zamudio incursiona en la naturaleza jurídica y fines propios del “proceso de amparo”. Así estudia conceptos como la “acción constitucional”, la “jurisdicción constitucional”, la “relación jurídica procesal” y su “estructura procesal”. En este último sentido, la separación estructural de los diversos tipos de amparo constituye una de las principales contribuciones del autor, diseccionando los distintos sectores del amparo mexicano: 1) el primer sector se refiere a su concepción original como medio de protección de los derechos fundamentales en su dimensión individual y colectiva; 2) el segundo como “amparo contra leyes”; 3) el tercero en su dimensión de garantía de la legalidad, es decir, el “amparo casación”, que se perfila como un recurso de casación propiamente dicho. Y es por ello que el autor considera que el amparo mexicano tiene una trilogía estructural, de recurso de inconstitucionalidad, de amparo de derechos fundamentales y de amparo de casación, lo que lo lleva también a la conclusión de la desbordante labor que en ese entonces realizaba la Suprema Corte de Justicia, al realizar las funciones de un Tribunal Constitucional,

de una Corte de Casación, de un Tribunal Supremo Administrativo y de un Tribunal de Conflictos.

Con esta significativa aportación se inició en México la reivindicación de la naturaleza procesal del amparo. El propio Fix-Zamudio ha reconocido expresamente "iniciar esta corriente" en un importante estudio que preparó con motivo al merecido homenaje a su maestro Alcalá-Zamora y Castillo, bajo el título de "El juicio de amparo y enseñanza del derecho procesal". El profesor mexicano expresa: "Creemos haber tenido el privilegio de iniciar esta corriente con nuestra sencilla tesis profesional intitulada *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana* (México, 1955), que lleva el subtítulo significativo de ensayo de una estructuración procesal del amparo, inspirada en las enseñanzas del distinguido procesalista Niceto Alcalá-Zamora y Castillo sobre la unidad del derecho procesal, y en cuanto a la trilogía estructural de nuestra institución".²³

Esta definición conceptual, sin embargo, fue debatida por Ignacio Burgoa, destacado profesor de amparo y que en aquel entonces ya contaba con su clásica obra sobre la materia.²⁴ En la sexta edición de su obra critica la corriente procesalista para estudiar el amparo, al considerar que la teoría general del proceso se origina del proceso civil, diferente del amparo por su motivación y teología. Se dio pronto la polémica debido a que el destacado abogado Santiago Oñate opinaba lo contrario, defendiendo el carácter procesal del amparo.²⁵ Esto repercutía incluso en la manera en que debía enseñarse la materia en las universidades, ya que tradicionalmente se ha enseñado bajo el título de "garantías y amparo", que implica el estudio propiamente de los derechos fundamentales y del mecanismo procesal de su tutela.

²³ FIX-ZAMUDIO, Héctor. "El juicio de amparo y la enseñanza del derecho procesal", en el "Número Especial. Estudios de derecho procesal en honor de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año VIII, núms. 22-23, enero-agosto de 1975, p. 429.

²⁴ *El juicio de amparo*, 6a. ed., México, Porrúa, 1968. La última edición de este clásico libro es la 41a. ed., de 2006. La 1a. ed. corresponde al año de 1943. El profesor Burgoa falleció a los 87 años, el 6 de noviembre de 2005. Véanse las semblanzas de Xitlali Gómez Terán y Alfonso Herrera García, que aparecen en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 5, enero-junio de 2006, pp. 447-479 y 481-486, respectivamente.

²⁵ La polémica aparece en los periódicos *Excelsior* del 7 de junio y *El Heraldo* de 2 y 5 de julio, todos de 1968; citado por Héctor FIX-ZAMUDIO, en su estudio "El juicio de amparo y la enseñanza del derecho procesal", *op. cit.*, p. 426, notas 2 a 4.

Esto llevó a Fix-Zamudio a defender su postura en los siguientes años, al señalar: "¿En qué consiste esta teoría general del proceso, que parece tan esotérica a varios de los cultivadores del juicio de amparo mexicano? Se trata en realidad de una conclusión muy simple, que consiste en sostener la existencia de una serie de conceptos comunes a todas las ramas de enjuiciamiento, los cuales pueden estudiarse en su aspecto genérico, sin perjuicio de los aspectos peculiares que asumen en cada una de las disciplinas específicas".²⁶

V. *Conclusiones*. El último capítulo contiene diecisiete conclusiones que reflejan el contenido del trabajo desarrollado. Para los efectos que aquí interesan, destacan las conclusiones segunda, cuarta y quinta.

"Segunda. Las grandes conquistas alcanzadas por la teoría general del proceso en los últimos tiempos, primeramente bajo la dirección de los jurisconsultos alemanes y posteriormente por la ciencia jurídica italiana, que ha trascendido a los procesalistas españoles e hispano-americanos; y por otra parte, la aparición de una nueva disciplina procesal: "El derecho procesal constitucional" permite encauzar el amparo hacia su plena reivindicación procesal, aspecto que ha ocupado hasta la fecha un lugar secundario, pero que promete un gran florecimiento, eliminando los obstáculos que impiden una consciente y necesaria reforma de la legislación de amparo".

"Cuarta. Dentro de la clasificación del proceso en razón de su materia, el amparo debe considerarse formando parte del derecho procesal constitucional, el cual, por virtud de la categoría de normas que garantiza, que son las fundamentales del ordenamiento jurídico, entra plenamente dentro del sector inquisitorio del derecho procesal, toda vez que la publicidad de su objeto implica que sus principios formativos establezcan la plena dirección del juzgador, la falta de disposición de las partes tanto sobre el objeto del litigio como sobre el material probatorio, el predominio de la verdad material sobre la formal, y la máxima concentración, publicidad y oralidad del procedimiento".

"Quinta. La falta de sistematización de una materia tan novedosa, como lo es la ciencia del derecho procesal constitucional, cuya consolidación debe situarse en el año de 1928, en el cual el profesor

²⁶ *Op. ult. cit.*, p. 431.

Hans Kelsen publicó un trabajo fundamental sobre la misma, hace necesario precisar conceptos, para lo cual debe hacerse la distinción, dentro del género de la Defensa Constitucional de dos grandes grupos de normas que tutelan los mandatos del constituyente: por un lado deben situarse aquéllas que sirven de protección a las disposiciones supremas, que tienen un carácter preventivo o preservativo y, por otro, a las de naturaleza procesal o "justicia formal", que garantizan la constitución de manera represiva y reparadora. Estas últimas constituyen las "Garantías de la Constitución".

Hasta aquí el resumen de la trascendental postura doctrinal de Fix-Zamudio que elaboró en su tesis para obtener el grado de licenciado en derecho en el año de 1955, cuyos capítulos se publicaron parcialmente en distintas revistas al año siguiente. Como puede apreciarse, representa el primer estudio sistemático de la ciencia del derecho procesal constitucional, entendida como disciplina autónoma procesal.

IV

El origen científico del derecho procesal constitucional se inicia con el trascendente estudio de Kelsen en 1928 sobre la garantía jurisdiccional de la constitución. Este ensayo, que impactó a la concepción misma del derecho, constituye la base sobre la cual la corriente científica procesal encontraría sustento, por lo que puede considerarse a Kelsen como el precursor de la disciplina. Sin embargo, el desarrollo desde la corriente del procesalismo científico se debió a las aportaciones de Eduardo J. Couture (1946-1948), Piero Calamandrei (1950-1955) y Mauro Cappelletti (1955). Desde distintas perspectivas estos autores estudiaron las categorías procesales vinculadas a la Constitución, especialmente "el debido proceso", las nuevas "jurisdicciones constitucionales", así como los "procesos constitucionales" que se habían creado. Y es Alcalá-Zamora y Castillo (1944-1947), como acertadamente lo ha puesto de relieve el destacado jurista peruano Domingo García Belaunde, el que por vez primera vislumbra la "disciplina científica" y le otorga nombre. Faltaba, sin embargo, la configuración conceptual y sistemática, que realizaría Héctor Fix-Zamudio (1955-1956), a manera de último eslabón de construcción de la ciencia del derecho procesal constitucional.

Es precisamente con la clara postura doctrinal de Fix-Zamudio donde el derecho procesal constitucional se termina de configurar "como ciencia", debido a que:

- 1) Parte del reconocimiento de la "falta de sistematización" de la ciencia del derecho procesal constitucional.
- 2) La incardina en la ciencia procesal a manera de una de sus ramas y como consecuencia natural de la evolución que han experimentado las demás ramas procesales. Si bien Alcalá-Zamora y Castillo lo había puntualizado con anterioridad, es Fix-Zamudio el que lo sustenta científicamente.
- 3) Acepta la teoría de la unidad de la ciencia procesal, aclarando que existe diversidad de procesos y multiplicidad de procedimientos.
- 4) Clasifica las diversas ramas procesales teniendo en cuenta el objeto de sus normas y encontrando la naturaleza propia del derecho procesal constitucional.
- 5) Ubica al derecho procesal constitucional dentro de las disciplinas que comprenden el sector inquisitorio del derecho procesal. Entiende que debido a la publicidad de su objeto implica que sus principios formativos establezcan la plena dirección del juzgador, la falta de disposición de las partes del objeto del litigio como del material probatorio y predomina la verdad material sobre la formal, así como la máxima concentración, publicidad y oralidad del procedimiento.
- 6) Para determinar el objeto de estudio del derecho procesal constitucional, realiza un planteamiento integral de la defensa de la constitución.
- 7) Partiendo de la connotación genérica de la defensa constitucional, distingue entre sus especies dos grandes grupos de normas que tutelan los mandatos del constituyente. Por una parte las que denomina "Protección Constitucional" que protegen las disposiciones supremas teniendo un carácter preventivo o preservativo. Las segundas, que denomina "Garantías Constitucionales" se integran por los instrumentos procesales que garantizan la Constitución de manera represiva y reparadora.
- 8) Delimita el estudio entre la ciencia constitucional y la procesal, puntualizando que las primeras pertenecen al campo del

derecho constitucional, derecho político o teoría del estado; mientras que las segundas constituyen objeto de estudio del derecho procesal constitucional.

- 9) Estudia las diversas connotaciones que desde el derecho público se le han atribuido al vocablo "garantías", para deducir que la concepción contemporánea de las "garantías constitucionales" se dirige a su significación como instrumentos de protección y no en su dimensión de derechos fundamentales. Esto lo lleva a distinguir, por tanto, las "Garantías Fundamentales" de las "Garantías de la Constitución", entendiendo estos últimos como los instrumentos normativos de carácter represivo y reparador que tienen por objeto remover los obstáculos existentes para el cumplimiento de las normas fundamentales.
- 10) Distingue tres especies de "Garantías de la Constitución": política, judicial y jurisdiccional, que producen los tres sistemas existentes en la defensa de la Constitución.
- 11) Estudia por qué la "garantía jurisdiccional" es la que ofrece mayores ventajas.
- 12) Se establece por primera vez un concepto del derecho procesal constitucional, entendida como la disciplina que se ocupa del estudio de las garantías de la Constitución, es decir, de los instrumentos normativos de carácter represivo y reparador que tienen por objeto remover los obstáculos existentes para el cumplimiento de las normas fundamentales, cuando las mismas han sido violadas, desconocidas o exista incertidumbre acerca de su alcance o de su contenido.
- 13) Establece el contenido del derecho procesal constitucional mexicano, identificando las garantías constitucionales establecidas en su ley fundamental.
- 14) Para definir el "proceso constitucional" se parte de la naturaleza jurídica y fines mismos del "proceso", como una de las categorías fundamentales de la ciencia procesal. Para ello se emprende el análisis de las diversas teorías desde la corriente del procesalismo científico.
- 15) Define al proceso como el conjunto armónico y ordenado de actos jurídicos, en vista de la composición de la litis de trascendencia jurídica, que implica la vinculación de las partes con el juzgador y que se desenvuelve a través de una serie de

situaciones jurídicas que se van sucediendo según las partes actúen en relación con las expectativas, posibilidades, cargas y liberación de cargas que les son atribuidas.

- 16) Se distingue entre los fines de las pretensiones de las partes (protección de los derechos subjetivos), de la jurisdicción (actuación del derecho objetivo) y de los fines propios del proceso, que pueden ser inmediatos (composición del litigio) o mediatos (restaurar el orden jurídico violado).
- 17) Definiendo el proceso y sus fines, llega al entendimiento de que la institución del "amparo" es un "proceso" que merece la calificación de "constitucional" por su doble vinculación con la Ley Fundamental, debido a que su objeto lo constituyen precisamente las normas constitucionales, ya sea directamente o a través del control de legalidad, y además porque su configuración se encuentra en los propios preceptos fundamentales.
- 18) Analiza las particularidades del "proceso constitucional de amparo", donde advierte que existe una "acción constitucional" y una "jurisdicción constitucional".
- 19) Advierte la triple naturaleza del proceso de amparo mexicano: como un verdadero amparo (en su concepción original para la protección de los derechos fundamentales), como un "recurso de casación" (amparo-casación) y como un "recurso de inconstitucionalidad" (amparo contra leyes).
- 20) Analiza la problemática derivada de la compleja competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al actuar como Tribunal Constitucional, Corte de Casación, Tribunal Supremo Administrativo y Tribunal de Conflictos.

V

Debe tenerse presente que este planteamiento sistemático e integral de la ciencia del derecho procesal constitucional se realizó por Fix-Zamudio en 1955, cuando todavía no iniciaba funciones la Corte Constitucional italiana y la alemana se encontraba en sus primeros trazos. Es por ello que si bien algunos planteamientos pueden verse superados o redimensionados a la luz del desarrollo contemporáneo que han experimentado las magistraturas constitucionales en sus diversas modalidades, el planteamiento teórico relativo a su definición

conceptual y sistemática como disciplina autónoma procesal sigue vigente. En esa dimensión debemos de valorar esa joya de ensayo del hoy Investigador Emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y replantear su significación histórica ahora que los estudiosos escudriñan el nacimiento científico de la disciplina del derecho procesal constitucional.

Esta postura es la que, con algunos matices y desarrollos posteriores, ha defendido el profesor mexicano a lo largo de sus más de cincuenta años fructíferos de investigación jurídica, como se puede apreciar en las últimas ediciones de sus trascendentales libros sobre *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*,²⁷ *Derecho constitucional mexicano y comparado* (con Salvador Valencia Carmona)²⁸ e *Introducción al derecho procesal constitucional*.²⁹

Desde hace más de medio siglo comenzaron sus enseñanzas sobre el derecho procesal constitucional, que se refleja directa o indirectamente en todos sus libros y donde se puede apreciar distintas etapas en la evolución de su pensamiento: *El juicio de amparo*,³⁰ *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional. 1940-1965*,³¹ *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*,³² *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*,³³ *Metodología, docencia e investigación jurídicas*,³⁴ *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*,³⁵ *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*,³⁶ *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*,³⁷ *Ensayos sobre el derecho de amparo*,³⁸ *Justicia constitucional, Ombudsman y de-*

²⁷ México, Porrúa-UNAM, 3a. ed., 2005 (1a. ed., 1994, 2a. ed., 1998).

²⁸ México, Porrúa-UNAM, 5a. ed., 2007 (1a. ed., 1999, 2a. ed., 2001, 3a. ed., 2003 y 4a. ed., 2005).

²⁹ Querétaro, Fundap, 2002.

³⁰ México, Porrúa, 1964.

³¹ México, UNAM, 1968.

³² México, UNAM, 1974.

³³ México, UNAM, 1980 (2a. ed., UNAM-Porrúa, 1985).

³⁴ México, Porrúa-UNAM, 14a. ed., 2007 (1a. ed., UNAM, 1981).

³⁵ Madrid, Civitas-UNAM, 1982.

³⁶ México, USUAL, 1988.

³⁷ México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991.

³⁸ México, Porrúa-UNAM, 3a. ed., 2003 (1a. ed., UNAM, 1993, 2a. ed. Porrúa-UNAM, 1999).

rechos humanos,³⁹ *El poder judicial en el ordenamiento mexicano*,⁴⁰ *El Consejo de la Judicatura*,⁴¹ *México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*,⁴² *Comentarios a la Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal*,⁴³ *Derecho procesal*.⁴⁴

Esta verdadera "joya" de la ciencia del derecho procesal constitucional no ha sido lo suficientemente valorada por la doctrina contemporánea, no obstante representar el primer estudio de construcción dogmática de la disciplina con la intención manifiesta de establecer su contorno y perfil científico. En otras palabras, constituye el primer ensayo cuyo objeto de análisis es la "disciplina científica" como tal y no algunos aspectos aislados de su contenido.

La postura teórica de Fix-Zamudio tardó en darse a conocer. Probablemente debido a que su trabajo inicial de 1955, que constituye su tesis de licenciatura, apareció en publicaciones dispersas en 1956 siendo hasta 1964 cuando se publica íntegra junto con otros estudios en su libro *El juicio de amparo*. En los siguientes años los rumbos en el análisis científico de la jurisdicción y procesos constitucionales se encaminaron bajo la ciencia constitucional, no obstante que en Italia los procesalistas iniciaron su estudio dogmático a partir de la Constitución de 1947 hasta los primeros años de funcionamiento de la *Corte Costituzionale*.⁴⁵ ¿Por qué razón los procesalistas se apartaron de su estudio? Es una pregunta que debería ser analizada con detenimiento y materia de un diverso ensayo.

En Latinoamérica, a partir de la década de los sesenta, la semilla científica sembrada retoma nuevos brotes por los que podríamos denominar forjadores de segunda generación: Domingo García Belaunde y Néstor Pedro Sagüés. El primero en el Perú, al advertir la existencia

³⁹ México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2a. ed., 2001 (1a. ed., 1993, reimposición, 1997).

⁴⁰ Con José Ramón COSSIO, México, Fondo de Cultura Económica, 3a. reimposición, 2003 (1a. ed., 1996).

⁴¹ Con Héctor FIX FIERRO, México, UNAM, 1996.

⁴² México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2a. ed., 1999.

⁴³ México, Porrúa-Comisión Nacional de los Derechos Humanos del Distrito Federal, 1995.

⁴⁴ Con José OVALLE FAVELA, México, UNAM, 1991 (2a. ed., 1993).

⁴⁵ Especialmente por los procesalistas en materia civil. Así lo advertía Alcalá-Zamora y Castillo. Cfr. "La protección procesal internacional de los derechos humanos", en AA.VV., *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, México, UNAM, 1974, pp. 275-384, en p. 278.

de la disciplina cuando emprende un análisis sobre el hábeas corpus en su país (1971);⁴⁶ y el segundo en Argentina, al estudiar la institución del amparo (1979).⁴⁷ En las décadas de los ochenta y noventa desarrollan su contenido aceptando implícita o directamente la postura inicial de Fix-Zamudio de 1955, sobre su autonomía procesal, si bien estos dos constitucionalistas siguen aportando interesantes y originales planteamientos hasta nuestros días. A través de importantes publicaciones, organización de seminarios, congresos, conferencias y enseñanza universitaria, dan a conocer la disciplina y han contribuido de manera importante en su desarrollo científico.

A más de cincuenta años de distancia, la importancia del primer ensayo sistemático de la ciencia del derecho procesal constitucional que realizara Fix-Zamudio en 1955 sigue vigente, si bien con nuevos enfoques y planteamientos, como es natural que suceda en cualquier desarrollo de las disciplinas jurídicas.

⁴⁶ *El hábeas corpus interpretado*, Lima, Instituto de Investigaciones Jurídica de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1971, p. 21.

⁴⁷ *Ley de Amparo: comentada, anotada y concordada con las normas provinciales*, Buenos Aires, Astrea, 1979, p. 64.

REFORMAS A LA SOCIEDAD ANÓNIMA EN LA LEY DEL MERCADO DE VALORES. DECODIFICACIÓN Y MODERNIZACIÓN PENDIENTE

F. Jorge GAXIOLA MORAILA¹

“Cuando despertó, el dinosaurio todavía estaba allí”.

Tito Monterroso
El Dinosaurio

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La SAPI: una SA alternativa aun para fines no bursátiles.* III. *Validez de una reforma a la SA dentro de la LMV.* IV. *Necesidad de revisar el régimen jurídico de la SA.*

I. INTRODUCCIÓN

Es fácil contrastar la velocidad de transformación de las prácticas comerciales con la comparativa lentitud de los cambios sociales y culturales.

En forma similar, es un lugar común la comparación entre el cambio gradual y paulatino de la legislación civil, penal y constitucional, por ejemplo, con la vertiginosa transformación del derecho comercial, emanado durante más de mil años de las necesidades y la innovación de las prácticas mercantiles.

¹ Con un agradecimiento especial a mis amigos Luis Gómez Romero y Alejandro Moreno Morrison por sus importantes aportaciones para la discusión y elaboración de este documento.

Sorprenden en este contexto, tanto la rápida y profunda transformación del sistema jurídico mexicano en los últimos treinta años, como la supervivencia de una normatividad troncal del derecho mercantil con más de setenta años de antigüedad: un *Código de Comercio* de 1890 (publicado en 1889), una *Ley de Títulos y Operaciones de Crédito* de 1932 y una *Ley General de Sociedades Mercantiles* (en adelante, LGSM) de 1934.²

Sergio López Ayllón aporta datos reveladores al respecto.³ Por ejemplo, la Constitución se modificó 193 veces en sesenta y cinco años, entre 1917 y 1982. Aunque como tardía reacción a los cambios del país, entre 1982 y 1996 —es decir, en sólo catorce años— se reformó otras 153 veces, incluyendo los aspectos más sensibles para la vida económica y social. Asimismo, en 1996 existían 204 leyes, de las cuales 107 eran nuevas (publicadas entre 1992 y 1996); 57 fueron reformadas y solamente 40 no sufrieron modificación alguna. Los principales cambios se han concentrado en la actividad económica, la agricultura, el sistema financiero, las operaciones mercantiles, las comunicaciones, los impuestos, la materia electoral y los derechos humanos.⁴

Claro, el derecho comercial ha sido constantemente modificado y ajustado mediante reformas legales, tratados internacionales y criterios jurisprudenciales. Pero el mayor cambio ha operado mediante la expedición de leyes especiales. Los ordenamientos básicos del derecho mercantil han experimentado modificaciones coyunturales, específicas y aisladas más que estructurales. Así, el cambio más pro-

² Modificada 11 veces desde su publicación.

³ López Ayllón constata que “México se ha transformado significativamente en la segunda mitad de este siglo, particularmente en los últimos veinte años”. Entre los elementos reconstituyentes de la sociedad mexicana señala “los cambios en la distribución de la población (de un país rural a uno urbano), en el modelo económico (de una economía cerrada a una abierta), en los patrones de comportamiento político (de una sociedad predominantemente autoritaria a una de pluralidad política relativa), en los niveles de educación, en la generalización de acceso a los medios de comunicación, etcétera”. Sobre esta base, concluye certeramente que “[p]uede suponerse razonablemente que estos cambios en conjunto han generado nuevos modelos de relación social, los cuales tienen un impacto en el ámbito jurídico”. Sergio LÓPEZ AYLLÓN, *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del derecho en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1997, p. 89.

⁴ *Ibidem*, pp. 179 y ss.

fundo de las leyes mercantiles troncales ha sido un adelgazamiento conocido como *decodificación*: la paulatina conversión en derecho supletorio o común de múltiples leyes mercantiles y administrativas especiales que se multiplican rápidamente. José Eduardo Faria muestra que, cuando se da sin orden, este fenómeno es propio de los estados intervencionistas, y produce ordenamientos jurídicos con desorganización que les resta claridad, eficacia y predictibilidad:

En cuanto a la perspectiva formal, el Estado intervencionista promulgó —aunque de forma no sincronizada en términos lógico-formales, materiales y temporales— sucesivas normas de comportamiento, de organización y programáticas. Continuamente interseccionadas, tales normas fueron concebidas para objetivos específicos, circunstancias distintas e intereses en conflicto, de forma que acabaron generando innumerables microsistemas y diversas cadenas normativas en el ámbito del ordenamiento jurídico, cada una de ellas con sus principios y lógicas interpretativas. Por este motivo la tradicional concepción del derecho como un sistema básicamente cerrado, unitario, jerarquizado, axiomatizado, completo, y sin lagunas o antinomias, fue siendo progresivamente sustituida por la de un derecho organizado en forma de red, dado el creciente número de microsistemas y cadenas normativas con sus interrelaciones basales intentando capturar toda la complejidad de la realidad socioeconómica. Mientras que la concepción tradicional hace de la completitud, de la coherencia formal y de la logicidad interna los corolarios básicos del orden jurídico, el sistema en forma de red destaca por la multiplicidad de reglas, por la variabilidad de fuentes, por la ausencia de jerarquías y por la provisionalidad de sus estructuras, que son casi siempre parciales, mutables y contingentes.⁵

El ideal codificador, por el contrario, bien puede resumirse en las palabras de Jeremy Bentham, para quien “todo Estado Político” requiere “un cuerpo de ley omni-compreensivo” [*all-comprehensive*], “practicable” e “indispensable” en aras de la *certeza* y la *claridad* en el conocimiento del derecho que son necesarias para “la mayor

⁵ José Eduardo FARIA, *El derecho en la economía globalizada*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 109 y 110. Sobre las características atribuidas al ordenamiento desde la concepción del derecho que Faria designa como *tradicional* (fundamentalmente, la *unidad*, la *coherencia* y la *plenitud*), véase la clásica explicación desarrollada en Norberto BOBBIO, *Teoría general del derecho*, trad. de Eduardo Roza Acuña, Madrid, Debate, 1991, pp. 164 y ss.

felicidad del mayor número”.⁶ En el ámbito del discurso jurídico, el Código expresa la alianza entre las doctrinas del derecho natural y la planificación política ilustrada:⁷ a diferencia de las anteriores fijaciones escritas de las normas jurídicas –pongamos por caso el *Corpus Iuris Civilis*–, el proceso codificador no pretende consignar o garantizar la continuidad del derecho existente, sino que tiende a *planear (y disciplinar)* extensamente la sociedad mediante ordenaciones sistemáticas y creadoras.⁸

No es, por lo tanto, casualidad que la pretensión de la codificación fuese concentrar en un solo volumen la totalidad de las normas jurídicas pertenecientes a una misma materia. Evidentemente, además de la concentración material, la codificación presupuso la unidad y armonía lógica interna de dichas normas en cuanto corolarios jurí-

⁶ Jeremy BENTHAM, *Codification proposal, addressed by Jeremy Bentham to all nations professing liberal opinions; or Idea of a proposed all-comprehensive body of law, with an accompaniment of reasons, applying all along to the several proposed arrangements: These reasons being expressive of the considerations, by which the several arrangements have been presented, as being, in a higher degree than any other, conducive to the greatest happiness of the greatest number, of the individuals by whom the community in question is composed; including observations respecting the hands, by which the original draught of a work of the sort in question, may, with the most advantage, be composed: Also, intimation, from the author, to the competent authorities in the several nations and political states, expressive of his desire and readiness to draw up, for their use respectively, the original draught of a body of law as above proposed*, en IBID, *The Works of Jeremy Bentham published under the superintendence of his executor, John Bowring*, Nueva York, Russell & Russell, 1962, vol. IV, § 1, pp. 537-538. Cabe precisar que, en su formulación más simple, el utilitarismo evalúa como moralmente correcta aquella política que genera la mayor felicidad entre los miembros de una sociedad. Esto significa que, en términos generales, los utilitaristas valoran las normas por su contribución a maximizar el bienestar o felicidad promedio del grupo sobre el que serán aplicadas.

⁷ La palabra “código” (del latín *codex*) no es de origen jurídico, sino que se refería originalmente a la verdadera revolución “tecnológica” que significó (a principios de nuestra era) dejar de usar rollos de pergamino y comenzar a usar el formato de numerosos folios (en lo que podía escribirse de ambos lados) encuadernados en un solo tomo o volumen. De ahí se derivó su acepción jurídica al utilizarse para la colección o compilación (encuadernada como *codex*) de leyes anteriormente dispersas en diversos cuerpos legislativos.

⁸ Cfr. Franz WIEACKER, *Historia del derecho privado de la edad moderna*, trad. de Francisco Fernández Jardón, Granada, Comares, 2000, pp. 303 y ss. Véanse también las reflexiones que, respecto al derecho penal, formula en este sentido Michel FOUCAULT en la cuarta y quinta conferencias recogidas en *La verdad y las formas jurídicas*, trad. de Enrique Lynch, Barcelona, Gedisa, 1998, pp. 89 y ss.

dicos de una convicción política subyacente: la idea de que la razón autónoma puede efectivamente construir una sociedad mejor.⁹

Por lo que a este ensayo interesa, frente a las tensiones globales generadas por el desfase entre un proyecto codificador francamente en retroceso y el fenómeno decodificador, cabe valorar *grosso modo* a la relativamente nueva Ley del Mercado de Valores (LMV) como un paso importante en el mejoramiento del régimen jurídico del sector bursátil. En esta ocasión, empero, me interesa analizar solamente su impacto metabursátil; es decir, las posibilidades que ofrece para flexibilizar y mejorar el régimen jurídico de las sociedades anónimas que no tienen acciones inscritas en el Registro Nacional de Valores, especialmente de las que ni siquiera tienen previsto obtener tal inscripción. Dicho en otra forma: quiero revisar someramente su impacto en el proceso decodificador de la LGSM.

De esta acotación surgen tres preguntas: 1. ¿El capítulo I del título II de la LMV correspondiente a la sociedad anónima promotora de inversión (en lo sucesivo, SAPI) es aplicable a empresas que no tienen vocación bursátil a pesar de su ubicación en la LMV? O, en otras palabras, ¿contiene la LMV una reforma implícita a la LGSM y una derogación callada a algunas de sus restricciones? 2. De ser así, ¿es técnicamente válido regular sociedades metabursátiles en una ley cuyo objeto se limita a aspectos relacionados con el mercado de valores? 3. Finalmente, ¿queda satisfactoriamente resuelta la principal problemática del régimen jurídico de la SA en la LGSM?

En las siguientes páginas procuraré responder en forma general a las tres preguntas para establecer: 1. El régimen de la SAPI puede ser aplicable a sociedades sin vocación bursátil; 2. La reforma a la LGSM tácitamente efectuada mediante la nueva LMV es válida; y 3. La existencia de una realidad social mayoritaria de micro, medianas y pequeñas empresas no ha sido considerada en esta reforma tácita, ni en ninguna otra. Dejo para otra ocasión una agenda de moderni-

⁹ Así, en el rigor de su construcción el Código entraña la noble aspiración inscrita en el *supere aude* kantiano, pero al mismo tiempo involucra una forma de dominio maquinal, teñida de uniformidad y generalización. Tal como advierten Theodor Adorno y Max Horkheimer, el ideal ilustrado no conoce límites en la “condescendencia con los amos del mundo”, pero tampoco –tristemente– en la “esclavización de las criaturas”. Max HORKHEIMER y Theodor ADORNO, *Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos*, Rolf Tiedemann (ed.), trad. de Joaquín Chamorro Mielke, Madrid, Akal, 2007, p. 20.

zación puntual del régimen de la SA o de las sociedades mercantiles en función de las circunstancias más generalizadas en México.

II. LA SAPI: UNA SA ALTERNATIVA AUN PARA FINES NO BURSÁTILES

A efecto de explicar el alcance de los cuestionamientos que he planteado, en primer término parece pertinente abordar la problemática que pretende resolverse mediante la normalización de la SAPI. Afirmo la Iniciativa de Ley del Mercado de Valores (a la que me referiré sencillamente como *Iniciativa*):¹⁰

Estudios recientes revelan que, en países como el nuestro, la falta de desarrollo de mercado de capital de riesgo se debe a dos fallas en el marco jurídico aplicable. Por un lado, si los potenciales inversionistas carecen de una protección legal adecuada para ejercer derechos, ellos preferirán otorgar préstamos directos a la empresa en lugar de efectuar aportaciones a capital. Por otro lado, la legislación relativa a las sociedades mercantiles contempla una serie de prohibiciones que desincentivan las inversiones de capital de riesgo.¹¹

Más adelante la *Iniciativa* también precisa:

[...] se estima que el capital de riesgo no se ha desarrollado en México debido a [...] la rigidez que la sociedad anónima impone a los esquemas de desinversión.¹²

En respuesta a esta problemática, la LMV crea el “régimen especial” de la SAPI, que provee una vía de escape a las limitaciones del régimen de la LGSM para las SA y una regulación imperativa más adecuada a las prácticas y necesidades actuales. La pregunta que nos hemos planteado es si ese régimen especial puede ser adoptado por cualquier SA o si se reserva para las SA que estén preparándose para

¹⁰ Poder Ejecutivo Federal, “Iniciativa de la Ley del Mercado de Valores”, *Gaceta del Senado*, núm. 103, jueves 31 de marzo de 2005.

¹¹ *Iniciativa*, numeral I, 5o. párrafo.

¹² *Ibidem*, 9o. párrafo.

convertirse en Sociedades Anónimas Promotoras de Inversión Bursátil (SAPIB) o en Sociedades Anónimas Bursátiles (SAB).

Las implicaciones que se siguen de este planteamiento ciertamente no son triviales. En un extremo, si el régimen de las SAPI se reserva solamente a aquellas SA destinadas a convertirse en SAB, los acuerdos permitidos por la LMV a las SAPI y prohibidos por la LGSM a las SA podrían declararse jurídicamente inválidos cuando una empresa los adopte bajo la forma de SAPI, sin ningún plan ni propósito de colocar sus acciones en la Bolsa.

Según el criterio que sostengo y propongo aquí, la LMV establece un régimen optativo para las SA, con total independencia de si tienen o no vocación bursátil. De ello se sigue que cualquier corporación mercantil puede válidamente adoptar la forma de SAPI y convenir los acuerdos permitidos a ella y prohibidos a la SA, al margen de la colocación bursátil de sus títulos o de los planes que pudieren existir para hacerlo en el futuro. Para sustentar este planteamiento recorro a dos órdenes de argumentos: uno de carácter *literal* y otro de tipo *finalístico*.

1. Argumento literal

Para contestar a la primera pregunta que formulé en la introducción a las presentes notas propongo una aproximación desde el análisis literal, a partir de la cual puede mostrarse que ninguna disposición del capítulo I del título II de la LMV condiciona el régimen de la SAPI a que se planee, proponga o comprometa su tránsito a SAPIB o a SAB. Más aún, el artículo 12 de la LMV establece:

Las sociedades anónimas podrán constituirse como sociedades anónimas promotoras de inversión o adoptar dicha modalidad, observando para ello las disposiciones especiales que se contienen en el presente ordenamiento legal y, en lo no previsto por éste lo señalado en la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Por otro lado, el artículo 19 de la LMV otorga a la SAPI la posibilidad (en cuanto emplea, precisamente, la forma verbal “podrán”), mas no la obligación ni condición, de inscribir sus acciones en el Registro Nacional de Valores, y convertirse así en una SAPIB. Esta alternativa

de acciones lícitas (una de las cuales excluye la bursatilización de acciones) apoya la validez de que las SAPI opten por nunca inscribir sus acciones y, consecuentemente, jamás convertirse en SAPIB ni en SAB. Aunque parezca evidente, siempre es útil recordar en casos como el que nos ocupa la claridad conceptual que Alf Ross aportara a la teoría del derecho cuando estableciera, a partir de la categorización de las modalidades jurídicas propuesta por Wesley Newcomb Hohfeld, que tanto las conductas *permitidas* (esto es, no prohibidas) como las conductas *libres* (es decir, aquéllas que no están prohibidas ni prescritas) implican que, respecto a la susodicha permisión o libertad, las terceras personas –incluidas entre ellas el Estado– no pueden interponer frente a su titular obstáculos jurídicos.¹³ Así, bajo la vigente LMV, una SAPI no está obligada a colocar sus acciones en bolsa, ni el Estado está facultado a exigirlo.

La lectura *a contrario sensu* del artículo 19-I.b de la LMV constata dicho criterio en tanto ordena que una SAPIB (entiéndase por tal una SAPI que inscribió sus acciones en el Registro Nacional de Valores) pierda su registro si no realiza su colocación bursátil en tres años. De este modo, el régimen de SAPIB se encuentra expresamente condicionado a su orientación y a su desenlace bursátil. De no realizar colocaciones en tres años, el registro se pierde, con lo que pasaría a ser una SAPI, cuyo régimen no está sujeto en la LMV a condición alguna relacionada con el mercado de valores.

2. Argumento finalístico

La conclusión favorable a la validez de la SAPI sin vocación bursátil es apoyada por el propósito de la nueva LMV según se describe en la *Iniciativa*. Dice el último párrafo del numeral I de dicho documento legislativo:

¹³ Existe, sin embargo, una diferencia fundamental entre permisión y libertad. El acto permitido puede encontrarse prescrito. Afirmar que tenemos permitido cumplir con nuestros deberes no resulta totalmente absurdo. En cambio, sostener que gozamos de libertad para cumplir tales deberes involucra un fuerte contrasentido. Cfr. Alf ROSS, *On Law and Justice*, Londres, Stevens and Sons, 1958 (capítulo V) y Wesley NEWCOMB HOHFELD, "Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning", *Yale Law Journal*, vol. 23, núm. 1, 1913-1914, pp. 28 y ss.

A través del régimen especial de las sociedades anónimas promotoras de inversión, tanto privadas como las que decidan listar sus acciones en bolsa, se impulsará decididamente el desarrollo de la mediana empresa.¹⁴

De este enunciado cabe inferir que es posible que una SAPI se abstenga de adquirir calidad bursátil de manera indefinida. La distinción formulada en la *Iniciativa* entre sociedades "privadas" y aquéllas que "decidan listar sus acciones en bolsa" puede ser aclarada mediante el análisis comparado: los ordenamientos del Reino Unido y la República de Irlanda distinguen entre las llamadas *private companies limited by shares* (identificables por las siglas "Ltd."), cuyos accionistas simplemente responden de las deudas sociales hasta el importe del capital aportado; y las *public limited companies* (reconocibles por las siglas "PLC"), que pueden optar por ofrecer sus acciones en las bolsas de valores y, por tanto, están sujetas a esquemas de capitalización, responsabilidad y publicidad más estrictos que las primeras.¹⁵

3. Objeciones "topográficas" y sistemáticas

Las principales impugnaciones contra la validez de una SAPI privada (es decir, sin vocación bursátil) creada a partir de la LMV son de carácter sistemático y, según una expresión coloquial muy difundida en el foro mexicano, "topográfico". Esta última no es contundente pero sí digna de consideración, ya que el régimen de la SAPI se ubica en la LMV y no en la LGSM, lo que da plausibilidad a la tesis de que todos los artículos de la ley tienen que entenderse de alguna manera vinculados u orientados al mercado de valores.

¹⁴ *Ibidem*, párrafo 16.

¹⁵ En el Reino Unido, los rasgos diferenciadores entre sociedades "privadas" y sociedades "públicas" están desarrollados al día de hoy en las secciones 4 y 755 a 767, inclusive, de la *Companies Act 2006*, aunque la introducción de la denominación *public limited company* en el ordenamiento británico se remonta al año de 1980. Las *private companies* tienen proscrito realizar ofertas públicas de los títulos (*securities*) que expidan, sean acciones (*shares*) u obligaciones (*debentures*). En el caso de la República de Irlanda, la sección 33 de la *Companies Act 1963* define las *private companies* como aquéllas que: a) restringen los derechos de transmisión de sus acciones; b) limitan hasta cincuenta el número de socios, y c) prohíben cualquier invitación al público para suscribir acciones u obligaciones expedidas por la sociedad. El distintivo *public company* fue introducido mediante la *Companies (Amendment) Act* de 1983, cuya sección segunda ordena escuetamente aplicarlo a aquellas compañías que no sean privadas.

El argumento sistemático tampoco me parece terminante pero creo que amerita un análisis mayor. Estriba en que la LMV contiene una definición clara de su objeto: el desarrollo del mercado de valores. Además, incluye un catálogo detallado de los aspectos incluidos en su ámbito material en las ocho fracciones que componen el artículo 10. Ninguna de ellas incluye la regulación de formas sociales ajenas al sector bursátil.

No obstante, considero que a pesar de las consideraciones atendibles en que se fundan ambas objeciones solamente lograrían acusar una falla en la técnica legislativa, seguramente motivada por estrategias (por demás efectivas) orientadas a asegurar viabilidad en el proceso legislativo, sin poder concluirse de ninguna de las dos la invalidez de las normas ubicadas en un cuerpo legislativo no apropiado a su materia. Trataré esta cuestión con mayor detenimiento en el apartado siguiente.

Por el momento, basta dejar establecido que el texto de la ley, la intención revelada en la *Iniciativa* para la SAPI, y la necesidad de flexibilizar el régimen de coinversión, desinversión, gobierno y operación de empresas medianas y grandes no bursátiles, me hacen definirme francamente por la validez de la SAPI sin vocación bursátil. Desde luego, ello no es óbice para dejar de reconocer al mismo tiempo la posibilidad de controversias judiciales al respecto y la necesidad de revisar integralmente la LGSM incorporando en ella, entre otras muchas cosas, un régimen orientado como el de la SAPI.

Sobre tales bases entiendo que el diseño de la LMV para la SAPI se da en la lógica de la decodificación, que desplaza la LGSM y le confiere la calidad de un ordenamiento troncal para todos aquellos aspectos de la existencia societaria no regulados especialmente en las novedosas normas sobre el mercado de valores. El artículo 10. I de la LMV así lo dispone expresamente en cuanto incluye dentro de su ámbito de validez aquellas sociedades mercantiles "que adopten o se constituyan con el carácter de sociedades promotoras de inversión". Esto puede entenderse como una modificación más o menos desarreglada de la LGSM, toda vez que la LMV faculta a la SAPI para realizar actos que las normas societarias generales tienen prohibidos a empresas no bursátiles. Del mismo modo, sin siquiera hacer mención de la LGSM en las disposiciones transitorias, la LMV deroga todas

sus normas relativas a la suscripción sucesiva de capital, que queda ahora sujeta a la normatividad bursátil.¹⁶

III. VALIDEZ DE UNA REFORMA A LA SA DENTRO DE LA LMV

Otra cuestión planteada por la creación del régimen alternativo de la SAPI es el relativo a la validez de disponer normas sobre sociedades mercantiles no bursátiles fuera de la ley de la materia (la LGSM) y por vía de una ley que regula en forma especial el ámbito bursátil (la LMV). Es decir, que podría alguien alegar contra la validez de la normatividad relativa a la SAPI privada argumentando que la regulación de una sociedad mercantil no debe (y, por lo tanto, no puede válidamente) legislarse en la LMV sino que forzosamente (en aras de su validez) debe legislarse en la LGSM o en una ley que tenga como fin reformar o complementar dicha ley. Tal argumento, sin embargo, es inconsecuente jurídicamente, si bien es cierto que apunta a una explicable pero innegable falta de rigor en la técnica legislativa seguida.

La validez formal de una ley federal en México se obtiene, recordemos, de la observancia de ciertas normas explícitas. Por lo tanto, si la LMV fue expedida por la rama legislativa del poder público (el Congreso de la Unión), de conformidad con la distribución de facultades prescrita en nuestra Constitución Política, siguiendo el proceso legislativo prescrito en dicha ley suprema, y conteniendo normas que no contravienen preceptos constitucionales, o tratados de los que México es parte signados en armonía con dicha Constitución, debe considerarse que cumple con los requisitos de validez exigidos por nuestro sistema legal.

La satisfacción de estos requerimientos formales y sustanciales ha sido tradicionalmente considerada suficiente para proveer a una norma jurídica de validez en la práctica del derecho que realizan en forma cotidiana nuestros tribunales, funcionarios y particulares. Echando

¹⁶ Art. 11, LMV. Sobre los efectos perniciosos que generan en el ordenamiento las derogaciones implícitas o tácitas, véase Miguel CARBONELL, "Los objetos de las leyes, los reenvíos legislativos y las derogaciones tácitas", en Miguel CARBONELL y Susana Thalía PEDROZA DE LA LLAVE (coords.), *Elementos de técnica legislativa*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, pp. 217-221.

mano del concepto de *regla de reconocimiento* postulado por H. L. A. Hart, podemos afirmar que el encuadramiento de una norma jurídica en el marco constitucional que he descrito a grandes rasgos es la fuente última de validez del sistema jurídico mexicano, toda vez que está respaldada por el hecho social consistente en la aceptación práctica de dicho marco como criterio supremo de identificación de las normas que conforman el aludido sistema.¹⁷

La buena técnica legislativa, en cambio, solamente *optimiza* la producción normativa del Poder Legislativo y, en su caso, del Ejecutivo.¹⁸ Es un lugar común de la teoría política la recomendación de que las leyes sean claras y entendibles para que las personas a las que se encuentran destinadas puedan cumplirlas.¹⁹ Esta cuestión, empero, incide antes en el ámbito de la *eficacia* que en el de la *validez* de las normas jurídicas. Por tanto, para reconocer una norma válida en el ordenamiento nacional —y me atrevería a decir que así sucede

¹⁷ No está de más apuntar que la regla de reconocimiento hartiana trasciende la mera verificación externa (como la que haría, por ejemplo, un antropólogo) de que cierto uso o hábito social es generalmente aceptado en la práctica como pauta de comportamiento. En términos generales, dicha regla puede definirse como un *enunciado interno* al discurso jurídico —esto es, un enunciado justificativo de los juicios de aprobación o desaprobación que se siguen de evaluar una conducta conforme a una norma jurídica— que aplica un criterio aceptado, pero no expreso, conforme al cual una regla jurídica cualquiera es “válida según los criterios de validez del sistema”. Tal criterio está informado por un componente eminentemente fáctico, referido a la manera efectiva en que son identificadas las normas de un sistema. Véase H. L. A. HART, *The Concept of Law*, 2a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1997, pp. 100-110.

¹⁸ Cfr. Manuel ATIENZA, *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Civitas, 1997, p. 19.

¹⁹ En los albores mismos de la modernidad así fue sugerido, entre otros, por diversos autores de utopías (entendido el término en su sentido positivo, esto es, como *eutopia*, el “buen lugar”). Thomas More refiere que los habitantes de Utopía “tienen muy pocas leyes” puesto que “consideran contrario a todo derecho y justicia que los hombres estén obligados por leyes tan numerosas que no puedan leerlas, o tan oscuras y confusas que no puedan entenderlas”. Tomaso Campanella, por su parte, sostiene que “las leyes de la Ciudad del Sol son pocas, breves, claras y están escritas en una tabla de bronce, colgada de los huecos del templo, es decir, entre las columnas”. Bástenos estos ejemplos emblemáticos para afirmar cierto consenso respecto a que una sociedad justa requiere idealmente un sistema de leyes que cualquier persona pueda entender. Véase, respectivamente, THOMAS MORE, *Utopía*, trad. al inglés de Ralph Robinson, en THOMAS MORE, FRANCIS BACON y HENRY NEVILLE, *Three Modern Utopias*, edición e introducción de Susan Bruce, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 94; y TOMASO CAMPANELLA, “La Ciudad del Sol”, en THOMAS MORE, TOMASO CAMPANELLA y FRANCIS BACON, *Utopías del Renacimiento*, trad. de Agustín Mateos, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 185.

también en la mayoría de los complejos sistemas jurídicos occidentales contemporáneos— no es preciso que se encuentre agrupada con normas afines en códigos cerrados o en cuerpos de leyes, ni que cumpla otros ideales de técnica legislativa (por importantes y útiles que estos sean).

1. Las cuestiones de validez formal de la LGSM y la decodificación de la materia mercantil

En contraste con lo apuntado acerca de la validez formal de la LMV, la LGSM no fue expedida por el Congreso de la Unión siguiendo el proceso legislativo prescrito en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sino por el Presidente de la República “en uso de facultades extraordinarias” que, aunque otorgadas por el Legislativo, no correspondían a los supuestos previstos por la Constitución para tal efecto.²⁰ Pese a que se ha alegado que la inconstitucionalidad de origen (debida a las irregularidades arriba descritas) ha sido “subsana” por las reformas posteriores que ha hecho el órgano competente conforme al procedimiento constitucional (pues valida implícitamente la ley reformada),²¹ esto no deja de ser una anomalía en el derecho mercantil mexicano que debe ser remediada por razones de principio; al menos, parafraseando a Ronald Dworkin, para tomar al derecho y a la Constitución *en serio*.

Lejos de solucionar este auténtico *vicio de origen*, la creación de un régimen para una especie de sociedad mercantil (en este caso, la SAPI) en la LMV se sitúa históricamente como una instancia más del proceso de decodificación que ha sufrido de manera paulatina la normatividad mercantil mexicana que alguna vez estuviera concentrada en el Código de Comercio. Por supuesto, este fenómeno de decodificación no ha sido exclusivo de México, pues ha sucedido, según Jorge Barrera Graf, “en todos los países que adoptaron” el Código de Comercio napoleónico, incluyendo a la propia Francia, “patria de origen del primero de ellos”.²²

²⁰ Cfr. Felipe TENA RAMÍREZ, *Derecho constitucional mexicano*, 11a. ed., México, Porrúa, 1972, p. 238.

²¹ Cfr. Walter FRISCH PHILIPP, *Sociedad anónima mexicana*, 4a. ed., México, Oxford University Press, 1996, p. 18.

²² Jorge BARRERA GRAF, *Instituciones de derecho mercantil*, México, Porrúa, 1989, p. 17.

La disipación de las normas mercantiles en diversos textos legales demuestra las limitaciones del ideal codificador que aspiraba a concentrar en un solo volumen toda la normatividad aplicable a una rama del derecho. Esto no significa, sin embargo, que no sea posible diseñar un sistema normativo que, aunque compuesto de diversos cuerpos legales especializados, logre armonizar lógicamente las normas pertenecientes a una rama del derecho como el mercantil. Un ejemplo de ello (pero no necesariamente un modelo a seguir) son las diversas "Leyes Uniformes" (*Uniform Acts*) que existen en Estados Unidos. Además del *Uniform Commercial Code*, la regulación de la materia mercantil está recogida, entre otros cuerpos normativos, en la *Uniform Common Trust Fund Act*, la *Uniform Fiduciaries Act*, la *Uniform Franchise and Business Opportunities Act* o la *Uniform Limited Liability Company Act*, por citar algunos casos.

Las *Uniform Acts* no son leyes en sentido estricto, sino *borradores de ley* que son propuestos a los estados de la Unión por la institución conocida como *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (NCCUSL), cuya sede está situada en la ciudad de Chicago. Integrada por juristas provenientes de la academia, la práctica privada del derecho y la función pública, la NCCUSL carece de competencia legislativa, de modo que las normas que elabora únicamente adquieren validez jurídica en tanto son sancionadas por las legislaturas estatales.

En cuestiones corporativas, justamente, el criterio de la NCCUSL no tuvo éxito. En 1928 la NCCUSL expidió una *Uniform Business Corporation Act* (UBCA) en vista de la buena acogida que habían tenido entre los estados la *Uniform Partnership Act* (primeramente propuesta en 1914) y la *Uniform Limited Partnership Act* (originalmente planteada en 1916). En vista de que sólo cuatro estados adoptaron el régimen sugerido por la UBCA y de la consecuente (y problemática) diversidad en las normas corporativas estatales vigentes durante la Segunda Guerra Mundial, el gobierno federal encomendó a un organismo distinto —el *Committee on Corporate Laws* de la *American Bar Association* (CCL-ABA)— que hiciese, para el caso en que llegara a necesitarse, un proyecto de *Federal Corporation Act*, mismo que fue concluido en 1943. Posteriormente, el mismo nivel de gobierno encargó a la CCL-ABA —en aquel entonces presidida por Millard B. Kennedy— un modelo normativo que pudiese ser adoptado por

los estados. Así nació tres años después (1946) una *Model Business Corporation Act* (MBCA) ampliamente inspirada en la legislación de Illinois.²³ El hecho de que dicha ley modelo haya sido expedida (y sea revisada anualmente) por un organismo distinto al que usualmente expide las *Uniform Acts*, empero, no afecta la coherencia lógica del subsistema jurídico mercantil en tanto que el CCL-ABA suele poner sumo cuidado en mantener el carácter sistemático de sus propuestas.²⁴

2. Importancia de una debida sistematización normativa de las instituciones mercantiles

La dispersión de normas mercantiles que padece hoy en día el subsistema jurídico mercantil mexicano no es un problema meramente de *estética arquitectónica*, sino uno que da lugar a graves problemas de interpretación que generan, a su vez, inseguridad jurídica, riesgos imponderables de litigiosidad e invalidez, costos, prácticas *contra legem* y otros vicios que desalientan el sano desarrollo de la actividad empresarial en México. Esto deriva de que entre más tipos de sujetos prevé el ordenamiento mercantil (sólo en este artículo ya han sido mencionadas la SA, la SAPI, la SAPIB y la SAB), es necesario introducir más normas de tipo secundario para distinguir entre lo que es común y especial en el régimen de cada una de ellas. Normalmente esas reglas secundarias son escasas y escuetas, de modo que no resuelven satisfactoriamente el problema. Además, la compleja estructura regulatoria obliga a los operadores jurídicos a consultar múltiples códigos (que, en estricto sentido, han dejado de ser tales) para averiguar el régimen de una misma figura societaria, hecho que

²³ En respuesta a esta iniciativa, la NCCUSL denominó a su propia propuesta en la misma forma, de modo que durante algún tiempo existieron *dos* MBCA. Finalmente, ante la popularidad alcanzada por la MBCA elaborada por el CCL-ABA, la NCCUSL retiró su ley modelo en el año de 1958. Para un breve recuento histórico de los orígenes de la MBCA es recomendable la lectura de Ray GARRET, "History, purposes and summary of the Model Business Corporation Act", *Business Lawyer*, vol. 6, núm. 1, 1950, pp. vii-xiii.

²⁴ La claridad sistemática de la MBCA fue uno de los objetivos primarios perseguidos por la reforma planteada en 1984, misma que fue sancionada por veinticinco estados. Cfr. Elliot GOLDSTEIN, "Revision of the Business Corporation Act", *Texas Law Review*, vol. 63, núm. 8, 1985, pp. 1472 y ss.

genera incertidumbre respecto al alcance de las normas supletorias. En palabras de Giovanni Tarello:

En el marco de una concepción de la regla jurídica como proposición que une a un sujeto jurídico, es claro que el sistema de reglas jurídicas globalmente más simple es aquel en el que el sujeto es único (y, también, en que los predicados jurídicos son pocos; pero de esto hablaré después). En efecto, si el sujeto es único, el sistema global resulta constituido de manera exclusiva: i) por las definiciones de los predicados; 2) por las reglas que atribuyen o revocan la atribución de cada predicado al sujeto único; y 3) por la posición de los principios que regulan la compatibilidad entre sí de los diferentes predicados. En cambio, si los sujetos jurídicos son muchos, el sistema se complica porque debe contener: 1) las definiciones de las diversas categorías de sujetos; 2) las reglas concernientes a los tránsitos de los sujetos de una a otra categoría; 3) las definiciones de los predicados; 4) las reglas relativas a la conveniencia de cada predicado a cada categoría de sujetos (esto es, un número de reglas igual al número de las reglas del sistema más simple, multiplicado por los tipos de sujeto); 5) las reglas relativas a la compatibilidad de los predicados, pero no en general, sino respecto de cada categoría de sujetos. En otras palabras, donde haya más categorías de sujetos, se necesitan dos tipos de reglas jurídicas más, y dentro de los otros dos tipos de reglas, el número de reglas base debe multiplicarse por el número de categorías de los sujetos.²⁵

El diseño de los ordenamientos también impacta en la interpretación sistemática y finalística, en forma tal que la ubicación legal de las instituciones puede incidir indirectamente en la determinación de sus alcances. Dada la misma estructura del discurso jurídico, los operadores jurídicos tienden a interpretar cada norma considerando los objetivos y principios del ordenamiento al que pertenece (esto es, tienden a instrumentar aquellas formas de interpretación *sistemático teleológica* que Ronald Dworkin ha recogido en la tesis del *derecho como integridad*).²⁶ De aquí que si un tipo no bursátil de SA como

²⁵ Giovanni TARELLO, *Cultura jurídica y política del derecho*, trad. de Isidro Rosas Alvarado, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 49 y 50.

²⁶ Sin que ello implique una aceptación de la controversial teoría de la respuesta única —que defiende la existencia de una solución adecuada y correcta a cada caso examinado en el contexto del discurso jurídico—, cabe suscribir el concepto del derecho como integridad en un plano fundamentalmente descriptivo, esto es, con la sola pretensión de apuntar que, en el desempeño de su inevitable labor hermenéutica, los juristas suelen preferir (entre otras razones, por estar dotadas de mayor vigor sistemático) aquellas interpretaciones de

la SAPI se norma en una ley bursátil, se corre el riesgo de que los principios y fines orientados al buen funcionamiento del mercado de valores rijan la interpretación de las normas que regulan dicha forma societaria, ajena a la lógica de las empresas públicas y eventualmente no diseñada para su ulterior colocación bursátil.

IV. NECESIDAD DE REVISAR EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA SA

El derecho mercantil mexicano tiene sus raíces en la tradición romano-italiana,²⁷ y su antecedente inmediato en el *Código de Comercio* de Napoleón, cuyas normas también regulan el régimen de las sociedades mercantiles.²⁸ La *Exposición de Motivos* (a la que me referiré en lo sucesivo con las siglas EM) de la LGSM hace alusión expresa a estos antecedentes y reconoce la influencia de “la doctrina extranjera, las leyes y los proyectos de otros países” cuyo pensamiento está conectado

las normas jurídicas que favorecen la comprensión del ordenamiento como un conjunto coherente. Así, es común que gocen de mayor aceptación las interpretaciones que satisfacen los principios normativos que subyacen a las reglas jurídicas, al igual que aquéllas que se inscriben convenientemente en el desarrollo de una tradición jurídica determinada. Para una primera aproximación a la tesis del derecho como integridad, véanse los siguientes textos de Ronald DWORKIN: “No right answer?”, *New York Law Review*, vol. 53, núm. 1, abril de 1978, pp. 1-32; y “How Law is like Literature”, en *IBID, A matter of principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985, pp. 146-166. Para una exposición cabal de la teoría del derecho como integridad, consúltese, del propio autor, *Law's Empire*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 1986 (en especial, los capítulos VI y VII).

²⁷ Por tradición romano-italiana entiendo aquella *familia* jurídica que, fundada en el derecho romano, fue enriquecida por el desarrollo de la actividad mercantil durante la Edad Media en Italia, como resultado de su estratégica ubicación geográfica y de la reactivación del tráfico internacional de personas y, por lo tanto, del comercio a raíz de las Cruzadas. Sobre el tremendo impulso que recibió la jurisprudencia práctica al amparo de la rica vida económica, política e intelectual que encontró cabida en Italia durante la Edad Media, *cfr.* Franz WIEACKER, *op. cit.*, pp. 51-64. Para una específica explicación sobre la evolución medieval de las instituciones jurídicas mercantiles, véase Harold Joseph BERMAN, *Law and Revolution. The formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Harvard University Press, 1983, pp. 336-355.

²⁸ Joaquín RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ explica en los siguientes términos la vinculación entre la legislación mercantil napoleónica y la tradición jurídica mexicana: “Los diversos tipos de sociedad mercantil que encuentran su consagración en el Código de Napoleón, se reducen a tres, las mismas que, poco después, son acogidas en el Código de Comercio español de 1829 y en el Código de Comercio mexicano de 1854. Se trata de las sociedades colectivas, en comandito y anónima”. *Tratado de sociedades mercantiles*, 6a. ed., México, Porrúa, 1981, t. I, p. 3.

estrechamente a la "cultura jurídica" de la que forman parte "nuestras instituciones legales", como parte del "esfuerzo por conservar todo lo que se ha incorporado a nuestra tradición".²⁹

Quizá esta adhesión dogmática a dicha tradición no haya sido problemática en sí misma y por sí misma bajo el contexto histórico en que se expidió la LGSM, pero hoy se ha convertido en una de las causas de la inoperancia del régimen de la SA mexicana ante las prácticas y los retos, por una parte de la economía global que ha venido a ser dominada por la tradición angloamericana en materia de corporaciones e inversiones; y por otra parte de la actividad comercial local que representa la mayor parte de la actividad económica y, porcentualmente, casi la totalidad de las empresas mercantiles.

1. Encuentro de tradiciones jurídicas en las grandes coinversiones: Local vs. Global

Según se desprende de la EM, cuando fue expedida la LGSM ya se hacía sentir en México la presión que ejercía la tradición angloamericana,³⁰ particularmente por lo que se refiere a la regulación de la SA.³¹ No obstante, el Ejecutivo optó "por conservar en lo básico la estructura rígida que da a la [sociedad] anónima el Código de Comercio", desechando el "marco jurídico mucho más flexible" (de influencia "anglosajona"),³² que se reconocía "como adecuado para lograr [...] un rápido desenvolvimiento de las compañías por acciones".

²⁹ "Exposición de motivos" de la LGSM (1934), en *Legislación mercantil*, México, Andrade, vol. I, pp. 349-350.

³⁰ Bajo la expresión tradición anglo-americana incluyo a la familia jurídica originada en el *Common Law* inglés y enriquecida por su desarrollado en los países de la *Common Wealth* británica y en Estados Unidos.

³¹ Dice la EM que, "[e]l Ejecutivo no pudo ignorar el sentimiento de recelo, de desconfianza, justificado por la experiencia, con que grandes sectores sociales miran este tipo de corporación [la SA]"; dado lo cual "aunque a primer vista parezca injustificado" la LGSM no adoptó "como base de su sistema los principios que especialmente en las leyes anglosajonas han hallado amplio reconocimiento y aceptación", mismos que inclusive habían inspirado "el proyecto de la Secretaría de Industria de 1929" (*cit.*, p. 350).

³² Se refiere a la tradición jurídica que hemos denominado angloamericana. Para una explicación de por qué no es acertado denominar "anglosajón" a dicho derecho, véase Edward JENKS, *The Book of English Law*, 5a. ed., Londres, John Murray Publishers, 1953, pp. 9-12.

A primera vista parece desafortunada la decisión de adoptar un esquema rígido en las leyes mercantiles, toda vez que constriñen la dinámica y la innovación comercial que operan bajo el principio liberal de la autonomía de la voluntad. No obstante, dentro del ámbito societario debemos tener cuidado. Hay circunstancias en que la flexibilidad y un amplio margen de libertad contractual no son virtudes en sí mismas de los ordenamientos jurídicos. Por lo contrario, es posible justificar, hasta cierto nivel, el carácter imperativo y rígido de las leyes aplicables a corporaciones, pese a que implique importantes restricciones a la libertad contractual en una materia eminentemente privada. Una regulación adecuada de las cuestiones societarias exige, como sugiere al analizar la legislación francesa en la materia Yves Guyon, encontrar un punto medio entre "una reglamentación excesivamente protectora" y "las aspiraciones de un liberalismo excesivo".³³ En la doctrina mexicana, Walter Frisch Philipp considera en términos parecidos que la rigidez de nuestras normas sobre sociedades está encaminada a "lograr cierta seguridad para los accionistas", en vista de lo cual se muestra favorable a que aquéllas tengan carácter imperativo, limitando así la autonomía de la voluntad de las partes.³⁴

Esto responde a que la organización y el funcionamiento de las empresas producen "externalidades" que no sólo afectan a quienes acuerdan el contrato social o determinan la voluntad corporativa a través de sus órganos, sino que además tienen implicaciones sobre diversidad de otros actores que requieren información y cierta protección de sus intereses legítimos ahí donde éstos se entrecruzan con la actividad societaria.³⁵ En esa tesitura, Walter Frisch Phillip

³³ Yves GUYON, *Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5a. ed., París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2002, p. 445.

³⁴ Walter Frisch PHILIPP, *op. cit.*, p. 20.

³⁵ En teoría económica, las *externalidades* son aquellas acciones realizadas por un actor social que producen efectos en otro agente respecto a los cuales este último no paga ni es pagado. Los economistas distinguen entre externalidades que tienen consecuencias beneficiosas (positivas) y externalidades que tienen consecuencias perjudiciales. Por ejemplo, una empresa que contamina el aire impone una externalidad negativa a todas las personas que lo respiran. En cambio, un apicultor genera una externalidad positiva respecto al manzanar contiguo, puesto que, debido a la polinización, cuanto mayor es el número de abejas, más manzanas produce el manzanar. Véase Joseph STIGLITZ, *La economía del sector público*, trad. de María Esther Rabasco y Luis Tohaira, Barcelona, Antoni Bosch, 1992, pp. 229 y ss.

critica la concesión demasiado amplia que el legislador del *Código de Comercio* de 1884 hizo a favor de la autonomía de la voluntad de los particulares, comentando:

[...] esta amplia libertad nos parece en nuestros días casi incomprensible debido a que estamos acostumbrados a que el creador de reglamentaciones legales sobre la sociedad anónima se sirva, en cuanto a las competencias de sus órganos, de normas imperativas y limita así, en ciertos puntos, la libertad de las partes en forma estricta, como debe corresponder a todo principio protector relativo a sociedades de capitales, cuyas acciones circulan rápida y fácilmente, de lo cual resulta la obligación del legislador de proteger a adquirentes futuros de acciones, contra normas estatutarias perjudiciales a tales adquirentes. De ello se dio cuenta el legislador moderno y creó un gran número de normas imperativas.³⁶

Con un espectro más amplio, Adela Cortina resume las instancias afectadas por las reglas corporativas en el siguiente cuadro:³⁷

<i>Grupos</i>	<i>Interés</i>
<i>Internos</i>	
Socios y accionistas (presentes y futuros)	<ul style="list-style-type: none"> • Beneficio e incremento del valor de la empresa • Rentabilidad y liquidez de las inversiones • Transparencia de las operaciones y proyectos • Participación y control de la gestión

³⁶ Cfr. Walter Frisch PHILIPP, *op. cit.*, p. 15. La acotación formulada por Frisch Phillip cuenta con un amplio respaldo en el derecho comparado. En la República Federal Alemana, verbigracia, los estatutos sociales de una SA sólo pueden apartarse de las provisiones legales en la materia cuando así se permite expresamente en la misma ley (*Aktiengesetz*, § 23, párrafo 5). De manera similar, en el ámbito español el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas dispone que los estatutos sociales no deben oponerse a las leyes ni contradecir "los principios configuradores de la sociedad anónima" (artículo 10).

³⁷ Adela CORTINA, *Ética de la empresa*, Madrid, Trotta, 2000, p. 134.

<i>Grupos</i>	<i>Interés</i>
Directivos	<ul style="list-style-type: none"> • Poder de decisión y control: capacidad de gestión • Influencia, prestigio e ingresos • Desarrollo de las ideas y capacidades propias • Maximizar el valor de la empresa
Trabajadores	<ul style="list-style-type: none"> • Salario, prestaciones sociales, seguridad, higiene y salud laboral • Seguridad en el puesto de trabajo • Promoción profesional y humana • Capacidad de interlocución: participación
<i>Externos</i>	
Clientes	<ul style="list-style-type: none"> • Calidad y justa relación calidad-precio • Información veraz y clara sobre los productos y servicios • Garantía de la integridad, seguridad y salud de los consumidores, usuarios y clientes • Servicio posventa
Proveedores	<ul style="list-style-type: none"> • Aceptación de los principios de libre mercado • Capacidad de pago • Información clara de las posibilidades comerciales • Respeto de las marcas y de la propiedad industrial
Competidores	<ul style="list-style-type: none"> • Respeto a las reglas de la libre competencia • Reciprocidad de las relaciones • Cumplimiento de los compromisos • Cooperación en las diferentes políticas empresariales

Grupos	Interés
Comunidad: - entorno - estado - sociedad en general	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Legales</i>: obligaciones fiscales, cumplimiento de la legislación vigente • <i>Sociales</i>: contribución positiva al desarrollo económico y al empleo. Colaboración activa con las instituciones sociales, culturales y científicas • Respeto por los valores morales, tradicionales y religiosos • <i>Medioambiente</i>: cuidado, respeto y mejora del medioambiente

Visto así, no estamos ante un dilema maniqueo que opone una *flexibilidad virtuosa* contra una *imperatividad perversa*, sino frente a un reto prudencial—como el sugerido por el anteriormente citado Yves Guyon—de balances, controles y efectos netos que brinde protecciones a los interesados con la menor rigidez posible y con el más amplio ámbito de libertad contractual compatible con tales protecciones.³⁸ De esta suerte, el problema medular de la LGSM no es la rigidez, sino la obsolescencia y su consecuente divorcio de las prácticas mercantiles medianas y grandes, principalmente de las internacionales.

Creo que si la rigidez no es perversa en sí misma, sí lo es la circunstancia de que las leyes se hagan y mantengan sin consideración suficiente a la realidad que las supera. Así, nuestra LGSM sale mal librada y deviene en inefectiva y, por ende, en riesgosa. Cabe encuadrar en este sentido a dicho texto legal dentro de las desfavorecedoras circunstancias descritas por Gerardo Pisarello:

De esta manera, los Estados acaban subordinados a una suerte de constitucionalismo mercantil global, no dirigido a controlar a los poderes, sino más bien a liberarlos, elevando a una serie de intereses corporativos a *Grundnorm* del ordenamiento internacional. Este fenómeno, a su vez, se traduce en una degradación del derecho oficial, que debe coexistir con un derecho no oficial dictado por múltiples legisladores fácticos. Éstos, merced a su poder

³⁸ Yves GUYON, *op. cit.*, pp. 299-300 y 445-447.

económico, acaban transformando lo fáctico en norma, disputándole al Estado el monopolio de la violencia y del derecho.³⁹

Así lo reconoce también la iniciativa presidencial de la LMV:

[...] ante la falta de un régimen especial como el que esta Iniciativa contempla, los inversionistas y las empresas receptoras de capital de riesgo han tenido que idear esquemas generalmente estructurados en el extranjero, que son jurídicamente complejos, onerosos y cuya validez bajo el régimen jurídico mexicano podría ser cuestionada.⁴⁰

Dado que sostenemos que la forma de SAPI puede adoptarse por cualquier empresa, aun sin vocación bursátil, la LMV permite resolver esa obsolescencia e ineffectividad riesgosa a través de una reforma estatutaria o de un contrato social (de SAPI) bien diseñado. Por eso constituye—con independencia de los defectos en su instrumentación legislativa—un avance positivo en el régimen de las coinversiones en México.

Como es sabido, los criterios de “gobierno corporativo” adoptados en la LMV para la SAB, para la SAPIB, para la SAPI y para otros participantes en el mercado de valores, se nutren de algunas prácticas anglo-americanas y globales, pero no implican una apuesta a la flexibilidad sin más. Para la SAPI hay aspectos de autonomía de la voluntad que se amplían, en forma afortunada, en mi opinión, y otros que la LMV restringe con buen juicio. De esta manera, la LMV establece para la SAPI mecanismos más modernos, operativos y efectivos de protección de las diversas instancias interesadas en el funcionamiento social y de control operativo de la empresa, que los previstos en la ya septuagenaria y adelgazada LGSM. Al mismo tiempo, permite pactos establecidos en la práctica comercial y que favorecen la captación y conservación de inversiones.

Por ejemplo, la LMV establece reglas modernas de gobierno corporativo para las SAPI,⁴¹ les permite que adquieran sus propias

³⁹ Gerardo PISARELLO, “Globalización, constitucionalismo y derechos. Las vías del cosmopolitismo jurídico”, en Miguel CARBONELL y Rodolfo VÁZQUEZ (comps.), *Estado constitucional y globalización*, México, Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 247.

⁴⁰ *Iniciativa*, numeral I, párrafo 13.

⁴¹ Art. 16, LMV.

acciones,⁴² impongan restricciones convencionales a la transmisión de acciones; establezcan causales de exclusión o separación de socios; establezcan causales de amortización de acciones a cierto precio; incluyan acciones sin derecho a voto, acciones con derechos no económicos, acciones con un régimen especial de dividendos o acciones con veto; dispongan mecanismos “de salida”; así como que limiten o regulen la responsabilidad de consejeros y directivos; entre otros elementos expansivos de la libertad contractual en el sentido de las prácticas observables globalmente en las coinversiones grandes y medianas.⁴³ La LMV establece para las SAPI mayores protecciones a las minorías,⁴⁴ y les permite adoptar las formas de gobierno, vigilancia y control de prácticas societarias propias de las SAP.⁴⁵ Además, otorga validez y regula acuerdos entre los accionistas que establezcan reglas temporales de no competencia; opciones de compra o venta respecto a determinados accionistas o a favor de alguno de ellos y acuerdos para el ejercicio del derecho de voto de los conocidos como “sindicatos de acciones”.⁴⁶ De esta manera, el régimen de la SAPI legitima y regula diversas prácticas comerciales e internacionales prevalecientes con un enfoque de regulación realista y no inhibitorio de la inversión.

2. La situación de la mayoría de las empresas mexicanas: complejidad vs. sencillez

Espero haber demostrado suficientemente la pertinencia de una reforma legislativa en la materia tras sugerir una comparación entre la LGSM y la práctica global, internacional y la de las grandes o medianas coinversiones. Pero, ¿qué pasa con las pequeñas empresas y qué tan importante es considerarlo?

El esquema de la SA en la LGSM es demasiado complejo, formal y costoso para las micro, pequeñas y medianas entidades comerciales (MIPYMES). Sin embargo, es la forma social más usada inclusive por ellas... con resultados muy poco satisfactorios. Las SAPI, por su

⁴² Art. 17, LMV.

⁴³ Art. 13, LMV.

⁴⁴ Art. 16, LMV.

⁴⁵ Art. 15, LMV.

⁴⁶ Art. 16, LMV.

parte, resultan una solución todavía más compleja y cara o inaccesible a los problemas de la gran mayoría de las sociedades mercantiles mexicanas (MIPYMES), a pesar de su importancia y de su carácter prioritario en las políticas públicas.

No es un secreto que las MIPYMES constituidas como SA suelen no emitir títulos accionarios, no cubrir el capital social, no hacerlo debidamente o hacer aportaciones sin reconocerlas en él, no llevar libros ni registros, no levantar actas de asamblea, celebrar sesiones no convocadas o indebidamente convocadas, no contar con órganos de vigilancia efectivos, o no generar ni publicar información financiera, entre otras faltas que podrían enunciarse. Este problema es de orden económico y cultural, pero en la esfera jurídica implica un riesgo de invalidez de múltiples actos jurídicos y de inseguridad y litigiosidad en el comercio, dada la rigidez del régimen de la SA y de su excesiva carga regulatoria para MIPYMES.

De acuerdo con su EM, la LGSM tiene el “propósito de que la [sociedad] anónima sea un tipo al que acudan únicamente las empresas de importancia”. Por “empresas de importancia” la EM se refiere a empresas grandes (en cuantía de capital) y bien establecidas, lo cual excluye a las micro y pequeñas empresas (MIPYMES). En la intención declarada del órgano legislativo, se adicionó en la LGSM la sociedad de responsabilidad limitada (SRL) para empresas medianas. Las micro y pequeñas empresas no figuran en el mapa de la LGSM, aunque aparecen con creces en los frecuentemente olvidados territorios de la realidad: con base en información del Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI), se estima que las MIPYMES constituyen el 99% del total de unidades económicas del país, representan alrededor del 50% del PIB y contribuyen a generar más del 70% de los empleos en México.⁴⁷

Obviamente la SAPI, en cuanto modalidad societaria, no resuelve ni mitiga este problema. Sin embargo, esta situación no constituye una crítica al régimen de las SAPI, orientado a empresas medianas y grandes captadoras de inversión institucional y global. Más bien es un llamado a establecer y fomentar el uso de formas societarias

⁴⁷ Poder Ejecutivo Federal, “Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012”, *Diario Oficial de la Federación*, t. DCXLIV, núm. 22, jueves 31 de mayo de 2007, p. 43 (Economía y finanzas públicas; Objetivo 5; Estrategia 5.6, 2.6: “Pequeñas y medianas empresas”).

sencillas de operar para las micro y pequeñas empresas, y reservar la SA para corporaciones medianas y grandes con cierto grado de pulverización de su capital y de movilidad de acciones.⁴⁸ Es probable que por inercias de los operadores jurídicos más que por razones legales, prácticamente todas las sociedades en México adoptan la forma de SA.⁴⁹ En este sentido, Víctor Manuel Castrillón y Luna describe el panorama corporativo mexicano bajo los siguientes términos:

[...] de los seis tipos de sociedades mercantiles que reconoce la ley, solamente tiene operación real la normatividad relativa a la sociedad anónima, porque las sociedades de personas —como la colectiva y la comandita simple y aun las intermedias como la comandita por acciones— ya no son utilizadas, y la sociedad de responsabilidad limitada, que creemos que podría ser muy útil para la pequeña y mediana empresa, la cual según los datos del INEGI representa el 98% de las entidades del país, también se encuentra en franco proceso de desaparición en la realidad corporativa nacional [...].⁵⁰

Castrillón considera que la sociedad de responsabilidad limitada [SRL] “es salvable” siempre que se establezcan “mayores requisitos de carácter económico para la formación de sociedades anónimas, tal y como se resolvió eficazmente en Alemania”.⁵¹ La *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (GmbH) —equivalente a nuestra SRL—, en efecto, es la forma societaria más extendida en aquel país, y acoge todo tipo de organizaciones: desde clubes deportivos hasta agrupaciones profesionales e incluso religiosas.⁵² El atractivo de la GmbH reside en su enorme flexibilidad, pero también en la exigencia de un

⁴⁸ La mayoría de las MIYPIMES son prácticamente unipersonales. Llama también la atención ver que las grandes empresas públicas en México están muy concentradas. De acuerdo con la investigación realizada recientemente por Leopoldo EGGERS (publicada en la revista *Líderes mexicanos* de abril de 2007) respecto a 131 grandes empresas (SAB muchas de ellas), 72.8% de sus capitales están bajo el control de una misma entidad.

⁴⁹ Por ejemplo, según información del SAT, en el municipio de Monterrey están inscritas 8 sociedades de nombre colectivo, 5 de comandita simple, 3 649 sociedades de responsabilidad limitada y 91 951 sociedades anónimas.

⁵⁰ Víctor Manuel CASTRILLÓN LUNA, “El derecho mercantil ante los retos de la globalización”, en Elvia Argelia QUINTANA ADRIANO, *Panorama internacional de derecho mercantil*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, t. I, p. 307.

⁵¹ *Idem*.

⁵² Gerhard WIRTH, Michael ARNOLD y Mark GREENE, *Corporate Law in Germany*, Munich, C. H. Beck, 2004, p. 3.

capital mínimo que alcanza únicamente los veinticinco mil euros.⁵³ En contraste, la *Aktiengesellschaft* (AG) —esto es, la SA— está planteada como la forma social *ad hoc* a las grandes empresas, esto es, aquéllas que pueden constituirse con un capital mínimo de cincuenta mil euros.⁵⁴

La AG también es sumamente exigente desde el punto de vista organizativo, lo cual desestimula a las pequeñas y medianas empresas para adoptar esta forma social.⁵⁵

En sentido similar tenemos propuestas más recientes como las de Rodolfo Gómez Alcalá, para quien:

Uno de los temas pendientes de nuestra legislación mercantil, consiste en plantear nuevamente la necesidad de elevar los requisitos para la constitución de ese tipo de sociedades, de tal forma que las restantes formas sociales, vuelvan a ocupar su lugar, y que se reconozca y se haga efectiva, la responsabilidad subsidiaria o solidaria de los socios en algunos tipos de sociedades. Lo anterior, debido a que los mínimos elementos que ahora se exigen, sólo han permitido el que se formen sociedades, sin su adecuada estructura de capital, en el solo perjuicio de las personas por las que realizan actos jurídicos y únicamente para evitar el principio establecido en nuestro artículo 2964 del Código Civil Federal, de que los deudores respondan con todo su patrimonio del cumplimiento de sus obligaciones.

[...]

También y por lo que toca a la sociedad anónima, la que sin duda, es la más utilizada en el país, ya resulta indispensable la creación de una ley particular, en donde se actualicen los procedimientos para su constitución; el mayor desarrollo de los derechos de minoría, las facultades de los órganos sociales; la posibilidad de reconocer la existencia de diferentes tipos de acciones, además de los ya existentes; así como procedimientos ágiles y sencillos para resolver controversias entre los accionistas y entre éstos y los órganos sociales. En todo caso, resulta necesario que en este tema, se reconozca y se dote de mayor autonomía al funcionamiento de estas sociedades y se simplifique sus trámites.⁵⁶

⁵³ *Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, § 5, párrafo 1.

⁵⁴ *Aktiengesetz*, § 7.

⁵⁵ Gerhard WIRTH, Michael ARNOLD y Mark GREENE, *op. cit.*, pp. 63-67.

⁵⁶ Rodolfo Vidal GÓMEZ ALCALÁ, “Derecho mercantil mexicano”, en Juan Federico ARRIOLA y Eduardo FERRER MAC-GREGOR, *El derecho desde sus disciplinas*, México, Porrúa, 2007, pp. 391 y 392.

3. Sensibilización respecto de intereses adicionales al mero lucro

En el contexto de la economía global, la transición del siglo XX al XXI trajo cambios en la cultura empresarial.⁵⁷ La cultura dominante hasta después de mediados del siglo pasado afirma que el deber de la empresa de capitales es estrictamente la creación por medios lícitos de “valor” (ganancias) para los inversionistas que encomendaron sus recursos a la empresa explícitamente con ese fin y no otro, con lo cual la empresa está ya brindando una serie de servicios a la sociedad: entre otros, la creación de empleos; la oferta de bienes y servicios; la competencia de precios y la calidad a favor del consumidor; el pago de impuestos o la creación de dividendos para inversionistas. Esta postura ha tenido como principal paladín al economista Milton Friedman, a partir de la publicación en 1970 de su controversial ensayo titulado “The Social Responsibility of Business Is to Increase Its Profits” (*La responsabilidad social de los negocios consiste en incrementar sus beneficios*).⁵⁸ Friedman ha dicho:

Pocas tendencias podrían socavar tan ampliamente los mismísimos fundamentos de nuestra sociedad libre como la aceptación por parte de oficiales corporativos de una responsabilidad social que no sea la de hacer tanto dinero para los accionistas como sea posible. Esta es una doctrina fundamentalmente subversiva.⁵⁹

Por otro lado, también a principios de la década de los setenta comenzó a desarrollarse una contra-corriente de ética empresarial en el seno de organismos como la Cámara de Comercio de Estados Unidos. Conforme a dicha tendencia –en palabras de Adrian Cadbury– “las compañías deberían considerar reestructurar sus objetivos,

⁵⁷ Para una exposición del desarrollo y diversas posturas sobre estas cuestiones, véase Norman P. BARRY y Dennis P. MCCANN, “Controversy: Do Corporations Have Any Responsibility Beyond Making a Profit?”, *Journal of Markets & Morality*, vol. 3, núm. 1, primavera de 2000, pp. 100-126. Para una brevisima introducción y una postura equilibrada del debate, véase Adrian CADBURY, *Corporate Governance and Chairmanship: A Personal View*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 156-158.

⁵⁸ *The New York Times Magazine*, septiembre 13 de 1970, pp. 33 y 122-126.

⁵⁹ Milton FRIEDMAN, *Capitalism and Freedom*, Chicago, University of Chicago Press, 1962, p. 133.

de manera que las metas sociales sean puestas a la par con metas económicas”.⁶⁰

Uno de los argumentos que se han esgrimido para esta responsabilidad es el goce que las sociedades de capitales (como la SA) tienen de ciertos privilegios, entre los que destaca la limitación de la responsabilidad que les es otorgada por la ley, y protegida por los órganos del gobierno. También es de destacarse que esta fue una manera de ofrecer una alternativa a la tendencia que en aquella época hubo en Estados Unidos de regular más estrictamente a las corporaciones de capitales mediante la legislación del poder público.⁶¹

En un plano más inmediato y práctico y desde un análisis de congruencia y eficiencia, Adela Cortina ha dicho que las empresas que lucran sin seguir orientaciones morales implican una contradicción conceptual y pragmática:

Porque si, por una parte no queremos ser héroes, por otra, las empresas no siguen orientaciones morales y, por último, se pide a las personas que trabajan en ellas que obren moralmente, la situación es insoluble. La única solución razonable consiste en remoralizar la empresa, recordando cuáles son los fines que le dan sentido y la legitiman socialmente, y adaptando su funcionamiento y su estilo –su carácter– a tales fines. Entonces quienes trabajan en ella podrán actuar moralmente sin ser héroes ni mártires.⁶²

Sobre esta base se orientan las reglas de gobierno corporativo promovidas por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) en el mundo,⁶³ por el Consejo Coordinador Empresarial en México⁶⁴ y, en cierta medida, por las reformas corporativas contenidas en la LMV, para empresas grandes, y en el resto de las leyes aplicables al sistema financiero. Pero no en la LGSM, hija de otro tiempo y de otro entendimiento del quehacer empresarial.

⁶⁰ Adrian CADBURY, *op. cit.*, p. 156.

⁶¹ Norman P. BARRY y Dennis P. MCCANN, *op. cit.*, p. 108.

⁶² Adela CORTINA, *op. cit.*, p. 85.

⁶³ Véase el documento, elaborado por múltiples autores, que lleva por título *Corporate Governance: Improving Competitiveness and Access to Capital in Global Markets: A report to the OECD, by the business sector advisory group on corporate governance*, París, Organization for Economic Cooperation and Development, 1998.

⁶⁴ Véase el Código de Mejores Prácticas Corporativas, difundido por el CCE en 2006.

La responsabilidad o, si se prefiere, la orientación moral de las empresas, no depende exclusivamente de su marco legal. Sin embargo, contribuiría a fomentarla un régimen de las SA en el que se también se cuente con un enfoque moderno y se cuide con mayor efectividad el balance de intereses internos y externos de las corporaciones. Razón de más para modernizar la LGSM.

El cambio social depende más de la evolución y calidad de los operadores jurídicos y de cambios culturales y sociopolíticos que de los textos legales;⁶⁵ pero no son pocos los incentivos de cambio social que pueden establecerse con leyes bien diseñadas para normar una realidad tomada en serio, y orientadas en función de ideales del quehacer empresarial que nos hacen buena falta. No está de más recordar a modo de conclusión las palabras de Amartya Sen, para quien:

Los individuos viven y actúan en un mundo de instituciones. Nuestras oportunidades y perspectivas dependen sobre todo de las instituciones que existen y de cómo funcionan. Las instituciones no sólo contribuyen a aumentar nuestra libertad, sino que su papel puede evaluarse de manera razonable a la luz de su contribución a aumentarla [...]

El mecanismo de mercado, que despierta pasiones tanto a favor como en contra, es una institución básica por medio de la cual los individuos pueden interrelacionarse y realizar actividades mutuamente ventajosas. Desde esta perspectiva, es muy difícil ver cómo puede haber alguien razonable que esté en contra del mecanismo del mercado como tal. Los problemas que surgen

⁶⁵ “En suma”, apuntan al respecto Sergio López Ayllón y Héctor Fix-Fierro: “Tenemos la impresión de que los ‘cuellos de botella’ que enfrenta actualmente el Estado de derecho en México residen menos en las deficiencias de su infraestructura jurídica y más en la carencia del apoyo social básico que requiere para funcionar. Tal apoyo no existe en la cultura jurídica externa, principalmente debido al predominio de los intereses de grupos y redes sociales por encima de los derechos, valores y méritos del individuo. Igualmente, hay una incipiente pero insuficiente internalización del significado y las consecuencias del Estado de derecho en la práctica social. Al mismo tiempo, observamos que los agentes sociales encargados de la operación de la infraestructura jurídica (abogados, jueces y otros funcionarios públicos) son, en su gran mayoría, producto del sistema vigente. En consecuencia, no tienen incentivos suficientes para facilitar el cambio y para actuar en un entorno más exigente. Y cuando tales incentivos existen, los grupos profesionales respectivos carecen, ya sea de la ‘masa crítica’ necesaria para sostener el proceso de cambio, o de una perspectiva clara de la dirección y el significado de las transformaciones”. Sergio LÓPEZ AYLLÓN y Héctor FIX-FIERRO, “¡Tan cerca, tan lejos! Estado de derecho y cambio jurídico en México (1970-2000)”, en Héctor FIX-FIERRO, Lawrence M. FRIEDMAN, y Rogelio PÉREZ PERDOMO (eds.), *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 505.

se deben a otras causas —no a la existencia de mercados *per se*—, y entre ellas se encuentran la insuficiente preparación para hacer uso de las transacciones de mercado, la ocultación de la información sin que nada lo impida o la realización de actividades sin regulación alguna que permiten a los poderosos aprovechar su ventaja asimétrica. Estos problemas tienen que resolverse no suprimiendo los mercados, sino permitiendo que funcionen mejor, más equitativamente y complementados con otras instituciones. Los resultados generales del mercado dependen casi en su totalidad de las instituciones políticas y sociales.⁶⁶

⁶⁶ Amartya SEN, *Desarrollo y libertad*, trad. de Esther Rabasco, México, Planeta, 2000, pp. 178-179.

LA REFORMA PENAL ELECTORAL

Arely GÓMEZ GONZÁLEZ

I. *Introducción.* II. *Antecedentes.* III. *Tipos penales electorales vigentes.* IV. *Proyecto de reforma en materia electoral federal.* V. *Financiamiento de las precampañas y campañas electorales con recursos de origen ilícito.* VI. *Comentarios finales de la reforma penal electoral.* VII. *Prevención del delito.*

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 13 de noviembre de 2007 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto mediante el cual se reformaron los artículos 6, 41, 85, 99, 108, 116 y 122; se adicionó el 134 y se derogó el párrafo tercero del artículo 97 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). Ello tiene como consecuencia que el marco normativo en materia electoral se modifique y presente nuevos escenarios jurídicos de análisis, razón que motiva este ensayo sobre un punto específico que debe incorporarse a este tema, a fin de obtener resultados integrales. Para tales efectos se tratan seis temas generales, presentados en el sumario que antecede.

En este sentido cabe iniciar comentando que los principios constitucionales en materia electoral, recientemente aprobados, deben ser normados conforme a sus diversos ámbitos de aplicación: el administrativo, el jurisdiccional y el penal. Cada uno de esos ámbitos tiene perfectamente definido un ordenamiento legal y una institución encargada de velar por su efectiva aplicación. Así las cosas, podemos afirmar que para que sean plenamente factibles las reformas constitucionales en materia electoral referidas, se requiere la adecuación

de las leyes secundarias, como ha sucedido con el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (Cofipe) publicado el 14 de enero de 2008 en el *Diario Oficial de la Federación*; la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral (LGSMIME), aprobada el pasado 20 de junio y publicada por el mismo medio el 1 de julio de 2008 y, desde luego, el Código Penal Federal (CPF), particularmente en su Título Vigésimo Cuarto que a la fecha no ha sido reformado.

La Fiscalía Especializada para la Atención de Delitos Electorales (Fepade), es una de las instituciones encargadas de garantizar la democracia y salvaguardar los principios de certeza, legalidad, independencia, imparcialidad y objetividad, rectores del sufragio, por lo que se ha convertido en la principal impulsora de una reforma penal electoral integral, no sólo acorde con las recientes reformas constitucionales y legales en materia electoral, sino además con el propósito de brindar a las autoridades encargadas de investigar, perseguir delitos e impartir justicia, los instrumentos jurídicos para combatir toda conducta delictiva que pretenda afectar la organización, desarrollo y resultados de los procesos electorales federales. La reforma penal electoral que plantea la Fepade contribuye a hacer más eficaz la función sustantiva del Ministerio Público.

La temática que se ha preparado en esta ocasión redundará principalmente en exponer brevemente antecedentes de los delitos electorales y una explicación de los tipos penales vigentes, el problema que ha representado su aplicación, así como un análisis de las causas que motivan la necesidad de una reforma, para finalmente comentar los planteamientos del proyecto de reforma en materia penal electoral federal elaborados por la Procuraduría General de la República (PGR), a través de la Fepade.

En forma complementaria, al final se efectúa un acercamiento al tema de prevención del delito electoral federal, por considerarse una acción necesaria, no sólo para la materia penal electoral, sino para cualquier ámbito tendente a combatir la criminalidad.

II. ANTECEDENTES

En nuestro país, los delitos electorales han estado contenidos en diversidad de ordenamientos jurídicos, desde la Constitución de Cádiz

del año de 1812, que fue la primera legislación que rigió en nuestro país, hasta su incorporación en el actual CPF.

La evolución de la regulación jurídica de los delitos electorales en nuestro país, y su análisis se divide en cinco periodos:¹

- Desde la promulgación de la Constitución de Cádiz hasta 1871 con la promulgación del Código Penal denominado Martínez de Castro; durante este periodo las disposiciones en materia electoral regularon tanto las faltas administrativas como los delitos electorales.
- La entrada en vigor del Código Penal Martínez de Castro de 1871, marca el segundo periodo, concluyendo con la entrada en vigor el 2 de julio de 1918 con la Ley para la Elección de Poderes Federales, destacando dicho periodo porque en las leyes electorales se mantuvieron las faltas administrativas, en tanto que en el Código Penal referido se incorporó un capítulo para sancionar las coerciones y fraudes electorales, siendo la pena más severa de un año de prisión.
- La Ley para la Elección de Poderes Federales de 1918, establece el inicio del tercer periodo, mismo que culmina hasta la entrada en vigor del Código Almaraz el 15 de diciembre de 1929; se aplicó el catálogo de delitos electorales de la Ley Electoral de 1918, y supletoriamente el capítulo relativo a los delitos electorales del Código Martínez de Castro.
- La promulgación del Código Almaraz de 1929, indica el comienzo del cuarto periodo y se extiende hasta 1990, en que el 15 de agosto entra en vigor el actual Título Vigésimo Cuarto del Código Penal Federal; en este periodo existió un sinnúmero de legislaciones en materia electoral, entre ellas, el Código Penal de 1931. En esta época la normatividad expedida en materia electoral reguló tanto las faltas administrativas como los delitos electorales.
- El último periodo, el actual, se inicia con la entrada en vigor del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales y del Título Vigésimo Cuarto del Código Penal de agosto de

¹ Francisco Javier BARREIRO PERERA, "Derecho penal electoral", *Revista Mexicana de Justicia*, núm. 3, PGR, octubre de 2002, p. 147.

1990. A partir de entonces los delitos electorales vuelven a quedar ubicados con plena y total autonomía en la legislación penal.

Consecuentemente los delitos electorales han existido a lo largo de nuestra historia, pero en el pasado fueron objeto de regulación por las leyes electorales.

En este contexto, es necesario señalar que el contenido del actual Título Vigésimo Cuarto, del CPF, ha sido reformado en dos momentos, el primero mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de marzo de 1994, con el cual se incrementaron algunas sanciones e incluyeron elementos normativos punibles vinculados a la compra de votos, violación al secreto del voto, y transporte indebido de votantes, entre otros tipos penales; por otro lado se crean ilícitos en materia del Registro Electoral, listados nominales y expedición ilícita de credenciales para votar;² y, el segundo momento, mediante el decreto de reformas publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 22 de noviembre de 1996, en que se adicionaron nuevas conductas como la inducción a la abstención y la obstaculización del desarrollo normal de los actos posteriores a la jornada electoral, contemplándose la figura de servidor público, separándose la regulación de los funcionarios partidistas y de los candidatos, además de haberse adicionado la regulación propia a los materiales electorales y a las encuestas o sondeos de opinión.³

² En la exposición de motivos de la Iniciativa de reformas de 25 de marzo de 1994, se comenta la importancia que reviste el que los procesos electorales se desarrollen en forma transparente y apegados a la ley, por lo que es conveniente la revisión de las penalidades de los delitos electorales y la tipificación de conductas que afecten el desarrollo, el respeto a derechos políticos, la libertad y el secreto del voto y la credibilidad del proceso electoral. Paralelamente, en la iniciativa prevalece el espíritu de la prevención del delito para evitar su consumación a través de la intimidación individual y general mediante la aplicación de la pena. El objetivo es la inhibición de las conductas antisociales en materia político-electoral, que debe corresponderse a que las autoridades investigadoras e impartidoras de justicia cuenten con descripciones típicas precisas que combatan los fenómenos políticos que agreden a la seguridad del sufragio.

³ Adicionalmente a los ejemplos mencionados, la Iniciativa de reformas de 22 de noviembre de 1996, según exposición de motivos, incluye la categoría de servidores públicos referida a la descripción que se hace en el artículo 212 del propio Código Penal Federal y se amplía tal definición para los funcionarios y empleados de la administración pública estatal y municipal. Las reformas que nos ocupan pretendieron hacer más explícitos los conceptos de violación.

III. TIPOS PENALES ELECTORALES VIGENTES

En principio, es dable señalar que los delitos electorales federales son conductas que se encuentran descritas y sancionadas en el Título Vigésimo Cuarto del CPF, que lesionan la función electoral y específicamente el sufragio en cualquiera de sus características, en lo relativo a la elección de Presidente de la República, diputados y senadores al Congreso de la Unión.

La Fepade, en el ejercicio de sus funciones, investiga y persigue los delitos electorales federales que de acuerdo con los valores democráticos que salvaguardan se pueden agrupar en tres rubros esenciales:

- Las conductas que atentan contra la libertad del sufragio.
- Las conductas que atentan contra la certeza de los resultados.
- Las conductas que afectan la equidad de la contienda.

Dentro de la primera categoría se encuentran, por ejemplo, la compra y coacción del voto, entendidas esencialmente como aquellas acciones encaminadas a ejercer presión sobre el elector, para forzarlo o inducirlo a votar por algún partido político o candidato.⁴

Respecto a las conductas que atentan contra la certeza de los resultados, pueden mencionarse la alteración de las actas de resultados de la jornada electoral, la introducción o sustracción indebida de boletas electorales en las urnas y la alteración o modificación que busque afectar el padrón electoral.⁵

Finalmente, las conductas que atentan contra la equidad de la contienda tienen como fin otorgar indebidamente beneficios de com-

⁴ Dentro del CPF, encontramos diversos tipos penales tendentes a proteger la libertad del sufragio, citándose en forma ejemplificativa: 403, fracción VI, relativa a la compra de voto; artículo 403, fracción IX, acarreo de votantes; artículo 403, fracción XI, referente a la coacción del voto; 406, fracción I, coacción del voto realizada por un funcionario partidista, en el interior de una casilla o en el lugar en que se encuentren formados los votantes.

⁵ Ejemplos de artículos del CPF que se refieren a tipos penales que tutelan la certeza de los resultados: 403, fracción X, relativa a la alteración de las actas de resultados, así como a la introducción o sustracción indebida de boletas electorales; 405, fracción IV, referente al funcionario electoral que altere los resultados electorales, o bien, que sustraiga o destruya boletas, documentos o materiales electorales; artículo 406, fracción V, relativa al funcionario partidista o candidato que propale de manera pública y dolosa noticias falsas en torno al desarrollo de la jornada electoral; artículo 411, referente a la alteración o modificación del padrón electoral.

petencia a un candidato sobre otro, como ejemplo de estas conductas podemos mencionar el destinar de manera ilegal fondos, bienes o servicios públicos a favor de un candidato o partido político, la obtención y utilización de fondos provenientes de actividades ilícitas y el condicionamiento de programas sociales y asistenciales, con fines electorales.⁶

El texto que se encuentra vigente en materia penal electoral es un avance importante que mejoró las condiciones de la contienda electoral con la finalidad de inhibir a través de la amenaza de sanción, conductas que afecten a los procesos electorales; sin embargo, la materia penal electoral no se ha visto modificada desde el año de 1996, por lo que en la actualidad varios de los tipos penales son obsoletos.⁷

Lo que hoy está tipificado como delito electoral es insuficiente para responder los reclamos sociales, pues las necesidades actuales son diferentes a las de otros años, la sociedad ha cambiado y, por consiguiente las prácticas delictivas. El vigente Título Vigésimo Cuarto, del CPF, en su aspecto amplio, protege el bien jurídico consistente en el adecuado desarrollo de la función pública electoral federal; específicamente, el voto y su proyección como prerrogativa de todos los ciudadanos, así como la función estatal de organizar las elecciones, pero no contempla tipos que sancionen aspectos importantes relacionados con la función electoral, como la regulación de la propaganda en radio y televisión, la fiscalización del financiamiento de los partidos

⁶ Dentro de los tipos penales tendentes a tutelar la equidad de las contiendas electorales, destacan: 407, fracción III, referente al servidor público que destine de manera ilegal fondos, bienes o servicios para apoyar a un partido o candidato; 406, fracción VII, relativa al funcionario partidista que obtenga y utilice fondos provenientes de actividades ilícitas y 407, fracción II, referente al servidor público que condicione programas sociales en apoyo de un partido político o candidato.

⁷ En términos de la Iniciativa de 25 de marzo de 1994, el legislador en su exposición de motivos precisó: "... la realidad política de nuestro país exige procesos electorales transparentes y apegados a la ley. La revisión de las penalidades de estos delitos y la tipificación de conductas que afecten el desarrollo, el respeto a derechos políticos, la libertad y secreto del voto y la credibilidad del proceso electoral, puede ser un instrumento que coadyuve en forma definitiva para la consecución de ese objeto". El objeto de la iniciativa es la inhibición de las conductas antisociales en materia político-electoral. Respecto a la segunda Iniciativa de 22 de noviembre de 1996, que contiene una exposición de motivos muy breve, se comenta: "Las reformas y adiciones que se proponen tienden a hacer más explícitos los conceptos de violación y otros aspectos que, de la experiencia resulten de su vigencia, es necesario precisar y están referidas al Título Vigésimo Cuarto que contiene las normas relativas a los Delitos Electorales y en Materia de Registro Nacional de Ciudadanos".

políticos en los que se podrían ver involucrados recursos públicos o de procedencia ilícita o extranjera, por lo que se debe establecer el marco jurídico en el que se deben conducir los partidos políticos, sus precandidatos y candidatos, así como las agrupaciones políticas nacionales.⁸

IV. PROYECTO DE REFORMA EN MATERIA ELECTORAL FEDERAL

La reforma penal electoral planteada por la Fepade tiene como propósito proporcionar a las autoridades encargadas de investigar, perseguir delitos e impartir justicia, los instrumentos jurídicos para combatir toda conducta delictiva que pretenda afectar la organización, desarrollo y resultados de los procesos electorales federales. La reforma penal que hoy comentamos, sin duda contribuirá a hacer más eficaz la función sustantiva del Ministerio Público.

El proyecto de reformas en materia penal electoral, fue elaborado considerando los siguientes criterios:

- Precisión e incorporación de elementos normativos que la práctica indica como necesarios. En este rubro, en el proyecto de reformas de Fepade, se estimó indispensable acogerse a la definición de "servidores públicos" contenida en el artículo 212 del CPF, concepto que se replanteó con el objeto de que sea coincidente con la reciente reforma introducida en el artículo 108 constitucional; además, de incluir a los servidores públicos de los organismos constitucionales autónomos.⁹ Otro

⁸ Cuestiones relacionadas con la función electoral fueron aprobadas en la pasada reforma en materia electoral que se efectuó a la CPEUM publicada el 13 de noviembre de 2007, en el artículo 41, Base III, antepenúltimo párrafo en donde se regula la prohibición para que ninguna persona contrate propaganda en radio y televisión dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, principio que fue normado en el artículo 49, punto 4 del Cofipe, el cual fue publicado el 14 de enero de 2008; de igual forma, dicho artículo 41 constitucional, Base V, décimo párrafo dispone reglas para la fiscalización de los partidos políticos, principios que son regulados en el Libro Segundo, Título Tercero, Capítulo Tercero del Cofipe.

⁹ El artículo 108 de la CPEUM, en la parte reformada dispone: "Para los efectos de las responsabilidades a que alude este Título se reputarán como servidores públicos a los representantes de elección popular, a los miembros del Poder Judicial Federal y del Poder Judicial del Distrito Federal, los funcionarios y empleados y, en general, a toda persona

ejemplo se encuentra en la fracción V del artículo 401 que incorpora la expresión relativa a “la credencial para votar, los listados nominales y boletas electorales”, conforme a los criterios judiciales. De igual forma, se modifica la fracción I del artículo 405, toda vez que se elimina el término “uso indebido” y se incluye en su lugar el de “uso ilícito”.

- Sugerencia de creación de tipos penales que regulan conductas que frecuentemente se han cometido en los últimos procesos electorales y que a la fecha no se encuentran tipificadas. Algunos ejemplos de este criterio corresponden a la fracción II, del artículo 407, misma en la que se adicionó un párrafo, para incluir a quien sin tener la calidad de servidor público amenace con suspender los beneficios de dichos programas sociales, ya sea por no participar en eventos proselitistas, o bien, para la emisión del sufragio a favor de un partido político, precandidato o candidato. Otro ejemplo es el previsto en el artículo 407, en donde de igual forma se adicionó una fracción V, con el fin de sancionar a los servidores públicos que soliciten de sus subordinados de manera expresa, aportaciones de dinero o en especie para apoyar a un precandidato o candidato, partido político, coalición o agrupación política nacional.
- Propuesta de tipos penales que establecen conductas que, si bien no acontecen como consecuencia de los procesos electorales, son tendentes a proteger bienes específicos relacionados con el adecuado desarrollo de la función pública electoral: en la fracción X, del artículo 403, se adicionaron hipótesis delictivas con el fin de sancionar la posesión, uso, compra, venta o suministro ilegal de materiales o documentos públicos electorales, cuestión que permitirá castigar la comercialización de credenciales para votar con fotografía; por su parte, en la fracción XI se plantea sancionar las mismas conductas relacionadas con los equipos o insumos necesarios para la elaboración de credenciales para votar. Otro ejemplo es el previsto en el artículo 411, en el que

que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en el Congreso de la Unión, en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal o en la administración pública federal o en el Distrito Federal, así como a los servidores públicos de los organismos a los que esta Constitución otorgue autonomía, quienes serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones”.

se propone sancionar la alteración, destrucción, posesión, uso, adquisición, comercialización, suministro o transferencia ilegal de información relativa o derivada del Registro Federal de Electores (RFE) en archivos electrónicos o en forma impresa.

- Adecuación del marco punitivo electoral a las recientes reformas constitucionales y legales en la materia. En el artículo 403 se adiciona una fracción XVI con el fin de sancionar la contratación de tiempo en radio o televisión para la difusión de propaganda política. Por otro lado, se plantea un artículo 406 bis, a fin de sancionar a quienes enajenen, graven o donen los bienes muebles e inmuebles que integran el patrimonio del partido político que haya perdido su registro. Asimismo, en el artículo 406 se adiciona una fracción VII, tendente a sancionar al funcionario partidista o candidato que se abstenga de rendir cuentas o realizar la comprobación o justificación de los gastos ordinarios o gastos de eventos proselitistas de campaña de algún partido político, coalición, agrupación política nacional o candidato.

1. Precisión e incorporación de elementos normativos que la práctica indica como necesarios

Respecto a este primer criterio es conveniente señalar que los tipos penales electorales vigentes son confusos en su redacción e imprecisos en las conductas que se tipifican, más aún, en algunos de ellos se abusó del uso de elementos subjetivos que en la práctica son difíciles de acreditar; no olvidemos que la norma penal es de aplicación estricta (*nullum crimen sine previa lege poenale scripta et stricta*), eso quiere decir que no hay delito sin previa ley penal escrita y estricta; en este sentido, el proyecto de la Fepade plantea ciertas precisiones en la redacción, a fin de lograr una mayor claridad en las descripciones de los tipos penales.

En primer término, en la fracción V del artículo 401 vigente, relativa a la definición de “documentos públicos electorales”, se incorpora, por ejemplo, la expresión referente a “la credencial para votar, los listados nominales y boletas electorales”, tomando en cuenta los criterios judiciales que sostienen expresamente que las boletas electorales son formalmente, antes y después de la jornada comicial, una

documentación pública, creada para un fin eminentemente público a costa del erario; y materialmente son una documentación pública, en tanto que son el recipiente del voto que en ellas se asienta por los sufragantes. De igual forma, se incluye en este concepto de documentos públicos “la correspondencia que circule bajo franquicia el Instituto Federal Electoral (IFE)”, para proteger el voto de los mexicanos residentes en el extranjero y de esa manera evitar lagunas que propicien impunidad.

Por otro lado, es necesario precisar la naturaleza del “organizador de actos de campaña” que ya se menciona actualmente en las tipificaciones penales, pues no estaba debidamente definido;¹⁰ consecuentemente, se propone adicionar una fracción IX, al artículo 401, a fin de definir tal figura.

Respecto a la precisión en los elementos de tipos penales, se encuentra, por ejemplo, el artículo 403, fracción III, que sanciona a quien “presione objetivamente” a los electores el día de la jornada electoral en el interior de las casillas o en el lugar en que se encuentren formados los votantes, con el fin de orientar el sentido de su voto; el proyecto de reformas propuesto por la Fepade, considera como elementos la “inducción u orientación expresa”, pues el término inducir, al referirse básicamente a instigar, o bien, a incitar a alguien a que haga algo, genera mayor claridad y precisión en el tipo penal, además de ser acordes dichas modificaciones con el contenido de diversos criterios judiciales, en los que se considera que la “presión” al voto se refiere precisamente a tratar de inducir la intención de ese sufragio.

De igual forma, en la citada fracción III, del artículo 403 vigente, el fin es castigar a quien oriente el sentido del voto; consecuentemente, se podría pensar que la redacción es correcta; empero, no se consideró una hipótesis en donde se realicen las mismas acciones, pero con el fin de que el ciudadano se abstenga de emitir su voto. Bajo la redacción actual, si en una casilla una persona nos dice que votemos por un partido o candidato, es delito; si en la misma casilla, alguien nos dice que no votemos no es delito. En el proyecto de la Fepade, se plantea castigar ambas hipótesis, esto es, la orientación respecto del

¹⁰ Para ello se recoge la definición prevista en el artículo 228, párrafo 2 del Cofipe que entiende por “actos de campaña” las reuniones públicas, asambleas, marchas y en general aquellas en que los candidatos o voceros de los partidos políticos se dirigen al electorado para promover sus candidaturas.

sentido del voto o la abstención de emitirlo; así también, se plantea sancionar en dicha fracción la inducción u orientación al voto, así como el proselitismo que se lleve a cabo tres días antes de la jornada electoral, tiempo que actualmente se utiliza para llevar a cabo tales conductas sin encontrarse regulado.

Otro ejemplo es el relacionado con la vigente fracción VI, del artículo 403, en donde se sanciona a quien solicite votos por paga, dádiva, promesa de dinero u otra recompensa durante las campañas electorales o la jornada electoral; en este contexto se plantea suprimir la “dádiva” por ser un concepto muy amplio, definido por la Real Academia Española¹¹ como una cosa que se da gratuitamente por lo que abarcaría incluso a la denominada propaganda utilitaria, que se encuentra comprendida en los gastos que pueden realizar los partidos políticos durante las campañas electorales, de acuerdo con el Cofipe; asimismo, se propone incluir en la redacción de esta hipótesis las conductas que ocurran en los tres días previos a la jornada electoral, periodo que actualmente no se encuentra previsto constituyendo un espacio de impunidad.¹²

También es importante referirnos al artículo 404 vigente, en el que se tipifica como delito electoral la inducción del sufragio por parte de algún ministro de culto religioso, durante el desarrollo de actos públicos propios de su ministerio, sea a favor o en contra de un candidato o partido político, o que promueva la abstención del ejercicio del derecho a votar; en este tenor, la reforma que se plantea adopta los términos “orientación” e “inducción expresa”, eliminando el voto en contra, toda vez que esta conducta es de imposible realización, si se toma en consideración que el voto solamente se puede dar a favor o abstenerse de emitirlo.

Respecto al artículo 406, por medio del cual se sanciona a los funcionarios partidistas o candidatos, concomitantemente, a las fracciones III y VI, del artículo 403, se plantea incluir en la redacción de la hipótesis de la fracción I, del referido artículo 406, la prohibición de ejercer presión o inducir el voto o su abstención, ya sea el día de la elección o en alguno de los tres días anteriores a la misma.

¹¹ Real Academia de la Lengua Española, <http://www.academia.org.mx/rae.php>.

¹² Una de las novedades que encontramos en el nuevo Cofipe, consiste en la disminución del lapso en el que se prohíbe la publicación de encuestas o sondeos.

2. Sugerencia de creación de tipos penales que regulan conductas que frecuentemente se han cometido en los últimos procesos electorales y que a la fecha no se encuentran tipificadas

La experiencia de los últimos procesos electorales federales, derivada del quehacer institucional de la Fepade, ha permitido considerar una diversidad de eventos que la legislación actual no tiene contemplados y si bien nadie puede negar los avances de la democratización, es clara la necesidad que existe de fortalecer el marco legal en materia penal electoral, a fin de que la institución del Ministerio Público reaccione contra aquellas personas que lesionan el adecuado desarrollo de la función pública electoral.

En este contexto, se plantea la adición de una fracción XV al artículo 403, por medio de la cual se pretende castigar a quien, sin estar autorizado, abra o manipule los paquetes electorales o retire los sellos o abra los lugares donde se resguarden.

Respecto al tema de las aportaciones provenientes del extranjero, se plantea adicionar una fracción XVII, al referido artículo 403, tendente a castigar a quien por sí o por interpósita persona proporcione fondos provenientes del extranjero para el apoyo de un partido político, coalición, agrupación política nacional o candidato con el fin de apoyar actos proselitistas dentro de una campaña electoral. Dicho planteamiento es de especial importancia si partimos de la idea de soberanía como una característica intrínseca del Estado, pues se traduce en términos llanos como el ejercicio de la autoridad legítima que residen en el pueblo y que se ejerce a través de los poderes públicos de acuerdo con su propia determinación y sin la intervención de elementos extraños, conforme al principio de no intervención que priva de manera generalizada en el ámbito internacional.

En el precepto relacionado con las conductas en que pueden incurrir los servidores públicos, esto es el artículo 407, se plantea ampliar las conductas para sancionar a los servidores públicos que condicionen permisos, concesiones, licencias, autorizaciones, franquicias a la emisión del sufragio, o bien, a la abstención del ejercicio del derecho del voto; asimismo, derivado de que en la práctica, personas que sin tener calidad de servidores públicos amenazan a los beneficiarios de programas sociales con retirarles el apoyo del mismo, se plantea

castigar a los que sin tener la calidad exigida por el tipo (servidor público) lleven a cabo esas amenazas, tendentes a obligar a los beneficiarios de los programas sociales para que participen en eventos proselitistas, o bien, para que emitan su voto a favor de determinado partido político o candidato, conducta comúnmente realizada por los promotores voluntarios de programas federales y que en virtud de no estar contemplada en la actual redacción del CPF se mantiene impune.

Asimismo, se propone una modificación a la fracción III, del citado artículo 407, a fin de castigar no sólo al servidor público que destine de manera ilegal los fondos, bienes o servicios públicos, sino también al servidor público que los utilice o permita su utilización, con el fin de apoyar o perjudicar a un precandidato, candidato, partido político, coalición o agrupación política nacional.

Continuando con el artículo 407, la Fepade considera importante adicionar una fracción V a dicho precepto, con el fin de sancionar al servidor público que solicite a sus subordinados de manera expresa, aportaciones de dinero o en especie para apoyar a un precandidato, candidato, partido político, coalición o agrupación política nacional.

3. Propuesta de tipos penales que establecen conductas que, si bien no acontecen como consecuencia de los procesos electorales, son tendentes a proteger bienes específicos relacionados con el adecuado desarrollo de la función pública electoral

En torno a este criterio, destacan los tipos penales que no exigen para su concreción una circunstancia de lugar, tiempo u ocasión específica, por el contrario las conductas que prevén se pueden realizar en cualquier momento e incluso fuera de los procesos electorales, es decir, nos referimos a las conductas relacionadas con el RFE y las credenciales para votar con fotografía.

En el tema del RFE, previsto en el artículo 411 del CPF, que sanciona únicamente su alteración se propone una reestructuración de dicho precepto, a fin de incorporar en una fracción III, tendente a castigar las conductas relacionadas con la alteración, destrucción, posesión, uso, adquisición, comercialización, suministro o transferencia ilegal,

de información relativa o derivada del RFE, ya sea en archivos electrónicos o en forma impresa, planteándose como agravante cuando en cualesquiera de dichas conductas participe algún servidor público, funcionario electoral, funcionario partidista o candidato.

Actualmente no es delito electoral que un particular tenga la Base de Datos del Padrón Electoral en su computadora.

En los casos que la Fiscalía Especializada ha investigado al respecto ha ejercitado acción penal por alguna de las hipótesis delictivas previstas en el Título Noveno del Código Penal Federal, relativo a "Revelación de Secretos y Acceso Ilícito a Sistemas y Equipos de Informática".

Paralelamente a lo anterior, se pretende sancionar la posesión ilícita y comercialización de las credenciales para votar con fotografía, así como agravar la pena cuando se tramite o participe en la expedición ilícita de dos o más credenciales para votar con fotografía, ya que derivado de la experiencia en los asuntos que se investigan en la Fepade, la obtención de dos o más credenciales para votar con fotografía, no sólo se efectúa con el fin de que una persona vote en más de una ocasión o en un distrito diverso al que le pertenece, sino sobre todo las redes delincuenciales han visto la posibilidad de obtener varias credenciales para votar auténticas, mismas que sirven como instrumento para cometer diversos ilícitos.

Por otro lado, resulta importante señalar que el proyecto que hoy comentamos, considera homologar la penalidad en algunos tipos penales electorales, toda vez que se han advertido similitudes entre éstos y otros de género distinto.

Un ejemplo de ello puede encontrarse en el robo, falsificación y uso de documento falso, pues no se justifica la causa por la cual el legislador sanciona con mayor rigor las conductas de los delitos genéricos que tienen similitud con los tipos electorales, dando gran beneficio al delincuente electoral.

Un ejemplo de lo anterior es el artículo 403, fracción X, del CPF, en el que, entre otras conductas, castiga la alteración de las credenciales para votar con fotografía, la cual es el documento público por excelencia para ejercer el derecho al voto, además de haberse convertido en el principal medio de identificación en el país, precepto que establece una pena de prisión de seis meses a tres años de prisión, en tanto que

el delito de falsificación de documentos públicos, contenido en el numeral 243,¹³ dispone una pena de cuatro a ocho años de prisión.

4. Adecuación del marco punitivo electoral a las recientes reformas constitucionales y legales en la materia

El pasado 13 de noviembre de 2007 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el Decreto de reformas a la CPEUM en materia electoral. Posteriormente, esto es, el 14 de enero de 2008, por el mismo medio informativo se publicó el nuevo Cofipe, en tanto que el pasado 1 de julio de 2008, se publicaron las reformas a la LGSMIME.

Para ser plenamente viables los postulados constitucionales y legales recientemente aprobados, se requiere la adecuación de las leyes secundarias, en el caso específico la actualización del marco punitivo federal en materia electoral, a fin de que exista congruencia con tales ordenamientos jurídicos.

En primer término, en el proyecto de reformas se estima indispensable replantear la definición de servidores públicos contenida en el artículo 212 del CPF, a fin de hacerlo coincidente con la reciente reforma introducida en el artículo 108 constitucional, considerando a los servidores públicos de los organismos a los que la propia Constitución federal les otorgue autonomía.

La inclusión en el texto constitucional del concepto de "precampaña", hace necesario definir en el proyecto de la Fepade al "precandidato", entendiéndose a éste como "el ciudadano que pretende ser postulado por un partido político como candidato a cargo de elección popular, y que ha cumplido con los requisitos que exige la legislación electoral y los estatutos de un partido político, en el proceso de selección interna de candidatos a cargos de elección popular".

Sin lugar a dudas tal definición, acorde con el artículo 212, punto 4 del Cofipe, es indispensable para establecer con precisión las conductas que se sancionarán de conformidad con los tipos penales que se proponen.

¹³ El artículo 243 del Código Penal Federal, dispone: "El delito de falsificación se castigará, tratándose de documentos públicos, con prisión de cuatro a ocho años y de doscientos a trescientos sesenta días multa. En el caso de documentos privados, con prisión de seis meses a cinco años y de ciento ochenta a trescientos sesenta días multa".

La Base III del artículo 41 constitucional dispone un nuevo modelo de comunicación entre los partidos políticos y la sociedad, precisando que la administración del tiempo en radio y televisión compete al IFE, surgiendo de esta forma la necesidad de vigilar la observancia de tales postulados constitucionales; en este sentido, se plantea la adición de una fracción XIV al artículo 403, a través de la cual se pretende castigar a quien contrate o ceda tiempo por esos medios, para que se difunda propaganda a favor o en contra de cualquier partido político, coalición, agrupación política nacional o candidato, así como la contratación para su promoción personal con fines electorales, en aquellos casos en que la ley electoral lo prohíba.

En materia de fiscalización de las finanzas de los partidos políticos se plantea una dualidad de tipos penales, con base en la calidad del sujeto activo del delito; en este sentido, se considera adicionar una fracción VII, al artículo 406 y una fracción VI, al artículo 407, correspondientes a los funcionarios partidistas o candidatos y servidores públicos, respectivamente; con el fin de sancionar en ese orden la abstención de rendir cuentas o de realizar la comprobación o justificación de los gastos ordinarios o gastos de eventos proselitistas de campaña de algún partido político, coalición, agrupación política nacional o candidato; así como la abstención de entregar la información que solicite la autoridad electoral competente, relacionada con las funciones de fiscalización.

La reforma constitucional, en su Base II, párrafo último, cubre una importante laguna legal, ya que no se establecía anteriormente un mecanismo para la liquidación de los bienes de los partidos políticos que perdían su registro y para que se entregaran al erario público los bienes y recursos remanentes. Derivado de dicha reforma, el Cofipe, en el artículo 32, punto 2, dispone: "La cancelación o pérdida del registro extinguirá la personalidad jurídica del partido político, pero quienes hayan sido sus dirigentes y candidatos deberán cumplir las obligaciones que en materia de fiscalización establece este Código, hasta la conclusión de los procedimientos respectivos y de liquidación de su patrimonio". En este sentido, el proyecto de la Fepade plantea un artículo 406 bis, a fin de castigar a quienes, después de haber sido requeridos por la autoridad competente, se abstengan de informar o rindan información falsa de los recursos y bienes públicos remanentes de los partidos políticos que hayan perdido su registro; así como a los

que enajenen, graven o donen los bienes muebles o inmuebles que integren el patrimonio de un partido político.¹⁴

Agotado el tópico relacionado con los criterios que se consideraron en la elaboración del proyecto de reformas en materia penal electoral, por su importancia corresponde analizar por separado el tema relacionado con el financiamiento de las precampañas y campañas electorales, mismo que paralelamente a lo anterior, es abordado en el proyecto que nos ocupa.

V. FINANCIAMIENTO DE LAS PRECAMPAÑAS Y CAMPAÑAS ELECTORALES CON RECURSOS DE ORIGEN ILÍCITO

Mención especial merece para la Fepade el tema del financiamiento de las precampañas y campañas electorales con recursos de origen ilícito, ya que no podemos negar que cualquier sociedad está expuesta al financiamiento de organizaciones delictivas en precampañas y campañas electorales. Varias son las opiniones de especialistas y actores políticos que coinciden en señalar que en algunos estados existe la presunción, ante el incremento en la presencia del crimen organizado, de la utilización de recursos provenientes del narcotráfico en las campañas electorales, sin que tal situación implique que los dirigentes de los partidos políticos e incluso los propios candidatos conozcan las negociaciones que en la materia se puedan realizar, pues se puede tratar de arreglos efectuados en lo particular con quienes brindan los recursos. No es secreto que en algunas entidades federativas, ex servidores públicos municipales y estatales se encuentran en las cárceles o han sido asesinados por su presunta vinculación con organizaciones delictivas.

Actualmente, el artículo 406 del CPF sanciona al funcionario partidista o candidato que obtenga y utilice a sabiendas y en su calidad de candidato, fondos provenientes de actividades ilícitas para su campaña electoral, estableciéndose una pena de prisión de uno a seis años y de cien a doscientos días multa.

¹⁴ El artículo 103 del Cofipe establece el procedimiento de disolución y liquidación de los partidos políticos que pierdan su registro legal y la adjudicación de los bienes remanentes a la Federación.

Un primer problema que presenta la norma vigente es la punibilidad, ya que actualmente el manejo de recursos provenientes de actividades ilícitas se sanciona de cinco a quince años de prisión y de mil a cinco mil días multa, conforme a lo establecido en el artículo 400 bis del ordenamiento jurídico citado, precepto que corresponde al tipo de operaciones con recursos de procedencia ilícita; luego entonces, existe una incongruencia de sanciones, sin que el legislador haya justificado sancionar con menor pena cuando los recursos provenientes de las mismas actividades ilícitas se utilicen con fines políticos.¹⁵

El proyecto de la Fepade no sólo pretende igualar penas en el tema que nos ocupa, sino además pretende sancionar el financiamiento bajo el mismo tipo de recursos en las precampañas; asimismo, propone castigar no sólo al candidato o funcionario partidista como acontece en el texto vigente, sino a cualquier persona que destine o reciba los recursos provenientes de actividades ilícitas.

VI. COMENTARIOS FINALES DE LA REFORMA PENAL ELECTORAL

Es conveniente ponderar que existen conductas que afectan gravemente los intereses de las instituciones democráticas y, desde luego, el adecuado desarrollo de la función pública electoral. Bajo el esquema procesal penal federal vigente, los probables responsables de los delitos electorales tienen la posibilidad de sustraerse, con relativa facilidad, a la acción de la justicia al alcanzar la libertad a través de la caución, que en la mayoría de los casos les resulta beneficiosa, situación que debe ser analizada y de considerarlo procedente deben efectuarse las modificaciones en el ordenamiento jurídico, con la

¹⁵ La Fepade plantea un artículo 413 en el que se pretende sancionar a quien realice, destine o reciba aportaciones de dinero o en especie a favor de un precandidato o candidato o partido político, cuando los fondos o bienes tengan un origen ilícito. El texto completo propuesto por la Fepade es el siguiente:

“Se impondrá de mil a cinco mil días multa y de cinco a quince años de prisión al que por sí o por interpósita persona, realice, destine o reciba aportaciones de dinero o en especie a favor de algún precandidato, candidato, partido político, coalición o agrupación política nacional cuando exista una prohibición legal para ello, o cuando los fondos o bienes tengan un origen ilícito, o en montos que rebasen los permitidos por la ley.

La pena prevista en el párrafo anterior se aumentará hasta en una mitad más cuando la conducta se realice en apoyo de una precampaña o campaña electoral”.

finalidad de que aquellas conductas sean calificadas como delitos graves, precisamente por afectar el bien jurídico tutelado por los delitos electorales que es un bien colectivo, pues su naturaleza trasciende al interés individual y constituye un indicativo de la estabilidad democrática de un Estado, tal es el caso del financiamiento con recursos de origen ilícito en las precampañas y campañas electorales, o bien, aquellas conductas en las que se tramita o participa en la expedición de dos o más credenciales para votar con fotografía, adoptando diversas identidades, con el objeto de obtener a través de diversos créditos ganancias ilícitas.

No obstante lo anterior, el proyecto de la Fepade no pretende aumentar desproporcionadamente los tipos penales para sancionar cualquier conducta que violente alguno de los principios electorales, ya que es preferible analizar otras formas de sanción de carácter administrativo, a fin de evitar que la ley penal se desvíe del espíritu que establece a la norma penal como razón última del Estado; en este sentido no se proponen tipos penales que sancionen a quienes contraen, publiquen o difundan propaganda a través de la cual se denigre a las instituciones públicas o se calumnie a servidores públicos, precandidatos, candidatos o integrantes de las instituciones electorales, pues se considera suficiente la sanción administrativa que al respecto prevé la ley electoral. De igual forma, el planteamiento de la Fepade no formula tipos penales para regular los procesos de elección interna de los partidos políticos, pues ello compete a los propios órganos de vigilancia del partido político y, en segundo lugar, a las autoridades de los institutos y tribunales electorales; aunado a que su trasgresión no vulnera el bien jurídico tutelado por el delito electoral.

Las mejoras legales en materia penal electoral planteadas, constituyen una condición indispensable para que la tarea de procurar justicia electoral federal ofrezca resultados a la altura de las expectativas de los actores políticos y de los ciudadanos en su conjunto.

La urgencia de estas reformas está, precisamente, en la incongruencia que existe entre el marco punitivo actual y las necesidades que impone la realidad.

La Fepade presentó su propuesta de reformas en términos de los Lineamientos para la Elaboración, Revisión y Seguimiento de Iniciativas de Leyes y Decretos del Ejecutivo Federal, emitido por la

Consejería Jurídica del propio Ejecutivo, procedimiento normativo interno que está actualmente en curso.

Cabe comentar que cualquier reforma legal requiere de consenso y voluntad pública y política que primero la haga posible, luego viable y finalmente efectiva; en este sentido, la Fepade ha presentado su propuesta en diversos foros académicos y grupos políticos, con el interés de que en el debate de las ideas, se perfeccionen nuestros ordenamientos jurídicos y su orientación pragmática.

VII. PREVENCIÓN DEL DELITO

Desde hace algunas décadas, en la mayor parte de regímenes garantistas, la prevención del delito se ha consolidado como parte articuladora fundamental en el esquema de la procuración de justicia. Esto es así puesto que se constituye una herramienta de orden activo que es determinante en la conformación de una política de Estado en materia de seguridad, que busca la certidumbre ciudadana y la confianza institucional dentro de un marco democrático.

De ahí que el Reglamento de la Ley Orgánica de la PGR, en su artículo 18, fracción VII, establece como atribución para la Fepade: "participar en coordinación con las instancias competentes, en colaboración y ejecución del programa de prevención del delito electoral federal". Por ello, el tema de prevención es, para esta Fiscalía, una directriz de trabajo aunado a las actividades sustantivas.

Este aspecto ha cobrado vigencia desde la creación de la Fiscalía que se manifiesta en el desarrollo de diversas actividades de cara a la ciudadanía y en colaboración con instituciones de gobierno. Con ello, la prevención de las conductas delictivas en materia penal electoral, se edifica a partir de tres principios:

- Construir una cultura de la denuncia, que se traduzca en el impulso principal de la actividad procuradora de justicia penal electoral.
- Estimular una cultura de la legalidad como piedra angular de la civilidad democrática.
- Generar la mayor información posible que sirva como eje articulador en la construcción de ciudadanía.

El Programa Nacional de Prevención del Delito Electoral (PNPDE)¹⁶ instrumentado en la Fepade tiene como objetivo que la institución desarrolle acciones para dar a conocer qué son los delitos electorales y cómo proceder frente a ello. Este programa busca incrementar la confianza de los ciudadanos en la procuración de justicia penal en materia electoral, así como promover la cultura de la denuncia y la legalidad electoral. Esta labor se realiza a través de tres procesos cognitivos: a) informar, b) sensibilizar y c) denunciar.

En este sentido, el PNPDE opera bajo cinco ejes, distribuidos en estrategias de corto y largo plazo: a) capacitación sobre el marco jurídico de los delitos electorales, los tipos y los procedimientos penales, además de las diferencias entre las materias administrativa sancionadora, jurisdiccional y penal; b) diseño y distribución de materiales de difusión sobre los mismos temas, tanto para la ciudadanía en general, como para grupos vulnerables y focalizados; c) alianzas institucionales; d) estrategias en medios masivos de comunicación y e) atención personalizada a la ciudadanía

Cabe decir que la construcción de estos ejes ha sido el resultado de análisis y diagnósticos, los cuales representan una de las fases de la política criminal.

En este punto conviene detenerse para señalar que en una política pública existen tres etapas: el diseño, la instrumentación y la evaluación. Éstas guardan una relación de orden transitivo, es decir, que en la medida que la fase precedente falle, las subsecuentes están condenadas al fracaso. De ahí la importancia que reviste el trato y el manejo detallado de sus componentes.

La fase del diseño contempla el diagnóstico preciso de la realidad que se busca abordar, por ello, es determinante que los resultados y conclusiones de esta fase generen las posibles respuestas al problema.

Por otro lado, la etapa de la instrumentación requiere de un mapeo integral que permita identificar los recursos necesarios para llevar a cabo la solución al problema; asimismo, esta fase ofrece la posibilidad de saber si la solución ofrecida al problema es pertinente, eficiente y puntual. Por ello, si esta parte resulta incompleta o sesgada, existen pocas probabilidades de garantizar el éxito de la solución.

¹⁶ El PNPDE puede ser consultado en la página web de la Fiscalía Especializada: www.pgr.gob.mx/fepade/programas.asp.

Finalmente, el periodo de evaluación constituye los indicadores de éxito de la política pública, que forzosamente requiere mecanismos de medición. La relevancia de esta fase se encuentra en la creatividad para medir y cuantificar eficazmente aspectos de la realidad que, en principio, parecieran no cuantificables.

Este método de política pública ha permitido a la Fepade identificar necesidades concretas entre la población, que se han traducido en los siguientes cursos de acción.

1. Capacitación

La capacitación desarrollada por la Fepade descansa básicamente en cursos, talleres, conferencias, videoconferencias y seminarios, los cuales han sido dirigidos tanto al público en general como a grupos focalizados de atención especializada.

Con el fin de promover entre la ciudadanía información sobre los delitos electorales federales, así como sensibilizar a la población en esta materia, la Fepade diseñó un plan nacional de capacitación de delitos electorales federales para cubrir todo el espectro nacional con sus respectivas particularidades arrojando dos planes: a) capacitación general y b) grupos focalizados.

Los grupos focalizados se conformaron en dos sectores: uno, constituido por los servidores públicos, funcionarios electorales y funcionarios partidistas y, el otro, conformado por los agentes del Ministerio Público y cuerpos policiacos.

2. Materiales de difusión

Esta estrategia representa un canal alternativo para difundir información sobre delitos electorales y cómo prevenirlos, la cual se construye con objetivos y componentes similares a la capacitación, toda vez que para el diseño, contenido, formación y distribución de estos materiales la Fepade suministra información de carácter mixto teniendo presente los lenguajes técnico-jurídico y ciudadano, es decir, datos jurídicos en palabras asequibles a cualquier sector social. Conviene enfatizar que este rubro presenta un problema adicional, el cual descansa en la definición de los contenidos.

En este contexto, no debe perderse de vista que el acceso a sistemas educativos a distancia basados en las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) ha sido de vital importancia para la Fiscalía en relación con la difusión de la cultura de legalidad. El uso de estas herramientas ha representado un soporte relevante para ampliar el impacto de las acciones de difusión de la Fepade.

3. Alianzas institucionales

Para la Fepade, las alianzas con actores estratégicos han servido para intercambiar información, opiniones y puntos de vista, respecto a la percepción sobre los delitos electorales desde otros ámbitos del sector público, pues la mayoría de ellas son organismos dedicados a actividades ajenas a la procuración e impartición de justicia.

Adicionalmente, debe reconocerse que las alianzas institucionales han representado un insumo en la definición de grupos focalizados, así como un instrumento sustantivo en el diseño y ejecución de las políticas de prevención del delito.

4. Atención ciudadana

Esta estrategia se materializa en una relación permanente, directa y personalizada con la ciudadanía. Prueba de ello son la instrumentación del sistema de atención telefónica Fepadatel, la comunicación vía electrónica a través de Predef,¹⁷ Fiscal en Línea y Fepadenet, así como el Módulo de Atención Ciudadana.

5. Otras actividades

La Fepade trabaja en el desarrollo de diagnósticos y estrategias para operar diversos programas lo que ha permitido una interacción y presencia pública permanente ante estas instancias. Por ejemplo, se destaca la definición de las políticas de posicionamiento en medios electrónicos que derivan en *spots* de radio y televisión.

¹⁷ Sistema de Predenuncias de Delitos Electorales, véase página web: www.pgr.gob.mx/fepade/predef.

La Fepade realiza estudios y análisis de la fenomenología de los delitos electorales y la compra y coacción del voto y el condicionamiento de programas sociales en México, a partir de dos vertientes: una de carácter jurídico-sociológico, con técnicas de investigación social y la otra, de carácter interno, con la información estadística generada dentro de la Fiscalía, para definir los programas de prevención.

Una de las acciones preventivas de gran valía para nuestra institución es la ejecución de acciones de prevención del delito y fomento de cultura de la legalidad con autoridades electorales locales. A diferencia del IFE y el TEPJF, la Fepade tiene una fuerte presencia en las elecciones locales debido a su competencia y a los convenios de colaboración con las procuradurías de los estados y otras entidades estatales y municipales.

Finalmente, una de las vertientes más importantes en materia de prevención del delito electoral descansa en la estrategia global de Blindaje Electoral¹⁸ que tiene como objetivo evitar que los recursos públicos y programas sociales sean utilizados con fines político-electorales.

Las acciones de Blindaje Electoral realizadas en México no tienen precedentes en gobiernos contemporáneos, por lo tanto, la experiencia sobre esta materia es innovadora. Esta actividad se realiza con mayor intensidad en los procesos electorales federales y en los locales con los gobiernos de los estados con disposición y voluntad de ejecutar acciones en esta estrategia.

Una de las acciones más importantes en materia de Blindaje Electoral es el Acuerdo por el que se establecen las "Bases de Colaboración Interinstitucional para el Fortalecimiento de Acciones de Prevención, Atención, Seguimiento y Sanción de Responsabilidades Administrativas y Delitos Electorales", lo que representó la formalización de los compromisos y la responsabilidad del gobierno federal con 29 dependencias federales de gobierno en el marco de los procesos electorales.

¹⁸ Mauricio DÍAZ, Octavio y DUSSAGE, "Transparencia y combate a la corrupción en tiempos electorales: el Programa de Blindaje Electoral del gobierno federal", *Fepade Difunde* 10: 15-27; PÉREZ-ARAGÓN, Elfego, 2006. "Democracia, transparencia y blindaje electoral en la administración pública federal", *Fepade Difunde* 10: 65-79; DIEZ, Eugenia, 2006, "El Blindaje Electoral en la procuración de justicia penal electoral", *Fepade Difunde* 10: 81-9; MERÁZ, Yussef, 2006, "Prevención del delito electoral y el Blindaje Electoral", *Fepade Difunde* 10: 91-8; Fepade, 2006, Informe final de Blindaje Electoral en *Fepade Difunde* 12.

ORDEN PÚBLICO Y ARBITRABILIDAD: DÚO DINÁMICO DEL ARBITRAJE

Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Orden público*. III. *Arbitrabilidad*. IV. *Comentario final*.

I. INTRODUCCIÓN

Dos causales de nulidad o no reconocimiento/ejecución de laudos arbitrales han probado ser tan *interesantes* como *problemáticas*: el orden público y la arbitrabilidad. Son *interesantes* pues se nutren de sensibilidades locales, lo cual las hace variopintas. Son *problemáticas* pues admiten interpretaciones no sólo distintas, sino contradictorias e inclusive peligrosas. Y su contenido está en constante movimiento, pero en sentido inverso: mientras que existe una corriente *expansiva* de la *arbitrabilidad*, existe una corriente *restrictiva* en materia de *orden público*.

A continuación se comentarán tomando a México como punto de partida, haciendo hincapié en su contenido y problemas, y abogando por una noción correcta.

II. ORDEN PÚBLICO

1. Concepto de orden público: un dolor de cabeza pandémico

Un laudo puede ser anulado o su ejecución negada en caso de que sea contrario al orden público. El concepto y alcance de esta causal ha

sido el dolor de cabeza de judicaturas diversas. El motivo obedece a lo fluctuante y complejo de la noción.

El “orden público” es lo que los griegos llaman una “*Hendiadys*”: un conjunto de palabras que, unidas, significan algo distinto a su significado individual. No sólo eso, es un concepto que ha probado ser difícil y problemático en diversas jurisdicciones. Como dijo un tribunal:

El orden público es un caballo difícil de domar; aun logrando montarlo, no sabe uno a dónde lo va a conducir. Puede alejar de buen derecho. Nunca es argumentado más que cuando los demás puntos fallan.¹

En un caso reciente el Tribunal Federal suizo enfatizó la dificultad del concepto señalando:²

El carácter fluido del orden público es inherente al concepto dada su generalidad excesiva; el gran número de opiniones proferidas al respecto tienden a probarlo. Como lo ha señalado un comentarista, todos los intentos de resolver las numerosas y recurrentes preguntas generadas por la interpretación de dicho concepto simplemente han resultado en generar preguntas más espinosas o polémicas.

México no ha sido una excepción. Lo que es más, se observa que es la causal “de cajón” utilizada por las partes que no han prevalecido en un procedimiento arbitral. Y la imaginación del litigante para encontrar una arista de orden público en casi cualquier materia ha mostrado ser envidiable.

¹ BURROUGHS J. en *Richardson v. Mellish* (2 Bing. 229, 1824, p. 303). Sus palabras fueron: “Public policy – it is an unruly horse and when once you get astride it, you never know where it will carry you. It may lead you form the sound law. It is never argued at all but when other points fail”.

² *Tensaccia S.P.A. v. Freyssinet Terra Armata R. L.*, Tribunal Federal suizo, 8 de marzo de 2006. El fundamento del análisis no sólo fue la noción de orden público bajo el artículo V de la Convención de Nueva York, sino también el artículo 190(2) de la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado. Literalmente: “The fleeting character of public policy may be inherent to the concept due to its excessive generality; the wide scope of the almost countless opinions proffered in this regard would tend to prove it ... As a commentator has pointed out, all attempts to answer the numerous recurring questions raised by the interpretation of this concept merely resulted in raising further thorny or polemical questions...”. (A la fecha he tenido acceso únicamente a su traducción al inglés).

La práctica debe ser reprobada, las tácticas rechazadas y la chicana sancionada. Para ello, a continuación es necesario comentar, primero, lo que existe acuerdo que es “orden público”, y segundo lo que *no* es.

A. Lo que es “orden público”

a) Concepto tradicional

En general, por orden público se entiende “las nociones más básicas de moralidad y de justicia de un sistema jurídico”.³ La definición no es académica. Proviene de judicaturas importantes, cuya experiencia vale la pena considerar. Por ejemplo, un caso estadounidense reciente razonó:⁴

Una sentencia es inejecutable por ser violatoria del orden público en la medida en que “repugne las nociones fundamentales de lo que es decente y justo en el Estado donde se busca la ejecución”. El estándar es alto y rara vez alcanzado. Como lo dijo una corte “únicamente en casos evidentes debe de socorrer al demandado”. En su concepción clásica, una sentencia que “tienda claramente” a menospreciar el interés público, la confianza pública en la administración de justicia o la seguridad de los derechos y libertad personal o propiedad privada es contraria al orden público.

³ Como así lo definió la Corte de Apelación del Segundo Circuito de Estados Unidos en *Parsons & Whittemore Overseas Company, Inc. v. Societe Generale de l'Industrie du Papier* (508 F.2d 969, 974, 2d Cir. 1974). Sus palabras exactas fueron “the most basic notions of morality and justice”.

⁴ *Termorio S.A. E.S.P. and LeaseCo Group, LLC v. Electranta S.P et al.*, United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, No. 06-7058, 25 de mayo de 2007, pp. 18-19. Sus palabras exactas fueron: “A judgment is unenforceable as against public policy to the extent that it is repugnant to fundamental notions of what is decent and just in the State where enforcement is sought”. *Tahan v. Hodgson*, 662 F.2d. 862, 864, D.C. Cir. 1981, quoting Rest.2d. Conflict of Laws § 117, comment c, 1971. The standard is high, and infrequently met. As one court wrote, “[o]nly in clear-cut cases ought it to avail defendant”. *Tahan*, 662 F.2d. at 866 n. 17, citing von Mehren & Trautman, *Recognition of Foreign Adjudications: A Survey and a Suggested Approach*, 81 Harv. L. Rev. 1601, 1670 (1968); Paulsen & Sovern, “Public Policy” in the *Conflict of Laws*, 56 Colum. L. Rev. 969, 980-81, 1015-16 (1956). In the classic formulation, a judgment that “tends clearly” to undermine the public interest, the public confidence in the administration of the law, or security for individual rights of personal liberty or of private property is against public policy.

Otra jurisdicción ejemplificativa es Francia donde se ha dicho (*Renosol*⁵ y *Cargill*⁶) que el orden público es el conjunto de reglas y de valores que no pueden ser desconocidos al ejecutar un laudo. Al analizar su validez, el juez no puede pronunciarse sobre el fondo de la decisión ni la apreciación de los árbitros sobre los derechos de las partes. La nulidad puede proceder cuando su ejecución choque con la concepción francesa del orden público internacional.⁷

b) Orden público internacional

Existe una corriente de opinión que distingue entre “orden público local” y “orden público internacional”.⁸ El primero es más amplio que el segundo.⁹ Mientras que el orden público *local* versa sobre las nociones más básicas de moralidad y de justicia *de una jurisdicción determinada*, el orden público *internacional* es aquél aceptado como tal por la *comunidad internacional*. Ello ha motivado que ciertas jurisdicciones prefieran una definición “transnacional” o “universal” del orden público.¹⁰ Pero la postura no es unánime. Hay quien considera que la utilización del derecho internacional como fuente para dar contenido a la noción de orden público es problemática.¹¹ La

⁵ Corte de Apelación de París, 15 de febrero de 1996.

⁶ Corte de Apelación de París, 14 de junio de 2001.

⁷ Literalmente: “L'ensemble des règles et des valeurs don't l'ordre juridique français ne peut souffrir la méconnaissance, même dans des situations à caractère international ... le contrôle de la Cour, exclusive de tout pouvoir de révision au fond de la décision arbitrale, doit porter, non sur l'appréciation que les arbitres ont faite des droits des parties au regard des dispositions d'ordre public invoquées, mais sur la solution donnée au litige, l'annulation de la sentence n'étant encourue que si son exécution heurte la conception française de l'ordre public international”.

⁸ Homayoon ARFAZADEH, *Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondialisation*, Schulthess, Bruylant Bruxelles, L.G.D.J., 2005.

⁹ Emmanuel GAILLARD y John SAVAGE (eds.), *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, The Hague, Netherlands, 1999, p. 996; VAN DEN BERG, *op. cit.*, p. 361.

¹⁰ Por ejemplo, Suiza.

¹¹ W. Michael REISMAN, un prestigiado profesor de derecho internacional de la Universidad de Yale, critica la utilización del orden público internacional como causal de no ejecución de laudos arbitrales. Sus motivos son: (1) lo etéreo de la noción, máxime si se toma en cuenta la cantidad de manifestaciones sugestivas contenidas en el derecho internacional y el “soft law”, cuya obligatoriedad está llena de matices; (2) mientras que el orden público nacional tiene fundamentos y antecedentes que permiten una fácil verificación, ello no ocurre con el internacional; (3) cuando el *ius cogens* internacional se argumenta en el

discusión no es sólo académica; diferentes jurisdicciones la repiten en ocasiones aceptando¹² o rechazando la distinción.¹³

El orden público internacional incluye las siguientes áreas:¹⁴ (i) principios fundamentales relativos a justicia y moralidad que el Estado desea proteger aun cuando no esté directamente involucrado;¹⁵ (ii) las reglas designadas para servir los intereses políticos, sociales y económicos de dicho Estado, conocidos como leyes de policía o reglas de orden público;¹⁶ y (iii) el deber del Estado de respetar sus obligaciones ante otros Estados u organismos internacionales.

c) Orden público intertemporal

El dinamismo del orden público hace no sólo *posible* sino *probable* que varíe en el tiempo. Lo que es orden público en un momento, puede dejar de serlo en otro. Y viceversa. En caso de dicho conflicto de leyes en el tiempo, debe optarse por analizar la validez del laudo bajo el orden público al momento en que se solicita el reconocimiento y ejecución del laudo. Así lo han hecho jurisdicciones avanzadas,¹⁷

foro arbitral, es imposible cuestionar la obligatoriedad del mismo mediante su cotejo con la práctica estatal y la *opinio iuris*; (4) cuestiona el valor agregado de utilizar el orden público internacional en el contexto arbitral. Después de todo, casi cualquier cuestión alegable bajo un orden público internacional es esgrimible bajo un orden público nacional (por ejemplo, corrupción o esclavitud); y (5) la utilización de una noción tan imprecisa y subjetiva puede denostar al derecho internacional, el cual tiene un papel importante. Conferencia en ICCA (International Council of Commercial Arbitration), Montreal, 2006.

¹² Court of Appeal, *Westacre v. Jugoimport* [1999], 2 Lloyd's Rep. 65 (en donde se distinguió de “English public policy” de “English domestic public policy”); *Revue de l'Arbitrage*, París, 1999, p. 255.

¹³ Tribunal Federal Suizo, SJ 1980, p. 65; Yearbook Commercial Arbitration, 1998, p. 754.

¹⁴ La International Law Association (ILA) elaboró en 2002 un documento llamado “Recomendaciones de la International Law Association sobre la aplicación del orden público como motivo para denegar el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales internacionales”. Se trata de un estudio profundo que debe influenciar esta polémica.

¹⁵ Como ejemplo de orden público internacional *sustantivo* pueden citarse, en general, los ilícitos (por ejemplo, contrabando). Como ejemplo de orden público internacional *procesal* puede citarse imparcialidad, laudos procurados por corrupción, desigualdad en la designación del tribunal, *res judicata*. Sin embargo, esto no incluye error de hecho ni de derecho.

¹⁶ Por ejemplo, leyes de competencia económica, legislación fiscal, legislación en materia de protección al consumidor, legislación ambiental, restricciones aduaneras, etcétera.

¹⁷ *Société des Grands Moulins de Strasbourg v. Compagnie Continentale France*, Corte de Apelación de Versalles, 2 de octubre de 1989, *Revue de l'Arbitrage*, 1990, p. 115.

pues es el único momento verdaderamente relevante. Cualquier otra postura sería contraria al principio *favor arbitrandum*.

B. Lo que no es "orden público"

Existe quien asimila a las normas imperativas con el orden público. Ello es un error. La confusión es natural pues la ley la invita. Para aclarar deseo postular que dentro del género "orden público" existen dos especies: el contractual y el que busca evitar la aplicación en México de instituciones ofensivas a lo que nuestra cultura jurídica considera importante. El primero es asimilable a normas imperativas; el segundo es lo que debe estimarse contenido en el concepto "orden público" como causal de nulidad o no ejecución de un laudo. Fundamentaré la postura.

El término "orden público" puede encontrarse en diversas leyes. Sin embargo, ello no implica que toda caracterización de una ley como de "orden público" la torna en inarbitrable. La Suprema Corte de Justicia lo ha dejado claro en el razonamiento empleado para dilucidar la arbitrabilidad¹⁸ de ciertas materias de interés social.¹⁹ Para que una ley de "orden público" o "interés social" se eleve a rango de orden público como causal de invalidez²⁰ de un laudo, tiene que

¹⁸ El que me apoye en una decisión de arbitrabilidad para deslindar el alcance del orden público no es un yerro. Ello será abordado en la sección III.4.

¹⁹ ARRENDAMIENTO DE FINCAS DESTINADAS A HABITACIÓN EN EL DISTRITO FEDERAL. LAS CONTROVERSIAS QUE SE SUSCITEN CON ESE MOTIVO, PUEDEN VENTILARSE ANTE ÁRBITRO. De una interpretación armónica de las normas jurídicas que regulan el contrato de arrendamiento para casa habitación en el Distrito Federal, se concluye que en ninguna de las disposiciones reformadas o adicionadas en esta materia el legislador precisó que los interesados únicamente debían acudir ante los tribunales jurisdiccionales o instancias administrativas (Procuraduría Federal del Consumidor, conforme a los artículos 57 bis y 59 bis de su ley), para dilucidar las controversias en cuestión y menos aun estableció la prohibición expresa para que este tipo de contiendas puedan dirimirse ante árbitro, como puede corroborarse con la lectura del artículo 615 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Por consiguiente las partes contratantes tienen el derecho de comprometer ante árbitro esta clase de conflictos, el cual deberá respetar los derechos del arrendatario. (Contradicción de tesis 2/89, entre las sustentadas por Segundo y Tercer Tribunales Colegiados en Materia Civil del Primer Circuito, Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 27 de noviembre de 1989).

²⁰ Artículo V.2 (b) de la Convención de Nueva York y artículos 1457.II y 1462. II del Código de Comercio.

tratarse de una "noción básica de moralidad y de justicia" del sistema jurídico relevante.

Ello es *in natura* distinto del orden público contractual. Al hablar de "orden público" el artículo 1830 del Código Civil Federal se refiere a normas imperativas.²¹ Como es sabido, el derecho contractual está diseñado para contener dos tipos de normas: las dispositivas y las imperativas. Mientras que las primeras admiten pacto en contrario, las segundas no. Constituyen un límite a la libertad contractual. Las primeras son derecho *supletorio* (*ius dispositivum*), las segundas *imperativo* (*ius cogens*).²²

Pero el término "orden público" en el contexto de nulidad o no ejecución de laudos es distinto.²³ Se asemeja más al utilizado dentro del contexto de derecho internacional privado: el mecanismo por virtud del cual puede negarse la aplicación en México de derecho extranjero.²⁴ El motivo por el que los asemejo es que guardan una misma *ratio legis*: evitar que en México se den efectos legales a instituciones que constituyen una antinomia con los principios más caros de nuestro sistema jurídico.

Es de predecirse que la postura por la que abogo encuentre opositores. Después de todo, se trata de un tema abierto, y pueden citarse ejemplos radicales en apoyo de la postura que el concepto "orden público" como causal de no ejecución de un laudo debe incluir a las normas imperativas.²⁵ Haría una doble contestación: en primer lugar, contemplar a las normas imperativas dentro de la noción "orden público" implicaría permitir que el juez de nulidad o de ejecución realice un análisis sobre el fondo del asunto. En segundo, lo más probable es que si se está en presencia de una norma imperativa el tribunal arbitral la haya contemplado y aplicado. Podría replicarse que en caso de que el Tribunal no haya actuado así debe existir un mecanismo para impedir que sea ejecutado en México. Contestaría

²¹ Guardan relación con ello los artículos 6 y 8 del Código Civil Federal.

²² Por ejemplo, el pacto de anatocismo (artículo 2397 del Código Civil Federal).

²³ Artículo V.2 (b) de la Convención de Nueva York y artículos 1457.II y 1462. II del Código de Comercio.

²⁴ Artículo 15.II del Código Civil Federal.

²⁵ Por ejemplo, podría decirse que, de aceptar la teoría expuesta, un juez nacional tendría que ejecutar en México un laudo cuyo dispositivo monetario fuera con base en un pacto de anatocismo o que considera válido un pacto de retroventa.

que, dado que el error de derecho no es una causal de nulidad o no ejecución, para que el orden público pueda ser el mecanismo idóneo, será necesario que verse sobre una de las nociones más básicas de moralidad y de justicia de derecho mexicano. De lo contrario, el resolutivo será final e irrecurrible.

2. Postura de la judicatura mexicana

A. *Statu quo: laguna jurisprudencial*

Si bien el término de “orden público” es utilizado en diversas áreas de derecho mexicano,²⁶ y algunos casos han litigado su contenido y alcance,²⁷ aún no se detecta una tendencia.²⁸ Por ende, el momento es propicio para sugerir una que dé un contenido apropiado.

B. *El requisito mínimo: buen derecho escrito*

Si bien el derecho mexicano aplicable es apropiado,²⁹ es tal que permite interpretar “orden público” en forma equívoca. El motivo es doble. Primero, lo que se entiende por dicho término de arte es casuista y se nutre de las sensibilidades de cada jurisdicción.³⁰ Segundo, dado que existen tantos “órdenes públicos” como jurisdicciones, ¿qué orden

²⁶ Artículo 1347-A del Código de Comercio, artículo 571 del Código Federal de Procedimientos Civiles, artículo 606 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, artículo 15.II del Código Civil Federal (y los correlativos de los códigos civiles estatales), y, por supuesto, los artículos 1457.II y 1462.II del Código de Comercio.

²⁷ Incidente de Nulidad, Laudo Arbitral 213/2005-V, Juzgado Décimo Segundo de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal, Sentencia de 28 de marzo de 2006.

²⁸ La (incipiente) jurisprudencia existente es atinada en que toma un criterio elevado, pero no hace más que repetir que el orden público es una causal de nulidad o no-reconocimiento/ejecución del laudo.

²⁹ Al respecto, José Luis STQUEIROS (“El orden público como motivo para denegar el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales internacionales”, *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, núm. 32, 2002, p. 45, en especial 56) ha observado que, no obstante que la jurisprudencia mexicana sobre el tema es escasa, la legislación civil y mercantil federal y local es acorde con la postura adoptada sobre el tema por los países vanguardistas.

³⁰ Lo que es más, por los motivos indicados, el tema es apto para ser utilizado como eje para un estudio serio por un sociólogo del derecho. Serviría, por ejemplo, como prisma que condensa las distintas sensibilidades culturales, y cómo desembocan en instituciones diferentes, aunque contenidas en un mismo caparazón legal textual.

público?, ¿cualquiera?, ¿el de una de las partes en el arbitraje?, ¿el de ambas?, ¿el de ninguna (suponiendo que ninguna sea mexicana)?

Si el lector se plantea dicha interrogante se dará cuenta que el derecho arbitral mexicano no contempla la respuesta. Luego entonces, el terreno es propicio para tomar el rumbo adecuado o el erróneo.

C. *El debate mundial: por una tesis maximalista o minimalista*

El momento es atinado por otro motivo, y es macro. Actualmente se está librando una contienda intelectual en diferentes jurisdicciones sobre lo que debe entenderse por “orden público”. En esencia, existen dos bandos: quienes abogan a favor de una tesis *maximalista* y quienes defienden una tesis *minimalista*.³¹

Mientras que los primeros postulan una concepción amplia del orden público internacional, que incluya todas las leyes de policía, así como un control profundo de los laudos para verificar que el orden público aplicable está siendo respetado, lo cual conlleva una revisión de fondo de los laudos;³² la *minimalista* considera que, aun en presencia de las leyes de policía o principios de orden público, el control del laudo por el juez de nulidad o ejecución debe ser mínimo

³¹ El debate ha sido propiciado por ciertas decisiones recientes. Resaltan por su importancia el caso francés *Thalès v. Euromissile* (que se menciona más adelante y que versó sobre pactos de división de mercados entre competidores); el caso holandés *Marketing Displays International v. VR* (Corte de Apelación de La Haya, 25 de marzo de 2005) (que también involucró cuestiones de competencia económica); el caso estadounidense *LJM Industries v. Stolt-Nielsen, SA* (387 F.3d 163, 2nd Cir. 2004) (que aceptó la arbitrabilidad de un acuerdo de división de mercados); el caso europeo *Eco Swiss* (Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, 1 de junio de 1999, C-126/97, Rec., I-3055, *Revue de L'Arbitrage*, 1999, p. 631) (que también involucró cuestiones de competencia económica), y un caso italiano del 13 de septiembre de 2002 (Milan, *Riv. dell'arbitrato*, 2004, p. 105). Un antecedente más lejano, pero que no puede dejar de mencionarse, es el caso de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos *Mitsubishi Motors Corp. vs. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* (473 U.S. 614, S.Ct. 3346, 1985), que marcó el inicio de un giro judicial sobre el tema, revirtiendo el paradigma en vigor (*American Safety Equipment Corp. vs. J.P. Maguire & Co.*, 391 F.2d 821, 2d Cir. 1968) admitiendo la arbitrabilidad de controversias con aristas de competencia económica cuando tengan elementos internacionales. En forma relevante, el caso estadounidense *Baxter Int'l v. Abbott Laboratories* (315 F.3d 829, 7th Cir. 2003) aclara el papel y nivel de revisión de la judicatura en dichos casos.

³² El trasfondo es que sólo este tipo de control puede garantizar los intereses del Estado imbuidos en la ley de policía en juego.

y no puede anular o no ejecutar el mismo más que en casos excepcionales.³³

Las jurisdicciones más avanzadas sobre la materia se empiezan a inclinar por la tesis minimalista. Si bien el desarrollo es apasionante y merece ser profundizado,³⁴ un caso francés reciente es ilustrativo. En *Thalès v. Euromissile*,³⁵ la parte que buscaba evitar la ejecución del laudo argumentaba que el mismo era contrario al orden público francés pues el contrato que contenía el acuerdo arbitral incluía una práctica monopólica: dividía el mercado entre competidores. Dada la importancia de la legislación de competencia económica, *Thalès* sostenía que el laudo no debía ser ejecutado. La Corte de Apelación francesa rechazó el argumento. Sostuvo que la violación al orden público debe ser “flagrante, efectiva y concreta”. La ilicitud, para ser violatoria del orden público, debe “quemarle los ojos” al juez.³⁶ Al hacerlo, adoptó la tesis minimalista del contenido de orden público, excluyendo del mismo no sólo a las normas imperativas sino también a las de policía.

Este caso es considerado por muchos como la victoria de la tesis minimalista. Sin embargo, el debate continúa.

D. *Ordre public a la Mexicaine*

Para continuar siendo el (buen) ejemplo latinoamericano, México necesita un *Thalès*: para actualizar la causal de orden público, la ilegalidad del laudo debe *lastimarle los ojos al juez mexicano*, y en forma evidente. Cualquier cosa distinta no es “orden público”.

E. *Resumiendo: propuesta a favor de la tesis minimalista*

Es ante la posibilidad de que la norma sea interpretada en forma *multívoca* que deseo argumentar en oposición a la *equivoca*: por “orden público” debemos entender:

³³ El razonamiento de fondo es que esta postura es la única que respeta las exigencias del arbitraje y el contexto de las relaciones internacionales sin poner en riesgo la aplicación de las leyes de policía.

³⁴ Lo cual no realizo dados los objetivos de este comentario, pero haré en otro contexto.

³⁵ Corte de Apelación de París, 18 de noviembre de 2004, *Revue de l'Arbitrage*, Comité Français de l'Arbitrage, Litec Editions, núm. 3, 2005, pp. 529 y ss.

³⁶ Las palabras exactas fueron: “illicéité qui ‘crève les yeux’”.

- a) Aquellas nociones o instituciones más caras de *derecho mexicano*. El orden público extranjero es irrelevante.
- b) Las normas imperativas no son orden público.
- c) El nivel de revisión es mínimo. La ilegalidad debe saltar a la vista del juzgador.

Si es necesario emprender un análisis forzado, exhaustivo, que admite una argumentación alternativa que evadiría la actualización de la causal, no se está en presencia de un auténtico orden público.

III. ARBITRABILIDAD

1. Arbitrabilidad como causal de Nulidad y no Ejecución de Laudos

La validez de un laudo puede ser cuestionada cuando en él se ventilen controversias que no sean susceptibles de ser resueltas por medio de arbitraje.³⁷ Qué materias pueden ser arbitradas es una cuestión dependiente del derecho aplicable.³⁸ De nuevo, y como en el caso del orden público, la arbitrabilidad refleja sensibilidades locales, lo cual hace que el panorama mundial se asemeje al arte oaxaqueño.

2. Leitmotiv de la arbitrabilidad: balance entre el interés público y confianza en el arbitraje

El derecho local, al determinar qué materias son susceptibles de ser resueltas por arbitraje, está influenciado por dos grandes variables, cuyo contenido es nutrido por nociones legales locales, de allí que sea imposible derivar una generalización a nivel mundial. La primera es la trascendencia social de cierta materia. La segunda es el nivel de

³⁷ Artículo V (2)(a) de la Convención de Nueva York, y artículos 1457(II) y 1462(II) del Código de Comercio.

³⁸ Mismo que, según las circunstancias del caso, puede ser uno de muchos (el derecho de las partes, el derecho aplicable al contrato, el derecho de la sede del arbitraje, etcétera). Sin embargo, en la medida en que un juez mexicano tiene que ventilar la procedencia de la ejecución de un laudo en México, éste tendrá que determinar la arbitrabilidad de la materia con base en el derecho mexicano.

confianza que la legislatura y judicatura local depositan en el arbitraje. Analicemos cada una por separado.

Diferentes jurisdicciones otorgan diferentes grados de trascendencia a ciertas materias. Ello impacta su arbitrabilidad. Si se considera, por ejemplo, que una materia tiene ramificaciones sociales importantes, o consecuencias que –aunque no sean importantes– afectan a partes que no han suscrito el acuerdo arbitral, es probable que la materia se califique de inarbitrable. El motivo es claro: el arbitraje es un mecanismo *privado* de solución de controversias. En la medida en que el problema que se busque ventilar deje de ser privado (es decir, implique a terceros o un interés público), el arbitraje dejará de ser el instrumento idóneo.

La confianza en el arbitraje también es una variable importante. El nivel de permisión de arbitrabilidad de ciertas ramas obedece a la confianza legal y judicial que se deposita en el arbitraje como un mecanismo confiable para resolver controversias. Existen diferencias de opinión sobre la postura que debe tomarse con respecto a las aristas o consecuencias que ramas diversas del derecho tienen sobre la sociedad. Y es en dicho momento en que legislaturas o judicaturas distintas adoptan posturas divergentes.³⁹

Es de sugerirse que tanto la judicatura como el legislativo reconozcan la eficacia del arbitraje y le brinden un voto de confianza. El arbitraje ha mostrado ser un mecanismo útil para resolver, no sólo controversias mercantiles e internacionales, sino problemas sociales serios.⁴⁰

3. Arbitrabilidad en México

La regla de derecho mexicano acerca de arbitrabilidad puede ser resumida en que todas las controversias que (1) no estén expresamente excluidas, (2) no versen sobre una materia de interés público, o (3) no perjudiquen derechos de tercero, podrán ser resueltas por virtud

³⁹ Por ejemplo, mientras que el derecho laboral es inarbitrable en México, es una rama frecuentemente mediada y arbitrada en Estados Unidos.

⁴⁰ Los ejemplos abundan. En *Arbitraje y la Judicatura* (capítulo XV) realizo un recuento detallado.

del arbitraje. En términos generales, las controversias que involucran derechos pecuniarios son arbitrables.⁴¹

Como era de esperarse, la aplicación de una regla tan amorfa no ha carecido de problemas. Afortunadamente, no han sido importantes. De nuevo, el momento es propicio para tildar la balanza judicial hacia el camino correcto.

Las hipótesis aludidas pueden ser interpretadas en forma amplia o estrecha. Tomemos la primera: interés público. Bajo el manto de “interés público” podría –de interpretarse en forma laxa– virtualmente considerarse a cualquier materia como inarbitrable. El motivo es claro: es difícil encontrar una materia que, por ejemplo, vista en forma agregada, no tenga *alguna* implicación sobre la colectividad.

Tomemos la segunda hipótesis: derechos de tercero. Dicha causal podría interpretarse como “tener alguna relación con un tercero” o como “que verse sobre un derecho de tercero”.⁴² “Es sólo cuando se *ventila* un derecho de tercero, no cuando se *toca* a un tercero, que la materia es inarbitrable”. De lo contrario, cualquier disputa se interpretaría comprendida bajo dicha hipótesis. El motivo es fácil de entender: es muy difícil encontrar un evento que, de alguna manera, no tenga que ver con un tercero. Dicho razonamiento, que me recuerda la Teoría del Efecto Mariposa, debe ser desechado en materia de arbitrabilidad.

La “prueba de ácido” de la arbitrabilidad de una materia con base en el criterio derechos de tercero debe ser interpretada en forma estricta so pena de cercenar artificialmente el alcance del arbitraje.

Existe una tendencia mundial expansiva de la noción de arbitrabilidad. Ello obedece a la creciente percepción de la utilidad del arbitraje aunado a la creciente confianza en el mecanismo. México no es ninguna excepción, pero puede (y debe) mejorar. Así lo hacía ver un destacado practicante mexicano en una iniciativa que es de esperarse que encuentre eco.⁴³

⁴¹ GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Arbitraje*, Porrúa, 2004, pp. 97 y ss.

⁴² No se trata de un juego de palabras. Existen casos y laudos recientes que han puesto el tema en juego. Para abundar sobre ellos, véase GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Arbitraje y la Judicatura*, Porrúa, 2007, pp. 65 y ss.

⁴³ Claus VON WOBESER, “La conquista de los particulares frente al Estado en la solución de sus controversias: la dilución del orden público”. Discurso de Ingreso como Miembro de Número de la Academia Mexicana de Legislación y Jurisprudencia, *Pauta*, Boletín

4. Arbitrabilidad relevante

A. El problema

El contenido y alcance de la arbitrabilidad es casuista. Depende del derecho local relevante, y difiere atendiendo a quien lo realiza.⁴⁴

No hay una respuesta uniforme acerca de las áreas que pueden ser sometidas al arbitraje. La arbitrabilidad tiene una espacio-temporalidad. Los temas arbitrables varían de jurisdicción en jurisdicción. Más aún, áreas que históricamente se consideraban no arbitrables se han ido abriendo al arbitraje, en la medida en que ha crecido la confianza en dicho mecanismo. Algunas jurisdicciones son liberales, algunas conservadoras, y dentro de estos polos existen posturas intermedias y matices dentro de las mismas. El que una legislación permita que un área pueda ser sometida al arbitraje refleja confianza por parte de su legislatura y judicatura en dicho sistema de solución de controversias.

El que una controversia sea arbitrable lo decide el derecho sustantivo aplicable. Lo anterior invita a problemas de conflictos de leyes en arbitrajes internacionales con una diversidad de puntos de contacto. Piénsese en la (no infrecuente) situación en que las partes provienen de Estados distintos,⁴⁵ el contrato está sujeto a un derecho distinto ("C"), el lugar del arbitraje ("D") es distinto a los anteriores derechos, y el o los lugares de posible ejecución son diversos por contar A y B con activos en países distintos.⁴⁶ En esta hipótesis,⁴⁷ existen seis

Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A. C., núm. 40, mayo de 2003, p. 6.

⁴⁴ Mientras que un tribunal estatal que examine la posibilidad de someter al arbitraje una determinada controversia lo hará aplicando *su* concepción del orden público, los árbitros —al carecer de foro— aplicarán los requisitos de un verdadero orden público internacional, sujeto a consideraciones sobre la ejecutabilidad del laudo.

⁴⁵ Para efectos de este trabajo, llamaré "A" a la parte demandante y "B" a la parte demandada.

⁴⁶ Bautizaré como "E" y "F" a los derechos de cada una de las diferentes jurisdicciones donde las partes cuentan con activos. Sin embargo, podrían ser más de dos.

⁴⁷ Qué, si bien podría parecer exagerada o académica a unos, no lo será para abogados con experiencia en arbitrajes internacionales.

cuerpos normativos relevantes que pueden —y con frecuencia tienen— diferentes posturas en torno a la arbitrabilidad de la controversia.⁴⁸

La pregunta que esta situación obliga es ¿a cuál de las jurisdicciones mencionadas debe dársele más peso a efecto de determinar la arbitrabilidad de la controversia? Más aún, en un arbitraje internacional con nexos a diferentes jurisdicciones, ¿debe considerarse que la controversia no es arbitrable si *cualquiera* de los derechos relevantes considera a la controversia como no arbitrable?, o ¿existirá un "punto de gravedad" que haga más relevante una jurisdicción que otra en lo que a arbitrabilidad concierne?

El tema no está decidido y ha sido debatido académicamente. Resumiendo, las posturas son las siguientes:

1. *Lex fori*. El Dr. Albert Jan van den Berg⁴⁹ y varios autores⁵⁰ sostienen que la arbitrabilidad de una controversia debe ser determinada bajo el derecho del foro del juez que le corresponde decidir sobre la misma. Lo anterior puesto que: a) la "consistencia interna" de la Convención de Nueva York exige dicho resultado; b) las cortes derivan competencia de *su* derecho, y que las cortes deben evitar obstruir las reglas extranjeras de arbitrabilidad, mismas que con frecuencia derivan de casos complejos, más que de derecho escrito; y c) las cortes que han examinado la cuestión de arbitrabilidad lo han hecho exclusivamente bajo *su* derecho.

⁴⁸ Nótese que no he complicado el análisis con factores que en ocasiones se presentan. Por ejemplo, arbitraje multipartes donde las partes están en diferentes jurisdicciones. Además de que considero innecesario complicar la hipótesis con la finalidad de dar respuesta a la presente incógnita, el objetivo al que pretendo arribar me lo impide: el establecer un modelo para solucionar esta situación. Todo modelo es, por definición, una simplificación de la realidad.

⁴⁹ Albert Jan VAN DEN BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Kluwer Law and Taxation Publishers, T. M. C. Asser Institute, The Hague, 1981, pp. 152-153.

⁵⁰ E. MINOLI, "L'entrata in vigore della convenzione di New York sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere", 24 *Rivista di Diritto Processuale*, 1969, p. 539; J. ROBERT, "La Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'execution des sentences arbitrales étrangères", *Revue de l'arbitrage*, 1958, p. 70; F. E. KLEIN, "La Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'execution des sentences arbitrales étrangères", 57 *Revue Suisse de Jurisprudence*, 1961, p. 229.

2. *Derecho del acuerdo arbitral*. Existen otros autores que sostienen que la arbitrabilidad debe aquilatarse exclusivamente con base en el derecho aplicable al acuerdo arbitral.⁵¹
3. *Lex fori + derecho del acuerdo arbitral*. Otros autores sostienen que la arbitrabilidad de una controversia debe determinarse haciendo un análisis conjunto tanto del derecho del foro del juez y el derecho aplicable al acuerdo arbitral.⁵²
4. *Presunción en favor de arbitrabilidad salvo la lex contractus y el derecho de la sede del acuerdo arbitral contemplan lo contrario*. Jan Paulsson⁵³ considera que, para efectos del artículo II y V (1) (a) de la Convención de Nueva York, la arbitrabilidad de la materia debe considerarse procedente a menos que la parte que resista el arbitraje, o se oponga a la ejecución del laudo, pruebe sin lugar a dudas que el acuerdo arbitral es inválido (por inarbitrabilidad) bajo a) el derecho que las partes designaron como aplicable al contrato; y b) el derecho de la sede del arbitraje. En caso de no existir sede, la referencia deberá hacerse al derecho del país donde la autoridad encargada de designar al presidente del tribunal arbitral en ausencia de pacto entre las partes al respecto.
5. *Orden público internacional*. En la medida en que los árbitros no cuentan con un foro adecuado, aplicarán lo que consideran que son los requisitos de un verdadero orden público internacional.⁵⁴

⁵¹ Gerald ASKEN, "American Arbitration Accession Arrives in the Age of Aquarius: United States implements United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards", 3 *Southwestern University Law Review*, 1971, p. 1; Phillippe FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, París, 1965, núm. 186.

⁵² Th. BERTHEAU, *Das New Yorker Abkommen vom 10 Juni 1958 über die anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche*, Wintherthur, 1965, p. 38; K. H. SCHWAB, *Schiedsgerechtbarkeit*, 3a. ed., Munich, 1979, p. 342; Peter SCHLOSSER, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, Tübingen, 1975, núm. 312.

⁵³ Jan PAULSSON, "Still Through a Glass Darkly", *ICC International Court of Arbitration Bulletin, Arbitration in the Next Decade*, Special Supplement, 1999, p. 104.

⁵⁴ Phillippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD, Berthold GOLDMAN, *Traité de l'Arbitrage commercial international*, Ed. Litec, 1996, p. 345. A su vez, Fouchard, Gaillard, Goldman on *International Commercial Arbitration*, Emmanuel GAILLARD y John SAVAGE (eds.), Kluwer Law International, 1999, p. 330.

B. La solución mexicana: un vacío

El tema no está resuelto, y no existe aún una tendencia en México.⁵⁵ Podría pensarse que el tema es teórico, pero la realidad es otra. Un ejemplo puede ser ilustrativo. Piénsese en el caso en que una disputa laboral es sometida al arbitraje en México y el laudo es llevado para ser ejecutado en Estados Unidos. Como el lector sabe, las controversias laborales no son arbitrables en México, pero sí en Estados Unidos. ¿Debe, por ello, un juez estadounidense no ejecutar el laudo, no obstante que bajo su *lex fori* la disputa sí es arbitrable?

Y el ejemplo inverso también es ilustrativo. Si se desea hacer cumplir una condena monetaria contenida en el laudo derivado de una controversia laboral que proviene de Estados Unidos, ¿podría el juez mexicano únicamente utilizar como la jurisdicción relevante a Estados Unidos? ¿O tendría que descartar su validez dado que dichas materias son inarbitrables en México?

Conceptualicemos el problema desde la óptica de un juez mexicano: dado que es *en México* donde se ejecutaría el laudo, ¿por qué habría de ponerse en juego una arbitrabilidad distinta a la mexicana?

Pero llevemos el postulado un paso más adelante: ¿por qué habría la arbitrabilidad mexicana de ser el criterio definitorio si los puntos de conexidad relevantes, o los que tienen *in casu* más peso, no involucran a México? ¿Por qué dar peso a un vínculo accidental? Haré una propuesta que resuelva el conflicto de leyes.

C. Propuesta de solución

a) Diferente estándar de revisión, según juez de nulidad o de ejecución

Deseo abogar a favor de la siguiente solución al problema expuesto. Tratándose del juez de *ejecución*, la arbitrabilidad debe ser aquilatada exclusivamente bajo su *lex fori*. Tratándose del juez de *nulidad*, en el juez debe realizar un análisis más exhaustivo. Debe comenzar con

⁵⁵ Durante una interesante conferencia ante el Comité de Arbitraje de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A. C., una conocida experta (Cecilia AZAR MANSUR) exploró el tema derivando lecciones ilustrativas.

el análisis de arbitrabilidad de la controversia bajo su *lex fori*. Sin embargo, si del caso resulta que ello no es apropiado, debe determinar la arbitrabilidad relevante,⁵⁶ y bajo la misma analizar la validez del laudo. Para encontrar la arbitrabilidad relevante el juez debe palpar el centro de gravedad de la relación, y bajo dicho derecho ponderar la arbitrabilidad de la materia.

b) Justificación

La diferenciación del papel obedece a lo siguiente. Un laudo debe tener el mayor curso legal internacional posible. Ante las diferentes aproximaciones locales con respecto a arbitrabilidad, exigir que un juez que analice el reconocimiento y ejecución del laudo tenga que tomar en cuenta diversos estándares de arbitrabilidad parece sobrado. Después de todo, lo que a dicho juez concierne es la ejecución del laudo *en su jurisdicción*. No la validez internacional del laudo.

Sin embargo, el papel del juez de nulidad es distinto. Ha sido diseñado como el órgano que debe determinar la validez general del laudo (en contraste con su ejecutabilidad en una jurisdicción). Ello es observable en que su determinación puede tener efectos internacionales.⁵⁷ Por ende, es quien está correctamente situado para analizar de una vez por todas el tema, tomando en cuenta todos los elementos de la relación en cuestión.

Dicho de otra manera, *mientras que el juez de ejecución examina la posibilidad de darle efectos a un laudo en su jurisdicción, el juez de nulidad tiene un papel estructuralmente más importante: la determinación de validez global del laudo*. Por ende, dado lo fluctuante del tema de arbitrabilidad, exigir que el juez de ejecución analice la arbitrabilidad *in toto* tendría como resultado no sólo exigirle más de lo necesario, sino decisiones contradictorias. En cambio, si el análisis se centra en el juez de nulidad, se ciñe a un solo foro la determinación de validez *general, global*, del laudo cuando se cuestione con base en la arbitrabilidad. Es la trascendencia de la decisión lo que hace que el examen exhaustivo conflictual propuesto sea adecuado.

⁵⁶ Sea la de las partes o las jurisdicciones en juego.

⁵⁷ Artículo V (1) (e) de la Convención de Nueva York.

c) El examen conflictual

El tipo de análisis que el juez de nulidad realizará es un análisis conflictual.⁵⁸ Es decir, la determinación del derecho que debe ser aplicable ante la concurrencia simultánea de más de un sistema jurídico.

Existen diferentes métodos conflictuales, unos de los cuales tienden a ser mecánicos. Sin que la aproximación sea mala (pues da seguridad jurídica) en ocasiones es subóptima. El motivo es fácil de percibir: la realidad rápidamente rebasa soluciones legales aritméticas. Ante ello, el movimiento a favor de soluciones conflictuales teleológicas es plausible, aunque exige más del juzgador.⁵⁹

Considero que el problema de la arbitrabilidad relevante amerita dicha solución. Después de todo, no es en vano que haya atraído la atención de las mentes más agudas y experimentadas del mundo en arbitraje.⁶⁰ Se trata de un problema de alto relieve.

El ejercicio parece difícil. No lo es. Simplemente se trata de realizar un análisis lógico del caso y de los derechos involucrados.

d) Beneficios

La postura por la que abogo evita que la existencia de un punto de conexidad con una jurisdicción que no tiene peso en la relación y que tiene una aproximación limitada con respecto a arbitrabilidad entorpezca la eficiente solución de la controversia en la misma. Es por ello congruente con el principio *favor arbitrandum*.

5. Arbitrabilidad y orden público

Hay quien asimila la arbitrabilidad al orden público como resultado de lo cercano de ambos conceptos.⁶¹ Ello es un error. Es cierto que hay

⁵⁸ Es decir, de derecho internacional privado, o *choice of law* (como se le alude en jurisdicciones de *common law*) o *droit conflictuelle* (en Francia).

⁵⁹ Al respecto, véase Friederich K. JUENGER, *Choice of Law and Multistate Justice*, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers Dordrecht/Boston/Londres, 1993. La obra de Juenger, quien es uno de los estudiosos más acuciosos que he encontrado sobre esta materia, hace un interesante (y elegante) estudio sobre lo que es y debe ser el derecho internacional privado (confieso que fue mi maestro, y uno de los mejores que he tenido).

⁶⁰ Aquellas aludidas en la sección III.D.I de este estudio.

⁶¹ DERAINS/GOODMAN-EVERARD, *Handbook II*, Francia, Cap. V 10b. A su vez, Jean-Francois POUURET y Sébastien BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant Bruxelles, 2002, p. 907.

cierto traslape. Sin embargo, la hipótesis es diversa. Existen temas de orden público que son arbitrables, materias que no son arbitrables por ser de orden público, y materias que son tanto de orden público como inarbitrables. El que existan variables diversas necesariamente implica que no son lo mismo. Ello es no sólo lógico, sino que no sostenerlo así violaría una regla de hermenéutica jurídica: dejaría sin contenido a una de las causales. Las buenas leyes no son tautológicas.

IV. COMENTARIO FINAL

No es ocioso que las causales de orden público y arbitrabilidad sean *ex officio*: resguardan intereses que rebasan a las partes en la controversia. Sin embargo, deben ser interpretadas en forma *restrictiva* y aplicadas en forma *cuidadosa* y *excepcional*. De lo contrario, lo que fue concebido como un régimen de excepción tendría como resultado devorar la regla: la ejecución sumaria de laudos arbitrales.

El orden público y la arbitrabilidad son un dúo dinámico: su contenido preciso es cambiante no sólo en el espacio sino en el tiempo. Ello es sano pues se nutre de las (variantes y mutantes) sensibilidades y necesidades de cada sociedad. Sin embargo, de no adoptarse las políticas de interpretación por las que aboga este estudio, pasarían de ser el *dúo dinámico* al *dúo trágico*.

ACCIONES NOXALES Y PÉRDIDA DOLOSA DE LA *POTESTAS* (O DE LA POSESIÓN)

Yuri GONZÁLEZ ROLDÁN

SUMARIO: I. Interrogatio in iure. II. *Respuestas del demandado*. III. *Significado del término potestas en las acciones noxales*. IV. *La pérdida dolosa de la potestas o de la posesión*. V. *El demandante decide que el demandado realice un juramento en el que confirme que el esclavo no se encuentra en su potestad y que no hizo con dolo que no se encontrara en su potestad*. VI. *El demandante solicita al pretor la fórmula sine noxae deditio*. VII. *Conclusiones*.

I. INTERROGATIO IN IURE

En el periodo clásico el propietario del esclavo que había cometido un delito podía ser demandado por la víctima con base en una acción *ex delicto* adaptada al problema específico.¹ Para iniciar el proceso era necesario establecer los presupuestos que permitiesen al demandante ejercitar la acción en contra del *dominus* en un juicio noxal preguntándole si el *servus* era suyo y si se encontraba en su potestad. Sobre este punto los investigadores tienen diferentes posiciones: algunos piensan que se realizaba únicamente

¹ Así por ejemplo, en el libro vigésimosegundo *digestorum* de Juliano existe un grupo de textos que Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, I, Lipsiae, 1889, 378 agrupa bajo la rúbrica de *noxali furti actione*, y en el libro vigésimo segundo *ad edictum* de Paulo se encuentra una serie de textos considerados por Lenel, *idem*, 1011 ss. en la rúbrica de *noxali ex lege Aquilia actione*. Sobre la aplicación de la noxalidad a cada tipo de acción véase F. Serrao, *Responsabilità per fatto altrui e nossalità in BIDR*, 73, 1970, 125 ss.

una *interrogatio* sobre la propiedad² o sobre la potestad,³ otros por el contrario que eran dos *interrogationes*⁴ o una *interrogatio* con doble contenido.⁵

² J. Ch. Naber, *Ad noxales actiones* en *Mnemosyne*, 30, 1902, 169 ss. creía que solamente existía una *interrogatio* sobre la propiedad en la que se encontraba implícita la cuestión sobre la posesión y la potestas.

³ P. F. Girard, *Les actions noxales* en *Mélanges de Droit Romain*, 2, Paris, 1912, 328 ss. n.2, afirma que la *interrogatio in iure* se refería a la potestas que comprendía el poder jurídico así como la disponibilidad material; en el mismo sentido incluyendo otras consideraciones C. Sanfilippo, *Interrogatio in iure* en *Scritti giuridici Jovene*, Napoli, 1954, 652 ss. G. L. Falchi, *Ricerche sulla legittimazione passiva alle azioni noxali*, Milano, 1976, 157 n.35 afirma que, según su opinión, no tiene significado práctico distinguir dos diferentes *interrogationes in iure*, porque si se admite que además del titular del *dominium* pudiera concurrir el titular del *in bonis*, resultaría con toda evidencia inútil la pregunta sobre la propiedad.

⁴ O. Lenel, *Das Edictum perpetuum*, reimpresión, Aalen, 1956, 160 afirmaba que existían dos *interrogationes*, una *de factio: an in potestate sit* y otra *de iure: an eius sit* cambiando la opinión que había tenido en ediciones anteriores de su obra en donde negaba que hubiera existido la primera pregunta; B. Biondi, *Actiones noxales*, Cortona, 1925, 290 ss., sostiene la tesis que, con la finalidad de establecer quien fuera legitimado pasivo al *actio noxalis*, sería suficiente la *interrogatio an in eius potestate sit* porque tal acción requería que el demandado tuviera únicamente la potestas sobre el esclavo, mientras que la *interrogatio an eius sit* tenía una función especial que se refería a la defensa del esclavo ausente, ya que únicamente el *dominus* (o quien se hubiera asimilado a tal) podía aceptar la defensa del esclavo ausente. F. De Visscher, *Le régime romain de la noxalité*, Bruxelles, 1947, 252 ss, 331 ss, menciona que la *interrogatio an servus eius sit* se hacía al *dominus* si el esclavo se encontraba presente en juicio y, en caso de su ausencia, se recurría a la *interrogatio an in potestate eius sit*. M. Sargentini, *Contributo allo studio della responsabilità noxale in diritto romano* en *Studi Pavesi*, 104, 1949, 129 ss. opina que la *interrogatio an servus eius sit* se efectuaba con la presencia o ausencia del esclavo, mientras que la *interrogatio an servus in eius potestate sit* sería un medio preparatorio a la *actio sine noxae deditio*. G. Pugliese, *Appunti in tema di azioni noxali* en *Scritti Carnelutti*, 2, Padova, 1950, 128ss. *Scritti giuridici scelti*, 1, Camerino, 1985, 464 ss. piensa que se hacía antes una *interrogatio in iure* sobre la propiedad y después otra sobre la disponibilidad; M. Marrone, *Actio ad exhibendum*, Palermo, 1958, 240 n. 178 afirma la existencia de dos *interrogationes* sin que tuviera importancia el orden; M. Brutti, *Il vadimonium nelle azioni noxali*, en *Risg*, 97, 1970, 269 núm. 10 y *La Problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, Milano, 1973, 737 considera que la *interrogatio in iure* era precedida de otra que tenía la finalidad de establecer si el demandado fuera *dominus* del esclavo culpable; en M. Kaser-K. Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996, 251 ss. se afirma que de las dos *interrogationes* la que se refería a la potestad se efectuaba sólo en el caso en que se encontrara ausente el hijo o el esclavo.

⁵ T. Giménez y Candela, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, Pamplona, 1981, 168 ss., para demostrar que la *interrogatio* era única, pero con doble contenido presenta como prueba un documento epigráfico T.P 25 (L. Bove, *Documenti processuali dalle Tabulae Pompeianae di Murecine*, Napoli, 1979) en donde se menciona: *...esse(n)ne homine)s...Hyginus et Herm(es q(ui)bus) d(e) a(gitur) eius) et in potestate eius...C(ai)us (Iu)lius Prudens respondit homines Hyginum et Hermen q(ui)bus) d(e) a(gitur) s(uo)s s(u)aque in pot(estate) (es)se;* pero correctamente H. D. Spengler, *Studien zur Interrogatio in*

Según nuestra opinión, no debe despreciarse la idea que hubieran sido dos *interrogationes* y que cada una hubiera tenido una función precisa en cada caso específico como veremos en el transcurso de la presente investigación; la primera sería una *interrogatio de iure* con la cual se constataba la titularidad del esclavo: *an servus eius sit*. La segunda tendría el carácter *de facto* y estaría encaminada a determinar si el culpable se encontraba en la disponibilidad del demandado: *an in potestate eius servus sit*.

El punto central de nuestro trabajo consiste en analizar el problema de la pérdida dolosa de la potestas o de la posesión del esclavo, por el cual el *dominus*, si bien no pudiera ser llamado a responder con base en una acción noxal, se encontraría obligado por la *actio sine noxae deditio*. Trataremos además de identificar los casos en que exista tal tipo de pérdida y las consecuencias jurídicas que debería de sufrir el titular del esclavo.

II. RESPUESTAS DEL DEMANDADO

Si el esclavo se encontraba presente en juicio y el *dominus* no respondía a la pregunta *an servus eius sit* o respondía falsamente que el esclavo no era suyo, no se podía proceder en contra de él,⁶ porque faltaba el presupuesto necesario para el ejercicio de la acción, jurídicamente el propietario demandado se encontraba ausente y el pretor habría debido conceder la *ductio* del *servus* (entrega del esclavo) a favor del demandante.⁷ Un problema surgía en el caso en que el

iure, München, 1994, 81 ss. si bien no duda de la tesis de la investigadora, hizo notar que tal documento no se refiere a un juicio noxal. Críticas a tal tesis se encuentran en la reseña efectuada por W. Selb en *ZSS*, 100, 1983, 684 a su obra.

⁶ Si el demandado no hubiera sido el *dominus*, sino el poseedor del esclavo y hubiera querido evitar la *ductio* (entrega del esclavo al demandante), habría podido afirmar que el esclavo era suyo y aceptar la *litis contestatio* así como sucedía en el caso de la defensa de un esclavo ajeno. Tal punto se puede ver en Giménez-Candela, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, cit. 208.

⁷ Como podría confirmar el texto de Calistrato, *libro secundo edicti monitorii* en D.9.4.32: *Is qui in aliena potestate est si noxam commisisse dicatur, si non defendatur, ducitur...* (El que está en potestad ajena, si se dijera que cometió un delito es adjudicado si no fuera defendido). Por el contrario si efectivamente la persona presente no hubiera sido el *dominus* y hubiera afirmado que no era suyo el esclavo y no hubiera querido defenderlo, se procedía de todos modos a la *ductio* y el verdadero propietario tendría la posibilidad, en un segundo momento de proceder a su defensa para evitar que su ausencia pudiera causarle un daño

esclavo no se encontrara presente y el *dominus* no hubiera respondido a la pregunta o hubiera afirmado falsamente que el esclavo no era suyo; en el primer caso ciertos autores creen que se procedía a la *ductio* del mismo *dominus*⁸ pero no existen fuentes que puedan confirmar tal solución. Según otros autores, el comportamiento del demandado debería ser considerado como una respuesta negativa,⁹ pero tal consideración significaría interpretar el silencio en un determinado sentido. Según nuestra opinión, si el demandado no responde, las consecuencias jurídicas deberían ser las mismas de los casos en que el mismo *dominus* no se encontrara presente *in iure*: el pretor habría podido en este modo conceder la *missio in bona* a favor del demandante.

En el caso en que el *dominus* hubiera respondido afirmativamente a la pregunta sobre la titularidad del esclavo que se encontraba presente: *suum esse servum*, la segunda *interrogatio* resultaba inútil¹⁰ y habría podido escoger entre la *noxae deditio* del *servus* o defenderlo; por el contrario, en el caso en que el *servus* estuviera ausente, las dos *interrogationes* habrían tenido una precisa función: la *interrogatio de iure* (que según nosotros era precedente a la *de facto*), servía para determinar la relación jurídica entre el *dominus* y el esclavo y la segunda para conocer si el *servus* se encontrara todavía en su potestad.

a. El *dominus* no niega que el esclavo ausente se encuentra en su potestad y promete mediante *vadimonium* de presentarlo *in eadem causa* (en el mismo estado).

Si el demandado afirmaba que era propietario del esclavo ausente, el demandante habría podido proceder a la segunda *interrogatio*, y si el *dominus* no negaba que se encontraba en su potestad habría debi-

como puede demostrar el texto de Paulo, *libro sexto ad edictum* en D.2.9.2.1: *...sed si servus praesens est, dominus abest nec quisquam servum defendit, ducendus erit iussu praetoris: sed causa cognita domino postea dabitur defensio, ut Pomponius et Vindius scribunt, ne ei absentia sua noceat...* (pero si el esclavo está presente y su propietario ausente, y nadie defiende el esclavo, deberá ser entregado por orden del pretor, pero con conocimiento de causa se dará después al dueño la defensa, según escriben Pomponio y Vindio, para que no le perjudique su ausencia...) Sobre la *ductio* ordenada por el pretor véase Brutti, *Il vadimonium nelle azioni nossali*, cit. 266 n. 7.

⁸ Lenel, *Das Edictum perpetuum*, cit. 162.

⁹ Giménez-Candela, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, cit. 203.

¹⁰ En el mismo sentido Lenel, *Das Edictum perpetuum*, cit. 161.

do escoger entre diferentes opciones, como observa Paolo, *libro sexto ad edictum* en D.2.9.2.1, citando a Vindio, jurista del II siglo d. C:

*Si absens sit servus, pro quo noxalis actio alicui competit: si quidem dominus non negat in sua potestate esse, compellendum putat Vindius vel iudicio eum sisti promittere vel iudicium accipere, aut, si nolit defendere, cauturum, cum primum potuerit, se exhibiturum...*¹¹

Si se encontraba ausente el esclavo, por el cual correspondía a alguno una acción noxal, mientras el *dominus* no negara que se encontraba en su potestad (*si-esse*), Vindio consideraba que debería ser constreñido o a prometer su presencia en juicio o bien aceptar el juicio, o bien si no quisiera defenderlo, debería efectuar una *cautio*, con la cual garantizase que, no apenas hubiera podido presentarlo, lo habría exhibido (*compellendum-exhibiturum*).

Una vez confirmado en juicio que el demandado era el titular del esclavo porque había respondido afirmativamente a la pregunta del demandante sobre la propiedad, se puede proceder a la segunda *interrogatio* sobre la potestad del esclavo; sobre este punto el pasaje no dice que el *dominus* habría debido dar una respuesta afirmativa, sino simplemente que habría sido suficiente no negar; por esto, según nuestra opinión, también si el titular del esclavo no hubiera respondido, habría debido considerarse que el mismo esclavo se encontraba en su potestad, teniendo las siguientes opciones:

1. Defender el esclavo ausente.¹²

¹¹ Aceptamos la opinión unánime de la doctrina que los términos *iudicio eum sisti* son interpolados y que en lugar de ellos deberían ser sustituidos con una referencia al *vadimonium*; así por ejemplo, Giménez-Candela, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, cit. 189 y Spengler, *Studien zur Interrogatio in iure*, cit. 89. Resulta difícil de aceptar la tesis de Pugliese, *Appunti in tema di azioni nossali*, cit., 126 ss. (y de los investigadores que siguen su tesis como veremos inmediatamente) que, aceptando la tesis de G. Beseler, *Römanistische Studien*, ZSS, 46, 1926, 107, cree que la referencia a la *cautio se exhibiturum* no sea considerada una tercera posibilidad mencionada en el texto (como aparecería después de una intervención de los compiladores), sino el mismo *vadimonium* que se citaba anteriormente.

¹² En tal caso la respuesta afirmativa a la *interrogatio* sobre la titularidad del esclavo resultaba fundamental, porque únicamente el *dominus* podía defender el esclavo ausente, como recuerda Ulpiano, *libro vicensimo tertio ad edictum* en D.9.4.21.1: *eos, quorum nomine noxali iudicio agitur, etiam absentes defendi posse placuit, sed hoc ita demum, si proprii sint servi...* (se determinó que aquellos en cuyo nombre se ejercita la acción noxal puedan ser defendidos, aun estando ausentes, pero esto sólo si fueran esclavos propios).

2. Prometer la presencia del esclavo en un día determinado, reservándose para la audiencia siguiente la decisión de defenderlo o de proceder a la *noxae deditio*.
3. Decidir en la misma audiencia no defenderlo y obligarse a exhibirlo apenas tendrá la posibilidad de hacerlo.

Respecto a las garantías que el *dominus* debía presentar en juicio, en D.2.9.2.1 por una parte, se señala una *promissio eum (servum) iudicio sisti*, con la que el *dominus* se obligaba a hacer comparecer el esclavo en un día determinado y, de otra parte, una *cautio cum primum potuerit se exhibiturum* en el caso en que no quisiera defenderlo. Sobre este punto la doctrina manifiesta puntos de vista contrarios: ciertos autores piensan que son dos medios diferentes,¹³ otros que son la misma cosa.¹⁴ Según nuestra opinión, la *promissio eum (servum) iudicio sisti*, representa una clara aplicación del *vadimonium*,¹⁵ y tiene como finalidad la de deferir la audiencia a un día y hora determinada, para otorgar al demandado la posibilidad de reflexionar sobre la vía que debería de seguir, y como la *noxae deditio* requería la presencia del esclavo, era indispensable que en tal fecha se encontrara presente en la audiencia. En el caso de la *cautio cum primum potuerit se exhibiturum* el *dominus* decide en la misma audiencia de *noxae dedere* (entregar en noxa el esclavo) y la finalidad de la promesa era la de entregar al esclavo apenas el demandado hubiera podido efectuarlo.

Si el *dominus* hubiera garantizado la presencia del esclavo con el *vadimonium* reenviando la propia decisión a la nueva fecha estable-

¹³ En este sentido Lenel, *Das Edictum perpetuum*, cit. 163 ss; De Visscher, *Le régime romain de la noxalité*, cit. 275 ss; A. Biscardi, *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino, 1968, 309; Kaser-Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit. 229 ss. y 255; Giménez-Candela, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, cit. 189 ss. y *Notas en torno al vadimonium*, en SDHI, 48, 1982, 159; Spengler, *Studien zur Interrogatio in iure*, cit. 90.

¹⁴ Como Biondi, *Actiones noxales*, 206; según Pugliese, *Appunti in tema di azioni nossali*, cit. 126 ss. con las palabras *quam primum potuerit* el jurista no quería decir que se otorgaba la *cautio* de exhibir lo antes posible, sino que la fecha de exhibición venía fijada en la *cautio* en un término lo más cercano posible, el más cercano en el que el *dominus* se hubiera declarado en grado de aceptar. En el mismo sentido Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit. 243 n. 184; Brutti, *Il vadimonium nelle azioni nossali*, cit. 269; I. Buti, *Il praetor e le formalità introduttive del processo formulare*, Napoli, 1984, 332 n. 81.

¹⁵ Basta observar que el libro sexto *ad edictum* de Paulo se refiere a tal argumento: así Lenel, *Palingenesia*, 1, cit. 975 ss. *Das Edictum perpetuum*, cit. 80 ss. lo considera bajo la rúbrica de *vadimoniiis*.

cida, podía correr el riesgo que el esclavo escapara y encontrarse en la imposibilidad de cumplir con su obligación. En las fuentes no se encuentran elementos que expliquen qué sucedía si el demandado se hubiera presentado en la nueva fecha establecida sin el esclavo, pero probablemente en tal caso el *dominus* habría debido ser condenado a la *summa vadimonii* o, si ésta no hubiera sido determinada al *id quod interest*¹⁶. La *cautio cum primum potuerit se exhibiturum* concede al *dominus* la posibilidad de proceder a la *noxae deditio* del esclavo cuando fuera en grado de exhibirlo en juicio; así si el esclavo que se encontraba en su potestad hubiera escapado, el *dominus* se encontraría obligado a exhibirlo una vez que hubiera entrado nuevamente en su potestad.

Con base en el *vadimonium* el *dominus* se encontraba obligado a presentar el esclavo en una fecha determinada y, según lo establecido en el edicto, la exhibición del mismo debía realizarse *in eadem causa* para garantizar, en este modo, la tutela de la parte ofendida; sobre este punto Ulpiano, *libro septimo ad edictum* en D.2.9.1pr. afirma:

*Si quis eum, de quo noxalis actio est, iudicio sisti promisit, praetor ait in eadem causa eum exhibere, in qua tunc est, donec iudicium accipiatur.*¹⁷

Si alguno hubiera prometido presentar en juicio aquél por el que se ejercita una acción noxal (*Si-promisit*), el pretor afirma: que lo exhiba *in eadem causa* en la que se encuentra hasta que el juicio sea aceptado mediante la *litis contestatio (praetor-accipiatur)*.

El *dominus* asumía la obligación de presentar el esclavo en la audiencia siguiente sin cambiar la situación jurídica existente hasta este momento; así se podía evitar que, con un reenvío el demandado pudiera modificar la relación de potestad entre él y el esclavo causando

¹⁶ Ulpiano, *libro quadragesimo septimo ad Sabinum* en D.2.5.3: *Cum quis in iudicio sisti promiserit neque adiecerit poenam, si status non esset: incerti cum eo agendum esse in id quod interest verissimum est, et ita Celsus quoque scribit.* (Cuando alguno hubiere prometido presentarse a juicio, y no hubiere añadido pena, es muy cierto que, si no se hubiere presentado, deberá ejercitarse contra él la acción de cosa incierta por aquello que importa; y así también lo escribe Celso).

¹⁷ Aceptamos la tesis que los compiladores eliminaron el término *vadimonium* para hacer referencia a la *cautio iudicio sisti*; en este sentido Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, cit. 82 y *Palingenesia*, 2, cit. 446 n. 3 así como Giménez-Candela, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, 190 n. 76. Resulta radical la tesis de Brutti, *Il vadimonium nelle azioni nossali*, cit. 270 n.15, según la cual el contenido del texto *Si quis-promisit* no sería clásico.

inconvenientes al demandante, por ejemplo, iniciar un nuevo juicio noxal con una persona diferente.¹⁸

El mismo jurista en el texto siguiente en D.2.9.1.1 explica los términos *in eadem causa*:

*In eadem causa' quid sit, videamus: et puto verius eum videri in eadem causa sistere, qui ad experiendum non facit ius actoris deterius. si desinat servus esse promissoris vel actio amissa sit, non videri in eadem causa statum Labeo ait: vel si qui pari loco erat in litigando, coepit esse in duriore, vel loco vel persona mutata: itaque si quis ei qui in foro promissoris conveniri non potest venditus aut potentiori datus sit, magis esse putat, ut non videatur in eadem causa sisti. sed et si noxae deditus sit, Ofilius non putat in eadem causa sisti, cum noxae deditioe ceteris noxalem actionem peremi putat.*¹⁹

¹⁸ Sobre este punto Brutti, *Il vadimonium nelle azioni nossali*, cit., 271 menciona que, si no se hubiera realizado el *vadimonium*, el demandado, en el intervalo de tiempo habría podido enajenar el esclavo y presentarse frente al pretor en el día determinado solamente para que se constatará que la acción noxal no le correspondía y que por esto se debería proceder a una nueva *in ius vocatio* en contra del adquirente del esclavo.

¹⁹ El texto está interpolado discutiéndose en doctrina en qué grado; así L. Mitteis, *Ueber den Ausdruck Potentiores in den Digesten* en *Mélanges P.F. Girard*, 2, 231 ss. afirma que los términos *aut potentiori datus* difícilmente puedan considerarse genuinos así como: *si quis ... venditus ... sit*, porque la venta deja intacta la propiedad del demandado y por esto originariamente el texto debería haber dicho *mancipio datus* o *in iure cessus vel mancipio datus*. Sobre este punto A. Wacke, *Die potentiores in den Rechtsquellen. Einfluss und Abwehr gesellschaftlicher Übermacht in der Rechtspflege der Römer* en *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, II, 13, 592 sostiene que la referencia a la venta podría implicar que se hizo la entrega, por esto excluiría la propuesta hecha por Mitteis. Giménez-Candela, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, cit. 190 ss. elimina desde *vel si qui* hasta *in eadem causa sisti*, pero nosotros creemos que la interpolación sea menos extensa. Los ejemplos mencionados por Labeón son tres y de *itaque* hasta *in eadem causa sisti* el compilador propone dos ejemplos que deberían referirse al tercer caso; una pista podría encontrarse en el uso del término *vel* que Ulpiano utiliza cada vez que Labeón menciona un ejemplo, el compilador, de manera diferente incluye la palabra *aut* para indicar otros casos que se refieren al tercer ejemplo finalizando con la afirmación *magis esse putat*. F. De Marini Avonzo, *I limiti alla disponibilità della res litigiosa nel diritto romano*, Milano, 1967, 152 n. 105 considera clásica la referencia al *potentior* y afirma que, por toda la edad clásica la oposición a los *potentiores* trataría de evitar que su superioridad se manifieste en impedir a los adversarios iniciar un proceso. En el presente caso tal tesis parecería difícil de aceptar, no solamente por las críticas formales que hemos mencionado sino sobre todo porque no explicaría el pretexto que habría podido utilizar el pretor para evitar que el *potentior* fuera demandado en este proceso. La tesis de De Marini Avonzo fue seguida también por Brutti, *Il vadimonium nelle azioni nossali*, cit., 280 n. 29.

Veamos –inicia Ulpiano– cuál es el significado de atribuir a la expresión '*in eadem causa*'; y considera que significa comparecer en la misma situación jurídica para evitar deteriorar el derecho del demandante (*In-deterius*). Por ello, si el esclavo hubiera cesado de pertenecerle al demandado que promete o si la acción ya no se pudiera ejercitar, Labeón afirmaba que no se consideraría comparecer *in eadem causa* (*si-ait*); lo mismo sucedía en el caso en que el demandante, partiendo de una posición procesal de paridad, se hubiera encontrado en una situación menos favorable por el cambio de lugar o de persona (*vel si-mutata*), y por ello, si el esclavo hubiera sido vendido a una persona que no podía ser demandada en el foro de la persona que promete o bien hubiera sido dado a una persona más potente piensa que en tales casos no resulta comparecer en la misma condición (*itaque-sisti*). Pero también si hubiera sido dado en noxa el esclavo, según Ofilio no se podía decir que comparecía en la misma condición, ya que se extinguía por razón de otros la acción noxal (*sed-putat*).

Con base en el presente pasaje podemos observar que presentar el esclavo en el mismo estado (*in eadem causa*) significa hacerlo comparecer en juicio sin empeorar la pretensión del demandante. Tal criterio fue mencionado por Ulpiano también en el libro cuadragésimo séptimo de su comentario *ad Sabinum* en D.2.11.11, cuando trata del *vadimonium* en general,²⁰ afirmando que, si alguno había prometido que otra persona fuera presente en juicio (*si quis quendam in iudicio sisti promisit*), tal debe ser considerado *in eadem causa* (*in eadem causa eum debet sistere*), es decir en modo que la posición del demandante no se deteriore (*hoc est ita sistere, ut actori persecutio loco deteriori non sit...*).

Labeón ofrece una serie de ejemplos en donde el demandado habría deteriorado la posición del demandante:

²⁰ No aceptamos la tesis de Giménez-Candela, *Notas en torno al vadimonium*, cit. 162, que el texto en origen se refería específicamente al *vadimonium* de la *actio noxalis*, porque, si bien la investigadora tiene razón en afirmar que tal texto proviene del libro cuadragésimo séptimo donde se encontraba también D.2.9.5 (que se refiere específicamente a tal tipo de *vadimonium*), la parte que sigue en D.2.11.11 recuerda ejemplos (que no incluimos) que no tienen nada que ver con la acción noxal; por esto parecería adecuada la colocación que Lenel, *Palingenesia*, 2, cit. 1183 hizo de estos pasajes en la obra *ulpianea*, en donde D.2.9.5 se encontraría después de D.2.11.11; el jurista primero trataría (como probablemente había hecho Sabino) del *vadimonium* en general y después su aplicación a la acción noxal.

- a. *Si desinat servus esse promissoris*. Si el esclavo dejara de ser de la persona que promete, porque, por ejemplo, lo hubiera cedido a un tercero extraño, en tal caso claramente el *servus* ya no se encontraría en la misma situación que el *dominus* tenía cuando hubiera concluido el *vadimonium*.
- b. *Si actio amissa sit*. El propietario había hecho que la acción ya no tuviera eficacia. Labeón no explica cómo habría podido suceder una cosa de tal tipo. Sobre este punto Ulpiano ejemplifica, hablando de un caso referido por Ofilio: si el *dominus* hubiere hecho la *noxae deditio* del esclavo, no habría podido presentarlo *in eadem causa* en la audiencia porque habría perdido la potestad sobre el mismo;²¹ otro ejemplo no citado en las fuentes podría ser el caso que después del *vadimonium* el *dominus* hubiera matado el esclavo, no permitiendo en este modo hacerlo comparecer en juicio y resultando imposible el hecho de ejercitar la acción en contra del demandado porque el esclavo había muerto.
- c. *Si qui pari loco erat in litigando, coepit esse in duriore, vel loco vel persona mutata*. Si el demandado hubiera hecho que la posición de paridad del demandante en el proceso se transformara en una situación diferente por cambio de lugar o de persona; el primer caso podría suceder (según los ejemplos presentados por el compilador) si el *dominus* hubiera vendido el esclavo a una persona que se encontraba residente en un lugar diferente, porque el demandante, para exigirlo habría tenido que ejercitar la acción en otro foro. El segundo ejemplo se refería a la entrega del esclavo a una persona más potente, no porque el demandante habría tenido menos posibilidad de ganar el juicio, como podría creerse,²² sino probablemente, porque el demandante habría debido ejercitar la acción, con

²¹ Respecto al criterio de Ofilio es importante destacar que Paulo, *libro sexto ad edictum* en D.2.9.2 pr, manifiesta una opinión diferente, no respecto a la interpretación de los términos *in eadem causa*, sino en el sentido que es contrario a la posición que la *noxae deditio* extinga la acción hacia otras personas. Afirma que en su tiempo tal situación se había modificado, como veremos más adelante en el mismo parágrafo.

²² El compilador, al incluir tal ejemplo, no podía tener en mente que la desventaja de demandar a una persona más potente significaría tener menos posibilidad de ganar el juicio, porque, para plantear tal situación habríamos tenido que considerar un presupuesto fundamental, que el *potentior* decidiera defender el esclavo y no realizar la *noxae deditio* del

toda la dificultad que psicológicamente le podría causar, en contra de una persona de alto prestigio social.

Según Labeón no puede ser considerado *in eadem causa* el caso del que promete y deja de tener el esclavo. Si el *servus* fue manumitido el problema presenta mayor dificultad, porque Ulpiano, en el libro cuadragésimo séptimo *ad Sabinum* en D.2.9.5, considera que, también cuando el propietario hubiera garantizado presentar el esclavo en la misma situación, no sería considerado que incumple, si la situación del demandante hubiera mejorado:

si servum in eadem causa sistere quidam promiserit et liber factus sistatur... quod... ad ceteras noxales causas pertinet, etiam in meliorem causam videtur pervenisse.

No estamos en la condición de afirmar que la tesis de Ulpiano (Sabino?) hubiera sido considerada también por Labeón, porque la referencia a tal jurista en D.2.9.1.1 parece demasiado general, y además porque la manumisión habría podido ser considerada entre los casos en que se modificaría la situación del demandante; parecería probable pensar que para Labeón la manumisión del esclavo fuera un ejemplo en que se modificaba la situación del demandante, y por esto el *dominus* se encontraría obligado a la acción que tendría como fundamento el *vadimonium*. Si en D.2.9.5 Ulpiano hubiese mencionado una tesis de Sabino, habríamos podido considerar la existencia de una controversia jurisprudencial en el siglo I d. C. Según Labeón el *dominus* no habría podido efectuar la manumisión después del *vadimonium*, porque modificaba la posición del demandante, mientras que Sabino la admitía, porque según él, tal situación habría sido ventajosa para el demandante.

Como no existen pruebas que Sabino habría sido de tal parecer, preferimos atribuir tal tesis a Ulpiano,²³ aunque si bien, según nuestra opinión, el hecho que el demandante habría podido obtener mayores beneficios a los que tenía antes parecería discutible, porque

mismo para después, confiado de su poder, lograra obtener por parte del juez una sentencia favorable. Tal conjetura parece desde nuestro punto de vista demasiado complicada.

²³ Sobre este punto (sin tomar una posición sobre la paternidad de la tesis mencionada por Ulpiano en D.2.9.5) ver Pugliese, *Osservazioni sulla nossalita*, cit. 96 ss.

si el *dominus* (en este momento *patronus*) hubiera hecho la *noxae deditio* del esclavo (ya considerado como *libertus*), el demandante habría satisfecho su pretensión inmediatamente y no habría debido iniciar un juicio directamente en contra del ex esclavo delincuente; además la manumisión después del *vadimonium* habría podido tener la precisa finalidad del que promete perder la potestad del esclavo para no encontrarse obligado a la acción. De todos modos debemos subrayar que la tesis de Ulpiano (y a lo mejor de Sabino) tenía como presupuesto no solamente que el esclavo fuera manumitido, sino además que el *patronus* lo hubiera llevado el día establecido para celebrarse la audiencia.

Un caso diferente sería el que se refiere al *statuliber* mencionado por Paulo, *libro undecimo ad Sabinum* en D.2.9.6:

Sed si statu liberum sisti promissum sit, in eadem causa sisti videtur, quamvis liber sistatur, quod implicitus ei casus libertatis fuerit.

Pero si se hubiera prometido que se presentaría un *statuliber*, se considera presentarse *in eadem causa* cuando se presente como libre, porque se encontraba implícita en él la situación de libertad.

En el presente texto podemos observar que el *dominus* había prometido hacer comparecer en un día posterior el esclavo liberado bajo condición; claramente en el mismo *vadimonium* se había hecho mención que el esclavo era un *statuliber*, y por esto el cumplimiento de la condición y su liberación no habría modificado la posición del demandante.²⁴ No sabemos si tal tesis pueda ser atribuida al mismo Sabino y mucho menos si Labeón la habría considerado, pero parecería probable que fuera así porque la situación del *statuliber* había sido declarada en el mismo *vadimonium*.

En conclusión, la manumisión del esclavo después del *vadimonium* había sido considerada por Labeón como un ejemplo en que el demandante no habría presentado el esclavo *in eadem causa*, pero tal

²⁴ Giménez-Candela, *Notas en torno al vadimonium*, cit., 164, afirma que no se empeora la posición del demandante porque éste habría podido ejercitar la acción directamente en contra del liberto; pero, según nosotros, no obstante que no se pueda poner en duda que la posición del demandante no se alteraría, no debemos dar por seguro que Paulo habría pensado en el mismo modo que Ulpiano en D.2.9.5. La razón se encuentra en el contenido del *vadimonium* que consideraba tal eventualidad: *quod implicitus ei casus libertatis fuerit* y no en una posición peor o mejor respecto al derecho del demandante.

tesis no fue aceptada por Ulpiano, porque en su opinión, una situación de tal género habría mejorado su situación jurídica; en el caso de la liberación del *statuliber* el problema era diferente, porque el *dominus* debía manumitirlo y la situación jurídica del demandante habría permanecido igual, sin que sobre tal punto pudieran existir, según nuestra opinión, tesis contrarias. En los dos casos debemos subrayar que no existían dudas que el demandado, el cual había efectuado el *vadimonium*, habría sido obligado a presentar el hombre como esclavo o como libre; así, si bien el demandante no habría podido ejercitar la acción en contra del *dominus*, este último habría debido de todos modos proporcionar la presencia del delincuente en la misma audiencia e iniciar un proceso.

Si el *dominus*, después de haber prometido mediante *vadimonium* la presencia del esclavo *in eadem causa*, hubiera efectuado la *noxae deditio* a otra persona, Ofilio consideraba (así como probablemente Labeón) que no se comparecía *in eadem causa*, porque la acción habría dejado de producir efectos. Así en el caso de una concurrencia de acciones noxales,²⁵ resulta clara la posición de Ofilio: no puede ser revocada la apropiación del esclavo del segundo demandante, pero el demandado, si bien se habría liberado de la acción noxal, respondería *ex vadimonio* respecto al primer demandante. Tal tesis formulada en edad tardorepublicana parecería haber sido cambiada en el periodo tardoclásico, porque Paulo, *libro sexto ad edictum* en D.2.9.2pr. afirma:

Sed alio iure utimur. nam ex praecedentibus causis non liberatur noxae deditus: perinde enim noxa caput sequitur, ac si venisset.

Pero nosotros hacemos uso de otro derecho, ciertamente por los juicios anteriores no queda libre el *noxae deditus*, ya que la *noxa* sigue al individuo al mismo modo como en el caso en que hubiera sido vendido.

Paulo a diferencia de Ofilio afirmaba que la acción noxal no se extingue, por esto el primer demandante habría podido ejercitar la acción en contra del *dominus* (que deja de ser demandado con base

²⁵ Sobre la concurrencia de acciones noxales véase Brutti, *Il vadimonium nelle azioni nossali*, cit. 280 ss. el cual analiza además un pasaje de Ulpiano, *libro octavo decimo ad edictum* en D.9.4.14 pr.

en la acción noxal) por el incumplimiento del *vadimonium* y después ejercitar la acción noxal contra el segundo demandante.

Autores como Pugliese,²⁶ con base en tal texto han considerado que los juristas posteriores hayan admitido que el esclavo pudiera ser *noxae deditus* o enajenado, siempre que no resultara al demandante más difícil perseguirlo, pero, en nuestra opinión, esto aparece dudoso, porque del texto puede ser simplemente demostrado que Paulo era contrario a la posición de Ofilio, según el cual la *noxae deditio* podía extinguir otras acciones noxales, porque en su tiempo se había madurado el principio *noxae caput sequitur*. Si para Paulo la *noxae deditio* no extingue la acción hacia otros, no significa que el que promete pudiera ser disculpado de presentar el esclavo en la fecha establecida en el *vadimonium*, si bien la acción no se extinguiría, como sucedía en el periodo en que escribía Ofilio, sin embargo era claro que el *dominus* no había respetado su obligación entregando en *noxae* el esclavo a otro demandante y perdiendo en este modo su potestad.

Como hemos podido observar hasta este momento, desde el tiempo de Ofilio la jurisprudencia había tratado de determinar ejemplos en donde el demandado que mediante *vadimonium* promete la presencia del esclavo en juicio se hubiere encontrado en la imposibilidad de exhibirlo *in eadem causa*. En términos generales Ulpiano afirmaba que no debería dañarse el derecho del demandante y los casos presentados tienen como punto en común que el *dominus* dejara de tener la potestad del esclavo. La pérdida de la potestad del demandado implica también la pérdida de la posesión hecha intencionalmente, porque si el demandante se había obligado mediante *vadimonium* a asegurar la presencia del esclavo *in eadem causa* y después no lo exhibía en la fecha establecida por motivos imputables a él, la condena por su incumplimiento podría presuponer la intención dolosa para evitar presentarlo, ya que parecería extraño que el *dominus* ya no tuviera la potestad o la posesión del esclavo habiéndose encontrado involuntariamente en uno de los casos mencionados en D.2.9.1.1.

El demandado se había obligado con base en el *vadimonium* a exhibir *in eadem causa* el esclavo, porque la presencia de este último en la audiencia era un requisito fundamental para proceder a su

²⁶ Pugliese, *Osservazioni sulla nossalita*, cit. 96 ss.

*noxae deditio*²⁷ en el caso en que hubiera decidido no defenderlo y el incumplimiento de tal obligación legitimaba al demandante a ejercitar una *actio ex stipulatu* o *actio certi*, según se hubiera establecido o no la *summa vadimonii*; en este modo, si el esclavo no se hubiera encontrado en la potestad del demandado, el demandante no habría podido iniciar el juicio noxal en contra de él, pero habría obtenido un resarcimiento por el incumplimiento del *vadimonium*, y de todos modos habría podido demandar noxalmente al nuevo propietario con base en el principio *noxae caput sequitur*.

b. El *dominus* niega que el esclavo ausente se encuentra en su potestad.

Si el demandado respondía negativamente que el esclavo ausente era suyo, el demandante habría podido efectuar la segunda *interrogatio* sobre la situación *de facto*: *an in potestate eius servus sit* y en este modo, después de una segunda respuesta negativa, el demandante habría podido conformarse con tales respuestas. Si tuviera dudas de la veracidad de las mismas podría pedir al pretor solicitarle al adversario un juramento o concederle la posibilidad de demandar al *dominus* con base en un *iudicium sine noxae deditio*. Así refiere Ulpiano, en el libro vigésimo tercero *ad edictum* en D.9.4.21.2:²⁸

Praetor ait: "Si is in cuius potestate esse dicitur negabit se in sua potestate servum habere: utrum actor volet, vel deierare iubebo in potestate sua non esse neque se dolo malo fecisse, quo minus esset, vel iudicium dabo sine noxae deditio".²⁹

²⁷ Aceptamos la tesis de Brutti, *Il vadimonium nelle azioni nossali*, cit., 272 ss., que la presencia del esclavo no es un requisito formal para la instauración de la *actio noxalis*, sino un medio de tutela a favor del demandante que podrá apropiarse del culpable en caso de una falta de *defensio* del *dominus*.

²⁸ Texto que se encuentra bajo la rúbrica *de noxalibus actionibus*, cfr. Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, 2, cit. 548 ss; *Das Edictum perpetuum*, cit. 159 ss.

²⁹ Aceptamos la idea de L. Amirante, *Il Giuramento prestato prima della litis contestatio nelle legis actiones e nelle formulae*, Napoli, 1954, 76 n.105 (con referencias bibliográficas), que la limitación del edicto al esclavo es debida a los compiladores, como puede demostrar Inst. 4.8.7: *Sed veteres quidem haec et in filiis familias masculis et feminis admiserunt. nova autem hominum conversatio huiusmodi asperitatem recte respiciendam esse existimavit et ab usu communi haec penitus recessit... et ideo placuit in servos tantummodo noxales actiones esse proponendas, cum apud veteres legum commentatores invenimus saepius dictum ipsos filios familias pro suis delictis posse conveniri*. (Pero los antiguos admitieron ciertamente

El pretor afirma: "Si negara tener el esclavo en su potestad aquél del cual se diga que lo tiene en potestad, el demandante decidirá si le ordenare jurar no tenerlo en potestad ni haber hecho con dolo no tenerlo o conceder una acción *sine noxae deditio*".

Las palabras del pretor son referidas en modo indirecto por Paulo, *libro octavo decimo ad edictum* en D.9.4.22.4.³⁰

*Si negavit dominus in sua potestate esse servum, permittit praetor actori arbitrium, utrum iureiurando id decidere an iudicium dictare sine noxae deditio velit, per quod vincet, si probaverit eum in potestate esse vel dolo eius factum, quo minus esset: qui autem non probaverit in potestate adversarii esse servum, rem amittit.*³¹

Si el *dominus* hubiera negado que el esclavo se encontraba en su potestad, el pretor permite al demandante definir la situación con un juramento o intentar un juicio *sine noxae deditio* (*Si-velit*), con el cual ganará, si habrá probado que el esclavo se encontraba en la potestad del demandado o que éste con su dolo hubiera hecho en modo de no tenerlo (*per-esset*); por el contrario quien no haya probado que el esclavo era sujeto a la potestad del adversario, perderá el juicio (*qui-amittit*).

Después que el demandado hubiera respondido negativamente a la *interrogatio* referente a la potestad del esclavo que no se encontraba presente en la audiencia, el demandante podía escoger entre dos opciones: hacerlo jurar que el *servus* efectivamente no se encontraba en su potestad y que no había hecho dolosamente no poseerlo o pretender que el pretor le concediera el ejercicio de la *actio sine noxae deditio*. Antes de analizar las dos opciones, debemos determinar

estos principios aun respecto de los hijos de familia, hombres y mujeres. Pero la nueva cultura de los hombres juzgó con razón que debía rechazarse esta aspereza, y en absoluto se apartó esto del uso común... Y por esta razón se estableció que las acciones noxales tan sólo debían ser ejercitadas contra los esclavos, como quiera en los antiguos comentaristas de las leyes encontramos dicho muchas veces, que los mismos hijos de familia pueden ser citados a juicio por sus propios delitos).

³⁰ Texto que se encuentra bajo la rúbrica de *noxalibus actionibus*, cfr. Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, 1, cit. 548 ss; *Das Edictum perpetuum*, cit. 159 ss.

³¹ No existen dudas que el contenido del texto sea clásico, sobre todo porque el jurista confirma lo que se encuentra mencionado en D.9.4.21.2; en tal sentido Giménez-Candela, *Régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, cit. 283 ss, con referencias en la nota 140 a aspectos formales y Spengler, *Studien zur Interrogatio in iure*, cit. 100.

el significado del término *potestas* en las acciones noxales así como la pérdida dolosa de la potestad.

III. SIGNIFICADO DEL TÉRMINO POTESTAS EN LAS ACCIONES NOXALES

El término *potestas* aplicado a las acciones noxales es explicado por Paulo y Ulpiano; el primer jurista en el libro *singularis ad legem Fufiam Caniniam* en D.50.16.215 afirma:

*'Potestatis' verbo plura significantur: ... in persona servi dominium. at cum agimus de noxae deditio cum eo qui servum non defendit, praesentis corporis copiam facultatemque significamus...*³²

Con el término *potestas* son indicadas muchas cosas: en la persona del esclavo el dominio. Pero cuando demandamos con base en una acción con *noxae deditio* respecto al que no defiende el esclavo, indicamos la posibilidad y la facultad de presentarlo en persona.

El segundo jurista afirma en el libro vigésimo tercero *ad edictum* en D.9.4.21.3:

*"In potestate" sic accipere debemus, ut facultatem et potestatem exhibendi eius habeat: ceterum si in fuga sit vel peregre, non videbitur esse in potestate.*³³

³² G. Beseler, *Lucubrationes Balticae* in SDHI, 3, 1937, 382 elimina en el texto la referencia al significado que el término *potestas* presenta en la acción noxal; después en *Römanistische Studien* en ZSS, 46, 1926, 125 la crítica al pasaje resulta menos radical. Su tesis permanece aislada como puede observarse en las referencias bibliográficas citadas por G. Nicosia, *L'acquisto del possesso mediante i potestati subiecti*, Milano, 1960, 445 n. 188.

³³ M. Sargenti en la reseña a la obra de Falchi, *Ricerche sulla legittimazione passiva alle azioni noxali* en Labeo, 23, 1977, 340 niega que Ulpiano hubiera escrito *non videbitur esse in potestate* en referencia al esclavo que se encuentra *peregre* y fugitivo, pero la opinión del investigador se encuentra fundada en la idea que el término *potestas* debiera ser relacionado con un aspecto jurídico sustancial y no únicamente un poder de hecho (más adelante veremos que no podemos aceptar tal tesis). No podemos negar que incluir el término *potestas* en la definición de potestad parecería ser una torpe repetición como había hecho notar Beseler, *Lucubrationes Balticae*, cit. 381 (opinión aceptada por Sargenti, *idem*, 339), pero adecuadamente Giménez-Candela, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, cit. 241 ss, trata de clarificar la función que tendría tal palabra en el mismo concepto que el jurista pretende explicar.

"*In potestate*" lo debemos entender en modo que el titular tenga la facultad y la potestad de exhibir el esclavo, por ello si el esclavo se encuentra en fuga o lejano no se considera que se encuentre *in potestate*.

Paulo parecería identificar el concepto de *potestas* con el de *dominium*; en tal modo si alguno tuviera el esclavo en su potestad tendría necesariamente también el *dominium*. Si el presente significado lo aplicáramos a las acciones noxales deberíamos concluir que una de las dos *interrogationes* que se tenía que realizar en un juicio noxal resultaría inútil, porque si una persona había afirmado tener la potestad del esclavo, debería considerarse necesariamente que era el propietario; por el contrario si hubiera afirmado tener el *dominium*, se habría debido considerar que tenía también su potestad. Tal conclusión no es posible, porque el mismo jurista después de haber asimilado los dos conceptos incorpora el término *at* en su afirmación, especificando que en el caso de la *noxae deditio* la potestad que se refiere a un aspecto fáctico significa la posibilidad y la facultad de presentarlo en persona. En este modo una persona que hubiera respondido afirmativamente a la *interrogatio* sobre la propiedad que tenía sobre el esclavo que no se encontraba presente habría podido encontrarse en la imposibilidad de hacerlo comparecer en la audiencia, y por esto habría podido responder negativamente a la segunda *interrogatio*.³⁴

Ulpiano, que parecería aceptar el mismo criterio de Paulo,³⁵ presenta dos ejemplos en que el propietario ya no tendría la potestad del esclavo: el *servus* se encontraba en fuga o se encontraba fuera de la ciudad.

³⁴ Por ejemplo una persona que hubiera transmitido el esclavo a otra persona sin haber hecho la *mancipatio* permanece como *dominus*, pero no permanece con la potestad del *servus*, así recuerda Gayo 1.54: *...ita demum servum in potestate domini esse dicemus, si in bonis eius sit, etiamsi simul ex iure Quiritium eiusdem non sit: nam qui nudum ius Quiritium in servo habet, is potestatem habere non intellegitur* (...así en este modo diremos que un esclavo es en la potestad del dueño, así sea en los bienes de éste, aunque contemporáneamente no sea del mismo por el derecho de los Quirites; en efecto, el que tiene el nudo derecho de los Quirites en el esclavo, no es entendido tener la potestad).

³⁵ Sobre este punto Falchi, *Ricerche sulla legittimazione passiva alle azioni noxali*, cit. 151 ss. afirma que para Ulpiano la *potestas* es la facultad y el poder de exhibir el esclavo *in iure* y que para Paulo el término se refiere, con mayor precisión a la fase *in iure*: la *potestas* es la disponibilidad del esclavo presente delante del magistrado.

El *servus in fuga* no se encuentra *in potestate* del *dominus* porque se aleja de su casa con el preciso propósito de ocultarse³⁶ y con la intención de no regresar.³⁷ Aunque si el demandado con base en una acción noxal no se encontrara en la posibilidad de presentar el esclavo en la audiencia porque no tuviera el poder de hecho sobre él, permanecería de todos modos propietario y poseedor.³⁸

El caso del *servus peregre* presenta más dificultad. Es verdad que el esclavo encontrándose en un lugar lejano habría podido ser capturado por los enemigos y el *dominus* en tal caso habría perdido su potestad, porque se habría encontrado en la imposibilidad de exhibirlo como recuerda el mismo Ulpiano, *libro trigesimo septimo ad edictum* en D.11.1.16 pr: *si servus ab hostibus captus sit...non puto locum esse noxali actioni, quia non est in nostra potestate* (si hubiera sido capturado por los enemigos un esclavo...no creo que haya lugar a la acción noxal, porque no está en nuestra potestad). Pero debemos considerar también que no parece aceptable que el *dominus* después de haber ordenado al esclavo de partir hacia Sicilia, Siracusa, la Ga-

³⁶ Así opina Ofilio referido por Ulpiano, *libro primo ad edictum aedilium curulium* en D.21.1.17 pr: *quid sit fugitivus, definit Ofilius: fugitivus est, qui extra domini domum fugae causa, quo se a domino celaret, mansit*. (Define Ofilio lo que se entiende por fugitivo. Es fugitivo el que por causa de fuga permanece fuera de la casa de su dueño para ocultarse de su dueño).

³⁷ En tal sentido Celio Sabino citado por Ulpiano, *libro primo ad edictum aedilium curulium* en D.21.1.17.1: *Caelius autem fugitivum esse ait eum, qui ea mente discedat, ne ad dominum redeat, tametsi mutato consilio ad eum revertatur...* (Pero dice Celio que es fugitivo el que se marche con la intención de no volver a su dueño aunque habiendo cambiado de propósito vuelva a él). Así también Casio mencionado en la misma obra de Ulpiano en D.21.1.17.2: *Cassius quoque scribit fugitivum esse, qui certo proposito dominum relinquat*. (También escribe Casio, que es fugitivo el que con determinado propósito dejara a su dueño).

³⁸ No existen dudas que sobre el *servus fugitivus* permanece intacta la propiedad así como los otros derechos que existen sobre él como el usufructo (sobre este punto Nicosia, *L'acquisto del possesso mediante i potestati subiecti*, cit. 399). Claramente el propietario habría debido demandar con base en una *actio ad exhibendum* o *rei vindicatio* en contra de quien hubiera capturado el esclavo fugitivo para pretender su exhibición o la restitución. Con referencia a la permanencia de la posesión del esclavo fugitivo la jurisprudencia tiene opiniones diferentes como claramente explican G. Rotondi, *Possessio quae animo retinetur. Contributo alla dottrina classica e postclassica del possesso e dell'animo possidendi* en *Studi varii di diritto romano ed attuale*, Milano, 1922, 143 ss. BIDR, 30, 1920, 1 ss. y Nicosia, *idem*, 400 ss. pero Ulpiano seguramente consideraba el *fugitivus* todavía en posesión del *dominus*, como emerge en diferentes pasajes que son referidos por el mismo autor, pp. 422 ss. y por Giménez-Candela, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, cit. 252 ss.

lia o León,³⁹ pudiera después afirmar ya no tener su potestad, y por esto evitar ser demandado con base en una acción noxal; cierto, los lugares que hemos citado no se encontraban cercanos a Roma, pero de todos modos no vemos motivos por los que el *dominus* hubiera podido sustraerse al ejercicio de tal acción cuando hubiera podido ordenarle al esclavo regresar inmediatamente o esperar su regreso y en este modo proceder a la *noxae deditio*.

Según nuestra opinión, aunque si el *dominus* hubiera afirmado no tener la potestad del esclavo porque se encontraba fugitivo o se encontraba en un lugar lejano, habría debido garantizar su presencia una vez que hubiera tenido la posibilidad de presentarlo y proceder en este modo a su *noxae deditio* o a su defensa, para garantizar en este modo una tutela a la víctima del delito. No existen fuentes que puedan demostrar tal hipótesis, aunque tal situación se presenta en el caso de la *actio ad exhibendum*⁴⁰ y por ello no vemos por cuál motivo el demandante no habría podido pretender tal garantía del *dominus* que habría adquirido nuevamente la facultad de exhibir el esclavo.

En conclusión podemos afirmar que tener la potestad del esclavo en una acción noxal consiste en la facultad del *dominus* de presentarlo y exhibirlo si no se encuentra presente al momento en que se hizo la *interrogatio an in potestate eius servus sit*; con tal afirmación no queremos reducir tal concepto a un simple poder de hecho, porque la *potestas* no puede prescindir del presupuesto del *dominium* que el demandado había afirmado tener respondiendo a la *interrogatio an servus eius sit*.⁴¹

³⁹ Estos ejemplos los hemos tomado de un pasaje de Suetonio, Calígula 20, en donde después de la palabra *peregre* se refiere a tales lugares: *edidit et peregre spectacula, in Sicilia Syracusis asticos ludos et in Gallia Luguduni miscellos...* (realizó espectáculos también fuera de Roma, en Sicilia, Siracusa juegos urbanos y en Galia, en León juegos mixtos...).

⁴⁰ Como recuerda Ulpiano, libro *vicensimo quarto ad edictum* en D.10.4.5.6: *...ut puta si in fuga servus sit: ad hoc plane solum tenebitur, ut caveat se exhibiturum, si in potestatem eius pervenerit. sed et si non sit in fuga, permiseris autem ei ubi velit morari, idem erit dicendum, aut peregre a te missus sit, vel in praediis tuis agat, ad hoc solum teneberis, ut caveas.* (...por ejemplo, si el esclavo estuviera fugitivo, estará ciertamente obligado a esto solo, a dar caución de que él lo exhibirá, si hubiere venido a su poder; mas si no estuviera fugitivo pero le hubiere permitido que more donde quiera, también se habrá de decir lo mismo; y si por ti hubiera sido enviado a viajar, o viviera en tus predios, estarás obligado a esto solo, a dar caución).

⁴¹ Sobre este punto aceptamos las críticas de Giménez-Candela, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, cit. 237 ss. a la tesis de Falchi, *Ricerche sulla legittimazione*

IV. LA PÉRDIDA DOLOSA DE LA *POTESTAS* O DE LA POSESIÓN

En diferentes pasajes del Digesto encontramos referencias a la pérdida dolosa de la potestad con dos expresiones equivalentes: *dolo fecisse quo minus servus esset in potestate* y *dolo fecit quo minus servum in potestate habere*. Para explicar su significado debemos partir de un texto de Paulo, libro *octavo decimo ad edictum* en D.9.4.24, en donde se presentan algunos ejemplos:

*De illo videndum, utrum adversus eum tantum, qui dolo fecit, quo minus in potestate haberet, actio locum habeat noxalis, si ex dolo eius acciderit, ut cesset noxalis actio (forte si servo suo fugam mandavit) an et si possit nihilo minus cum alio agi (quod accidit, cum alienatus manumissusve est), quod est verius: in quo casu electio est actoris, cum quo velit agere. Iulianus autem ait de eo qui manumisit, si paratus sit defendere se manumissus, exceptionem dandam ei qui manumisit. hoc et Labeo.*⁴²

Según el jurista se debía ver si la acción noxal debiera ejercitarse solamente en contra del que dolosamente hubiera hecho en modo de no tener el esclavo en potestad, en el caso en que por tal dolo hubiera cesado la acción noxal (por ejemplo, si le hubiera ordenado de darse a la fuga), o bien si pudiera tener lugar también respecto a otra persona (lo que sucedía cuando el esclavo había sido manumitido o enajenado) (*De-est*). Esta segunda solución resul-

passiva alle azioni nossali, cit. 149 ss. que parecerían limitar el concepto de *potestas* a un "mero factor procesal", pero no creemos sea posible afirmar, como hace la investigadora que "las teorías que los romanistas han elaborado sobre la *potestas* adolecen del defecto de referirse a la *actio noxalis* en general, cuando en realidad se hacía referencia a la *potestas* en relación con la acción pretoria *sine noxae deditio*"; porque si bien, como veremos más adelante, tal tipo de acción tiene como presupuesto la falsa negación del *dominus* de tener la potestad del esclavo. La respuesta a la *interrogatio* sobre la potestad en sentido positivo no puede conceder al demandante ejercitar la acción pretoria *sine noxae deditio*, si el demandado prefiere hacer la *noxae deditio* del esclavo ausente en una audiencia posterior. Además si el *dominus* responde no tener la potestad del esclavo el demandante no necesariamente debería ejercitar la acción *sine noxae deditio*, porque habría podido conformarse con tal respuesta.

⁴² Claramente el pasaje se encuentra interpolado en la referencia a la acción noxal, porque como hemos visto en D.9.4.21.2 en el caso de la pérdida dolosa de la potestad el ofendido por el delito podía demandar con base en el *iudicium sine noxae deditio*; tal opinión es aceptada por toda la doctrina citada por M. Marrone, *A proposito di perdita dolosa del possesso in Studi in onore di A. Biscardi*, 6, Milano, 1987, 191 n.37 sobre todo porque resulta ilógica (como menciona el investigador) la frase: *utrum... actio locum habeat noxalis, si ex dolo eius acciderit ut cesset noxalis actio*.

taba más verdadera y la opción respecto a quién demandar le correspondía al demandante (*quod-agere*). Pero Juliano, respecto al manumisor afirmaba que se debería dar una excepción, siempre que el esclavo manumitido estuviera listo para defenderse. Y ésta había sido también la opinión de Labeón (*Julianus-Labeo*).

En este texto se presentan claros ejemplos de pérdida dolosa de la potestad que obstaculizarían el ejercicio de la acción noxal:

a. El *dominus* ordena al esclavo escapar. Como hemos visto (en el § I), en el pensamiento de Ulpiano en D.9.4.21.3 la fuga del esclavo había sido considerada un claro ejemplo en donde el propietario carecería de la potestad respecto al esclavo y por ello no podría ser demandado con una acción noxal; pero, si la fuga hubiera sido ordenada por el *dominus*, la situación sería diferente, porque el mismo habría hecho intencionalmente no tener la potestad sobre él, y si bien no estaría obligado con base en una acción noxal, la pérdida dolosa de la misma daba al demandante la facultad de ejercitar una acción con base en el *iudicium sine noxae deditio*.

El *dominus* no pierde la posesión del *servus in fuga*⁴³ si hubiera escapado sin una orden del mismo. La razón es claramente explicada por Gayo, *libro vicensimo sexto ad edictum provinciale* en D.41.2.15: el esclavo, así como no puede quitarle al *dominus* la posesión de las cosas que le sustrae, sino entregándolas a otras personas (*et haec ratio est, quare videamur fugitivum possidere, quod is, quemadmodum aliarum rerum possessionem intervertere non potest*), en el mismo modo no puede escapando hacer cesar la posesión que el *dominus* tiene sobre él (*ita ne suam quidem potest*). Si por el contrario el *dominus* ordena al esclavo huir, según nuestra opinión, la situación no

⁴³ Sobre este punto Nicosia, *L'acquisto del possesso mediante i potestati subiecti*, cit. 479, respecto a D.9.4.21.3, afirma: "Ulpiano si preoccupa di mettere in luce che le parole dell'editto in potestate sono da intendere nel senso che il *dominus* deve avere, concretamente, la *facultas et potestas exhibendi*. Ora, una tale precisazione, in riferimento al *servus in fuga*, si spiega solo ammettendo che Ulpiano presupponesse come pacifico che il *dominus* continuava ad essere considerato possessore del *fugitivus*; altrimenti sarebbe stato sufficiente rilevare che il *dominus* non possedeva più il servo". Más ejemplos de textos en que se demuestra que el propietario sigue poseyendo se encuentran en la misma obra del investigador, pp. 422 ss. (y en Rotondi, *Possessio quae animo retinetur*, cit. 155 ss), el cual demuestra que tal tesis encuentra origen en Casio y es seguida por Gayo y Juliano. Tal tesis que provenía probablemente de la escuela sabiniana permanece dominante en el periodo severiano.

puede ser la misma, porque con tal orden el *dominus* perdiendo la *potestas* de su esclavo intencionalmente produce también el efecto de perder dolosamente su posesión, como trataremos de demostrar en el próximo párrafo.

b. El esclavo es enajenado o manumitido. La posición común de la jurisprudencia representada por Labeón, Juliano y Paulo, considera la enajenación o la manumisión del esclavo como evidentes ejemplos de pérdida dolosa de la potestad, como se observa en los términos *quod est verius* mencionados por Paulo;⁴⁴ así, si el *dominus* para evitar tener la potestad del esclavo lo vende (y como es lógico pensar lo entrega al comprador) o lo manumite, no solamente pierde en modo doloso su *potestas*, sino también su posesión y el demandante puede ejercitar la *actio sine noxae deditio* en contra de él.⁴⁵

En el caso en que la víctima del delito cometido por el esclavo hubiera sabido que el *dominus* lo había enajenado con la intención de perder la potestad en modo doloso, habría tenido dos opciones: demandar al que había perdido con dolo su potestad con la *actio sine noxae deditio* o demandar al nuevo *dominus* con base en la acción noxal y en el caso de la manumisión demandar directamente al liberto. Sobre este punto Paulo es muy claro: *in quo casu electio est actoris, cum quo velit agere*.⁴⁶

⁴⁴ Marrone, *A proposito di perdita dolosa del possesso*, cit., 192 ss. afirma que las palabras *quod est verius* demostrarían que la cuestión fue objeto de disputas, pero, según nuestra opinión, como en el texto faltan referencias a juristas que habrían tenido una opinión contraria, parecería más probable que la tesis de Labeón seguida por Juliano fuera considerada verdadera por Paulo no porque existieran juristas que pensaban diferente, sino porque simplemente hubieran sido evidentes ejemplos de pérdida dolosa de la potestad.

⁴⁵ En vía hipotética la víctima del delito habría podido demandar al nuevo titular del esclavo con base en el principio *noxia caput sequitur* (D.2.9.2pr.), o en forma directa demandar al esclavo si hubiera sido manumitido, pero tales casos deberían ser limitados al caso excepcional que la persona que debería ser demandada no se supiera dónde se encuentra como afirman Brutti, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, cit. 737 y Marrone, *A proposito di perdita dolosa del possesso*, cit. 192 n. 40.

⁴⁶ Marrone, *A proposito di perdita dolosa del possesso*, cit. 193 y n. 42 afirma que una vez admitido el *iudicium sine noxae deditio* en contra de él, si antes de la *interrogatio* hubiera enajenado dolosamente el esclavo o lo hubiera manumitido existiría un concurso entre el *iudicium sine noxae deditio* y la acción en contra del adquirente y en contra del esclavo manumitido. La tesis del investigador tendría como fundamento los términos *in quo casu* que harían referencia a la solución positiva de la cuestión precedente. Según nuestra opinión tal tesis no puede ser aceptada; no se puede conceder a la víctima del delito la posibilidad de demandar al adquirente o al liberto después que hubiera sido admitido el

Si el demandante hubiera decidido ejercitar la acción en contra del *dominus* que había manumitido el esclavo, este último, una vez condenado el que fue su propietario dejaría de estar obligado por el delito que cometió.⁴⁷ Pero sobre este punto parece interesante observar que Labeón, Juliano y Paulo concedían una *exceptio* al demandado del *iudicium sine noxae deditio*, que había hecho la manumisión si el manumitido estuviera dispuesto a asumir su propia defensa y lo mismo sucedería también en el caso de la enajenación cuando el nuevo *dominus* hubiera querido asumir la defensa del esclavo como manifiesta Gayo, *libro sexto ad edictum provinciale* en D.9.4.25: *Idem est et si novus dominus servi iudicium patiatur*. (Lo mismo sucede si el nuevo dueño del esclavo soportara el juicio).

Tales afirmaciones harían pensar que a la persona que hubiere hecho en modo de perder la potestad del esclavo con dolo se le concediera una *exceptio* que tuviera como finalidad paralizar la *actio sine noxae deditio*. Tal *exceptio* sería la *exceptio doli*, como se podría comprobar en un texto de Juliano, *libro nono digestorum* en D.9.4.39.2:

*Si quis dicet dominum dolo fecisse, quo minus in potestate eius servus esset, ille autem contendat eum servum ab alio defendi cum satisfatione, doli mali exceptioni locus erit.*⁴⁸

Si alguno dirá que el *dominus* había hecho con dolo perder la potestad del esclavo (*Si-esset*), pero el mismo afirme que tal esclavo es defendido por otra persona con una *satisfatio*, tendrá lugar la *exceptio doli* (*ille-erit*).

iudicium sine noxae deditio, porque claramente el ofendido por el delito ya había decidido a quien demandar. Las palabras *in quo casu* no se refieren al *iudicium sine noxae deditio*, sino al caso en que el demandante hubiera podido ejercitar una acción en contra de otra persona como sucedería en los casos de enajenación o manumisión.

⁴⁷ Así Paulo, *libro nono ad Sabinum* en D.47.2.42.1: *Interdum et manumissus et qui eum manumisit, ob furtum tenetur, si ideo manumisit, ne furti cum eo agi possit: sed si cum domino actum fuerit, ipso iure manumissum liberari Sabinus respondit, quasi decisum sit*. (A veces está sujeto a la acción de hurto además del manumitido también el que lo manumitió, si lo manumitió para que contra él no se pudiera ejercitar la acción de hurto; pero si se hubiera ejercitado la acción contra el señor, respondió Sabino, que de derecho quedaba libre el manumitido, como si se hubiera aceptado en tal modo).

⁴⁸ Actualmente no existen dudas que el texto sea clásico; en este sentido Marrone, *A proposito di perdita dolosa del possesso*, cit. 193 n. 44 con referencia a la doctrina interpolacionista.

La doctrina afirma que también si el *dominus* hubiere hecho en modo de no tener la potestad del esclavo con base en el dolo, habría tenido la posibilidad de interponer la *exceptio doli* en contra del demandante cuando otra persona hubiera estado dispuesta a asumir la defensa presentando una *satisfatio*;⁴⁹ pero, según nuestra opinión, el texto no puede interpretarse en tal modo, porque el término *quis* se refiere claramente al demandante, el cual pretende ejercitar la *actio sine noxae deditio* en contra del *dominus* que ya no tiene la potestad del esclavo (y tampoco su posesión) porque probablemente lo había manumitido o enajenado a otra persona. El demandante parte del presupuesto que el *dominus* se hubiera comportado dolosamente, pero en el presente caso no existe una intención precisa de evitar que el demandante pierda su facultad de demandar por el delito del esclavo, porque la enajenación o la manumisión tienen una finalidad diferente: conceder al demandante la posibilidad de ejercitar una acción directamente en contra del mismo esclavo o noxalmente en contra del nuevo propietario, así también en el caso en que el *dominus* hubiera efectivamente perdido la potestad (y la posesión del esclavo), su intención no puede ser considerada como dolosa, porque el demandante tiene una acción que puede ejercitar en contra de la persona que ofreció la *satisfatio*.

Claramente en D.9.4.24 se dice que la finalidad precisa del demandado que pierde con dolo la potestad del esclavo es hacer inaplicable la acción noxal: *si ex dolo eius acciderit, ut cesset noxalis actio*, pero si existe una persona diferente lista a defender el esclavo no se produce tal efecto, y por tanto la pérdida de la potestad no puede ser configurada como dolosa.

En conclusión la pérdida dolosa de la potestad (y de la posesión) realizada dolosamente mediante la enajenación o manumisión del esclavo debe ser hecha con la precisa finalidad de dañar el derecho del demandante y, en el caso en que tal pérdida tuviera una finalidad diferente, como la de conceder al demandante la posibilidad de ejercitar la acción en contra de otra persona (la cual habría garantizado su participación en el juicio con una *satisfatio*), debería excluirse una

⁴⁹ Así Biondi, *Actiones noxales*, cit. 218, Giménez-Candela, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, cit. 273 ss. Marrone, *A proposito di perdita dolosa del possesso*, cit. 193 ss.

intención dolosa; por tal motivo, afirmar que quien perdió con dolo la *potestas* del esclavo sería tutelado con la *exceptio doli* parecería ser poco correcto. Si el demandante no obstante la *satisfactio* de una tercera persona, insiste en demandar el *dominus*, tal persona podría paralizar la acción ejercitada en contra de él, porque en tal caso el que demanda actúa con dolo y no el demandado.

En este modo el presupuesto de la pérdida dolosa de la posesión que habría "legitimado" el ejercicio de la *actio sine noxae deditio* resultaría sin fundamento.

Resulta claro que la muerte del *servus* antes de la *litis contestatio* excluye el ejercicio de la acción noxal,⁵⁰ como claramente recuerda Juliano, *libro nono digestorum* en D.9.4.39.4: *sed et mortuo servo antequam iudicium accipiatur, omnino hac actione non tenebitur dominus* (pero asimismo, muerto el esclavo antes que se acepte el juicio, el dueño no quedará en modo alguno obligado por esta acción), e inclusive, si el demandado, ignorando su muerte hubiere aceptado la *litis contestatio*, habría debido ser absuelto; así Ulpiano, *libro trigesimo septimo ad edictum* en D.9.4.42.1: *si quis pro servo mortuo ignorans eum decessisse noxale iudicium acceperit, absolvi debet, quia desiit verum esse propter eum dare oportere* (si alguno hubiere aceptado el juicio noxal por causa de un esclavo muerto, ignorando que éste hubiese fallecido, debe ser absuelto, porque dejó de ser verdad que por causa de él deba pagar); pero, en el caso en que el *dominus* hubiera causado la muerte del esclavo la cuestión que debemos resolver es si tal muerte pueda ser considerada un ejemplo de pérdida dolosa de la potestad.

El problema no es de fácil solución, porque por una parte parecería lógico pensar que el *dominus* tenga el pleno derecho de ejercitar la jurisdicción doméstica condenando a muerte el esclavo *in potestate* que cometió un delito; por otra parte, tal situación no habría dado a la víctima del delito la posibilidad de obtener un resarcimiento económico por el delito cometido. Según Biondi,⁵¹ la extinción de la *actio noxalis* es reconocida incondicionalmente sin ninguna investigación sobre la causa de la muerte, y sobre tal punto estamos de acuerdo,

⁵⁰ Sobre este punto la explicación de Biondi, *Actiones noxales*, cit. 245 parecería correcta: "l'*actio noxalis* viene meno perché, secondo i principi generali, l'*obligatio ex delicto* si estingue sempre per morte del colpevole".

⁵¹ Biondi, *Actiones noxales*, cit. 246 ss.

pero el problema de mayor importancia es si el *dominus*, que haya matado el esclavo (y por esto ya no tenga su potestad) pueda ser demandado con la *actio sine noxae deditio* porque se encontrara en una situación de pérdida dolosa de la posesión.

Según nuestra opinión, deberían ser valoradas las circunstancias del caso específico; así si el *dominus* hubiera matado su esclavo como punición por el delito cometido a una tercera persona, tal acto debería ser considerado legítimo, porque la intención del propietario era la de punir el delincuente que se encontraba bajo su potestad y no se encontraría obligado con base en la acción noxal y tampoco con base en la *actio sine noxae deditio*; por el contrario, si la finalidad precisa del homicidio hubiera sido evitar el ejercicio de la acción noxal y no la punición del culpable, su responsabilidad debería ser valorada en un juicio *sine noxae deditio*, porque se trataría de un caso de pérdida dolosa de la posesión.

Parte de la doctrina⁵² niega que la pérdida dolosa de la *potestas* pueda identificarse con una pérdida dolosa de la posesión; tal tesis tendría como fundamento el hecho que la pérdida de la *potestas* no ocasionaría una pérdida de la posesión, como hemos podido observar en el § II respecto al caso del esclavo fugitivo, pero, como hemos hecho notar en este parágrafo, si el *dominus* ordena al esclavo huir para evitar exhibirlo, la situación no puede ser la misma, porque en este modo el *dominus* no solamente renuncia a su potestad, sino que pierde voluntariamente también su posesión; además los casos de pérdida dolosa de la potestad mencionados en D.9.4.24, que se refieren a la manumisión y enajenación (con entrega al comprador) del esclavo, producen el efecto que el *dominus* pierda la posesión del *servus*. La jurisprudencia tardoclásica, refiriéndose a la pérdida dolosa de la potestad, usa también la expresión *dolo desinere possidere*, como sucede en textos pertenecientes a Paulo, en el libro sexto *ad edictum*

⁵² En este sentido Giménez-Candela, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, cit. 264 ss. pero la misma investigadora, si bien afirmando tal tesis, ciertas veces usa indistintamente los términos pérdida dolosa de la posesión en lugar de pérdida dolosa de la potestad como se observa en la p. 188 de su obra cuando en relación con D.2.9.2.1 menciona: "parece, a tenor de D.2.9.2.1, que Juliano extendió la acción *sine noxae deditio* a este segundo supuesto de pérdida dolosa de la posesión..." cuando el texto se refiere a la potestad y no a la posesión: *idque Iulianus scribit et si dolo fecerit, quominus in eius esset potestate...*

en D.9.4.12,⁵³ en el libro décimo octavo *ad edictum* en D.9.4.26.1,2,4⁵⁴ y en el libro vigésimo segundo *ad edictum* en D.50.17.131,⁵⁵ que veremos inmediatamente.

Paulo, en el libro décimo octavo *ad edictum* en D.9.4.26.1-2, identifica la pérdida dolosa de la potestad con la pérdida dolosa de la posesión, como podemos constatar:

1. ...*si plures dolo fecerint, quo minus in potestate haberent, eligere debeat actor, quem velit convenire. 2. Item si ex pluribus dominis quidam dolo malo partes suas desierint possidere, electio erit actoris, utrum directo agere velit cum eo qui possidet, an praetoria cum eo qui desiit possidere.*⁵⁶

Si más personas hayan hecho en modo de no tener la potestad sobre el esclavo, el ofendido por el delito cometido deberá escoger a quién demandar (*si-convenire*). Igualmente, si de varios propietarios alguno hubiera dejado de poseer con dolo las propias cuotas (*item-possidere*), corresponderá al demandante la decisión de ejercitar la acción directamente en contra de quien posee o de ejercitar la acción pretoria en contra de quien haya dejado de poseer (*electio-possidere*).

Como podemos observar, en D.9.4.26.1 se dice que el demandante tiene la plena libertad de decidir en contra de quién ejercitar la acción

⁵³ Bajo la rúbrica *de vadimoniis* y específicamente *si ex noxali causa agatur, quemadmodum cavetur*, así Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, 1, cit. 976; *Das Edictum perpetuum*, cit. 82 ss.

⁵⁴ Bajo la rúbrica *de noxalibus actionibus* así Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, 1, cit. 997 ss. *Das Edictum perpetuum*, cit. 159 ss.

⁵⁵ Bajo la rúbrica *de noxali ex lege Aquilia actione* así Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, 1, cit. 1011 ss; *Das Edictum perpetuum*, Aalen, 1956, 198 ss.

⁵⁶ Según Giménez-Candela, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, cit. 267, la frase *partes suas desierint possidere* parecería ser sospechosa porque se hace mención a la pérdida dolosa de las cuotas de propiedad sobre el *servus*, pero no se explica cómo tales cuotas puedan ser objeto de un *dolo desinere possidere*, un copropietario puede tener y enajenar cuotas ideales, pero no poseerlas. Según nuestra opinión, no puede ser aceptada tal tesis, porque con esta expresión el jurista simplemente quiere decir que, si el copropietario hace en modo de ya no tener las cuotas sobre el esclavo que le corresponden en modo intencional pierde en este modo la posesión que tiene sobre de él. Además a la investigadora no le parece correcta la expresión *praetoria* para referirse a la *actio sine noxae deditio*, pero la misma presenta en la nota 96 ejemplos que demostrarían la clasicidad de tal referencia. Spengler, *Studien zur Interrogatio in iure*, cit. 125 se pregunta, al mismo modo que Giménez-Candela, como pueda actuar con dolo el copropietario del esclavo para ya no tener su posesión; la respuesta no se encuentra en el texto, pero se podría formular la hipótesis que tal persona haya vendido la cuota que tenía del *servus* para tratar de evitar el ejercicio de la acción.

en el caso en que todos los propietarios del esclavo hubieran perdido con dolo la potestad que tenían sobre el mismo. Inmediatamente después el jurista presenta un caso en que ya no se usan los términos *quo minus in potestate haberent*, sino que trata de la pérdida dolosa de la posesión; uno de los propietarios del esclavo cesa de tener la posesión de sus cuotas de propiedad, en tal caso el ofendido por el delito cometido por el esclavo podrá decidir demandar con base en la acción noxal al que posee todavía o con la *actio sine noxae deditio* en contra de quien hubiera perdido con dolo la posesión.

De los dos ejemplos del texto puede demostrarse que perder con dolo la *potestas* y la posesión del esclavo asumen el mismo significado, ya que el demandado que intencionalmente deja de tener la potestad o la posesión del *servus* no tendría la posibilidad y la facultad de exhibirlo en juicio. En otro fragmento de la misma obra de Paulo en D.9.4.26.4 puede constatarse la referencia a la pérdida dolosa de la posesión y no de la potestad:

*Si is, quem desieris dolo possidere, decesserit, priusquam hac actione convenireris, liberaris, quia haec actio in locum directae actionis succedit: diversum dicemus, si moram feceris in iudicio accipiendo.*⁵⁷

Si el esclavo que has dejado de poseer con dolo muriera antes que tú hubieras sido demandado con esta acción, no te encontrarás obligado, porque esta acción entra en lugar de la acción directa (*Si-succedit*). La solución es diferente si te encuentras en mora al aceptar el juicio.

En el presente caso es posible observar que el *dominus* había hecho dolosamente en modo de no poseer el esclavo con la finalidad de no

⁵⁷ Giménez-Candela, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, cit. 268 ss. afirma que están interpolados los términos *si is, quem desieris dolo possidere*, porque en su opinión en el § 3 del mismo texto Paulo había terminado de tratar el tema de la pérdida de la *potestas*. Elimina los términos *si-possidere* e incluye *si servus*, cancela la palabra *directae* e incorpora *noxalis*. Según nuestra opinión el fundamento de tal posición no es aceptable, porque no obstante en el § 3 el jurista no tratara directamente la pérdida dolosa de la potestad o de la posesión, tal texto tenía relación con el § 2 en donde se afronta tal argumento; además, que la muerte del esclavo excluía que su propietario fuera demandado también en caso de pérdida dolosa de la posesión lo sabemos gracias al presente pasaje, y por esto la referencia a tal tipo de pérdida no puede ser eliminada del texto. El término *directae* no puede ser sustituido con *noxalis*, ya que, como veremos inmediatamente, el jurista no se refiere a la acción noxal, sino a la *actio ex delicto*. Más prudente en la valoración del contenido del presente pasaje Spengler, *Studien zur Interrogatio in iure*, cit. 84, n. 3.

encontrarse obligado con base en la acción noxal, pero, antes que el demandante procediera a ejercitar la acción muere el *servus*. La muerte es un obstáculo para el ejercicio de la acción noxal que podría considerarse como un evento extraordinario que nada tiene que ver con la intención del *dominus* de perder la posesión o la potestad del *servus* (el cual se habría obligado con base en una *actio sine noxae deditio*, en el caso en que se encontrara todavía vivo el esclavo); tal hecho le beneficia al *dominus*, porque aunque hubiera perdido con dolo la posesión del esclavo, la acción noxal (y la *actio sine noxae deditio*) requeriría así como la *actio ex delicto*,⁵⁸ de su existencia en vida. Sería diferente si el *dominus* hubiera hecho en modo de encontrarse en mora, retrasando la aceptación de la *litis contestatio*, la muerte del esclavo no sería un obstáculo para ser demandado con la acción noxal.

Además Paulo, *libro vicesimo secundo ad edictum* en D.50.17.131 afirma:

*Qui dolo desierit possidere, pro possidente damnatur, quia pro possessione dolus est.*⁵⁹

El que hubiere cesado de poseer con dolo se encuentra condenado como poseedor porque existe dolo respecto a la posesión.

⁵⁸ Parecería que el jurista, cuando menciona una *actio directa*, no se refiera a una *actio noxalis*, como podríamos suponer, sino a la *actio ex delicto*, como afirma Biondi, *Actiones noxales*, cit. 248 y nt.2, con base en Gayo 4.77: *omnes autem noxales actiones capita sequuntur. Nam si filius tuus servusve noxam commiserit, quamdiu in tua potestate est, tecum est actio; si in alterius potestatem pervenerit, cum illo incipit actio esse; si sui iuris coeperit esse, directa actio cum ipso est, et noxae deditio extinguitur...* (Todas las acciones noxales siguen la persona del responsable. Por ello si el delito fue cometido por tu hijo o por tu esclavo, mientras que permanece en tu potestad la acción se ejercitará en contra de ti; cuando otra persona entre en la potestad, la acción será ejercitada en contra de él. Si el delincuente se hace independiente la acción se ejercitará directamente en contra de él y ya no será necesaria la *noxae deditio*...) e Inst.4.8.5: *... Ex diverso quoque directa actio noxalis esse incipit: nam si liber homo noxiam commiserit et is servus tuus esse coeperit...*, *incipit tecum esse noxalis actio, quae ante directa fuisset* (...Por el contrario, también la acción directa pasa a ser noxal, porque si un hombre libre hubiere cometido un delito, y comenzando a ser tu esclavo..., empieza a ser noxal contra ti la acción que antes hubiese sido directa).

⁵⁹ La doctrina más que poner en duda el contenido del pasaje discute sobre la sede en el que se encontraba en origen; solamente Giménez-Candela, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, cit. 265 ss. niega su claridad, pero su posición se encuentra fundada en la tesis que los compiladores usan los términos *dolo desinere possidere* para referirse a la pérdida dolosa de la posesión, mientras que como estamos tratando de demostrar, esto no sería aceptable.

En una investigación anterior recordamos la discusión doctrinal respecto al lugar en donde se encontraría originariamente el presente pasaje y llegamos a la conclusión que efectivamente se refería a la materia noxal, y en particular a su aplicación en materia de daño aquiliano.⁶⁰ Si el *dominus* demandado hubiera respondido negativamente a la *interrogatio* sobre la potestad del esclavo que había cometido el delito, el demandante habría podido ejercitar la acción en contra de él con base en la *actio sine noxae deditio* para pretender el resarcimiento también si ya no lo poseía, porque tal acción, como vimos en D.9.4.21.2, podía ser ejercitada en dos casos: el *dominus* conservaba la potestad del esclavo, pero había afirmado el contrario o ya no lo tenía porque lo había perdido dolosamente. Así quien perdió intencionalmente la potestad o la posesión del esclavo se encuentra obligado con la acción al mismo modo del que tuviera todavía su posesión, configurándose así el principio *dolus pro possessione est*.

La afirmación que la pérdida dolosa de la posesión deba ser considerada como si el *dominus* tuviera todavía la potestad o la posesión del esclavo se observa también en un pasaje de Paulo, *libro sexto ad edictum* en D.9.4.12:

*Si bona fide possessor eum servum, quem bona fide possidebat, dimiserit, ne agi cum eo ex noxali causa possit, obligari eum actione, quae datur adversus eos, qui servum in potestate habeant aut dolo fecerint, quo minus haberent, quia per hoc adhuc possidere videntur.*⁶¹

⁶⁰ Y. González Roldán, "El principio *dolus pro possessione est* en la perspectiva del senatoconsulto Juvenciano, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 27, Escuela Libre de Derecho, 2003, 314 ss. y nota 13.

⁶¹ Falchi, *Ricerche sulla legittimazione passiva alle azioni noxali*, cit. 14 ss. afirma que los términos *bona fide possessor* (que se encuentran también en D.9.4.11) podrían ser un error del que copió el texto (la expresión debería ser *bonae fidei possessor*); pero, a excepción de tal punto, su contenido sería clásico. Parece difícil aceptar la tesis de Giménez-Candela de eliminar el verbo *obligari* e incluir *Julianus* (o *idem*) *ait teneri* así como *quia videntur* ya que aunque el pasaje en origen se encontraba después de D.2.9.2.1 (como correctamente afirmaba la investigadora de acuerdo con la colocación de Lenel, *Palingenesia*, 1, 976) citándose el jurista adriano, no se puede afirmar por ello que Paulo hubiera citado su posición, sobre todo porque en D.2.9.2.1, después de haber citado a Juliano refiere el pensamiento de otros juristas. No creemos sea necesario sustituir *obligari* por *teneri*, porque la misma autora indica en la nota 105 pasajes en que el primer término es usado también para referirse a acciones pretorias y las últimas palabras del texto que propone eliminar encuentran confirmación en D.50.17.131.

Si el poseedor de buena fe hubiera hecho alejar el esclavo que poseía en buena fe, en modo que no pudiera ser ejercitada en contra de él una acción con base en una controversia noxal (*Si-possit*), queda obligado con la acción que ha sido concedida en contra de quienes tengan el esclavo en potestad o hayan hecho con dolo en modo que no tengan, porque en este último caso se consideraba que todavía poseían (*obligari-videntur*).

Con el abandono del esclavo el poseedor de buena fe tenía la precisa finalidad de perder la potestad o la posesión y evitar en este modo ser demandado con base en una acción noxal; tal persona si bien es cierto no podría ser demandado con tal acción, se encontraría obligado con la acción *sine noxae deditio* ya que tal puede ser ejercitada en contra de quien hubiere afirmado falsamente no tener la *potestas* del esclavo o que la hubiere perdido dolosamente (D.9.4.21.2). El jurista después confirma lo que había mencionado en D.50.17.131: quien había perdido con dolo la posesión se encuentra obligado con la acción como si tuviera todavía el esclavo.

En conclusión podemos afirmar que si bien la pérdida de la *potestas* no necesariamente significa una pérdida de la posesión, la intención dolosa de la pérdida de la primera permite asimilarla a la segunda, porque como la *potestas* significa la posibilidad y la facultad de exhibir el esclavo (D.50.16.215 y D.9.4.21.3), el *dominus*, cuando pierde intencionalmente la potestad, renuncia a tenerlo en su posesión. Si bien es cierto la asimilación entre los términos potestad y posesión se encuentra solamente en pasajes de Paulo, no vemos razones para dudar que otros juristas anteriores hubieran tenido la misma idea; por otra parte como los casos en que encontramos ejemplos de pérdida dolosa de la potestad (D.9.4.24) producen el resultado que el *dominus* ya no tenga la posesión del esclavo, parecería lógico pensar que el jurista hace notar un hecho que resultaría evidente.

En otras palabras, Paulo quería solamente decir en D.50.17.131 que el *dominus*, que había respondido negativamente a la *interrogatio an in potestate eius servus sit* después de haber perdido con dolo la posesión, se encontraría obligado con la *actio sine noxae deditio* al mismo modo que el *dominus* que continuaba poseyendo pero había respondido negativamente. Esta afirmación al ser incorporada en el título *de diversis regulis iuris antiqui* del Digesto adquiere un significado más amplio y general en la compilación respecto al que

tenía en origen y que sirve como llave de entrada para entender el significado de los términos *dolo desinere possidere* en las acciones en que es considerada tal tipo de pérdida.

V. EL DEMANDANTE DECIDE
QUE EL DEMANDADO REALICE UN JURAMENTO
EN EL QUE CONFIRME QUE EL ESCLAVO
NO SE ENCUENTRA EN SU POTESTAD
Y QUE NO HIZO CON DOLO QUE NO
SE ENCONTRARA EN SU POTESTAD

El *dominus* que respondió negativamente a la *interrogatio* sobre la potestad del esclavo puede ser constreñido por el pretor, con base en la solicitud del demandante, a jurar que verdaderamente no lo tenía o que, con base en su dolo, no hizo en modo de no perderla. Sobre este punto Ulpiano, *libro vicensimo tertio ad edictum* en D.9.4.21.4 indica las consecuencias jurídicas en el caso en que el propietario del esclavo se oponga a realizar el juramento:

*Quod si reus iurare nolit, similis est ei, qui neque defendit absentem neque exhibet: qui condemnantur quasi contumaces.*⁶²

Si el demandado no quiere jurar, la situación es similar al que no defiende el esclavo ausente o no lo exhibe; ellos se encuentran condenados como si fueran contumaces.

La respuesta negativa del *dominus* a realizar el juramento producía las mismas consecuencias jurídicas del que no había defendido el esclavo ausente o no lo había exhibido en juicio. Se convertía en un *indefensus* y el pretor habría debido conceder la *missio in bona* a favor del demandante.⁶³

⁶² Aceptamos la opinión común de la doctrina que los términos *condemnantur quasi contumaces* se encuentran interpolados, así por último Spengler, *Studien zur interrogatio in iure*, cit. 99, n. 6 con referencias bibliográficas, porque como es notorio en el periodo clásico un juicio no podía dar lugar sin que participara el demandado y mucho menos llegarse a una condena. Pugliese, *Appunti in tema di azioni nossali*, cit. 132 observa que la no claridad resalta del uso del plural donde se refiere al singular, pensando que se tratase de una glosa posclásica y no de una interpolación.

⁶³ Biondi, *Actiones noxales*, cit. 214 cree que la oposición de efectuar el juramento sería equiparada a la *indefensio*, y se daba lugar a la *ductio* del esclavo presente o al ejercicio

Por el contrario si el *dominus* jura que verdaderamente no tiene la potestad del esclavo y no hizo en modo de no poseerlo con dolo, surge la cuestión si tendrá la posibilidad de interponer una *exceptio iurisiurandi* en contra de la persona que pretendiera nuevamente demandar con base en una acción noxal. Al respecto Ulpiano, *libro vicensimo tertio ad edictum* en D.9.4.21.6 afirma:

*Si iusiurandum exegit actor reusque iuravit, deinde postea noxali velit actor experiri, videndum est, an exceptio iurisiurandi debeat adversus actorem dari, et Sabinus putat non esse dandam, quasi de alia re sit iuratum, hoc est tunc non fuisse in potestate: modo vero cum in potestate deprehendatur, de facto eius posse agi. Neratius quoque dicebat post exactum iusiurandum posse actorem detracta noxae deditioe experiri, si modo hoc contendat, posteaquam iuratum est coepisse in potestate habere.*⁶⁴

Si el demandante pidió la realización del juramento y el demandado lo efectuó y en un momento posterior el demandante pretenda ejercitar la acción noxal, se debe ver si es posible conceder la *exceptio iurisiurandi* en contra del demandante (*Si-dari*). Sabino consideraba que no se debiera conceder, como si se hubiera jurado respecto a una cosa diferente, es decir que no se encontrara (el esclavo) en potestad en aquel momento; pero, si hubiera sido adquirida nuevamente su potestad, se podría ejercitar la acción por el hecho (delito) del mismo esclavo (*et-agi*). También Neracio decía que, después de haberse efectuado el juramento, el demandante podía ejercitar (la acción), eliminada la (cláusula de la) entrega noxal, siempre que afirmara que (el demandado) en un tiempo posterior al juramento hubiera comenzado a tenerlo en potestad (*Neratius-habere*).

Sobre la *exceptio iurisiurandi* mencionada en el presente texto la doctrina está dividida; Amirante⁶⁵ afirma que el demandado, el cual

de la *actio ad exhibendum* si se encontrara ausente para permitir la *ductio iussu praetoris*. Pugliese, *Appunti in tema di azioni nossali*, cit. 140 ss. y Amirante, *Il Giuramento*, cit. 79 piensan en una *ductio* del *dominus*, la *missio in bona* y la *bonorum venditio*; Giménez-Candela, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, cit. 185 solamente menciona la *missio in bona*; más opiniones son citadas por Spengler, *Studien zur Interrogatio in iure*, cit. 100, n. 7.

⁶⁴ La doctrina está de acuerdo que el texto presenta dificultad en su interpretación, pero autores como Amirante, *Il Giuramento*, cit. 80 ss. con referencias bibliográficas y Giménez-Candela, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, cit. 186 ss. son de la idea que el contenido del texto sea clásico.

⁶⁵ Amirante, *Il Giuramento*, cit. 80 ss.

jura no tener el culpable *in potestate* y no haber perdido con dolo su posesión obtiene una *exceptio iurisiurandi*. Giménez-Candela⁶⁶ por el contrario cree que tal *exceptio*, admitida en modo general después del *iusiurandum* del demandado, no puede ser interpuesta en el caso de las acciones noxales.

Según nuestra opinión, el demandado que jure no tener la potestad del esclavo y no haber perdido dolosamente la misma, puede seguramente interponer la *exceptio iurisiurandi*, como sucede en todos los casos en que se hubiera realizado un juramento;⁶⁷ pero el problema que emerge en D.9.4.21.6, consiste en determinar si tal *exceptio*, aplicada a la materia noxal, puede paralizar la pretensión del demandante, después que la situación existente al momento del juramento se hubiera cambiado; es decir, de una situación en que el *dominus* había jurado no tener la potestad sobre el esclavo y no haberla perdido dolosamente, a una situación en que hubiera obtenido nuevamente tal potestad. Ciertamente, si el *dominus* no hubiera adquirido nuevamente la potestad, el pretor habría concedido la *exceptio*, pero en el presente texto Sabino responde en sentido negativo, ya que si el *dominus* obtiene de nuevo la potestad del esclavo, se viene a encontrar en una situación diferente a la que se encontraba cuando había realizado el juramento y el pretor no habría podido concederle tal *exceptio*. Así el jurista afirma que el demandante *de facto eius posse agi*, en otras palabras, podría ejercitar nuevamente la acción noxal e iniciar de nuevo el juicio.

Si bien Neracio consideraba que la *exceptio iurisiurandi* no debería ser concedida al demandado en el caso en que hubiera adquirido nuevamente el esclavo en su potestad, el demandante habría podido proceder en contra de él con base en la *actio sine noxae deditioe: posse actorem detracta noxae deditioe experiri*, no porque hubiera hecho en modo de no poseer con dolo, sino porque el mismo tenía la potestad del esclavo y negaba tal hecho.

⁶⁶ Giménez-Candela, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, cit. 186 ss.

⁶⁷ Como menciona Ulpiano, *libro vicensimo secundo ad edictum* en D.12.2.9 pr: *nam posteaquam iuratum est, denegatur actio: aut, si controversia erit, id est si ambigitur, an iusiurandum datum sit, exceptioni locus est* (porque después que se juró, se deniega la acción, o si hubiere controversia, esto es, si se duda que se haya prestado el juramento, ha lugar a la excepción).

Un texto de Gayo, *libro sexto ad edictum provinciale* en D.9.4.23 confirma que el *dominus* una vez adquirida nuevamente la potestad del esclavo no podrá interponer la *exceptio iurisiurandi*:

*Sed et si postea adversarius eius in potestate habere coeperit servum, tenetur ex nova possessione denegata ei exceptione.*⁶⁸

Pero, también si el adversario después hubiera comenzado a tener el esclavo en potestad, se encuentra obligado con base en una nueva posesión, negándosele por ello la *exceptio*.

En el presente texto podemos hacer notar que Gayo, al mismo modo que Sabino y Neracio niega la posibilidad que el *dominus* pudiera interponer la *exceptio iurisiurandi* en contra del demandante; el fundamento de tal posición consiste en el hecho que el demandado obtuvo una nueva posesión al obtener de nuevo la potestad del esclavo que no tenía al momento del juramento. Se observa en tal modo que en materia noxal los términos potestad y posesión tienen una relación muy estrecha al punto que, como vimos en el § IV, la pérdida dolosa de la potestad viene a identificarse con la pérdida dolosa de la posesión. El aspecto que todavía no queda claro es si con el término *tenetur* Gayo se refiere a la acción noxal o a la *actio sine noxae deditio*. Según nuestra opinión el término *tenetur* se refiere a la acción noxal y, si el demandado hubiera afirmado nuevamente no tener la potestad del esclavo, no vemos razones por las que Gayo no habría podido aceptar la posición de Neracio, según la cual el demandante habría podido ejercitar en contra del *dominus* la *actio sine noxae deditio*.

El *dominus* que falsamente juró no tener la potestad del esclavo o no haberla perdido con base en el dolo sufre el *periurium*,⁶⁹ que

⁶⁸ Amirante, *Il Giuramento*, cit. 81 n. 126, con referencia a la doctrina interpolacionista considera el texto clásico. Nosotros estamos de acuerdo con el investigador porque la posición de Gayo confirma el contenido de D.9.4.21.6.

⁶⁹ En este sentido Giménez-Candela, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, cit. 185 y Spengler, *Studien zur Interrogatio in iure*, cit. 88; la investigadora para fundamentar tal tesis presenta un texto que se encuentra en la compilación en una sede diferente: Paulo, *libro undecimo ad edictum* en D.4.3.22, donde, con referencia a la acción de dolo (cfr. Lenel, *Palingenesia*, 1, cit. 984) se dice: *nam sufficit periurii poena*. Sobre el *periurium* ver Amirante, *Il Giuramento*, cit. 177 ss.

en el periodo clásico producía consecuencias en el ámbito religioso y social.⁷⁰

VI. EL DEMANDANTE SOLICITA AL PRETOR LA FÓRMULA *SINE NOXAE DEDITIONE*

Si el *dominus* respondió negativamente a la *interrogatio an in potestate eius servus sit* pero el demandante no está convencido de la veracidad de tal respuesta puede decidir ejercitar la *actio sine noxae deditio*; en este modo podrá ganar el juicio si lograra demostrar que el esclavo se encontraba en la potestad del *dominus* o que el mismo había hecho con dolo en modo de no encontrarse en tal situación: *...per quod vincet, si probaverit eum in potestate esse vel dolo eius factum, quo minus esset...* (D.9.4.22.4). Sobre este punto Paulo, *libro sexto ad edictum* en D.2.9.2.1 afirma:

...sin vero falso neget in sua potestate esse, suscepturum iudicium sine noxae deditio. idque Iulianus scribit et si dolo fecerit, quominus in eius esset potestate.

Pero si el (*dominus*) niega falsamente que (el esclavo) se encuentre en su potestad, deberá sufrir el *iudicium sine noxae deditio* (*sin-deditio*). Y esto escribía Juliano también en el caso en que hubiera hecho con dolo en modo de no estar en su potestad (*idque-potestate*).

Paulo, haciendo a un lado la opción del juramento afirma que una respuesta falsa a la *interrogatio* sobre la potestad del esclavo permite demandar al *dominus* con base en el *iudicium sine noxae deditio*; después, citando lo que se encontraba escrito en una obra de Juliano, probablemente el libro segundo *digestorum*,⁷¹ comprende también la pérdida dolosa de la potestad. La referencia que Paulo

⁷⁰ Cicerón, *De leg.* 2.9.22: *periurii poena divina exitium, humana dedecus* (del *periurium* la pena divina es la condena eterna, de la pena humana de la pérdida del honor). Tácito, *Ann.* 1.73.4: *ius iurandum perinde aestimandum quam si Iovem fefellisset: deorum iniurias dis curae* (respecto al juramento en falso se daría el mismo valor que si se hubiera jurado falsamente en nombre de Júpiter; sobre las ofensas a los dioses son los dioses a los que se debe responder). Sobre este punto véase F. Zuccotti, *Il Giuramento nel mondo giuridico e religioso antico*, Milano, 2000, 33 ss.

⁷¹ Así Lenel, *Palingenesia*, 1, cit. 321 bajo la rúbrica *si ex noxali causa agatur, quemadmodum caveatur*.

hizo del jurista adrianeo hizo pensar a Giménez-Candela que la extensión de la aplicación de la *actio sine noxae deditio* en caso de que la pérdida dolosa de la posesión fuese debida a Juliano;⁷² así, en un primer momento, la acción pretoria habría sido concedida en contra del *dominus* que había falsamente negado tener la potestad del esclavo y después, con el transcurso del tiempo, gracias a una posición jurisprudencial consolidada que encuentra origen en Juliano e incorporada por el pretor en el edicto se había incluido el caso de la pérdida dolosa de la posesión.

Según nuestra opinión no puede dejarse a un lado la idea que Juliano hubiera intervenido en algún modo en la aplicación del criterio de la pérdida dolosa de la potestad respecto a la *actio sine noxae deditio*; pero no creemos que haya sido una innovación de tal jurista, ya que como puede verse en D.9.4.24, Paulo, cuando aclara el significado de tal tipo de pérdida (y refiere el pensamiento de Juliano), termina su idea con las palabras *hoc et Labeo*, por lo que parecería que mucho antes la jurisprudencia hubiera considerado el problema de la pérdida dolosa de la potestad. Probablemente Paulo comentando el edicto cita el jurista adrianeo no solamente porque tal consideraba la pérdida dolosa de la posesión como presupuesto para el ejercicio de la *actio sine noxae deditio* (otros juristas lo habían hecho antes, por ejemplo, Labeón), sino porque en su “codificación” del edicto había incluido la tesis consolidada por la que el pretor concedía tal acción también cuando el *dominus* había perdido intencionalmente la potestad del esclavo.

En un texto de Ulpiano, *libro vicensimo tertio ad edictum* en D.9.4.21 pr. se encuentra contenida la referencia a la pérdida dolosa de la potestad:

*Quotiens dominus ex noxali causa convenitur, si nolit suscipere iudicium, in ea causa res est, ut debeat noxae dedere eum, cuius nomine iudicium non suscipitur: aut si id non faciat, iudicium suscipiet omnimodo, sed non alias condemnabitur, quam si in potestate habeat dolove malo fecerit, quo minus haberet.*⁷³

⁷² Giménez-Candela, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, cit. 188.

⁷³ La posición unánime de la doctrina es que el texto se encuentre interpolado después de las palabras *aut si id non faciat*, así, por ejemplo, Pugliese, *Appunti in tema di azioni nossali*, cit. 132 ss. y Giménez-Candela, *El régimen pretorio subsidiario de la acción*

Cada vez que el *dominus* sea demandado con base en una causa noxal, si no quiere aceptar el juicio, se encuentra en la situación de entregar noxalmente a la persona por la que no se acepta el juicio (*Quotiens-non suscipitur*); si por el contrario no se hace esto, en todos los casos se acepta el juicio, pero no será condenado a menos que tenga el esclavo en potestad o con dolo haya hecho en modo de no tenerlo (*aut-haberet*).

El presente texto confirma lo que hemos dicho en el § II: el *dominus* puede liberarse de la acción noxal si procede a la *noxae deditio* del esclavo por el principio mencionado por Pomponio, *libro quarto decimo ad Sabinum* en D.9.4.33: *noxali iudicio invitus nemo cogitur alium defendere* (nadie está obligado contra su voluntad a defender a otro en juicio noxal). Después Ulpiano menciona lo que sucedería en el caso en que el demandado no hubiera querido dar *in noxam* el esclavo; pero sobre tal punto los compiladores modificaron el texto, afirmando que de todos modos se debía aceptar el juicio y que la condena del *dominus* debería ser como si el esclavo se encontrara todavía en su potestad o no se encontrara en tal modo por su dolo. Tenemos noticias con base en los textos que hemos presentado en la presente investigación, que el *dominus*, el cual no haya dado en noxa el propio esclavo, habría podido aceptar la *litis contestatio* del juicio noxal y habría sido condenado siempre que hubiera sido demostrado que el mismo esclavo había cometido el delito; por el contrario, si el *dominus* demandado hubiera respondido negativamente a la *interrogatio an in potestate eius servus sit*, el demandante habría podido ejercitar la *actio sine noxae deditio* y se llegaría a la condena si tuviera la potestad del esclavo o hubiera hecho en modo de no poseerlo con dolo.

a. Si el esclavo perteneciera a más de una persona y todos hubieran perdido con dolo la potestad que tuvieran sobre él, el demandante podrá escoger a quién demandar.

Como hemos observado en D.9.4.26.1 (§ IV), si el esclavo pertenece a más personas y todas han cesado con dolo poseer, el demandante debe escoger a quién demandar. Sobre este punto existe también un

noxal, cit. 181 ss. porque como es notorio en el derecho clásico una persona no puede ser obligada a aceptar la *litis contestatio* y ser condenada, sino que debería considerarse como una *indefensio* personal sancionada con la *missio in bona*.

texto de Juliano, *libro nono digestorum* en D.9.4.39pr. en donde se dice:

*Si plurium servus furtum fecerit et omnes dolo fecerint, quo minus eum in potestate haberent, subsequi debet praetor iuris civilis actionem et iudicium honorarium, quod ex hac causa pollicetur, in eum dare, quem actor elegerit: neque enim amplius praestare actori debet, quam ut detracta noxae deditio- ne agere possit cum eo, cum quo noxali iudicio experiri potuisset, si servus exhiberetur.*⁷⁴

Si el esclavo de muchos robó y todos (los copropietarios) hicieron con dolo en modo de no tenerlo en su potestad (*si-haberent*), el pretor debe sustituir a la acción civil un *iudicium honorarium* prometido con base en esta causa en el edicto en contra de quien el demandante haya elegido (*subsequi-elegerit*); y el demandado no debe dar al demandante más de lo que una vez hecha a un lado la *noxae deditio*, pudiera ejercitar la acción en contra del que se habría podido demandar con el juicio noxal, si el esclavo hubiera sido exhibido (*neque-exhiberetur*).

En el presente pasaje podemos destacar que en el caso en que existan varios propietarios de un esclavo que había cometido un hurto y todos hubieran hecho en modo doloso perder la potestad sobre él, la víctima del delito tendría la facultad de escoger entre uno de los propietarios para demandarlo en juicio, como se afirma en D.9.4.26.1 (§IV.a). Como todos los copropietarios habían respondido negativamente a la *interrogatio* sobre la potestad del esclavo, el demandante no habría podido ejercitar en contra de ninguno la acción noxal,⁷⁵ pero en tal caso el pretor habría concedido el ejercicio de la *actio sine noxae deditio* (D.9.4.21.2) para hacer valer al copropietario escogido la responsabilidad *in solidum*.⁷⁶

⁷⁴ El texto no presenta problemas de interpolación; así por último Spengler, *Studien zur Interrogatio in iure*, cit. 124.

⁷⁵ Situación diferente a D.9.4.26.2 en donde si uno de los copropietarios conserva todavía la potestad o la posesión del esclavo y el otro no, la víctima del delito habría podido demandar con la acción noxal en contra del copropietario que todavía poseía como hemos visto en el § IV.a.

⁷⁶ Sobre este punto véanse los pasajes citados por Giménez-Candela, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, cit. 288 ss. Una vez condenado el copropietario podrá demandar a los otros copropietarios con base en la *actio communi dividundo* o *actio familiae erciscundae*. En el mismo sentido Spengler, *Studien zur Interrogatio in iure*, cit. 124 n. 3.

Ulpiano, *libro trigensimo octavo ad edictum* en D.11.1.17, propone otro caso en que los copropietarios perdieron con dolo la potestad que tenían sobre el esclavo:

*Si servus non sit unius, sed plurium et omnes mentiti sunt eum in sua potestate non esse vel quidam ex illis, aut dolo fecerunt quo minus sit in potestate, unusquisque illorum tenebitur in solidum, quemadmodum tenerentur, si haberent in potestate: is vero, qui nihil dolo fecerit quo minus in potestate haberet vel non negavit, non tenebitur.*⁷⁷

Si el esclavo no es de uno, sino de muchos y todos han mentido que no se encuentra en su potestad o hicieron con dolo que no estuviera, cada uno se encuentra obligado por la totalidad, al mismo modo que si lo tuvieran en su potestad (*si-potestate*). Pero quien no hizo en modo de no tenerlo en potestad o no negó tenerlo, no se encuentra obligado (*is-tenebitur*).

En el presente texto se examina el caso de un esclavo que había cometido un hurto⁷⁸ y los copropietarios habían sido demandados con base en un juicio noxal. Todos respondieron negativamente a la *interrogatio an in potestate eius servus sit* cuando por el contrario tenían todavía la potestad del esclavo o habían hecho en modo de no tenerla. Ya que todos los copropietarios se encuentran obligados *in solidum*, el demandante podrá iniciar el juicio contra el copropietario que desee (D.9.4.26.1 y D.9.4.39pr.) con base en la *actio sine noxae deditio* por la totalidad de la pena con un idéntico régimen de responsabilidad como el que deriva de la acción noxal si tuvieran todavía la potestad del esclavo. En un segundo caso el jurista cita que uno de los copropietarios no había perdido con dolo la posesión del esclavo o había respondido afirmativamente a la pregunta sobre la potestad. En tal situación si el demandante hubiera preferido ejercitar la *actio sine noxae deditio* en contra de uno de los copropietarios que habían negado falsamente no tener el esclavo o que habían perdido dolosamente la potestad que tenían sobre él en lugar de demandar al copropietario que no había mentido (D.9.4.26.2), este último no se

⁷⁷ En el presente texto no vemos problemas de interpolación; en el mismo sentido Giménez-Candela, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, cit. 288 ss. con referencias a la doctrina interpolacionista.

⁷⁸ Que el delito cometido por el esclavo fuera un hurto puede ser considerado como probable porque el libro trigésimo octavo *ad edictum* de Ulpiano trata del hurto. Cfr. Lenel, *Palingenesia*, 2, cit. 679 ss. *Das Edictum perpetuum*, cit. 322 ss.

encontraría obligado *in solidum* hacia el demandante por el simple motivo de no haber negado la potestad sobre el esclavo o no haberla perdido con base en su dolo.

b. El *dominus* que pierde con dolo la potestad es condenado con base en la *actio sine noxae deditio* también si el esclavo es liberado o muere después de haber aceptado el juicio.

La libertad o la muerte del esclavo no son factores que puedan evitar al demandado ser condenado con base en la *actio sine noxae deditio* como puede observarse en un texto de Juliano en el libro vigésimo segundo *digestorum* en D.9.4.16:

*Si heres dolo malo fecerit, ne statuliberum in potestate haberet, et propter hoc iudicium sine noxae deditio accepit: et impleta condicione statutae libertatis condemnari debet, sicuti mortuo servo condemnaretur.*⁷⁹

Si el heredero hizo con dolo en modo de no tener la potestad del *statuliber* y por esto acepta el juicio *sine noxae deditio* (*si-accepit*), también después de verificarse la condición de libertad, deberá ser condenado así como sucedería si hubiera muerto el esclavo (*et-condemnetur*).

El heredero recibió en la herencia un *statuliber* que había cometido un delito (no sabemos si antes o después la muerte del *dominus*) y respondió negativamente a la *interrogatio* sobre la potestad del esclavo y como la pérdida de la potestad era debida a su intención dolosa, el pretor concedió a la víctima del delito demandarlo con base en la *actio sine noxae deditio*. Si el heredero en lugar de haber perdido con dolo la potestad del *statuliber* hubiera prometido mediante *vadimonium* hacerlo comparecer *in eadem causa*, lo habría podido presentar como libre (D.2.9.6) y no se habría encontrado obligado ni a la acción noxal ni a la acción pretoria; pero como había aceptado la *litis contestatio*, la libertad del *servus* no excluía su responsabilidad porque la pérdida dolosa de la posesión era el fundamento del ejercicio de la acción.

Al final del texto el jurista presenta un caso diferente en donde existirían las mismas consecuencias: el heredero perdió con dolo la potestad de un esclavo que muere después de aceptar el juicio *sine*

noxae deditio; en tal caso el demandado habiendo asumido una obligación *ex litis contestatione* deberá ser condenado por haber perdido con dolo la potestad del *servus* inclusive si este último hubiera muerto después de la *litis contestatio*.

VII. CONCLUSIONES

Después de haber analizado los textos en donde se encuentran referencias a la pérdida dolosa de la potestad o de la posesión en referencia al juicio noxal podemos llegar a algunas conclusiones.

Si el *dominus* no niega que el esclavo ausente se encuentra en su potestad y promete mediante *vadimonium* hacerlo comparecer *in eadem causa*, intrínsecamente promete no hacer actos con los que pueda perder con dolo la potestad o la posesión del mismo esclavo. En los pasajes citados, si bien no se menciona la pérdida dolosa de la potestad o de la posesión, los casos identificados por Labeón, en donde el demandado habría deteriorado la posición del demandante (D.2.9.1.1), corresponden a claros ejemplos de tal tipo de pérdida.

El ejercicio de la acción noxal requiere el presupuesto fundamental que el *dominus* tenga la potestad del esclavo. La pérdida dolosa de la potestad o de la posesión no permiten al demandante ejercitar tal acción, pero el pretor le concede la posibilidad de optar por el juramento o el *iudicium sine noxae deditio*.

Determinar el significado de la pérdida dolosa de la potestad o de la posesión fue una tarea de la jurisprudencia a partir de los tiempos de Labeón (D.9.4.24). Si el *dominus* ordena al esclavo escapar, puede ser considerado como pérdida dolosa de la potestad y de la posesión a diferencia del caso en que el *servus* hubiera escapado sin su orden, porque en tal situación el *dominus* perdería su potestad pero no su posesión (D.41.2.15).

La enajenación y manumisión del esclavo pueden ser considerados ejemplos de pérdida dolosa de la potestad o de la posesión si la finalidad precisa del *dominus* fuera la de sustraerse al ejercicio de la acción noxal, pero en el caso en que se concediera al demandante la posibilidad de ejercitar la acción en contra de una persona diferente, por ejemplo contra el esclavo liberado o contra el nuevo propietario que esté dispuesto a asumir su defensa presentando una *satisfatio* (D.9.4.39.2), no se podría considerar una pérdida dolosa de la pose-

⁷⁹ El texto no presenta problemas de interpolación, como hizo notar Giménez-Candela, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, cit. 274.

sión y el *dominus* tendrá la posibilidad de interponer la *exceptio doli* en contra del demandante (D.9.4.24, D.9.4.39.2).

Nosotros creemos que matar el esclavo con la precisa finalidad de evitar el ejercicio de la acción noxal pudiera configurar una pérdida dolosa de la potestad o de la posesión, si bien no tenemos referencias en las fuentes; pero si tal hecho hubiera sido el resultado de una punición del *dominus* hacia el esclavo por el delito cometido contra una tercera persona, debería excluirse la intención dolosa, porque la finalidad era diferente.

El *dominus* que pierde con dolo la potestad o la posesión del esclavo y jura falsamente no haberlo perdido con dolo, si bien no se encontrará jurídicamente obligado hacia el demandante, sufrirá las consecuencias del *periurium*. Por el contrario si hubiera sido condenado en un *iudicium sine noxae deditio* porque el demandante hubiera sido capaz de demostrar la pérdida dolosa de la potestad o de la posesión, estaría obligado al mismo modo del que tuviera la potestad del esclavo y falsamente hubiera respondido de no tenerla (D.50.17.131).

Mientras que el ejercicio de la acción noxal tendría como finalidad que el *dominus* pagase un resarcimiento al demandante por el delito cometido por el esclavo procediendo a su *noxae deditio* (si no quisiera defenderlo), o condenándolo a la *noxae deditio* o al pago de la *litis aestimatio* (si lo hubiera defendido y se hubiera demostrado en juicio su culpabilidad); en el caso de la *actio sine noxae deditio* la finalidad sería la de obtener el resarcimiento aun en el caso en que el *dominus* hubiera perdido dolosamente la potestad del esclavo o hubiera declarado falsamente no tenerlo. En este tipo de juicio el punto central de la controversia no era determinar si el esclavo había cometido o no el delito, sino demostrar que el *dominus* había dado una respuesta falsa a la *interrogatio an in potestate eius servus sit*; por esto claramente Paulo en D.9.4.22.4 afirmaba que ganará el demandante si puede demostrar que el esclavo se encontraba en su potestad o que con dolo había hecho en modo de no tenerlo, mientras que perderá el juicio si no lograra demostrar tal hecho, sin hacer referencia al delito cometido por el esclavo: *per quod vincet, si probaverit eum in potestate esse vel dolo eius factum, quo minus esset: qui autem non probaverit in potestate adversarii esse servum, rem amittit*.

Que la finalidad de la *actio sine noxae deditio* no sea la de punir el *dominus* que había declarado falsamente no tener la potestad del esclavo o que había hecho en modo de no tenerlo con base en su dolo sino la de evitar que el ofendido por un delito pudiera quedar sin resarcimiento puede ser demostrado ampliamente; así, en el caso en que el esclavo hubiera sido de diferentes copropietarios, el demandante habría debido escoger a alguno de ellos para demandarlo con la *actio sine noxae deditio* (D.9.4.26.1), una situación imposible si la finalidad de la acción fuera la de punir el dolo. Si uno de los copropietarios no había declarado falsamente, mientras los otros sí, el ejercicio de la acción noxal excluiría la *actio sine noxae deditio* en contra de los otros copropietarios que falsamente habían negado tener la potestad del esclavo o que con dolo habían hecho en modo de no tenerla (D.9.4.26.2).

La pérdida dolosa de la potestad o de la posesión excluía el ejercicio de la acción noxal en el transcurso de la edad clásica; el pretor en lugar de conceder al ofendido por un delito cometido por el esclavo la posibilidad de ejercitar la acción noxalmente en contra del *dominus* que había perdido con dolo la potestad o la posesión del *servus*, concede en el edicto la *actio sine noxae deditio* con la cual era posible demandar al mismo *dominus* que había perdido con dolo la potestad o la posesión. La función de la jurisprudencia fue la de determinar el significado de tal concepto.

DERECHO MONETARIO Y NUMISMÁTICA

David HERNÁNDEZ GONZÁLEZ

A don Jorge Pineda Villarreal, maestro y amigo

“...Moneta appellata est quia monet ne qua
fraus in metallo vel in pondere fiat...”

“...La moneda se llama así porque advierte
a no conocer fraude alguno ni en el metal ni
en el peso...”

San Isidoro de Sevilla
Etimologías

I. Introducción. II. Breve explicación sobre el dinero. III. El dinero y su concreción en la moneda. IV. La moneda ante el derecho y la numismática. V. El derecho monetario. VI. La numismática. VII. La relación entre el derecho monetario y la numismática. VIII. A modo de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

¿Por qué hablar del derecho monetario y de la numismática en una investigación jurídica? Tal vez pueda ser una pregunta que se haga el lector al revisar el título de este trabajo. Pues bien, la razón que nos lleva a hacer una referencia a dichas disciplinas en este estudio, se debe a que en México las mismas han sido escasamente tratadas y peor aún, a pesar de la trascendencia que tienen en el ámbito de la

moneda, su relación no ha sido desarrollada por las doctrinas jurídica y numismática nacional.¹

En ese sentido, estimamos que los vacíos que se presentan sobre el particular deben ser subsanados, puesto que tanto el derecho monetario como la numismática tienen contenidos que nos pueden ayudar a forjar una verdadera cultura monetaria, la que resulta necesaria para comprender nuestra actitud y forma de pensar en torno al dinero, que desde antaño ha sido un bien de gran utilidad para el hombre, constituyéndose como uno de los pilares fundamentales de la cultura moderna y una realidad social de primerísimo orden.

Ahora bien, ¿cómo llenar esos vacíos? Para tales efectos, debemos señalar que en este trabajo partiremos de una breve explicación del concepto de dinero y se hará referencia a su concreción en la moneda, con el objeto de presentar un primer contacto de dicho bien con el derecho y la numismática. Con base en ello, señalaremos el contenido del derecho monetario y de la propia numismática, para estar en posibilidades de precisar la vinculación científica entre ambas disciplinas y la repercusión que tienen en la cultura monetaria y, por ende, en la cultura en general.

Estamos conscientes de que nuestras ideas pueden ser objeto de críticas, situación que al final del camino es lo que buscamos, pues resulta evidente que éstas provocarán el desarrollo e impulso de nuestras disciplinas, que han tenido cierta estática en estos últimos años y que poco a poco han recobrado su propia dinámica en nuestra realidad.

II. BREVE EXPLICACIÓN SOBRE EL DINERO

Entrando así al desarrollo de nuestra investigación, comenzaremos por preguntarnos ¿qué es el dinero? Sobre el particular, debemos

¹ Sobre esta afirmación, debo reconocer que la idea de hablar del derecho monetario y de la numismática se la debemos a nuestro querido maestro, don Francisco BORJA MARTÍNEZ, quien a través de sus pláticas y con el estudio de sus diversas investigaciones nos dio la pauta para comprender la existencia y alcance de su relación. Así, un primer acercamiento entre dichas disciplinas lo desarrollamos en los libros *Introducción al derecho monetario mexicano*, Senado de la República, LX Legislatura, Porrúa, México, 2007 y *Elementos de derecho monetario mexicano*, así como en nuestra *Introducción a la numismática*, estas dos últimas obras en proceso de publicación.

señalar que la respuesta puede provenir de múltiples disciplinas. Consecuentemente, economistas, historiadores, políticos, numismáticos, juristas, administradores, etcétera, todos han buscado la verdad acerca del dinero.

En ese sentido, al amparo del derecho, nosotros estamos convencidos de que el dinero, en esencia, es un medio de justicia en las conmutaciones o intercambios de bienes o servicios, ya que al ser una de sus funciones económicas la de ser medida de valor de dichos bienes o servicios, permite el que cada uno de los que participa en cualquier conmutación o intercambio, obtenga su derecho, es decir, lo que le es debido, lo justo. Consecuentemente, por el dinero, las cosas se pueden corresponder exactamente, esto es, se pueden ajustar. Lo anterior, claro está, considerando que la realidad económica de un Estado y la propia política en torno a ella, lo permita, aunque es de hacerse notar que en una economía de gratuidad, basta con un mínimo de reciprocidad y consciencia entre las personas en sociedad para que las cosas se correspondan.

El dinero así entendido es un “tercer” bien que se utiliza en esas conmutaciones o intercambios para dar a cada uno lo que le corresponde, esto es, dar lo suyo a cada quien. Asimismo, es un intermediario en las transacciones, lo que lleva a considerarlo como el medio de cambio y, consecuentemente, de pago por antonomasia. Aunado a ello, el dinero también funge como almacén o depósito de valor, al fin y al cabo, portador de un valor en el tiempo.

Ahora bien, a lo largo de la historia se han utilizado como dinero múltiples bienes, los cuales han sido tan variados como el ganado, las conchas, el trigo, el cacao, el tabaco, la sal, los dientes de ballena, los lingotes y utensilios de metal, preciosos o no.

En la actualidad el dinero se llega a identificar con las monedas metálicas y con los billetes, así como con otros medios de pago que no son propiamente hablando dinero, pero que comúnmente se llegan a confundir con él. En ese sentido, hablamos de las tarjetas de crédito, las tarjetas de débito y las tarjetas de prepago o “monederos electrónicos”.²

² La razón por la que decimos que propiamente hablando no consideramos dinero a esos bienes se debe a que en nuestros días, y a la luz del derecho positivo vigente, carecen de curso legal, es decir, de poder liberatorio obligatorio conferido por el Estado. Sólo son de aceptación voluntaria.

Las características físicas que se han atribuido a los bienes que son dinero, generalmente han sido las siguientes: 1) manejables; 2) duraderos; 3) fáciles de reconocer, transportar, contar o pesar; 4) ser divisibles para facilitar los pagos; 5) difíciles de falsificar; 6) existir en cantidades limitadas y controladas, y 7) contar con la confianza de quienes los utilizan.

III. EL DINERO Y SU CONCRECIÓN EN LA MONEDA

Con base en lo anterior, podemos afirmar que de todas las formas de dinero que han existido, la más conocida, famosa, y utilizada ha sido la moneda. Por ello, cuando hablamos del dinero, generalmente pensamos en el concepto de moneda.

La moneda es entonces la concreción de un medio de justicia en las conmutaciones o intercambios de bienes o servicios. Es en sí misma una concreción y no una abstracción.

Como concreción del dinero, la moneda ha tenido dos formas principales de materializarse en la realidad, que han sido: 1) la moneda metálica, y 2) la moneda de papel o billete.

En el tiempo, la moneda metálica fue la primera en aparecer, encontrando a su vez una diversidad de formas físicas hasta que en nuestros días ha tomado comúnmente la forma de un disco de metal cuyas caras (anverso y reverso) se encuentran marcadas con diseños que permiten garantizar su autenticidad y valor.

Hay quien señala que la moneda metálica se inventó en tres lugares distintos del mundo, a saber: en China y Asia Menor hacia el siglo VII a. C y en la India hacia el IV o III a. C. A pesar de ello, lo cierto es que la mayoría de especialistas se inclina por mencionar que los lidios en el año 700 a. C. fueron los primeros en inventar la acuñación de la moneda.

Por lo que respecta a la moneda de papel, comúnmente conocido como billete, que es la segunda forma de dinero más extendida, después de la moneda metálica, se señala su antecedente en la Edad Media con el desarrollo del comercio, principalmente de las actividades de tipo bancario. Sin perjuicio de ello, se sabe que el papel moneda más antiguo fue creado por los chinos, quienes también inventaron el papel.

Realmente, podemos comentar que el primer billete bancario en el mundo occidental fue emitido en 1661 por el Banco de Estocolmo (Suecia) y, posteriormente, por el Banco de Inglaterra, fundado en 1694, que cimentó la emisión de dicha forma de moneda.³

Pero, ¿qué ha pasado en nuestro país en torno a dichas especies de moneda? Al respecto podemos señalar que en México, durante la época colonial, predominó el uso de la moneda metálica, situación que incluso se extendió hasta los siglos XIX y XX, pues el billete, si bien tuvo sus primeras manifestaciones en el primer tercio del siglo XIX, se empezó a utilizar como tal hasta fines de dicho siglo, consolidándose como moneda principal en pleno siglo XX.

Atrás de la moneda metálica de nuestro país, en principio ha estado la Casa de Moneda de México, fundada en 1535, sin perjuicio de señalar que hasta el siglo XIX e incluso hasta principios del XX, llegaron a existir diversas casas de moneda en varios estados de la República que participaron en la acuñación de ese tipo de moneda.

Por otro lado, atrás de la moneda de papel o del billete, a finales del siglo XIX y en las primeras décadas del siglo XX se encontraba la banca privada, pues nuestra "Banca Central", nació prácticamente en 1925 y se ha consolidado en el transcurso del tiempo, siendo importante para ella el otorgamiento expreso de la autonomía en el ejercicio de sus funciones y administración y el que se haya señalado como su finalidad principal el proveer a la economía del país de moneda nacional, y como su objetivo prioritario el procurar el poder adquisitivo de la moneda nacional.

IV. LA MONEDA ANTE EL DERECHO Y LA NUMISMÁTICA

Es evidente que el derecho, al regular la conducta del hombre con miras a una convivencia pacífica en sociedad, y con ello constituir la esencia de la sociedad, puede regir al dinero, a la moneda y a su entorno, en tanto dicha situación sirve para lograr el desarrollo y perfeccionamiento del hombre en aras de lograr tal convivencia.

³ Cabe comentar que el Banco de Inglaterra resulta el antecedente histórico por excelencia de la banca central moderna que hoy en día es la pieza central de los sistemas monetarios en el mundo, al tener en la mayoría de los países como principal finalidad la de proveer de moneda.

Consecuentemente, el orden jurídico relativo a la conducta del hombre en relación con la moneda y su entorno, y el de la propia moneda, se conoce en nuestros días como derecho monetario, el cual tiene múltiples vertientes que pueden y deben ser desarrolladas para dinamizar y enriquecer nuestra ciencia jurídica.

Por el derecho monetario conocemos la causa formal del dinero, es decir aquello por lo cual el dinero es tal y no otra cosa. Asimismo, podemos entender, *prima facie*, su realidad, vivencia y materialización a través de la moneda. Además, dicho derecho nos permite entender la dinámica de la propia moneda en la sociedad, a través de la estructuración y regulación de su ciclo vital jurídico que refleja la creación, emisión, circulación y extinción o desmonetización de los signos monetarios.

El derecho monetario también pone en evidencia que la mayor parte de las relaciones jurídicas tienen un importante punto de contacto con la moneda, y que desconocer tal situación, así como ignorar los anteriores aspectos, lógicamente obstaculiza la formación de criterios tendientes a la práctica de la justicia en dichas relaciones.

Ahora bien, no se puede desconocer que ese derecho monetario tiene historia, y que ésta da luz sobre el acontecer pasado de los aspectos enunciados y que, asimismo, permite fijar un contexto general y con ello, una serie de conocimientos de gran valía para la cultura monetaria.

Aunado a lo anterior, no podemos olvidar que tanto las monedas metálicas como los billetes en sí mismos, tienen una serie de características físicas y peculiaridades que reflejan acontecimientos, personajes e historias.

Las monedas así entendidas, conmemoran, evocan y aportan un conjunto de conocimientos que van desde lo histórico hasta lo artístico.

Siendo esos conocimientos los que abren las puertas a un saber sobre el pasado e incluso, sobre nuestro presente, situación que encuentra un referente necesario en la numismática, pues ésta es una disciplina que está encaminada, entre otras cosas, a preguntarse el porqué de esos detalles, buscando en todo momento recuperarlos, aclararlos y fijarlos, para no perderlos y olvidarlos.

V. EL DERECHO MONETARIO

1. Concepto de derecho monetario

Así las cosas, profundizando sobre el contenido de cada una de las disciplinas en mención, comenzando por el derecho monetario, debemos decir que, al amparo de la concepción moderna del derecho,⁴ el referido derecho monetario, en un sentido amplio, puede ser definido como la norma o conjunto de normas jurídicas que rigen la conducta del hombre sobre la moneda y su entorno.

Por otro lado, el derecho monetario, en sentido restringido, es el conjunto de normas jurídicas de derecho público, privado y social de un Estado determinado que establecen el régimen aplicable a la moneda nacional; regulan la situación que en dicho Estado se le reconoce a la moneda extranjera; definen los sujetos y las autoridades vinculadas con la moneda, así como también fijan el alcance y contenido de las relaciones jurídicas monetarias que surgen entre las personas en

⁴ Actualmente es de comentarse que el normativismo es la concepción que predomina sobre el derecho y, por ello, el jurista mexicano Jorge Adame Goddard señala: "Me parece que en México prevalece la concepción del derecho que lo concibe como un 'orden normativo' o conjunto de normas que rigen la vida social. Un indicador significativo de esta preferencia es el concepto de derecho que da Eduardo GARCÍA MÁYNEZ en su *Introducción al estudio del derecho*, que es una obra que suele seguirse con más o menos fidelidad en muchas facultades de derecho y es tomada en cuenta seriamente por otros autores de introducciones semejantes. La concepción normativista es común a positivistas y iusnaturalistas o racionalistas: ambos sostienen que el derecho es un conjunto de normas, un orden social u ordenación de la vida social, aunque se separan en cuanto al origen de las normas, que para los primeros es sólo el poder del Estado, mientras que los iusnaturalistas invocan, además de las positivas, unas normas naturales o racionales. Así, un connotado representante mexicano de esta última corriente, Rafael PRECIADO HERNÁNDEZ, proponía como conclusión de sus *Lecciones de filosofía del derecho* esta definición del derecho: es la ordenación positiva y justa de la acción al bien común" (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, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2005 pp. 2 y 3). Sin perjuicio de ello, coincidimos con las ideas del propio maestro Adame, quien señala que el derecho "es la ciencia del juicio acerca de lo justo concreto, es decir del acto debido en una determinada relación" (véase "El objeto de la ciencia del derecho", en *Ars Juris*, núm. 36, 2006, Revista del Instituto de Documentación e Investigación Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, México, pp. 11 y 12). En ese sentido apoyamos la concepción clásica del derecho que lo ve como lo justo concreto.

sociedad y que trascienden en el campo de los derechos subjetivos monetarios y de sus correlativas obligaciones monetarias.⁵

Sin perjuicio de lo expuesto, al final del camino el derecho monetario es lo justo concreto para el hombre en torno a la moneda.

2. Derecho objetivo monetario y derecho subjetivo monetario

Visto desde otra perspectiva, podemos decir que, cuando nos referimos al derecho monetario en nuestros días, indudablemente debemos distinguir al derecho objetivo monetario y al derecho subjetivo monetario.

El derecho objetivo monetario lo entendemos como el conjunto de normas jurídicas que regulan a la moneda (nacional o extranjera) en un Estado determinado, así como a los sujetos que se le vinculan, y que, además, dan origen al derecho subjetivo monetario, el cual podemos conceptuar como la relación jurídica en virtud de la cual una persona llamada acreedor está facultada para exigir de otra persona llamada deudor, una prestación consistente en dar una suma de dinero, o bien, una prestación consiste en cualquier dar, hacer o no hacer, estimable en dinero.

Frente a un derecho subjetivo monetario, siempre existe necesariamente, una obligación monetaria. En ese sentido, derecho subjetivo monetario y obligación monetaria son términos correlativos.⁶

⁵ En relación con el concepto de derecho monetario, Francisco BORJA MARTÍNEZ señala: "El orden jurídico aplicable al dinero en un país se integra con el conjunto de disposiciones que norman la estructura y la operación del sistema monetario, establecen la naturaleza y condiciones que la legislación nacional reconoce a las monedas extranjeras, regulan la creación y el cumplimiento de obligaciones dinerarias y consignan el régimen aplicable a los cambios de monedas emitidas por distintos países, cuando una de ellas sea la moneda nacional" (*Derecho monetario*, McGraw-Hill, UNAM, México, 1997, p. 13).

⁶ Esta afirmación tiene sus orígenes en la distinción entre derecho subjetivo y obligación, que son "dos caras de la misma moneda". Por ello, nuestros maestros Miguel Ángel y Jorge HERNÁNDEZ ROMO comentan que el derecho subjetivo "...es la relación jurídica en virtud de la cual una persona llamada acreedor puede exigir de otra llamada deudor, una prestación o una abstención...", y, por su parte definen a la obligación como "...la relación jurídica en virtud de la cual una persona llamada deudor queda sujeta para con otra llamada acreedor a una prestación o a una abstención de carácter patrimonial", indicando: "El derecho subjetivo se caracteriza por la vinculación entre acreedor y deudor con la pre-eminencia de aquél sobre éste. La obligación se caracteriza por la vinculación entre deudor y acreedor con la sujeción de aquél a éste. Entonces ambos conceptos tienen como elementos objeti-

Obligación monetaria es la relación jurídica en virtud de la cual una persona llamada deudor queda sujeta para con otra llamada acreedor, a una prestación consistente en dar una suma de dinero, o bien, a una prestación consistente en cualquier dar, hacer o no hacer, estimable en dinero.

A los derechos objetivo y subjetivo monetarios, así como a la obligación monetaria, desde el punto de vista práctico, no vemos objeción para que también se les conozca como derechos objetivo y subjetivo "Dinerarios" o "Pecuniarios" u obligación "Dineraria" o "Pecuniaria".⁷

vos comunes: la relación y el objeto; y dos elementos subjetivos permanentes: acreedor y deudor; sin embargo, tienen un elemento diferencial, a saber: la pre-eminencia del acreedor sobre el deudor y la sujeción del deudor para con el acreedor..." (Véase "Reflexiones en torno a la noción de obligación", en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 5, julio de 1973, pp. 285-292).

⁷ La razón de esta premisa la encontramos en que desde el punto de vista teórico—como lo hemos venido sosteniendo en nuestros escritos—, entre los términos "dinero" y "moneda" lógicamente existen diferencias: dinero es sapiencia o abstracción, moneda es praxis o concreción. En ese sentido, el maestro VÁZQUEZ PANDO nos dice: "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". (*Derecho monetario mexicano*, Harla, México, 1991, p. 4). No obstante ello, en nuestra realidad dichos términos se utilizan indistintamente, ya que psicológicamente muchas veces, identificamos varias cosas, no del todo diversas, ni del todo iguales, bajo una misma idea. Consecuentemente, podemos decir que, desde el punto de vista práctico, no existe distinción entre "dinero" y "moneda", pues por una analogía de participación, son considerados de la misma manera. Por lo tanto, se llega a usar indistintamente los términos "Dinerario" y "Monetario" para referirse a una misma idea, situación confirmada por parte de la doctrina jurídica monetaria y por la jurisprudencia nacional que los considera sinónimos. Véase núm. Registro: 239,858. Jurisprudencia. Materia(s): Civil. Séptima época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, pp. 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. Por otro lado, el término "Pecuniario" se aplica, toda vez que, como señala el propio BORJA MARTÍNEZ (*op. cit.*, p. 1), "La moneda fue creada de manera espontánea por la sociedad para facilitar el intercambio de bienes materiales y superar las limitaciones del trueque... A fin de suprimir esas limitaciones y atender los crecientes requerimientos originados en el desarrollo de los cambios, se acudió inicialmente al uso de ciertos satisfactores de necesidades materiales que, por ser ampliamente deseados, tenían aceptación general en pago de bienes y servicios, este fue el caso del *pecus* o ganado. De allí los nombres de pecunia y pecuniario que se emplean para referirse al dinero".

3. Objeto de estudio del derecho monetario

Como se desprende de las concepciones presentadas sobre el derecho monetario, podemos deducir que su objeto de estudio básicamente gira en torno a los siguientes temas:

- 1) Régimen jurídico de la moneda nacional y extranjera en un Estado determinado.
- 2) Los sujetos y las autoridades monetarias.
- 3) Las relaciones jurídicas monetarias o dinerarias (derecho subjetivo monetario y obligación monetaria).

Sin perjuicio de ello, consideramos que para enriquecer su análisis, la experiencia nos marca que debemos realizar previamente el estudio de una sólida teoría jurídica del dinero, un esbozo de la historia del derecho monetario patrio y obviamente una referencia a los aspectos básicos del propio derecho monetario. Todo lo cual permite la sistematización de nuestra disciplina.

4. Naturaleza del derecho monetario

Dejando a un lado el objeto de estudio del derecho monetario, en cuanto a su naturaleza, podemos señalar que se trata de un derecho complejo, pues las normas que lo integran, aunque en su mayoría son de derecho público, también son de derecho privado y de derecho social.⁸

⁸ A la luz de la sistemática jurídica, que es la parte de la jurisprudencia técnica encargada del estudio ordenado y coherente de las diversas disposiciones del derecho positivo vigente, el derecho se suele dividir en derecho público, derecho privado y derecho social. Ahora bien, en torno al derecho público y al derecho privado existen diversas teorías. Las más relevantes son la teoría romana o del interés en juego y la teoría de la relación. La primera, en voz de Ulpiano, señala: *Publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem* (derecho público es el que atañe a la conservación de la cosa romana; privado el que concierne a la utilidad de los particulares). Por su parte, la segunda, indica que entre los particulares y el Estado existen múltiples relaciones y que cuando dichas relaciones se dan entre ellos, actuando el Estado en un plano de supraordinación con respecto a los particulares, estamos en presencia del derecho público, y, cuando la relación se da entre los propios particulares, o bien, interviene el Estado en un plano de coordinación, estamos ante el derecho privado. Finalmente, por lo que corresponde al derecho social, tratando de armonizarlo con las teorías expuestas, podemos decir que el mismo protege el interés de

Dentro de las normas de derecho público que integran al derecho monetario encontramos para el caso de México, de manera enunciativa y no limitativa las normas constitucionales que facultan al Congreso de la Unión para legislar en materia de moneda o de casas de moneda, y las que determinan la existencia y facultades del Banco de México. Asimismo, dentro de la legislación monetaria, las normas que facultan a dicho instituto central para emitir billetes y ordenar la acuñación de moneda, así como las que facultan a la Casa de Moneda de México para acuñar la moneda de curso legal en el país.

En el derecho monetario de nuestro país también se encuentran una multiplicidad de normas de derecho privado, sobresaliendo aquellas disposiciones vinculadas con el aspecto monetario y que, por ejemplo, fundamentan a las obligaciones dinerarias y a los contratos dinerarios (compraventa, mutuo, arrendamiento, entre otros), o bien, las normas que permiten determinar la naturaleza jurídica del dinero.

Aunado a lo anterior, en el derecho monetario mexicano encontramos normas de derecho social, particularmente en la legislación monetaria, como es el caso de las normas que regulan las características de los billetes y monedas metálicas con el objeto de que su denominación pueda ser identificada por personas invidentes.

5. Características del derecho monetario

Por lo que se refiere a las características que le son atribuibles al derecho monetario, podemos decir que se trata de un derecho especial, nacional, internacional, multidisciplinario e interdisciplinario. Junto a dichas características también se justifica su autonomía.

El derecho monetario es especial, ya que su objeto de estudio es una materia específica: la moneda (el dinero) y, por consecuencia, todo lo que se le vincula, es decir, su entorno. Es el derecho de la moneda (del dinero) por antonomasia.

Asimismo, el derecho monetario es nacional, pues, en el caso de México se conforma por normas internas: artículos 28, 73, fracción XVIII, 117, fracciones III y VIII, 123, apartado A, fracción X y B,

personas socialmente débiles o grupos considerados como vulnerables y sus relaciones son de integración o inordenación (véase Eduardo GARCÍA MÁYNEZ, *Introducción al estudio del derecho*, 43a. ed., Porrúa, México, 1992, pp. 131-135, y Miguel VILLORO TORANZO, *Introducción al estudio del derecho*, 9a. ed., Porrúa, México, 1990, p. 219).

fracción XIII bis de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; las disposiciones de la Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos; así como las de la Ley del Banco de México y las de la Ley de la Casa de Moneda de México, por señalar algunas.

También el derecho monetario es internacional, toda vez que puede conformarse por normas internacionales, primordialmente disposiciones contenidas en los convenios o tratados internacionales en materia monetaria, como la Convención Internacional para la Represión de la Falsificación de Moneda y Protocolo Anexo.

Se dice que el derecho monetario es multidisciplinario, debido a que sus principales temas también pueden ser analizados desde diferentes áreas del conocimiento humano; por ejemplo, a la luz de la numismática, la historia, la economía, la política, etcétera.

Adicionalmente, el derecho monetario es interdisciplinario, pues para comprender a profundidad sus normas, las mismas deben ser relacionadas con otras áreas del conocimiento humano, como las arriba señaladas. Esto es, para entender cabalmente el contenido de sus normas, en ocasiones se debe recurrir a otras disciplinas.

Por último, se justifica que el derecho monetario sea considerado como autónomo, toda vez que a nuestro parecer las normas que integran dicha rama del derecho pueden constituir un cuerpo de disposiciones separado y orgánico, ajeno a los demás (autonomía legislativa); asimismo, se puede hablar de la existencia de un sistema jurídico monetario que puede ser conceptualizado como un conjunto articulado y coherente de instituciones, métodos, procedimientos y normas legales en torno a la moneda que constituyen el orden jurídico monetario positivo de un lugar o tiempo determinado (autonomía científica), y el estudio de dicha rama del derecho se llega a comprender en forma independiente en las escuelas y facultades del país (autonomía didáctica).

Al lado de las características que sobre el derecho monetario hemos señalado, no podemos dejar de mencionar que en las últimas décadas del siglo XX y en este inicio del siglo XXI, se han presentado una serie de fenómenos económicos, políticos, sociales, históricos y, en general, de diversa índole que han impactado en la moneda. Dichos fenómenos, que han tendido a la globalización, también impactan en diversos ámbitos, siendo el derecho uno de ellos.

Ahora bien, tan importante ha sido dicha situación, que al lado de un derecho monetario nacional e internacional, no podemos negar que en nuestros días se pueda hablar de la existencia, en algunas partes del mundo, de un derecho monetario supranacional, entendiendo a éste en términos generales, como el conjunto de normas jurídicas que rigen la conducta del hombre sobre la moneda, que han sido adoptadas por un grupo de Estados que comparten un mercado y una política monetaria única. En ese sentido, como ejemplo de derecho monetario supranacional en nuestros días, tenemos las normas jurídicas que rigen al euro y al Banco Central Europeo, el cual se le encuentra íntimamente vinculado.⁹

6. Fuentes del derecho monetario

Entendidas las características del derecho monetario, consideramos prudente terminar nuestro esbozo sobre dicha disciplina hablando de sus fuentes. Así, debemos decir que las fuentes del derecho monetario, al igual que las fuentes de todo derecho, son reales, históricas y formales.¹⁰

⁹ Sobre esto último podemos señalar brevemente que el Banco Central Europeo –ECB por sus siglas en inglés de European Central Bank– es una institución supranacional que desde el 1 de enero de 1999 es el responsable de conducir la política monetaria del área de los países de la Unión Europea que adoptaron al euro como moneda de curso legal. Cabe comentar que los países de la Unión Europea en cuestión son 13, a saber: Alemania, Austria, Bélgica, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos y Portugal.

¹⁰ En torno a las fuentes del derecho en general, debemos aclarar que las fuentes reales son aquellos acontecimientos de la vida social que la autoridad toma en consideración para regularlos. Por ejemplo, en 1884 no había un reglamento de tránsito; en la actualidad sí lo hay, pues la fuente real fue la creación del automóvil. Por su parte, las fuentes históricas son aquellos documentos o monumentos que contienen el derecho. Así, el *Digesto*, el *Código Napoleónico*, y las *Siete Partidas* son fuentes históricas. Y, las fuentes formales son aquellos procesos a través de los cuales se crea el derecho. Las fuentes formales son: la ley, la jurisprudencia, la costumbre y la doctrina (véase Eduardo GARCÍA MÁYNEZ, *op. cit.*, p. 51, aunque él habla de legislación en lugar de ley). Sin perjuicio de ello, se dice que la ley es la fuente formal del derecho por excelencia, ya que actualmente, no podemos negar que, ante el absolutismo jurídico que vivimos día a día, existe una visión vertical o jerárquica en torno a dichas fuentes, encontrando en primer lugar a la propia ley, y posteriormente, supeditada a ella, a la jurisprudencia y a la costumbre. Asimismo, al final del camino, podemos vislumbrar aspectos doctrinales.

Las fuentes reales del derecho monetario son aquellos acontecimientos de la vida social vinculados con la materia monetaria que la autoridad toma en consideración para regularlos. Por ejemplo, en México, durante la década de 1930, ante un aumento exponencial de las cotizaciones internacionales de la plata, el valor intrínseco de las monedas de dicho metal se acercó y superó su valor facial, es decir, la moneda de plata llegó a valer más como mercancía que como dinero. Consecuentemente, las monedas de plata se tuvieron que retirar de circulación y sustituirlas por otras piezas, pensándose así en el billete, el cual en 1935-1936 se convierte en una moneda fundamental en México, lo cual se reflejó en la legislación monetaria, al conferírsele poder liberatorio ilimitado.

Por otro lado, las fuentes históricas del derecho monetario son aquellos documentos o monumentos que contienen el derecho monetario. A guisa de ejemplo, tenemos a las Ordenanzas de Medina del Campo de 1497 dadas por los Reyes Católicos; a las Ordenanzas de Cazalla de 1730, y a la Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos de 1905, entre otras.

Finalmente, las fuentes formales del derecho monetario son la Ley Monetaria, la jurisprudencia monetaria, la costumbre monetaria (usos monetarios), y la doctrina monetaria.

Al hablar de la Ley Monetaria,¹¹ debemos distinguir entre las leyes monetarias primarias y las leyes monetarias secundarias.

Las leyes monetarias primarias son aquéllas cuyo objeto y contenido gira primordialmente en torno a la moneda y al dinero: dichos conceptos, así como los temas que se les vinculan íntimamente son aspectos relevantes que las fundamentan y motivan. En México, se pueden ubicar dentro de este rubro a las siguientes leyes:

- 1) Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos.
- 2) Ley Reglamentaria de la fracción XVIII del artículo 73 constitucional en lo que se refiere a la facultad del Congreso para dictar reglas que determinen el valor relativo a la moneda extranjera.

¹¹ Para efectos aclaratorios, siguiendo a Santo Tomás de Aquino, por Ley entendemos la *Ordinatio rationis, ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet promulgata* (Ordenamiento de la razón, promulgado por la autoridad, para lograr el bien común).

- 3) Ley del Banco de México.
- 4) Ley de la Casa de Moneda de México.

Por su parte, las leyes monetarias secundarias son aquéllas que contienen en forma accesoria o incidental, disposiciones relacionadas con la moneda y el dinero, así como con los temas que les son afines. Para interpretar el alcance de tales disposiciones y, consecuentemente, darles cierto sentido, necesariamente deben ser vinculadas con las leyes monetarias primarias. En México, consideraríamos como leyes monetarias secundarias, diversos códigos y leyes que contienen disposiciones relacionadas con la materia monetaria, tales como el Código Penal Federal, el Código Civil Federal, el Código de Comercio, la legislación mercantil, la legislación financiera, la legislación administrativa, la legislación fiscal y la legislación laboral, entre otras.

Cabe comentar que, por encima de las leyes monetarias, tanto primarias como secundarias, desde un punto de vista jerárquico, se encuentran los convenios o tratados internacionales celebrados por México en materia monetaria, por ejemplo, la Convención Internacional para la Represión de la Falsificación de Moneda y Protocolo Anexo, firmados en Ginebra, el 20 de abril de 1929.

Asimismo, por encima de los convenios o tratados internacionales se encuentran las disposiciones de carácter monetario contenidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y que son: los artículos 28 constitucional, sexto y séptimo párrafos (Banco de México); 73, fracción XVIII (Facultades del Congreso de la Unión en materia monetaria), y 117, fracción III (Prohibición absoluta para los estados de la Federación en materia monetaria).

Expuesto lo relativo a la Ley Monetaria, debemos mencionar que la jurisprudencia monetaria¹² tiene relevancia en la práctica, princi-

¹² La jurisprudencia puede referirse en materia jurídica a varios términos. Así, por ejemplo, se utiliza como sinónimo de derecho y de ahí que se hable de la Facultad de Jurisprudencia. Por otro lado, en el derecho romano, ULPIANO define a la jurisprudencia como *Divinarum atque humanarum rerum notitia; iusti atque iniusti scientia* (El conocimiento de las cosas divinas y humanas; la ciencia de lo justo y de lo injusto). En el derecho mexicano, hace referencia a una fuente formal del derecho que implica principalmente la actividad del juzgador. Consecuentemente, se le conceptúa como el criterio sostenido por algunos tribunales federales con base en cinco ejecutorias resueltas en el mismo sentido sin verse contrariadas por otra en sentido contrario. La jurisprudencia así entendida, ayuda a interpretar o integrar la ley, y es el sentido que nos ocupa.

palmente en el campo de las obligaciones monetarias, cuando se le vincula con el tema de la moneda extranjera. Asimismo, trasciende en el ámbito de la seguridad de la circulación monetaria, cuando interpreta disposiciones relativas a los delitos monetarios.

Por su parte, en materia monetaria es común utilizar como sinónimos costumbre monetaria y usos monetarios.¹³ En ese sentido, por usos monetarios entendemos las prácticas continuadas de actos o conductas que se vinculan con la moneda (el dinero), y que se consideran por una comunidad como jurídicamente obligatorias. Los usos monetarios son usos normativos o generales, y como ejemplo de ellos tenemos ciertos actos relativos a la distribución o suministro de la moneda en México, o bien, los que se refieren al proceso de fabricación de los billetes o acuñación de la moneda metálica.

Por último, en relación con la doctrina monetaria,¹⁴ debemos reiterar que en el caso particular de México existe una escasez de obras generales sobre el derecho monetario. Lo que existe son obras sobre temas especiales, pero aun así son pocas. Asimismo, dichas obras no son vinculativas, aunque esto no es impedimento para que los legisladores las tomen en consideración para crear o reformar las leyes, o bien, los jueces las utilicen para interpretar, integrar o aplicar la ley, e incluso se utilice para integrar actos administrativos.

¹³ En términos generales la costumbre se distingue de los usos, pues se nos enseña que la primera tiene tres elementos, a saber: 1) material (actos realizados por mucho tiempo); 2) formal (que una comunidad considere los actos realizados por mucho tiempo como obligatorios), y 3) racional (lo que lleva a considerar que los actos realizados por mucho tiempo son obligatorios). Por su parte, se nos dice que los usos sólo tienen el primer elemento. Sin perjuicio de ello, debemos comentar que en ocasiones, los términos costumbre y usos son utilizados indistintamente, sobre todo, en materia mercantil. Para explicar las razones de esta situación, debemos precisar que, desde un punto de vista doctrinal, los usos pueden ser de dos tipos: 1) usos interpretativos o convencionales, y 2) usos normativos o generales. Los primeros surgen de las relaciones entre personas determinadas con el objeto de concretar o aclarar una declaración de voluntad determinada, mientras que los segundos son practicados por una comunidad, con la convicción de ajustarse a una norma jurídica. En ese sentido, cuando se utiliza la sinonimia entre costumbre y usos, es porque se hace referencia a los usos normativos o generales.

¹⁴ La doctrina básicamente se refiere a las opiniones de los juristas, las que generalmente son plasmadas en sus tratados, comentarios, manuales, opúsculos, etcétera. En México, la doctrina jurídica no obliga por sí misma, por lo que se llega a decir que es una fuente indirecta del derecho, ya que los legisladores, jueces y, en términos generales, la autoridad, antes de dictar alguna ley, resolución o acto la pueden consultar. Consecuentemente, desde este punto de vista sí puede ser considerada como fuente formal del derecho.

VI. LA NUMISMÁTICA

1. Etimología de la palabra numismática

Hechas nuestras consideraciones sobre el derecho monetario, pasaremos al estudio de la numismática y para ello, explicaremos que dicha palabra proviene del griego “νομίζω” que significa “tener por costumbre” y de “νομος”, cuyo significado es “uso” o “ley”.¹⁵ Por ello, resulta lógico que Aristóteles en su *Ética Nicomaquea* haya expresado lo siguiente:

“...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. Más 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...”.¹⁶

Consecuentemente, en principio, atendiendo su etimología, podemos decir que la palabra “Numismática” se encuentra vinculada estrechamente al concepto griego de moneda: *nómisma* (en latín se llega a utilizar el término *nummus*, *nummi* junto al de *moneta*),

¹⁵ Santiago RODRÍGUEZ CASTRO, *Diccionario etimológico griego-latín del español*, 14a. ed., Ed. Esfinge, México, 2007, p. 92. Sin perjuicio de esta etimología sobre numismática, no podemos dejar pasar por alto que también se señala que numismática proviene del hebreo *Numii*, moneda y *Amastik*, reunión, esto es, reunión de monedas (Fuente: <http://es.wikipedia.org>, voz “Numismática”). Asimismo, resulta importante el comentario de San Isidoro de Sevilla quien dice que: “*Nómisma est solidus aureus vel argenteus sive aereus, qui ideo nómisma dicitur quia nominibus principum effigiisque signatur...*” (“Nómisma es la pieza de oro, de plata o de cobre. Se llama *nómisma* porque está troquelada con los nombres y las efigies de los príncipes...”) (Véase SAN ISIDORO DE SEVILLA, *Etimologías*, edición bilingüe II (Libros XI-XX), Texto Latino, versión española, notas e índices por José Oroz Reta y Manuel A. Marcos Casquero, 2a. ed., Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2000, p. 303).

¹⁶ ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, versión de Antonio Gómez Robledo, 19a. ed., Porrúa, “Sepan cuantos...”, num. 70, México, 2000, lib. V, cap. V, p. 64.

el cual hace referencia a una cosa que convencionalmente se utiliza por la sociedad como dinero, esto es, como medio de cambio —nosotros insistiríamos como medio de justicia en las conmutaciones e intercambios de bienes o servicios—, encontrando así naturalmente su fuente en la costumbre o el uso, es decir, en la práctica continua de actos o conductas que en ocasiones se llegan a considerar por una comunidad como obligatorias.

2. La numismática en sus inicios

Expuesta la etimología de la palabra numismática, debemos mencionar que hay quien señala que la propia numismática “nació con las primeras monedas acuñadas, tan antigua como ellas, a pesar de que los libros de esta ciencia no sean en su mayoría anteriores al descubrimiento de América, y el término numismática como tal, no haya sido introducido en el vocabulario castellano, según el erudito Juan Corominas, hasta 1817”.¹⁷

Por otro lado, debemos mencionar que, hasta principios del siglo XX, “los numismáticos usaban la palabra “medalla” para designar indistintamente a una moneda o a una medalla”.¹⁸ En ese sentido, en el siglo XIX se llegó a definir a la numismática como “la ciencia que enseña el conocimiento de las medallas en general, y particularmente de las antiguas, y por esta razón se llama también ciencia de las medallas”.¹⁹ Consecuentemente, se sostenía que “bajo el nombre de medallas se comprende todo pedazo de metal batido ó acuñado, comúnmente redondo, con alguna figura, símbolo, emblema o ins-

¹⁷ Gustavo Adolfo DEL ÁNGEL MOBARAK, *Crónica de la Sociedad Numismática de México. Historia de sus primeros 35 años*, Sociedad Numismática de México, A. C., México, 1988, p. 9. Se corrobora lo expuesto, al señalarse: “Tan extensa como la historia universal y tan dilatada en su campo como la historia del arte o la de la ciencia, la numismática participa de todas las épocas y toma la forma de lo arqueológico en los tiempos clásicos y de lo documental en los medievales y modernos” (Felipe MATEU Y LLOPIS, *Glosario hispánico de numismática*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Sección de Estudios Medievales de Barcelona, Barcelona, 1946, p. V).

¹⁸ Así lo dice don Miguel L. MUÑOZ, en la “Advertencia” del libro de don José GÓMEZ DE LA CORTINA, *Nociones elementales de numismática, para el uso de los aficionados a esta ciencia*. Edición facsimilar de la obra editada por primera vez en 1843, Academia Mexicana de Estudios Numismáticos, A. C., México, 1975, p. X.

¹⁹ GÓMEZ DE LA CORTINA, *op. cit.*, p. 5.

cripción, haya ó no circulado como moneda”,²⁰ afirmándose así que, “la numismática prescinde de la distinción que hay entre medalla y moneda, y solo atiende á la importancia histórica de una y otra”.²¹

En nuestros días, tal concepción de numismática no satisface, debido a que en la realidad se ha dado la existencia de otras piezas numismáticas diferentes a la moneda metálica y a la medalla, como el billete o papel moneda, y las téseras. De ahí que se propongan otras concepciones que abarquen la referencia a dichas piezas.

3. Hacia una definición de numismática

Sin perjuicio de lo anterior, partiendo de un conocimiento general a uno especializado, estimamos que, en nuestros días, son de destacarse las siguientes concepciones de numismática:

“numismático, ca. (Del fr. numismatique, éste der. del lat. numisma, moneda, y éste del gr. νόμισμα). 1. adj. Perteneciente o relativo a la numismática. 2. m. y f. Persona que profesa esta ciencia o tiene en ella especiales conocimientos. 3. f. Ciencia de las monedas y medallas, principalmente de las antiguas”.²²

“numismático, a: Persona que se dedica a la numismática. Ciencia que estudia las monedas, las medallas y, por extensión, otros medios de pago, como objetos artísticos o arqueológicos”.²³

“Numismática. Ciencia que enseña el conocimiento de las monedas en general”.²⁴

“Numismática. Es la rama de la ciencia histórica que estudia las monedas y medallas antiguas y modernas, analizadas desde el punto de vista histórico, artístico e iconográfico y sus relaciones con la economía, metrología, epigrafía, geografía, etc. Enseña a conocer el valor de las unas, el objeto de las otras, la época de su institución, uso y significación de las inscripciones, abreviaturas, símbolos y figuras que en ella aparecen. Comprende también el estudio de las condecoraciones, placas, cruces, botones, etc. La numismática, considerada por algunos como ciencia independiente, es indispensable para

²⁰ *Loc. cit.*

²¹ *Loc. cit.*

²² Véase *numismático, ca*, en Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 22a. ed., Madrid, Espasa Calpe, 2001, t. II, p. 1597.

²³ Véase “Glosario de términos numismáticos”, contenido en Elena HORZ (coord.), *La moneda mexicana*, Banco de México, México, 2001, p. 236.

²⁴ Gloria Edith CAMARENA TORRES y Anna María CROSS DE TORRES, *Pequeño diccionario numismático*, edición de las autoras, p. 19.

el conocimiento de la geografía antigua, historia, mitología, paleografía, epigrafía, iconografía, metrología, cronología, arte, religión, costumbres y grado de civilización de los pueblos que acuñaron la moneda... Comprende el estudio de la moneda y subsidiariamente el de la medalla..."²⁵

Ahora bien, cualquiera que sea el concepto adoptado, aplicando las reglas de la lógica y tomando en consideración los elementos comunes que derivan de las definiciones mencionadas, estimamos que en torno a la numismática pueden distinguirse dos tipos de definiciones, una nominal (referida al propio término de numismática) y una real, que puede ser a la vez descriptiva (enumerando las principales propiedades de la numismática) o esencial (ejecutada a base del género próximo y de la diferencia específica de la numismática).²⁶ En ese sentido, podemos decir que por numismática entendemos:

- 1) La ciencia que estudia la moneda en general (Definición nominal).
- 2) La ciencia que estudia las monedas metálicas, medallas, billetes y téseras, tanto antiguas como modernas, a partir de sus características físicas, de los hechos que les dan origen y, consecuentemente, de su natural repercusión y trascendencia en la historia (Definición real descriptiva).
- 3) La ciencia que estudia las monedas (metálicas o de papel) y, por extensión las medallas y las téseras, antiguas y modernas, tomando en cuenta sus características, orígenes e historia (Definición real esencial).

²⁵ Definición de Humberto F. Burzio citada por Duane D. DOUGLAS, *Numismática mexicana. El libro primero y la moneda después*, edición del autor, p. 1.

²⁶ Sobre el concepto de "definición" y sus tipos, siguiendo a Raúl GUTIÉRREZ SÁENZ *Introducción a la lógica*, 24a. ed., Ed. Esfinge, México, 1989, p. 126, debemos mencionar: "Definir viene del latín *definire* y significa delimitar, poner límites. Una definición es la expresión de lo que es un objeto sin añadir ni quitar nada a él. Es útil para lograr la exactitud en los conceptos y evitar la ambigüedad del lenguaje. Con ellas se puede evitar discusiones estériles... La definición se divide en nominal y real. La definición nominal se refiere a la palabra (o nombre). Es útil para orientar hacia el significado preciso de la palabra empleada. La definición real se refiere a la cosa u objeto significado. Puede ser descriptiva o esencial. La definición descriptiva es una enumeración de las propiedades más típicas del objeto. La definición esencial se ejecuta a base del género próximo y la diferencia específica. Las reglas de la definición correcta son seis: 1. Breve, pero completa, es decir, exacta. 2. Aplicable a todo y a sólo lo definido. 3. Clara. 4. La palabra definida no debe emplearse en la definición. 5. No debe ser negativa. 6. Debe indicar atributos esenciales (de ser posible, el género próximo y la diferencia específica)".

Como se observa, la definición nominal, por cuestiones del lenguaje, necesariamente se limita a las monedas (sin distinguir si son metálicas o de papel), mientras que la definición real, tanto descriptiva como esencial, abarca otras piezas numismáticas, lo que lógicamente la lleva a ser en nuestros días la definición más completa. Asimismo, es de hacerse notar que desde el punto de vista de la referida definición real en sus dos vertientes, resulta natural vincular *a priori*, la numismática con la historia.²⁷

4. La división de la numismática

Con base en la definición real, tanto descriptiva como esencial de numismática, podemos decir que dicha ciencia se puede dividir en cuatro partes, a saber:

- 1) Monedística.
- 2) Medallística.
- 3) Billetística.
- 4) Taserología.

5. La monedística

La monedística es la parte de la numismática que estudia las monedas. En ese sentido, debemos hacer una precisión: la monedística sólo se refiere al estudio de las monedas metálicas y no comprende el de los billetes ni el de las medallas, pues de éstos se encarga la billetística y la medallística, como se analizará posteriormente.

Sobre el término moneda debemos detenernos para hacer las siguientes precisiones: "Moneda" proviene del vocablo latino *moneta*

²⁷ Las definiciones presentadas, toman en cuenta ciertas expresiones o formas modernas del dinero como la moneda metálica y el billete e incluyen otras formas que no necesariamente son dinero como es el caso de las medallas. Adicionalmente, somos de la opinión de que abarcan ciertas formas que en ocasiones se relacionan con el dinero, como es el caso de las tarjetas de crédito, de débito o los llamados "monederos electrónicos" y las fichas monetarias que bien podrían quedar incluidas dentro del concepto genérico de téseras. Aunado a ello, de las diversas conversaciones sostenidas con don José Antonio Bátiz Vázquez, don Rogelio Charteris Reyes y don Luis M. Gómez Wulschner, destacados numismáticos mexicanos, podría considerarse dentro de la definición de numismática a las condecoraciones, placas, cruces, botones, etcétera, tal y como lo hace en su definición Humberto F. Burzio.

que significa “quien advierte”.²⁸ En ese sentido, *moneta* a su vez deriva del verbo latino *moneo-es-ere-ui-itum*, que significa advertir, amonestar.²⁹ A simple vista la palabra *moneta* parece no darnos alguna claridad sobre lo que en nuestra mente actualmente podríamos identificar conceptualmente como moneda. Por ello, resulta necesario considerar lo siguiente: *Moneta* 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 del 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 y su sobrenombre *Moneta* (la que advierte), 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 castellano utilizamos el término *moneda*, en inglés el de *money*, en francés el de *monnaie* y en portugués el de *moeda*.³⁰

En otro orden de ideas, la Real Academia Española, en su *Diccionario de la Lengua Española*, señala que la “Moneda” es 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.* Billeto o papel de curso legal. // 2. coloq. Dinero, caudal...”³¹

²⁸ 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.

²⁹ Martha Patricia IRIGOYEN *et al.*, *Latín jurídico*, McGraw-Hill, México, 2005, p. 210.

³⁰ MARTÍNEZ LE CLAINCHE, *op. cit.*, p. 9; WEATHERFORD, *op. cit.*, p. 78 y Terminología del FMI. Glosario multilingüe contenido en <http://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., Porrúa, UNAM, México, 1998, p. 2150.

³¹ Véase *moneda* en Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 22a. ed., Madrid, Espasa Calpe, 2001, t. II, pp. 1527 y 1528.

Siguiendo a don Felipe Mateu y Llopis, tenemos que dicho autor en su *Glosario hispánico de numismática*, en relación con la moneda señala lo siguiente: “Covarrubias, *Tesoro*, la define así: *Moneda, cierto peso y cantidad de metal, oro, plata y cobre, acuñado con el cuño del Rey, Príncipe o República, que tenga facultad de batir moneda. Dixose del nombre Lat. moneta; porque con las insignias y armas impresas en ella, nos advierte cuya es, Graece nomisma de nomos lex, por haber de ser legal y fiel; y la que no es de ley llamamos falsa...*”³²

Por otro lado, de conformidad con otro “Glosario de términos numismáticos”, contenido en el libro *La moneda mexicana*,³³ por moneda –nosotros agregaríamos “metálica”– entendemos la “Pieza de metal que sirve de medida común para establecer el precio de las cosas y para hacer efectivos los contratos y cambios. Disco de metal acuñado con el busto del soberano o la marca o sello del gobierno emisor”.

La moneda metálica es entendida entonces como la pieza de metal acuñada que concreta el concepto abstracto de dinero y, consecuentemente, en la realidad expresa formalmente un medio de justicia en los cambios o conmutaciones de bienes o servicios, sirviendo económicamente como medio de cambio,³⁴ medida y reserva de valor de dichos bienes y servicios,³⁵ así como contando generalmente con curso legal en un lugar y momento dados.³⁶

³² MATEU Y LLOPIS, *op. cit.*, p. 136.

³³ Véase nota 23.

³⁴ Considerar a la moneda 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 la moneda sea un eficaz medio de cambio requiere que la sociedad lo acepte como instrumento general de pago, lo que 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 art. 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”.

³⁵ El ser medida de valor significa que la moneda como expresión formal del 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 vincularla a una unidad monetaria. Por su parte, la función de la moneda 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, la moneda es portadora 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.

³⁶ El curso legal, como lo señalamos indirectamente en la nota 2, generalmente se entiende como poder liberatorio obligatorio conferido por el Estado.

Expuestos así los conceptos de moneda metálica, podemos decir que este tipo de monedas tienen normalmente las características físicas generales siguientes:

- 1) Dos caras. Anverso: cara de la moneda, es decir, es el lado principal, que comúnmente lleva la efigie, dibujo o leyenda más representativo de la moneda. Reverso: cara opuesta al anverso (envés).
- 2) Forma. Por regla general redonda o circular, aunque puede ser de otro tipo: rectangular, cuadrada, poligonal, ovalada o en forma de herramienta. Cabe comentar que se llama cospel el disco, rectángulo, cuadro u óvalo de metal liso sobre el cual se acuña la moneda.
- 3) Diámetro: módulo o tamaño de la moneda.
- 4) Canto: borde exterior y lateral de la moneda; cuando se encuentra labrado, grabado o estriado se llama cordón o cordoncillo.
- 5) Listel: porción de metal que sale del canto y que rodea todo el perímetro de la moneda.
- 6) Grafila: orla ubicada muy cerca o unida al listel del borde de la moneda compuesta de rayas, estrías, puntos, hojas, etcétera, en campos de anverso y reverso.
- 7) Campo o área: espacio que queda libre y sin inscripciones en ambas caras.
- 8) Efigie, dibujo o leyenda que se pone alrededor del campo o área.
- 9) Exergo: parte inferior de la moneda en donde se graba alguna leyenda, palabra, sentencia o fecha.
- 10) Valor de la moneda (facial o nominal).
- 11) Fecha.
- 12) Símbolo del lugar donde se acuña o troquela la moneda.
- 13) Una ley o composición metálica (de uno o dos metales, en este caso composición bimetálica, que generalmente se constituye por dos aleaciones, una en la parte central y otra para el anillo periférico).
- 14) Peso (determinación de la cantidad total de metal contenido en la moneda).
- 15) Grosor.

En relación con la monedística y atendiendo en parte al referido "Glosario de términos numismáticos",³⁷ hoy en día podemos distinguir las siguientes clases de monedas metálicas:

- a) Moneda alterada. La que ha sido modificada en algún detalle.
- b) Moneda amonedada o contante y sonante. La que es metálica.
- c) Moneda corriente. La que es legal y usual.
- d) Moneda cortada. La que carece de cordoncillo (protección), adorno y leyenda en el canto, y cuyo cospel fue cortado.
- e) Moneda divisionaria. La que equivale a una fracción exacta de la unidad monetaria legal.
- f) Moneda efectiva. La que es corriente.
- g) Moneda falsa. La que es fabricada por persona no autorizada, generalmente con menor contenido de metal fino.
- h) Moneda menuda. La que es pequeña.
- i) Moneda obsidional. La que se acuña en una plaza sitiada.
- j) Moneda trabucante. La que tiene más del peso legal.

Por su parte, tomando en cuenta la Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos (LMEUM), somos de la opinión de que podemos hablar de los siguientes tipos de monedas metálicas:³⁸

- 1) *Por su circulación*:
 Moneda circulante (art. 2o., LMEUM): moneda metálica de múltiplos y submúltiplos de la unidad monetaria, y moneda metálica conmemorativa de acontecimientos de importancia nacional.
 Moneda no circulante (arts. 2o. bis, 7o., segundo párrafo, LMEUM): Moneda metálica acuñada en metales finos.
- 2) *Por su "nacionalidad"*:
 Moneda nacional o mexicana (arts. 3o., 7o., primer párrafo, LMEUM).
 Moneda extranjera (art. 8o., LMEUM).

³⁷ HORZ, *op. cit.*, p. 236.

³⁸ Consideramos que esta clasificación también sería aplicable al billete y, particularmente, en el numeral 3) podríamos hablar de éste como una moneda circulante con poder liberatorio ilimitado.

3) *Por su poder liberatorio:*

Moneda circulante con poder liberatorio limitado (moneda metálica) (arts. 5o. y 6o., LMEUM).

Moneda no circulante con poder liberatorio especial (moneda metálica acuñada en metales finos) (art. 2o. bis, fracción IV, LMEUM).

Moneda sin poder liberatorio (moneda desmonetizada) (arts. 22 y 23, LMEUM).

4) *Por sus modificaciones físicas:*

a) Moneda perforada (art. 10, LMEUM).

b) Moneda recortada (art. 10, LMEUM).

c) Moneda con marcas o contraseñas (art. 10, LMEUM).

d) Moneda que presenta vestigios de usos no monetarios (art. 10, LMEUM).

e) Moneda metálica circulante alterada o transformada (art. 10, LMEUM).

f) Moneda imitada (arts. 17, 19 y 20, LMEUM).

g) Moneda reproducida total o parcialmente en cualquier forma (arts. 17, 19 y 20, LMEUM).

h) Moneda falsa (arts. 17, 19 y 20, LMEUM).

5) *Por su creación (acuñación o fabricación):*

a) Moneda acuñada o fabricada por la autoridad monetaria (arts. 11 a 13, LMEUM).

b) Moneda acuñada o fabricada por un tercero (arts. 11 a 13, LMEUM).

En relación con esta clasificación implícita de la LMEUM debemos comentar que la misma puede ser objeto de perfeccionamiento, máxime que también desde el punto de vista jurídico existe la Circular 2026/96 emitida por el Banco de México que conteniendo las disposiciones relativas al almacenamiento, abastecimiento, canje, entrega y retiro de billetes y monedas metálicas dirigidas a las instituciones de crédito, en su numeral "I. Definiciones", señala explícitamente una clasificación de las monedas metálicas, en el siguiente sentido:

1. Monedas metálicas Tipo AA.
2. Monedas metálicas Tipo A.
3. Monedas metálicas Tipo B.
4. Monedas metálicas Tipo C.
5. Monedas metálicas en proceso de retiro.
6. Monedas metálicas desmonetizadas.
7. Monedas metálicas sin valor: monedas metálicas alteradas y monedas metálicas presuntamente falsas.

Finalmente, atendiendo su estado de conservación, siguiendo a Duane D. Douglas,³⁹ podemos clasificar a las monedas de un mayor a un menor estado de conservación de la siguiente manera:

- 1) BU. Brilliant Uncirculated (brillante sin circular).
- 2) UNC. Uncirculated (sin circular).
- 3) AU. Almost Uncirculated (casi sin circular).
- 4) EF. Extremely Fine (extremadamente fino).
- 5) VF. Very Fine (muy fino).
- 6) F. Fine (fino).
- 7) VG. Very Good (muy bueno).
- 8) G. Good (bueno).
- 9) FR. Fair (regular).
- 10) PR. Poor (pobre).

6. La medallística

La medallística es la parte de la numismática que estudia las medallas. Las medallas actualmente son entendidas como "una pieza fundida o acuñada que no lleva indicación de valor, no forma parte de ninguna serie como las monedas ni es emitida por disposición gubernativa, salvo casos especiales".⁴⁰ Cabe comentar que el término Medalla era un nombre genérico que se le daba a la moneda por los pueblos de la antigüedad, y que "la palabra "*medaglia*" se encuentra en un documento italiano del siglo XII para indicar al medio denario y en Francia, la voz equivalente, "*maille*", proviene de la palabra media

³⁹ DOUGLAS, *op. cit.*, p. 33.

⁴⁰ CAMARENA TORRES y CROSS DE TORRES, *op. cit.*, p. 17.

porque era aplicada a la moneda italiana del mismo valor".⁴¹ La medalla se caracteriza por tener generalmente las partes siguientes:

- 1) Caras: anverso y reverso.
- 2) Forma.
- 3) Diámetro.
- 4) Canto.
- 5) Ley o composición metálica.
- 6) Peso.
- 7) Grosor.
- 8) Leyendas, tipos o emblemas, campos o áreas.

Como se observa, las medallas no tienen un valor facial o nominal ni forman parte de serie alguna.

En otro orden de ideas, debemos comentar que la medalla, al igual que la moneda, también se puede clasificar, encontrando así cinco tipos de medallas diferentes, a saber:

- 1) Medallas conmemorativas (oficiales o particulares).
- 2) Medallas simbólicas (religiosas, sociales o distintivas).
- 3) Medallas premiales (condecoraciones militares o civiles).
- 4) Medallas artísticas (series y medallones).
- 5) Medallas comerciales.⁴²

7. La billetística

La billetística estudia a los billetes o papel moneda. En ese sentido, hay quien la define como: "El estudio de los billetes, el papel moneda, o de la moneda de papel",⁴³ o bien, como la parte de la numismática que "estudia las emisiones de papel moneda (cédulas, billetes de banco oficiales y particulares, bonos, obligaciones y vales)".⁴⁴

⁴¹ *Loc. cit.* Luis M. GÓMEZ WULSCHNER comenta: "La voz *medaille* se deriva del latín *metallum*, que significa "metal" ("Breve historia de la medalla en México", en *La acuñación en México, 1535-2005*, Chapa Ediciones, México, 2005, p. 159).

⁴² GÓMEZ WULSCHNER, *op. cit.*, p. 159.

⁴³ CAMARENA TORRES y CROSS DE TORRES, *op. cit.*, p. 3.

⁴⁴ GÓMEZ WULSCHNER, *op. cit.*, p. 159.

Respecto del billete —principal objeto de estudio de la billetística—, debemos decir que desde el punto de vista etimológico dicho término proviene del francés *billet*, y éste del francés antiguo *bullete*, que significa "documento". Billete es así un documento impreso o grabado que representa cantidades de numerario y que en un momento dado circula como medio legal de pago en un país determinado.⁴⁵

Cabe comentar que, en nuestros días, los billetes en el medio de la impresión son conocidos como documentos de seguridad, es decir, documentos que contienen combinados elementos difíciles de reproducir o falsificar (por ejemplo, marcas de agua, hilos de seguridad, etcétera). Asimismo, al final del camino, los billetes como documentos, son papeles que en un momento determinado cumplen las funciones económicas y la función jurídica del dinero, esto es, son medios de cambio, medida y reserva de valor, así como instrumentos generales de pago.

En principio, los billetes surgen después de la moneda metálica, cuando las sociedades empezaron a confiar en el valor que representaban dichos documentos, el cual se encontraba apoyado en la seguridad económica y jurídica que daban las propias instituciones que los emitían.

El término papel moneda probablemente se adoptó al identificar la utilización de esos documentos como moneda, la que al final del camino concreta al dinero. Las características físicas que podemos atribuir a los billetes son las siguientes:

- 1) Generalmente de forma rectangular (para colocarlos cómodamente en las carteras).
- 2) De diferentes dimensiones (para diferenciar sus denominaciones).
- 3) De diferentes colores.
- 4) Con palabras y cifras que marcan el valor nominal del billete.
- 5) Nombre del (o los) banco (s) emisor (es).
- 6) Número de serie.
- 7) Fecha de emisión.
- 8) Marcas de seguridad.

⁴⁵ Véase *billete* en Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 22a. ed., Madrid, Espasa Calpe, 2001, t. I, p. 318.

- 9) Con anverso y reverso.
- 10) Con motivos arqueológicos, personajes históricos, paisajes urbanos, edificios, tipos populares, representaciones zoomorfas, figuras infantiles, presencia de la mujer, alegorías o medios de transporte, entre otros.
- 11) Actualmente se imprimen en un polímero (sustrato plástico que se conoce técnicamente como polipropileno de orientación biaxial) y deben tener una o varias características que permitan identificarlos a las personas invidentes.

Finalmente, en términos generales, tomando como referencia los criterios contenidos en la citada Circular 2026/96 del Banco de México, en principio podríamos clasificar a los billetes de la siguiente manera:

- 1) Billetes aptos para circular: son los que están completos, no han sufrido cortes, rasgaduras o roturas, no presentan perforaciones, no han sido marcados, y sus grados de limpieza son adecuados para que continúen en la circulación.
- 2) Billetes no aptos para circular, que pueden ser de tres tipos:

- Billetes deteriorados: son los que deben ser retirados de la circulación porque les falte una porción del billete, por el desgaste o suciedad en que se encuentran, así como los que han sufrido algún corte o rasgadura, que haya ocasionado o no el desprendimiento de alguna de sus partes, y que han sido reparados con cinta adherible o pegamento transparente.
- Fracciones de billetes con valor: son los que están incompletos porque les faltan porciones que no les quitan su valor.
- Billetes deformados: son aquéllos impresos en sustrato de polímero que estén deformados por haber sido expuestos al calor, algún solvente, o por cualquier otro procedimiento.

- 3) Billetes sin valor, que pueden ser de seis tipos:

- Fracciones de billetes sin valor: son los que están incompletos porque les faltan porciones que les quitan su valor.

- Billetes marcados con mensajes: son los que presentan palabras, frases o dibujos, en forma manuscrita, impresa o cualquier otro medio indeleble que tengan como finalidad divulgar mensajes dirigidos al público.
- Billetes marcados para deteriorarlos: son los que presentan algunas señales que, a juicio del Banco de México, fueron hechas en forma sistemática y aparentemente intencional para forzar el deterioro de las piezas, toda vez que de no existir tales señales serían considerados como billetes aptos para circular.
- Billetes alterados: son los que están formados por la unión de dos o más fracciones procedentes de diferentes billetes.
- Billetes presuntamente falsos: son piezas con imágenes u otros elementos utilizados en los billetes del Banco de México, que podrían resultar idóneos para engañar al público, por ser confundibles con billetes emitidos legalmente.
- Billetes injertados: son los que presentan añadiduras que pretenden simular las porciones que les faltan.

8. La taserología

La taserología es la parte de la numismática que estudia las téseras. Por tésera entendemos la pieza numismática que no entra dentro de la clasificación de moneda metálica, medallas y billetes o papel moneda, y que suele definirse como la "Marca o pieza de metal, usada en la Edad Antigua, como ficha de entrada, pago privado, juego, contraseña".⁴⁶ En ese sentido, hay quien entiende a la taserología como la parte de la numismática que "estudia específicamente las fichas con valor monetario y de juego, los vales de servicio, especie o mercancía, etc."⁴⁷

9. El estudio de la numismática

Trayendo a colación lo dicho por don José Gómez de la Cortina (1799-1860), persona docta en las artes numismáticas, es de hacerse notar:

⁴⁶ MATEU Y LLOPIS, *op. cit.*, p. 202.

⁴⁷ GÓMEZ WULSCHNER, *op. cit.*, p. 159.

“el estudio de la *numismática*... es ya el mas propio para ilustrar al aficionado que lo cultiva, porque obliga forzosamente á recurrir sin cesar á las lenguas sabias, á la paleografía, á la historia general y á la particular de cada nación, de cada provincia, de cada ciudad, establecimiento, persona &c., á la geografía antigua y moderna, á la cronología, á la mitología, á las bellas artes, á la heráldica, &c. &c.”⁴⁸

Estas palabras, que datan de 1843, estamos seguros que no han perdido vigencia y que incluso, con el paso del tiempo se han fortalecido. Efectivamente, estamos convencidos que el estudio de la numismática aporta una cultura general pues esta disciplina se interrelaciona con otras más que la enriquecen. No se puede hablar de numismática sin hacer una inmediata vinculación con otras disciplinas que aunque no sea uno especialista de ellas, en cierta forma permite su comprensión general.

Aunado a lo anterior, la importancia del estudio de la numismática se refleja en todos los ámbitos de la cultura moderna al ser una ciencia auxiliar de la historia, pues como tal permite descubrir en la medida de lo posible y a través de las piezas numismáticas, los acontecimientos del pasado e incluso del presente, que trascienden en las demás ciencias y que nos ayudan a forjar criterios sobre nuestra realidad y modos de ser.

10. Principales características de la numismática

El estudio de la numismática nos permite afirmar que dicha disciplina –al igual que el derecho monetario–, se caracteriza por ser especial, nacional, internacional, multidisciplinaria e interdisciplinaria. Adicionalmente es dinámica y vinculada *a priori* con la historia.

La numismática es especial, dada la particularidad de su objeto de estudio –monedas metálicas, medallas, billetes y téseras– y de su enfoque –antiguas y modernas–.

Asimismo, es nacional e internacional, debido a la diversidad de piezas numismáticas que existen, tanto en nuestra patria como en otros países del mundo y que pueden ser objeto de estudio de la propia numismática.

⁴⁸ GÓMEZ DE LA CORTINA, *op. cit.*, p. 22.

Por su parte, es multidisciplinaria, toda vez que sus principales temas pueden ser analizados desde diferentes áreas del conocimiento humano, mientras que el que sea considerada interdisciplinaria, se debe a que para comprender cabalmente el alcance y contenido de sus temas, se le puede y se le debe vincular con otras áreas del conocimiento humano. Ahí entra, por ejemplo, el propio derecho monetario y la historia.

El que la numismática pueda ser considerada como dinámica, en nuestra opinión, en principio se entiende a partir de su vinculación con el tema de la tecnología, pues entendida ésta como el “Conjunto de teorías y de técnicas que permiten el aprovechamiento práctico del conocimiento científico”,⁴⁹ no podemos negar que con los respectivos avances tecnológicos, el objeto de la numismática como ciencia evoluciona y puede desarrollarse con mayor eficacia y eficiencia, encontrando incluso nuevas formas. Por lo tanto, con un mayor avance tecnológico, la numismática encuentra un mejor desenvolvimiento en nuestra realidad e incluso la generación de nuevos temas de estudio, implicando así cierta dinámica. Lo anterior, claro está, sin perjuicio del descubrimiento o incluso redescubrimiento de los conocimientos teóricos que van acrecentando los diversos contenidos de la propia numismática.

11. La íntima relación entre numismática e historia

Un aspecto importante en torno a la numismática, que no debemos pasar por alto, es lo relativo a la relación que se presenta entre dicha ciencia y la historia, pues con ello estimamos que tendremos los elementos necesarios sobre la propia numismática que nos permitirán entender plenamente la vinculación que guarda dicha disciplina con el derecho monetario, todo lo cual se hará posteriormente.

Ahora bien, entrando en materia y tomando en consideración las palabras de nuestro maestro Francisco Borja Martínez, debemos precisar lo siguiente:

⁴⁹ Véase *tecnología* en Real Academia Española, *Diccionario esencial de la lengua española*, Espasa Calpe, Madrid, 2006, p. 1417.

“La ciencia que trata del conocimiento de las monedas está relacionada con dos disciplinas que le son conexas: la que se encuentra referida a la historia y aquella concerniente al derecho monetario. Respecto a la primera don Miguel L. Muñoz, quien fuera en vida muy distinguido presidente de la Academia Mexicana de Estudios Numismáticos, destacó de manera reiterada la vinculación existente entre la historia y la moneda, señalando que aquélla da vida a la segunda, en tanto que ésta constituye un elemento de importancia para el mejor conocimiento de la primera. Tal interrelación, afirmó, se tuvo muy presente en la génesis de la Academia ya que en sus fundadores prevaleció la idea de abocarse al conocimiento de las monedas metálicas, billetes, medallas y téseras siguiendo la ruta de la investigación histórica con el afán “de crear entre los numismáticos una conciencia histórica y entre los historiadores una conciencia numismática”. Dicho afán está también presente en el “Numisma Lux Historiae”, lema de la Academia y alma en su escudo heráldico”.⁵⁰

Esta voz de autoridad nos lleva a afirmar que la numismática y la historia tienen una relación de primer orden, esencial e indispensable entre sí. Podríamos afirmar que sus contenidos son datos o elementos que se complementan, situación que se confirma al considerarse a la numismática como una ciencia subordinada a la historia o, mejor dicho, como una ciencia creada para servicio de la historia, de ahí que incluso hay quien señala que la naturaleza de la propia numismática es la de ser una rama de la ciencia histórica.

Numismática e historia son dos disciplinas que para entenderse a cabalidad requieren la una de la otra, pues su desarrollo va de la mano de los grandes cambios y descubrimientos que en ambos campos se han presentado, impactando incluso en otro tipo de disciplinas. Ambas disciplinas forman un binomio necesario para el desarrollo de la cultura. En ese sentido, José Antonio Bátiz Vázquez y Elena Horz nos dicen lo siguiente:

“Por su antigüedad y durabilidad las monedas metálicas [nosotros agregaríamos actualmente los billetes] se han convertido en fuente de datos históricos sobre los pueblos que los acuñaron [o fabricaron]. Son una invaluable base de información en diversos aspectos culturales tales como: el carácter técnico que se muestra en su manufactura, los tipos de metales [papeles] más utilizados, así como su fineza o ley; la información de tipo cronológico,

⁵⁰ Las palabras del maestro Borja Martínez las encontramos en HORZ, *La moneda mexicana*, p. 13.

geográfico, genealógico y heráldico que se deriva de las fechas grabadas, los lugares de su acuñación [fabricación], los bustos de los reyes y gobernantes y los escudos de armas o nacionales que las ilustran; y además de carácter estético, ya que reflejan los cambios de estilo propios de las escuelas artísticas que immortalizan su belleza”.⁵¹

Al final del camino, resulta evidente que toda pieza numismática es un documento vivo de su momento que aporta naturalmente datos históricos de quien se encuentra vinculado a ella, trascendiendo así el tiempo y el espacio y el sentido de la propia historia. Así, don José Gómez de la Cortina nos comenta:

“El uso principal de las medallas [y en general de cualquier pieza numismática] es corregir, confirmar y perpetuar las noticias de los hechos, pudiendo decirse de ellas que son los verdaderos *monumentos históricos*, pues por su duración, maravillosa en cierto modo, son preferibles á cualquiera otro medio de eternizar en lo posible la memoria de un acontecimiento. Así vemos que cuando el tiempo, el fuego, ú otra causa arruina un edificio, ó deshace un libro impreso, y reduce á polvo los restos de uno y de otro, la medalla [moneda] se conserva, sepultada tal vez en la tierra, y al cabo de centenares de años, aparece de nuevo, sirviendo de testimonio irrecusable. Esta es la razón porque á pesar de que tenemos la imprenta á nuestra disposición para conservar la historia de las cosas y de los sucesos, siempre se acuñan medallas [monedas], en la esperanza de que sobrevivan á los libros y á cualquier otro documento histórico; y esta misma esperanza ha dado origen también á la costumbre de colocar medallas en los cimientos de ciertos edificios, pues aquellas prometen mas larga duración que éstos. Es tal la idea que se tiene de la duración de las medallas [monedas], que algunos autores han llamado á las conchas, las *medallas [monedas] del diluvio*”.⁵²

VII. LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO MONETARIO Y LA NUMISMÁTICA

1. Premisa ordenadora

Precisado cierto contexto en torno al derecho monetario y a la numismática, nos queda reflexionar sobre el orden que guardan entre

⁵¹ José Antonio BÁTIZ VÁZQUEZ y Elena HORZ DE SOTOMAYOR, “La belleza de la moneda mexicana”, en Elena HORZ (coord.), *La moneda mexicana*, p. 141.

⁵² GÓMEZ DE LA CORTINA, *op. cit.*, pp. 5 y 6.

sí dichas disciplinas y, con ello, determinar la repercusión que tiene la primera respecto de la segunda y viceversa, así como su trascendencia para la cultura.

En ese sentido, siguiendo al maestro Borja Martínez, podemos decir en términos generales:

“en cuanto a la relación existente entre la numismática y el derecho monetario es de hacer mención que el numismático, para la investigación y el análisis de las monedas objeto de su estudio, precisa conocer las normas que originaron su emisión, establecieron sus características y dieron estructura al sistema monetario al que dichas monedas pertenezcan”.⁵³

Por otro lado, en esa tesitura y no menos importante, debemos comentar con el propio maestro Borja Martínez:

“los profesionales del derecho para determinar el significado de la nomenclatura empleada por la ley al mencionar ciertas características que deban tener las monedas metálicas [agregaríamos también a las medallas, a los billetes o papel moneda y a las téseras], requieren del apoyo que presta la ciencia numismática”.⁵⁴

2. El derecho monetario y su repercusión en la numismática

Con base en lo expuesto en el numeral anterior, consideramos que el derecho monetario auxilia a la numismática proporcionando cierto orden, pues gracias a dicho derecho, el numismático puede tener un referente necesario para entender el modo de ser y el sentido de la mayoría de piezas numismáticas cuya creación, emisión, circulación y extinción, generalmente es plasmada en el orden jurídico de un Estado en un lugar determinado, así como en un momento y tiempo dados.

El derecho monetario comúnmente presenta un panorama y una regulación general sobre las piezas numismáticas que ayuda a identificar sus principales características y respectivos contenidos que, con el tiempo, al perpetuarse, resultan de vital importancia para las diversas valoraciones que sobre las mismas hace el numismático. En

⁵³ HORZ, *La moneda mexicana*, p. 13

⁵⁴ *Loc. cit.*

ese sentido, las fuentes del derecho monetario guardan un papel de primer orden para el desarrollo de la numismática. Así, las fuentes históricas y formales del derecho monetario fijan datos que nos permiten precisar, en términos generales, las características de ciertas piezas numismáticas en un lugar y en un momento dados, situación que al final del camino permite sistematizar los contenidos de la propia numismática. Por su parte, las fuentes reales del derecho, indirectamente ayudan a comprender las razones que fundamentan y motivan los otros tipos de fuentes.

Un ejemplo que podemos dar en torno a lo que hemos mencionado lo encontramos en el contenido del artículo 2o., inciso c) de la Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos en relación con el “Decreto por el que se establecen las características de treinta y siete monedas conmemorativas del Bicentenario del Inicio del Movimiento de Independencia y del Centenario del Inicio de la Revolución Mexicana, de conformidad con el artículo 2o., inciso c) de la Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos”, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de diciembre de 2007.

En ese sentido, el referido artículo 2o., inciso c) de la Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos dispone:

“Las únicas monedas circulantes serán:...

c) Las monedas metálicas conmemorativas de acontecimientos de importancia nacional, en platino, en oro, en plata o en metales industriales, con los diámetros, leyes o composiciones metálicas, pesos, cuños y demás características que señalen los decretos relativos...”

Por su parte, el Decreto en mención, en su artículo único, dispone lo siguiente:

Artículo único. Se establecen las características de treinta y siete monedas bimetálicas conmemorativas del “Bicentenario del Inicio del Movimiento de Independencia y del Centenario del Inicio de la Revolución Mexicana”, de conformidad con el artículo 2o., inciso c) de la Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos, con las características que a continuación se señalan:

a) Valor facial: cinco pesos.

b) Forma: circular.

- c) Diámetro: 25.5 mm (veinticinco milímetros, cinco décimas).
 d) Canto: liso.
 e) Composición: las monedas serán bimetálicas y estarán constituidas por dos aleaciones, una para su parte central y otra para su anillo perimétrico, que serán como sigue:

1. Parte central de cada moneda.

Composición: aleación de bronce-aluminio

Esta aleación estará integrada como sigue:

92% (noventa y dos por ciento) de cobre; 6% (seis por ciento) de aluminio; y 2% (dos por ciento) de níquel; con una tolerancia, en más o en menos, de 1.5% (uno, cinco décimos por ciento), por elemento.

El peso será de 3.25 g. (tres gramos, veinticinco centésimos), y la tolerancia en peso por pieza será de 0.146 g. (ciento cuarenta y seis miligramos), en más o en menos.

2. Anillo perimétrico de cada moneda.

Composición: Aleación de acero inoxidable.

Esta aleación estará integrada como sigue:

Entre 16% y 18% (dieciséis y dieciocho por ciento), de cromo; 0.75% (setenta y cinco centésimos de punto porcentual) de níquel, máximo; 0.12% (doce centésimos de punto porcentual) de carbono, máximo; 1% (uno por ciento) de silicio, máximo; 1% (uno por ciento) de manganeso, máximo; 0.03% (tres centésimos de punto porcentual) de azufre, máximo; 0.04% (cuatro centésimos de punto porcentual) de fósforo, máximo; y lo restante de hierro.

El peso será de 3.82 g. (tres gramos, ochenta y dos centésimos), y la tolerancia en peso por pieza será de 0.145 g. (ciento cuarenta y cinco miligramos), en más o en menos.

3. Peso total de cada moneda.

Será la suma de los pesos de la parte central de la moneda y del anillo perimétrico de la misma, 7.07 g. (siete gramos, siete centésimos), y la tolerancia en peso por pieza será de 0.291 g. (doscientos noventa y un miligramos), en más o en menos.

Cuños:

Anverso común: el Escudo Nacional con la leyenda; "ESTADOS UNIDOS MEXICANOS", formando el semicírculo superior. El marco liso.

Reversos: el Banco de México definirá en cada caso las características de los reversos de las monedas conmemorativas de ambas series, escuchando las opiniones técnicas de la Casa de Moneda de México.

Considerando que éstos deberán ser bustos, retratos ecuestres o escenas reconocidas de los personajes que se consideran para ambas series de monedas conmemorativas, los cuales a continuación se detallan:

Independencia:

1. Miguel Hidalgo y Costilla (1753-1811).
2. José María Morelos y Pavón (1765-1815).
3. Vicente Guerrero (1783-1831).
4. Ignacio Allende (1769-1811).
5. Ignacio López Rayón (1773-1832).
6. Francisco Javier Mina (1789-1817).
7. Mariano Matamoros (1770-1814).
8. Hermenegildo Galeana (1772-1814).
9. Guadalupe Victoria (1786-1843).
10. Pedro Moreno (1775-1817).
11. Nicolás Bravo (1776-1854).
12. Servando Teresa de Mier (1765-1827).
13. Josefa Ortiz de Domínguez (1768-1829).
14. Leona Vicario (1789-1842).
15. Agustín de Iturbide (1783-1824).
16. José María Cos (¿-1819).
17. Miguel Ramos Arizpe (1775-1843).
18. Francisco Primo de Verdad y Ramos (1768-1808).
19. Carlos María de Bustamante (1774-1848).

Revolución:

1. Francisco I. Madero (1873-1913).
2. Emiliano Zapata (1883-1919).
3. Venustiano Carranza (1850-1920).
4. Álvaro Obregón (1880-1928).
5. Francisco Villa (1876-1923).
6. La soldadera.
7. Ricardo Flores Magón (1873-1922).
8. José María Pino Suárez (1869-1913).
9. Francisco J. Múgica (1884-1954).
10. Eulalio Gutiérrez (1881-1939).
11. Belisario Domínguez (1863-1913).
12. Otilio Montaña (1880-1917).
13. Luis Cabrera (1876-1954).
14. Carmen Serdán (1875-1948).
15. Filomeno Mata (1845-1911).
16. Andrés Molina Enríquez (1868-1940).
17. Heriberto Jara (1866-1939).
18. José Vasconcelos (1881-1959).

TRANSITORIOS

“PRIMERO. El presente Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*”.

“SEGUNDO. Las monedas a que se refiere el artículo único, podrán acuñarse a partir de la entrada en vigor del mismo y hasta el 31 de diciembre de 2012. El Banco de México determinará el orden de acuñación y puesta en circulación de estas monedas conmemorativas”.

“TERCERO. Corresponderá a la Casa de Moneda de México realizar los ajustes técnicos que se requieran”.

Como se observa, el derecho monetario, a través de una de sus fuentes formales plasma las características de una moneda, que con el paso del tiempo tendrán trascendencia en la numismática. En ese sentido, esa fuente formal, tarde o temprano, se volverá histórica y será un referente necesario para comprender los contenidos de las monedas a las que se refiere. Y, finalmente, las fuentes reales de ese Decreto se encuentran en la serie de celebraciones que se están preparando para las fiestas del Bicentenario del Inicio del Movimiento de Independencia y del Centenario de Inicio de la Revolución Mexicana, que reflejan una identidad nacional y cultural, sustentada por nuestra propia historia patria.

3. La numismática y su repercusión en el derecho monetario

En otro orden de ideas, la numismática ayuda a comprender la terminología del derecho monetario, llevando implícito el apoyo en la elaboración, interpretación e integración no sólo de las leyes, sino también, porque no decirlo, de los actos administrativos, de las sentencias judiciales y de la doctrina jurídica que se vincula con los temas inherentes a la moneda.

A guisa de ejemplo, no podríamos entender el contenido de los artículos 1o. y 4o. de la Ley de la Casa de Moneda de México que hablan de la acuñación de moneda, sin hacer referencia al término “acuñar”, generado en el ámbito de la numismática y que significa “imprimir o sellar una pieza metálica por medio de cuño o troquel” lo que refleja la fabricación de moneda. Otro ejemplo sería para entender el contenido de la propia Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos vigente

que señala la existencia de diversos tipos de monedas. Asimismo, en el ámbito penal, para precisar en ocasiones ciertos elementos relacionados con los delitos cometidos en torno a las monedas, como es el caso de la falsificación, alteración y destrucción de moneda. Para esto último, atendiendo nuestra realidad, generalmente se necesita de numismáticos para auxiliar en la autenticación de la validez o no de las piezas de que se trate.

Adicionalmente, por la numismática resulta posible hablar de una historia del derecho monetario patrio, pues no podemos desconocer que al ser *a priori* una disciplina auxiliar de la historia y vincularse estrechamente con la moneda, aporta elementos para la cabal comprensión de los antecedentes históricos de dicho derecho, situación que a la larga permite consolidar una cultura monetaria, que al final del camino refleja una suma del saber y del sentir del hombre en torno a la moneda, en un momento dado.

En ese sentido, la cultura monetaria sitúa a la moneda en su medio y en su tiempo, y por ese sentido histórico apoyado en lo numismático y jurídico, es posible comprender íntegramente a la moneda, así como a la actitud y conducta del hombre en torno a ella.

En resumen, la numismática aporta datos y elementos para el desarrollo histórico del derecho monetario y, asimismo, es un referente necesario para su mejor comprensión, a través de la terminología y conocimiento especializado que proporciona, trascendiendo con ello en nuestra cultura monetaria patria y, consecuentemente en la cultura en general.

VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN

Presentado un panorama general de la relación entre derecho monetario y numismática, vamos a concluir la presente investigación, señalando que entre ambas disciplinas existe una reciprocidad natural y, por ende, una relación esencial que reconoce como presupuesto necesario la propia historicidad, juridicidad y realidad de la moneda, del dinero, así como de su entorno, todo lo cual constituye un gran eje cultural del mundo moderno, que en ocasiones se revela como el más importante.

Derecho monetario y numismática son dos disciplinas cuyo análisis permite entender el desarrollo de las sociedades, de los Estados y, en

general de las comunidades y, del propio hombre, que tienen en la moneda y en las demás piezas numismáticas, un referente necesario e invaluable para entender sus respectivas necesidades, modos de ser y, en general, sus diversos aspectos culturales.

Comprender los límites y alcances de la relación entre derecho monetario y numismática, permite la justa y digna integración de nuestro derecho monetario patrio y el enriquecimiento como ciencia de la numismática mexicana, situaciones que, al final del camino, desembocan en una clara recuperación de la historia jurídica y de la cultura monetaria en nuestro país, y con ello de nuestra cultura en general, que como bien señala el insigne jurista Manuel Herrera y Lasso, expresa: "un saber totalizador y unitario que sitúa a los seres, las ideas y las cosas en su medio y en su tiempo; que, nutrido en las ciencias del espíritu pone a su servicio las de la naturaleza para los fines morales de la vida; que enaltece al hombre y enriquece su sentir y su ser con el acrecentamiento de la sociabilidad en extensión e intensidad".⁵⁵

⁵⁵ Manuel HERRERA Y LASSO, *Ensayos filosóficos*, Jus, México, 1968, pp. 224 y 225.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LA LEY DE AMPARO

Horacio Armando HERNÁNDEZ OROZCO

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Defensa de la Constitución.* III. *Disyuntiva de un control constitucional sobre otro control constitucional.* IV. *Violación de derechos fundamentales por órganos jurisdiccionales en un proceso constitucional.* V. *Violación de derechos fundamentales por órganos jurisdiccionales en un proceso constitucional por aplicación de una ley inconstitucional.*

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad parece ser que nadie niega la importancia del tema de la defensa de la Constitución, y de hecho se ha escrito bastante sobre ello, a través de ponderar los medios de control constitucional, así como los sistemas existentes para tal fin, e incluso se habla de la jurisdicción constitucional, partiendo de la idea de la supremacía constitucional, sin embargo el dogma de esta supremacía está en duda, siendo importante destacar que la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sido la encargada, tal vez de forma involuntaria, de poner en entredicho el llamado principio de supremacía constitucional.

Aunque parezca falaz la anterior afirmación, no lo es, ya que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en diversas ejecutorias, ha resuelto que algunas leyes no pueden ser materia de control constitucional, lo cual implica que no estarían sujetas a un examen de constitucionalidad.¹

¹ Por el momento y a manera de ejemplo cito la siguiente Jurisprudencia P./J. 56/2003, visible en la p. 1058 del t. XVIII, septiembre de 2003 del *Semanario Judicial de la Federación*

En principio se debe establecer qué se entiende por Defensa de la Constitución y qué comprende; así como la llamada Jurisdicción Constitucional, que tiene su sustento teórico en el principio de Supremacía Constitucional, la importancia y trascendencia de esta supremacía ha sido reflejada en la interpretación que ha hecho nuestro más alto tribunal a través de diversas jurisprudencias, y claro que la interpretación que les se dé determinará el rumbo y eficacia de la Jurisdicción Constitucional.²

La Supremacía Constitucional es pilar fundamental del significado que le atribuimos a nuestra Constitución. Sin dicho principio no sería posible entender la pirámide normativa, el principio de legalidad, la jerarquía de leyes, los medios de control constitucional y sus modelos, la interpretación constitucional así como muchos otros temas que estudiamos en nuestros días.

Como consecuencia del principio anterior, desprendemos el de "Jerarquía de Leyes", que nos permite resolver los conflictos entre los distintos órdenes jurídicos que conforman el derecho mexicano, teniendo presente que la Constitución es la norma fundante de todo el orden jurídico y que cualquier norma en contrario (en principio) es nula.

y su *Gaceta*, novena época, de rubro: "CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. ES IMPROCEDENTE LA IMPUGNACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS PRECEPTOS CONTENIDOS EN LA LEY REGLAMENTARIA DE LAS FRACCIONES I Y II DEL ARTÍCULO 105 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS". Controversia constitucional 325/2001. Alejandro Montemayor Casillas y Héctor Pedraza Villarreal, en su carácter de síndicos primero y segundo del ayuntamiento del municipio de Nuevo Laredo, Tamaulipas, contra el Ejecutivo y el Legislativo Federal. 8 de julio de 2003. Unanimidad de diez votos. Ausente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo.

² De hecho para constatar este tópico pueden consultarse las ejecutorias emitidas en la novena época del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que se refieren a la interpretación del artículo 133 constitucional, el cual hace alusión a los principios de supremacía constitucional, control de constitucionalidad de leyes y jerarquía de leyes; además de consultar los criterios emitidos sobre el tema en las diversas épocas del *Semanario Judicial de la Federación*. Sólo a manera de ejemplo se citan los dos siguientes criterios: Tesis: 1a./J. 80/2004, visible en la p. 264, del t. XX, octubre de 2004, de la novena época del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, bajo el rubro: "SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y ORDEN JERÁRQUICO NORMATIVO, PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL QUE LOS CONTIENE"; y la Tesis: P. LXXVII/99, visible en la p. 46, del t. X, noviembre de 1999, de la novena época del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, con el rubro: "TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL".

Por último y como medio de protección del primero, nuestro constituyente adoptó un modelo de control constitucional, que en teoría surge a partir de la sentencia *Marbury vs. Madison* emitida por la Corte Suprema de Estados Unidos, interpretando el artículo VI de su Constitución, el cual fue copiado por nuestro Constituyente de 1857 y que en la actualidad lo encontramos en nuestra Constitución vigente en su artículo 133. Sin embargo, para bien o para mal, nuestro más alto tribunal, a través de la interpretación de dicho artículo ha negado la existencia del control difuso estableciendo el control concentrado o austriaco, bajo un matiz muy peculiar.³

Es importante debatir sobre la disyuntiva que implica el ejercer un medio de control constitucional sobre otro medio de control constitucional, y la eficaz protección de los derechos fundamentales sin violentar ninguna norma procesal, para tal fin hay que distinguir en qué consiste uno y su diferencia de lo otro, para concluir que es factible someter a control constitucional la Ley de Amparo, cuando se estima que alguno de sus preceptos, aplicado en un juicio de amparo, es violatorio de derechos fundamentales.

II. DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

Éste es uno de los grandes temas del derecho constitucional contemporáneo, a pesar de que la discusión sobre la "defensa constitucional" comenzó desde poco antes de la cuarta década del siglo XX, con la ya muy conocida polémica entre los destacados juristas Carl Schmitt y Hans Kelsen.

La defensa constitucional puede ser entendida como todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto para conservar la normativa constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y, lo que es más importante, lograr

³ Jurisprudencia P./J. 74/99, consultable en la p. 5 del t. X, agosto de 1999, de la novena época del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, con el rubro: "CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN". En opinión personal, considero que este criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es un retroceso a la verdadera administración de justicia constitucional, pues veta de tajo un mecanismo más para poder llevar a cabo el control constitucional, cuando lo ideal es, además de fortalecer los ya existentes, crear más mecanismos de defensa en pro de la Constitución, pero será tema de próxima intervención.

el desarrollo y la evolución de las propias disposiciones constitucionales en un doble sentido: desde el punto de vista de la Constitución formal, a fin de lograr su paulatina adaptación a los cambios de la realidad político-social, y desde la perspectiva de la Constitución real, su transformación de acuerdo con las normas programáticas de la propia carta fundamental. En esta dirección, se debe sostener que una verdadera defensa constitucional es la que puede lograr la aproximación entre estos dos sectores, que en ocasiones pueden encontrarse muy distanciados: la Constitución formal y la Constitución real.

El concepto genérico de defensa de la Constitución puede escindirse en dos categorías fundamentales: la primera podemos denominarla, de manera convencional, como protección de la Constitución; la segunda, que ha tenido consagración institucional en varias cartas fundamentales contemporáneas, comprende las llamadas garantías constitucionales.

El primer sector, relativo a la protección de la Constitución, se integra por todos aquellos factores políticos, económicos, sociales y de técnica jurídica que han sido canalizados por medio de normas de carácter fundamental e incorporados a los documentos constitucionales con el propósito de limitar el poder y lograr que sus titulares se sometan a los lineamientos establecidos en la propia carta fundamental, tanto por lo que respecta a sus atribuciones como también, y de manera esencial, en cuanto al respeto de los derechos humanos de los gobernados. En otras palabras, estos instrumentos pretenden lograr el funcionamiento armónico, equilibrado y permanente de los poderes públicos y, en general, de todo órgano de autoridad.

La segunda categoría está formada por las llamadas garantías constitucionales, entendidas como los medios jurídicos, de naturaleza predominantemente procesal, que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando éste ha sido desconocido por los propios órganos de poder, y los instrumentos protectores mencionados no han sido suficientes para lograr el respeto y el cumplimiento de las disposiciones constitucionales.⁴

Como se desprende de las definiciones anteriores, es evidente que para poder llevar a la realidad el principio de supremacía constitucio-

⁴ FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Instrumentos protectores o preventivos de la Constitución", en el libro *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, pp. 10-12.

nal, necesitamos medios que la garanticen, es decir, existe una relación de medio a fin entre una y otros; y es precisamente esta relación a lo que se llama Jurisdicción Constitucional.

Sin poder abarcar a cabalidad la relación entre estos temas, hay que mencionar algunos aspectos que inciden en la protección de los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución (y por tanto la supremacía de las normas fundamentales) por medio del principal instrumento jurídico con el que contamos para dicho efecto, obviamente el juicio de amparo.

En nuestro sistema jurídico no existe la declaratoria general de inconstitucionalidad por medio de las sentencias de amparos, es decir, tienen efectos relativos o interpartes, conocido como fórmula Otero. Uno de los estudiosos de dicho tema, comenta:

"Los efectos relativos de las sentencias de amparo generan diversas consecuencias teóricas y prácticas que son inadmisibles en un Estado democrático y de derecho, como el que estamos empeñados en consolidar los mexicanos. En primer término, la relatividad de las sentencias de amparo vulnera el principio de supremacía constitucional. De conformidad con la teoría constitucional que emana de la propia Constitución, ésta es la norma suprema, por lo que cualquier norma de rango inferior que la vulnere es técnicamente nula y debe dejar de ser aplicada. La Constitución es norma jurídica vinculatoria para gobernantes y gobernados, y la validez de todas las normas y actos jurídicos del sistema jurídico mexicanos dependen de su conformidad con la Constitución. Este principio fundamental del constitucionalismo se ve afectado cuando se permite la vigencia de normas declaradas inconstitucionales por el órgano constitucionalmente facultado para ello".⁵

Así, pues, para poder contar con lo que el profesor Ferrajoli ha denominado validez y vigencia del orden jurídico, no basta con la existencia de medios de control constitucional, sino que tienen que ser dotados de las herramientas eficaces para que la democracia sustancial sea una realidad y por ende podamos afirmar con seguridad que vivimos en un Estado democrático de derecho.

⁵ ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo, "La declaratoria general de inconstitucionalidad y de interpretación conforme en el Proyecto de la Nueva Ley de Amparo", en el libro *Hacia una nueva ley de amparo*, pp. 115-116.

III. DISYUNTIVA DE UN CONTROL CONSTITUCIONAL SOBRE OTRO CONTROL CONSTITUCIONAL

La existencia de medios de defensa de la Constitución resultan necesarios; en lo que respecta al tema que nos ocupa, es decir, el relativo al control constitucional de leyes, debemos apuntar que existen tres medios previstos en la Constitución para tal fin; nos referimos al juicio de amparo, a la controversia constitucional contra disposiciones generales, y a la acción de inconstitucionalidad de una norma de carácter general; el primero previsto en los artículos 103 y 107 constitucionales y reglamentado por la Ley de Amparo, el segundo y tercero, previstos, respectivamente, en las fracciones I y II, del artículo 105 constitucional y por su ley reglamentaria.

Sobre este punto cabe señalar que es acertado que no pueda existir un control constitucional sobre otro medio de control constitucional, esto es, que un medio de control de constitucionalidad de leyes no puede operar para cuestionar lo resuelto en diverso medio de control constitucional de normas generales, en virtud de lo siguiente:

1. Una de las características propias de éstos es que se trata de procedimientos terminales o de última instancia, es decir, que las decisiones definitivas no son impugnables ni recurribles; esto es, que lo resuelto en forma definitiva en un juicio de amparo contra leyes no puede ser impugnado a través de una controversia constitucional o bien mediante una acción de inconstitucionalidad, ni viceversa, ello es, que la resolución de una controversia constitucional no puede estar sometida al escrutinio de una acción de inconstitucionalidad ni a un juicio de amparo, dada la razón de ser resoluciones terminales.
2. Otra característica es que las hipótesis de procedencia de los medios de control de constitucionalidad de leyes son expresas y limitados, sin que en ninguno de ellos se prevea la posibilidad de cuestionar la determinación dictada en diverso proceso constitucional.
3. Como tercer punto podemos señalar que tanto la controversia constitucional como la acción abstracta de inconstitucionalidad son de competencia exclusiva de la Suprema Corte de Justicia

de la Nación, y por disposición expresa de la Ley de Amparo, este medio extraordinario de control constitucional es improcedente para cuestionar los actos del máximo tribunal.

4. Además, debemos ponderar que conforme a lo dispuesto por el artículo 94 constitucional, párrafo primero, "Se deposita el ejercicio del Poder Judicial de la Federación en una Suprema Corte de Justicia, en un Tribunal Electoral, en Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito, y en Juzgados de Distrito".⁶ Siendo importante destacar que la función jurisdiccional que ejerce el Poder Judicial de la Federación presenta dos aspectos: el judicial propiamente dicho y el de control constitucional. Existen excepciones, dependiendo del órgano jurisdiccional de que se trate, ya que los Tribunales Colegiados de Circuito en esencia sólo ejercen la función de control constitucional y no la judicial, en términos de lo dispuesto por el artículo 37 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Por ello la función de control constitucional no puede estar sujeta a otro medio de control de igual naturaleza, no así la función judicial propiamente dicha, la cual sí puede ser sometida al control constitucional del juicio de amparo.
5. El fin específico que persigue cada medio de control constitucional es diferente, además de que parten de presupuestos distintos, ya que en el juicio de amparo debe existir acreditada la violación a una garantía individual a fin de que pueda emitirse una sentencia reparadora con efectos entre partes, mientras que en los diversos medios de control no es necesaria la violación a garantías individuales, y conforme a determinada votación puede existir un efecto *erga omnes*.
6. Por último, y no menos importante, debemos señalar que al estar encomendado al Poder Judicial de la Federación, la aplicación de los citados medios de control de constitucionalidad de leyes, ello impide que sea juez y parte, pues se rompería

⁶ También deben incluirse dentro de los órganos que ejercen el Poder Judicial Federal, los citados en el artículo 1o. de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, esto es, al jurado federal de ciudadanos, a los tribunales de los estados y del Distrito Federal, cuando actúan en auxilio de la justicia federal o bien en competencia concurrente en juicio de amparo.

con los principios esenciales de toda buena administración de justicia.

Éstas, entre muchas otras razones, llevan a determinar que no puede ejercerse un medio de control constitucional sobre otro de igual naturaleza.

IV. VIOLACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES POR ÓRGANOS JURISDICCIONALES EN UN PROCESO CONSTITUCIONAL

La pregunta inicial es: ¿puede un órgano jurisdiccional en ejercicio de un medio de control constitucional violar una disposición de la Constitución federal?

La respuesta negativa a la pregunta anterior parece obvia, sin embargo, no es así, ya que si bien es cierto que no puede ejercerse un medio de control constitucional sobre lo resuelto por otro de igual naturaleza, ello no implica que los juzgadores en ejercicio de sus facultades como órganos de control constitucional no puedan cometer violación a derechos fundamentales, o bien a diversos preceptos constitucionales.

En efecto, para ello basta analizar la ejecutoria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que resolvió la Contradicción de tesis 14/94, sustentada entre el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito y los Tribunales Colegiados Cuarto en Materia Administrativa, Segundo y Quinto en Materia Civil, Quinto en Materia de Trabajo, todos ellos del Primer Circuito; Primero, Segundo y Tercero del Segundo Circuito; en Materia de Trabajo del Tercer Circuito; Segundo del Séptimo Circuito; y del Décimo Primer y Décimo Cuarto Circuitos, con la emisión de la jurisprudencia P./J. 2/97, visible en la p. 5, del t. V, enero de 1997, de la novena época del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, que a la letra dice:

“AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON LOS QUE SOSTIENEN QUE LOS JUZGADORES DE AMPARO VIOLAN GARANTÍAS INDIVIDUALES, SOLAMENTE EN ESE ASPECTO. Históricamente las garantías individuales se han reputado como aquellos elementos jurídicos que se traducen en medios de salvaguarda de las prerrogativas

fundamentales que el ser humano debe tener para el cabal desenvolvimiento de su personalidad frente al poder público. Son derechos públicos subjetivos consignados en favor de todo habitante de la República que dan a sus titulares la potestad de exigirlos jurídicamente a través de la verdadera garantía de los derechos públicos fundamentales del hombre que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consigna, esto es, la acción constitucional de amparo. Los jueces de distrito, al conocer de los distintos juicios de amparo de su competencia, y no de procesos federales, ejercen la función de control constitucional y, en ese caso, dictan determinaciones de cumplimiento obligatorio y obran para hacer cumplir esas determinaciones, según su propio criterio y bajo su propia responsabilidad, por la investidura que les da la ley por lo que, a juicio de las partes, pueden infringir derechos subjetivos públicos de los gobernados. Ahora bien, aun cuando en contra de sus decisiones procede el recurso de revisión, éste no es un medio de control constitucional autónomo, a través del cual pueda analizarse la violación a garantías individuales, sino que es un procedimiento de segunda instancia que tiende a asegurar un óptimo ejercicio de la función judicial, a través del cual, el tribunal de alzada, con amplias facultades, incluso de sustitución, vuelve a analizar los motivos y fundamentos que el juez de distrito tomó en cuenta para emitir su fallo, limitándose a los agravios expuestos. Luego, a través del recurso de revisión, técnicamente, no deben analizarse los agravios consistentes en que el juez de distrito violó garantías individuales al conocer de un juicio de amparo, por la naturaleza del medio de defensa y por la función de control constitucional que el *a quo* desempeña ya que, si así se hiciera, se trataría extralógicamente al juez del conocimiento como otra autoridad responsable y se desnaturalizaría la única vía establecida para elevar las reclamaciones de inconstitucionalidad de actos, que es el juicio de amparo; es decir, se ejercería un control constitucional sobre otro control constitucional”.

La anterior jurisprudencia, desde mi punto de vista personal, es acertada en unos puntos y en otros tiene desaciertos jurídicos.

Estimo que es correcto calificar de inoperantes los conceptos de agravio en cuanto se alegue en ellos que el juez de distrito violó garantías individuales al emitir la resolución materia del recurso de que se trata, pues, de conformidad con los artículos 103 y 107 constitucionales interpretados en forma sistemática, el único medio de defensa para reclamar las contravenciones a las garantías individuales ante los tribunales que conforman el Poder Judicial de la Federación en los términos del artículo 94 de la ley cimera, lo es el juicio de amparo.

En este juicio constitucional, las autoridades a quienes se les atribuyen las violaciones a las garantías individuales, deben tener necesariamente el carácter de parte, según el artículo 5o., fracción II, de la Ley de Amparo.

Por tanto, si en un recurso de revisión interpuesto en contra de una sentencia emitida en el juicio de garantías, se hace valer como agravios la contravención a derechos públicos subjetivos por parte del *a quo*, el tribunal de alzada no puede examinar tales agravios, ya que si así lo hiciera, estaría tratando extralógicamente al juez del conocimiento como otra autoridad responsable distinta, además, a las señaladas por el quejoso en su demanda.

Por otra parte, si el tribunal revisor examinara las violaciones de mérito, con ese proceder desnaturalizaría la vía correcta establecida para elevar las reclamaciones de inconstitucionalidad de actos, misma que, se repite, lo es sólo el juicio de amparo y este medio de defensa extraordinario, por otro lado, es improcedente en contra de resoluciones emitidas en diversos juicios de amparo o en ejecución de las mismas; es decir, en contra de actos emanados de los tribunales de amparo de cuya naturaleza participan los jueces de distrito.

Conviene también manifestar que el recurso de revisión es un instrumento técnico a través del cual el legislador tiende a asegurar un óptimo ejercicio de la función judicial. No es un medio de control de constitucionalidad autónomo, como así lo es el juicio de garantías, sino sólo un procedimiento de segunda instancia que tiene su origen, sí, en el juicio de garantías que versó sobre la violación de los derechos públicos subjetivos, pero en forma alguna su objetivo es proteger constitucionalmente a las partes de actos contrarios a la Carta Magna. De ahí que con el recurso de revisión no se persigue la declaración de nulidad de la resolución materia del mismo, como sí sucede en el amparo, cuyo efecto es destruir, por regla general, el acto reclamado. En cambio, por medio del recurso de revisión, el fallo impugnado sólo se confirma, revoca o modifica, mas no desaparece en forma alguna.

En efecto, el recurso de revisión implica en la mayoría de los casos una segunda instancia dentro de la cual el tribunal de alzada, con amplias facultades, vuelve a examinar los motivos y fundamentos que el juez de distrito tomó en cuenta al emitir su resolución, limitándose, a los agravios expuestos en el escrito correspondiente. Al resolver, el

tribunal de alzada examina si el *a quo* procedió legalmente y para ello se sustituye al juez en el conocimiento de las cuestiones planteadas por las partes en el juicio de amparo. En esa alzada, el *a quo* deja de tener intervención, razón por la cual no se le podría reputar en forma alguna como parte o sujeto pasivo de la relación procesal de que se trata, aun cuando su fallo sea materia del recurso. El tribunal *ad quem* sólo examina para confirmar, modificar o revocar el multicitado fallo, si el juez de distrito hizo o no un adecuado análisis de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los actos reclamados, a la luz únicamente, y vía agravios, de los planteamientos realizados y pruebas ofrecidas por las partes en la controversia constitucional, y así, resulta intrascendente el estudio de las violaciones constitucionales que hubiere podido cometer el juzgador al dictar su resolución, en virtud de que este estudio, de ser fundadas las multicitadas violaciones, no conduciría al *ad quem* a modificar o revocar dicha resolución, porque son ajenas a la litis del juicio de amparo. Solamente la constatación de que el fallo combatido en el recurso de revisión no se ajustó a las normas legales establecidas en la ley de la materia, bien porque no se hayan valorado correctamente las pruebas ofrecidas, porque no se hubiere hecho un análisis adecuado de los planteamientos de las partes, porque no se hubieren interpretado debidamente los preceptos aplicables al caso, etcétera, es lo que motivaría la reforma del mismo, mas no la transgresión que de los derechos públicos subjetivos pudiere haber realizado el juez de distrito.

Estas razones determinan que sean inoperantes los agravios en que se alegue que el juez infringió las garantías constitucionales establecidas en la Constitución federal.

También sobre este tópico debemos ampliar el contexto de la jurisprudencia en comento, pues contra las sentencias dictadas por los Tribunales Colegiados de Circuito en amparo directo, cabe el recurso de revisión bajo los supuestos que prevé la fracción IX del artículo 107 constitucional, y si se alegare que los magistrados integrantes de tal órgano jurisdiccional al emitir el fallo recurrido violaron derechos fundamentales, deben estimarse inoperantes tales agravios, por las razones ya dadas.

En lo que no coincide con la jurisprudencia en comento, es con el razonamiento final que se da para afirmar que a través del recurso de revisión, técnicamente, no deben analizarse los agravios consisten-

tes en que el juez de distrito violó garantías individuales al conocer un juicio de amparo, pues en la tesis de referencia se establece que por la naturaleza del medio de defensa y por la función de control constitucional que el *a quo* desempeña no sería propio este análisis, cuestión con la cual coincido, pero se agrega: "...si así se hiciera, se trataría extralógicamente al juez del conocimiento como otra autoridad responsable y se desnaturalizaría la única vía establecida para elevar las reclamaciones de inconstitucionalidad de actos, que es el juicio de amparo; es decir, *se ejercería un control constitucional sobre otro control constitucional*".

Esta última afirmación es la que estimo errada, pues bien se había dicho que el trámite del recurso de revisión no implicaba un medio de control constitucional autónomo, sino sólo la segunda instancia del amparo indirecto como juicio constitucional, no puede jurídicamente considerarse que dentro de un proceso biinstancial la segunda instancia tenga una naturaleza distinta a la primera, esto es, que si el juicio de amparo indirecto es un proceso de control constitucional, como tal debe ser considerado tanto en su primera instancia como en la etapa de revisión, sin que ninguna de las etapas sean autónomas entre sí.

Incluso, en el recurso de revisión la sustitución del *ad quem* en la función de *a quo* se da si éste dejó de analizar o analizó indebidamente los conceptos de violación o los actos reclamados, lo cual pone de manifiesto que se está en presencia de una segunda instancia y no de un procedimiento constitucional autónomo.⁷

Por tanto, si en un recurso de revisión interpuesto en contra de una resolución dictada por un juez de distrito, se hace valer como agravios la contravención a garantías individuales, el tribunal de alzada no debe analizar tales argumentos, no porque desnaturalice la vía constitucional establecida para reclamar cuestiones de esa índole, sino

⁷ Para constatar esta afirmación consulté el contenido de las tesis sustentadas por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en las jurisprudencias 6 y 483, publicadas en las pp. 6, 7, 320 y 321 del t. VI, Materia Común, del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995*, que llevan los rubros respectivos de: "ACTO RECLAMADO. LA OMISIÓN O EL INDEBIDO ESTUDIO DE SU INCONSTITUCIONALIDAD A LA LUZ DE LOS CONCEPTOS DE VIOLACIÓN, PUEDE SER SUBSANADA POR EL TRIBUNAL REVISOR" y "REVISIÓN, RECURSO DE. NO PROCEDE LA REPOSICIÓN DEL PROCEDIMIENTO EN EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO CUANDO LA VIOLACIÓN CONSISTE EN LA FALTA DE EXAMEN DE UNA PARTE O DE LA TOTALIDAD DE LOS ACTOS RECLAMADOS".

por las razones apuntadas con anterioridad; sin que ello implique que se ejercitaría un control constitucional sobre otro, pues el recurso de revisión es un procedimiento de segunda instancia cuya finalidad en principio es la de controlar la legalidad de las resoluciones emitidas por los jueces de distrito en los juicios de amparo.

Esto es, que a diferencia de la primera instancia, en la segunda, el tribunal de alzada en el recurso de revisión tan sólo examina si en el fallo impugnado el *a quo* hizo o no un adecuado análisis de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los actos reclamados, a la luz únicamente vía de agravios de la litis planteada ante el juzgador por las partes en relación con las pruebas ofrecidas, a fin de confirmar, revocar o modificar la resolución combatida.

Así las cosas, si el *ad quem*, en la revisión formulara un estudio sobre las violaciones constitucionales que pudiera haber cometido el juez en su resolución, de ser fundadas no conducirían a la modificación o revocación de aquéllas, precisamente por ser ajenas a la litis del juicio de amparo.

Pero haciendo a un lado el anterior análisis debemos regresar a nuestra pregunta de inicio, respecto a si ¿puede un órgano jurisdiccional en ejercicio de un medio de control constitucional violar una disposición de la Constitución federal?

Antes de dar respuesta y las razones sobre este punto, sólo se debe recalcar que no puede ejercerse un medio de control constitucional sobre lo resuelto en diverso medio de control constitucional, siendo de igual o distinta naturaleza; y que el recurso de revisión no es un medio de control constitucional autónomo, a través del cual pueda analizarse la violación a garantías individuales imputadas a un juzgador constitucional, sino que es un procedimiento de segunda instancia que tiende a asegurar un óptimo ejercicio de la función judicial, a través del cual el tribunal de alzada, con amplias facultades, incluso de sustitución, vuelve a analizar los motivos y fundamentos que el *a quo* tomó en cuenta para emitir su fallo, limitándose a los agravios expuestos.

En las relacionadas circunstancias es evidente que el hecho de que a través del recurso de revisión técnicamente no deban analizarse los agravios consistentes en que el juzgador violó garantías individuales al tramitar o resolver un juicio de amparo, debido a la naturaleza del recurso y a la función de control constitucional que desempeña el *a*

quo, ello no implica que éste no pueda infringir derechos subjetivos públicos de los gobernados, porque como autoridad que es, puede contravenir tales garantías al dictar determinaciones de cumplimiento obligatorio y al obrar para hacer cumplir esas determinaciones, según su propio criterio y bajo su propia responsabilidad.

Luego, no obstante que un juzgador al ejercer la función de control constitucional pueda violar garantías individuales, si en el recurso de revisión interpuesto en contra de la sentencia emitida en el juicio de garantías se hace valer como agravios la contravención a derechos subjetivos públicos por parte del *a quo*, el tribunal de alzada no debe examinar tales agravios, ya que si así lo hiciera trataría extralógicamente al juez del conocimiento como otra autoridad responsable, distinta de las señaladas en la demanda de garantías.

La falta de estudio de ese tipo de agravios no implica dejar en estado de indefensión al recurrente, debido a que puede alegar la violación a disposiciones de la ley ordinaria respectiva y de esta manera lograr la restitución de sus derechos.

Lo que debe quedar claro es que sí es factible que un juzgador, al actuar como órgano de control constitucional, viole derechos fundamentales, es decir, que existe esa posibilidad, tan es así que la propia Suprema Corte de Justicia actuando en Pleno, al resolver la citada contradicción de tesis 14/94, al momento de fijar la litis sobre la contradicción de criterios, literalmente señaló:

“DÉCIMO CUARTO. El Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito opina, en esencia, que si en el recurso de revisión en contra de la sentencia emitida en un juicio de garantías, se hacen valer como agravios la contravención a derechos públicos subjetivos por parte del *a quo*, el tribunal de alzada no puede examinar tales agravios, porque es improcedente el control de la constitucionalidad en contra de las resoluciones emitidas en este tipo de procesos constitucionales; y que las violaciones a garantías individuales que hubiere podido cometer el juzgador de amparo, aun cuando fueran fundadas, no pueden conducir a modificar, revocar o confirmar la sentencia recurrida, por ser ajenas a la litis del juicio de amparo.

Por su parte, los restantes órganos jurisdiccionales, citados en los antecedentes de la presente contradicción de tesis, opinan de manera unánime que los jueces de distrito, cuando actúan como órganos de control constitucional, no violan garantías individuales, por lo que los agravios en sentido contra-

rio expresados en los amparos en revisión resultan infundados para unos, e inatendibles para otros.

La divergencia de criterios existe fundamentalmente en el hecho de que el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito estima que son inoperantes los agravios en la revisión en el sentido de que el juzgador de amparo violó derechos públicos subjetivos al dictar la sentencia impugnada; en tanto que los demás Tribunales Colegiados consideran que el juez de distrito, cuando ejerce la función de órgano de control constitucional, no transgrede garantías individuales”.

En consecuencia, es claro que en el recurso de revisión de un juicio de amparo no deben analizarse los agravios relativos a violación de garantías individuales por parte del *a quo*, nó por el hecho de que los titulares de los órganos jurisdiccionales de control constitucional estén exentos de violar este tipo de derechos, sino por las razones ya apuntadas.

Para dar pauta al siguiente apartado, formulamos esta pregunta: ¿qué pasaría si dentro de un juicio de amparo, la violación a los derechos fundamentales no deriva de la actuación propia del *a quo*, sino de la ley que aplica para resolver ese juicio constitucional?

V. VIOLACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES POR ÓRGANOS JURISDICCIONALES EN UN PROCESO CONSTITUCIONAL POR APLICACIÓN DE UNA LEY INCONSTITUCIONAL

De igual forma para el desarrollo de esta hipótesis haremos el análisis de una tesis aislada, por fortuna no es jurisprudencia, del Pleno de nuestro máximo tribunal, al resolver los amparos en revisión 1133/96, 2138/96 y 2696/96, por mayoría de ocho votos, siendo disidentes Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Genaro David Góngora Pimentel y José de Jesús Gudiño Pelayo; de tales ejecutorias se emitió la tesis P. XCVI/98, visible en la p. 260, del t. VIII, diciembre de 1998, de la novena época del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, que a la letra dice:

“REVISIÓN. ES IMPROCEDENTE CUANDO MEDIANTE ELLA SE PRETENDE IMPUGNAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE AMPARO APLICADA EN LA SENTENCIA RECURRIDA. No es jurídicamente posible que a través del

recurso de revisión previsto en los artículos 83 y siguientes de la Ley de Amparo, se pueda impugnar ésta. En el sistema constitucional mexicano la impugnación de leyes por parte de los gobernados puede hacerse a través del juicio de amparo, por violación a las garantías individuales, de acuerdo con los lineamientos trazados por el artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que reglamenta la Ley de Amparo; esto es, por medio de la promoción de un juicio de amparo indirecto, en el que impugnen en forma destacada la propia ley por su sola vigencia o por virtud del primer acto de aplicación; o mediante la promoción de un amparo directo contra una sentencia o laudo definitivo o resolución que ponga fin al juicio, en el cual dicha impugnación sólo será materia del capítulo de conceptos de violación de la demanda, sin señalar como acto reclamado la ley, el tratado o reglamento, en la inteligencia de que la calificación por el tribunal de amparo se hará en la parte considerativa de la sentencia. El recurso de revisión no se halla previsto en el sistema constitucional como una de las formas de control de la Ley Suprema sino, exclusivamente, como un medio técnico de optimizar la función jurisdiccional realizada por el juzgador primario en el juicio de amparo, por lo que es improcedente el recurso de revisión que pretenda impugnar la inconstitucionalidad de la Ley de Amparo aplicada en la sentencia recurrida. Lo anterior no significa que la Ley de Amparo quede fuera de control constitucional puesto que existen los medios a que se refiere el artículo 105, fracción II, de la Ley Suprema, además del control difuso que excepcionalmente pueda ejercer esta Suprema Corte".⁸

Las consideraciones esenciales para arribar al criterio mayoritario anterior son básicamente las siguientes:

1. La improcedencia del recurso deriva de que no existe ninguna posibilidad legal de que a través del recurso de revisión, previsto en los artículos 83 y siguientes de la Ley de Amparo, se pueda impugnar a petición de parte, una ley, ni la de amparo, so pena de desnaturalizar el sistema constitucional.
2. En el sistema constitucional mexicano la impugnación de leyes por parte de los gobernados o individuos, como tales,

⁸ Nota aclaratoria. La ejecutoria del Amparo en Revisión 2138/96, promovido por María de Lourdes Madrazo Cuéllar, aparece publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, bajo el rubro: RECURSO DE REVISIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 83 DE LA LEY DE AMPARO. NO EXISTE LA POSIBILIDAD LEGAL DE QUE A TRAVÉS DE ÉL PUEDA IMPUGNARSE A PETICIÓN DE PARTE UNA LEY, NI LA DE AMPARO, SO PENA DE DESNATURALIZAR EL SISTEMA CONSTITUCIONAL.

exclusivamente puede hacerse a través del juicio de amparo, por violación a las garantías individuales.

3. La Carta Magna sólo contempla como medios de control constitucional, a petición de parte, los procedimientos a que se refieren los artículos 105 y 103 en relación con el 107.
4. De estos medios, los que se prevén en el artículo 105, en el procedimiento de la fracción I, esto es, de las controversias constitucionales, sólo tienen legitimación para iniciarla la federación, un estado o el Distrito Federal, un municipio de cualquier estado, el Poder Ejecutivo, el Congreso de la Unión, cualquiera de las Cámaras de éste o, en su caso, la Comisión Permanente, sean como órganos federales o del Distrito Federal; los poderes de un mismo estado, los órganos de gobierno del Distrito Federal, en los supuestos que en forma limitativa prevé el propio precepto legal.
5. En tanto que la fracción II, del mismo 105, la legitimación corresponde al equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, al equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del Senado, al procurador general de la República, al equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de alguno de los órganos legislativos estatales, al equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, a los partidos políticos con registro ante el Instituto Federal Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, y a los partidos políticos con registro estatal, a través de sus dirigencias, para los casos que en forma específica se precisan en tal precepto.⁹
6. El propósito esencial del juicio de amparo, proteger las garantías individuales, contra su violación por parte de las autoridades públicas, y la impugnación de una ley, está condicionado precisamente a esa circunstancia: a la violación de garantías

⁹ Es obvio que cuando se resolvieron los amparos en revisión, veintiuno de abril de mil novecientos noventa y ocho, aún no existía la reforma a la fracción II del artículo 105 constitucional que prevé como sujeto activo para el ejercicio de una acción de inconstitucionalidad a la Comisión Nacional de Derechos Humanos, así como a las respectivas comisiones locales.

individuales, según lo disponen los artículos 103 y 107 de la Constitución general de la República.

7. De acuerdo con el último de los preceptos citados, la impugnación de una ley tiene como características, entre otras, las siguientes: a) la promoción del juicio de amparo será siempre a instancia de parte agraviada; b) existe la prohibición de hacer una declaración general respecto de la ley, cuyos efectos deben constreñirse a la persona en lo particular, limitándose a ampararla y protegerla en el caso particular; c) siempre procede el recurso de revisión contra las sentencias dictadas por el juez de distrito o por los Tribunales Unitarios de Circuito, y dependiendo de que en la demanda de amparo se hayan reclamado leyes federales o locales, tratados internacionales, reglamentos expedidos por el presidente de la República de acuerdo con la fracción I del artículo 89 de la Constitución, y reglamentos de leyes locales expedidos por los gobernadores de los estados o por el jefe del Departamento del Distrito Federal, y subsista en el recurso el problema de inconstitucionalidad, será competencia de la Suprema Corte de Justicia, o en su defecto de un Tribunal Colegiado de Circuito; d) en cambio, por regla general las resoluciones dictadas por los Tribunales Colegiados no admiten recurso alguno, a menos que decidan sobre la inconstitucionalidad de una ley o establezcan la interpretación directa de un precepto de la Constitución, caso en que serán recurribles ante la Suprema Corte de Justicia, limitándose la materia del recurso exclusivamente a la decisión de las cuestiones propiamente constitucionales.
8. El amparo directo o indirecto, son las vías por las que el individuo exclusivamente puede reclamar una ley; sin embargo, cada una tiene instrumentación diferente.
9. La posibilidad de recurrir las resoluciones dictadas en los juicios de amparo directo e indirecto, se contempla en la ley, por medio del recurso de revisión, que reglamentan los artículos 83, fracciones IV y V, 84 al 94 de la Ley de Amparo.
10. En la teoría del proceso ordinariamente los recursos tienen como objeto asegurar la recta administración de la justicia, revisando de nuevo los procesos y reparando los perjuicios que a veces ocasionan los jueces, por ignorancia, error, descuido o malicia,

al realizar, en el primer examen de la cuestión controvertida, una incorrecta valoración de los elementos que aportaron la partes en el juicio, para acreditar sus pretensiones.

11. En el juicio de amparo el recurso de revisión que se prevé contra la sentencia de un juez de distrito o contra la dictada en un amparo directo por un Tribunal Colegiado, tiene el mismo fin, ya que el Tribunal Colegiado o el máximo tribunal del país, en los casos que a él compete, examinan, generalmente a través de los agravios, si el juez de distrito, realizó correctamente el análisis de la constitucionalidad del acto reclamado, lo que significa que su objeto sólo es el asegurar el óptimo ejercicio de la función jurisdiccional, y de ahí que la resolución que recae a este recurso puede conducir a la confirmación, revocación o modificación de la resolución que realizó el primer examen de la cuestión controvertida, es decir, se trata de un instrumento técnico por el que el legislador autoriza al *ad quem* a revisar la legalidad de la resolución impugnada.
12. En el sistema actual en la legislación mexicana, los individuos como tales, exclusivamente pueden reclamar la inconstitucionalidad de una ley, a instancia de parte, por violación a sus garantías individuales, a través de las bases que previene el artículo 107 de la Constitución general de la República, y que reglamenta la Ley de Amparo, esto es, por medio de un escrito de demanda por el que promuevan juicio de amparo indirecto, en el que impugnen en forma destacada la propia ley por su sola vigencia o por virtud del primer acto de aplicación, o por medio de un escrito en el que promuevan amparo directo contra una sentencia o laudo definitivo o resolución que ponga fin al juicio, en el cual dicha impugnación sólo será materia del capítulo de conceptos de violación de la demanda, sin señalar como acto reclamado la ley, el tratado o el reglamento, y la calificación de éste por el tribunal de amparo se hará en la parte considerativa de la sentencia, y que el recurso de revisión a que se refiere el artículo 83 del último de los ordenamientos citados, no se halla previsto en el sistema constitucional, como una de las formas de control de la Ley Suprema, sino exclusivamente como un medio técnico de optimizar la función jurisdiccional realizada por el juzgador primario en el juicio de amparo.

13. No obstante que existen leyes pertenecientes al orden constitucional en la medida en que forman parte integrante del orden superior constitucional, y que son susceptibles de impugnarse en amparo; la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales, constituye la excepción. Por regla general, efectivamente, la Ley de Amparo no es reclamable a través del juicio de garantías. Lo anterior obedece a su carácter hetero-aplicativo derivado de que su sola expedición no causa perjuicio a los interesados, sino que requiere necesariamente de un acto de aplicación que, de ordinario, se da en los juicios de amparo los cuales rige.
14. Si se quisiera impugnar su inconstitucionalidad tendría que hacerse con motivo de un acto dictado en un juicio constitucional. Sin embargo, en términos de las fracciones I y II del artículo 73 de la Ley de Amparo, el juicio de garantías es improcedente, respectivamente contra actos de la Suprema Corte, y contra resoluciones dictadas en los juicios de amparo o en ejecución de las mismas. De allí que pueda sentarse el principio general de que en las condiciones mencionadas, el amparo no procede contra la Ley de Amparo, lo que se explica si se considera al orden jurídico como un conjunto finito de normas, con órganos límite, cuya conducta no puede ser controlada en su constitucionalidad.
15. Lo anterior no significa que la Ley de Amparo quede fuera del control constitucional. Aparte de que existen los medios a que se refiere el artículo 105, fracción II, constitucional, debe hacerse hincapié en que este tribunal se ha pronunciado en múltiples ocasiones sobre la constitucionalidad de la Ley de Amparo, pero no a instancia de parte, y menos aún en una instancia formal que se reconozca como un derecho de las partes en un juicio constitucional.
16. Si el amparo no procede contra la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales, menos aun puede reclamarse su inconstitucionalidad a través del recurso de revisión.

Las anteriores consideraciones tienen puntos de certeza, y otros que considero errados, comenzando con el hecho de que la tesis que se emitió conforme a esta ejecutoria menciona literalmente en su parte

final: "Lo anterior no significa que la Ley de Amparo quede fuera de control constitucional puesto que existen los medios a que se refiere el artículo 105, fracción II, de la Ley Suprema, además del control difuso que excepcionalmente pueda ejercer esta Suprema Corte".

Obviamente, para que proceda la acción de inconstitucionalidad que prevé la fracción II, del artículo 105 constitucional, tendría que existir una nueva Ley de Amparo o bien una reforma a la ya existente, pues para promover este medio de control constitucional se tiene un término de 30 días a partir de la fecha de publicación de la ley impugnada, por lo cual la actual ley no puede ser cuestionada a través de este medio, y si hubiese una reforma a la ahora vigente, la materia de la acción de inconstitucionalidad sólo versaría sobre este punto.

Respecto al llamado "control difuso que excepcionalmente pueda ejercer la Suprema Corte", la ejecutoria nunca señaló en qué consiste ni cuándo se puede ejercer excepcionalmente, y a decir verdad, la propia Suprema Corte ha negado la existencia del control difuso, señalando que los únicos encargados de controlar la constitucionalidad de las leyes son los Tribunales de la Federación,¹⁰ razón por la cual ahora resulta curioso que se hable de un control difuso que excepcionalmente puede ejercer la Suprema Corte, cuando todo indicaba que estábamos frente a un sistema concentrado *sui generis*.

También debe establecerse que si en un recurso de revisión interpuesto en contra de una sentencia dictada por un juez de distrito, se hacen valer como agravios que determinados los preceptos de la Ley de Amparo que aplicó el juzgador resultan ser inconstitucionales, ello en si no trae como consecuencia la improcedencia del recurso de revisión, toda vez que está previsto que contra las sentencias de los jueces de distrito en los juicios de amparo procede el mencionado medio de impugnación, sino que técnicamente lo procedente sería declarar inoperantes los agravios, pero no así improcedente el recurso en comento, sin embargo esto es sólo un falla en la precisión de técnica.

Las objeciones anteriores son sólo un preámbulo, pues en sí existen otras razones que me permito exponer para cuestionar la decisión mayoritaria del Tribunal en Pleno.

¹⁰ Véase la jurisprudencia citada en la nota 3.

En efecto, la decisión que se cuestiona, se basa principalmente en que la resolución mayoritaria estima que si el juicio de amparo es improcedente para impugnar la constitucionalidad de la propia Ley de Amparo, ya que se trata de una ley heteroaplicativa, que tiene su aplicación sólo en juicios de garantías, y que por ende o en vía de consecuencia tampoco es procedente reclamar su constitucionalidad a través del recurso de revisión.

El desacierto en la anterior afirmación estriba precisamente, en que no podemos igualar al juicio de amparo con el recurso de revisión, pues el primero es en sí el medio de control constitucional, y el otro es la segunda instancia de ese proceso constitucional, y no es por sí mismo un proceso constitucional autónomo, situación que ya quedó definida y que es un criterio aceptado por la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En efecto, al resolver la contradicción de tesis 14/94, el Pleno de nuestro máximo tribunal aceptó la idea de que la tramitación relativa al recurso de revisión dentro de un juicio de amparo, era eso, sólo una segunda instancia y no en sí un proceso constitucional autónomo,¹¹ razón por la cual no puede darse un trato igualitario a instituciones jurídicas que no participan exactamente de la misma naturaleza, para atribuir consecuencias jurídicas idénticas.

Debemos aclarar que existe consenso en cuanto a que el análisis de la constitucionalidad de leyes en la revisión tiene lugar cuando, en términos del artículo 91 de la Ley de Amparo, deba analizarse el fondo del asunto, ya sea porque el sobreseimiento se estime incorrecto, porque en la sentencia exista pronunciamiento de constitucionalidad de leyes y éste se controvierta o porque, debiendo existir, se haya

¹¹ En forma literal, dándole la razón a uno de los tribunales contendientes, señaló lo siguiente: "Como lo señala el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, el recurso de revisión es un instrumento técnico a través del cual el legislador tiende a asegurar un óptimo ejercicio de la función judicial. *No es medio de control constitucional autónomo, como sí lo es el juicio de garantías, sino sólo un procedimiento de segunda instancia* que, no obstante que tenga su origen en el juicio de amparo que versó sobre la violación a garantías individuales, su objetivo no es en forma alguna proteger constitucionalmente a las partes de actos contrarios a la Carta Magna; de ahí que su objetivo no es anular el fallo impugnado sino confirmarlo, revocarlo o modificarlo, a diferencia del juicio de garantías, que persigue destruir al acto reclamado. Continúa diciendo el citado órgano jurisdiccional, que el recurso de revisión implica una segunda instancia dentro de la cual el tribunal de alzada, con amplias facultades, vuelve a examinar los motivos y fundamentos que el juez de distrito tomó en cuenta al emitir su resolución, limitándose a los agravios expuestos".

omitido; y que fuera de los casos señalados, en los que forzosamente debe existir un planteamiento de inconstitucionalidad de leyes en la demanda de amparo, no pueden introducirse, en el escrito de agravios, cuestiones relativas a la contravención de preceptos legales a la Carta Magna. Lo anterior, en virtud de que el recurso de revisión, constituye el instrumento a través del cual se procura lograr el óptimo ejercicio de la función judicial que realizan los jueces de distrito, es decir, se trata de una segunda instancia en el procedimiento del juicio de amparo, cuyo objeto no es el de proteger a las partes de actos que contravengan la Constitución, sino revisar la sentencia del juez para confirmarla, modificarla o revocarla, de acuerdo con los principios que rigen el propio recurso y, en dicha revisión analizar los motivos y fundamentos que el juzgador consideró para resolver, pudiéndose sustituir el tribunal revisor, en el conocimiento de las cuestiones planteadas por las partes en el juicio de amparo, cuando así proceda.

Además, debe considerarse también que, en el trámite del recurso de revisión, no se alteran los elementos del juicio, que se encuentran configurados por la litis planteada en la demanda y los argumentos de las partes que deben intervenir en el juicio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5o., de la Ley de Amparo y cuya intervención debe realizarse durante el procedimiento de amparo.

En estas condiciones, debe concluirse que en el recurso de revisión no puede plantearse la inconstitucionalidad de una ley, cuando no se planteó en la demanda correspondiente, pues el procedimiento para juzgar el apego de una norma a la Constitución, establecido en la Ley de Amparo, de acuerdo con los principios contenidos en los artículos 103 y 107 constitucionales, exige que la impugnación se realice en el escrito de demanda, para que sean llamadas las autoridades responsables de su emisión y se dé la intervención correspondiente al Ministerio Público Federal, para los efectos de su representación social.

La aplicación de tal regla conllevaría a estimar inoperantes los agravios por plantearse en ellos, por vez primera, la inconstitucionalidad de la Ley de Amparo, aplicada al quejoso en la sentencia dictada por el juez de distrito, impugnación que se realiza por estimar que el precepto por el que se sobreseyó en el juicio es violatorio de la Constitución.

Sin embargo, la aplicación de la Ley de Amparo, por lo general, se lleva a cabo en los juicios de amparo, durante el procedimiento y

en la resolución que se dicte, por lo que el primer acto que pudiera estimarse violatorio de garantías, en relación con su aplicación, tiene lugar, precisamente, a través del medio de control de la constitucionalidad, que es el juicio de amparo.

De conformidad con lo dispuesto por la fracción I, del artículo 103 constitucional, los tribunales de la federación deben resolver toda controversia que se suscite por leyes o actos de autoridad que violen garantías individuales.

De este precepto constitucional deriva la procedencia del juicio de amparo contra leyes que se estimen violatorias de las garantías individuales, así como la obligación de los tribunales federales de resolver las controversias en las que se plantee dicha violación, reconociéndose el principio de Supremacía Constitucional y su encargo, según lo dispuesto por el artículo 94 de la propia Constitución, al Poder Judicial de la Federación.

En estas condiciones, el sistema de control de la constitucionalidad en el sistema federal mexicano, es un control por vía de acción, que requiere de la actuación del agraviado para pedir la reparación del perjuicio causado por la norma que se estima inconstitucional y sus efectos son relativos, es decir, atañen sólo a quien ejercitó la acción.

El artículo 17 constitucional dispone la obligación del Estado de administrar justicia a través de los tribunales establecidos, que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

En estas condiciones, atendiendo a la interpretación concatenada de los artículos 17, 103 y 107 constitucionales, y a la facultad de los tribunales federales para resolver, en última instancia de la constitucionalidad de leyes, en observancia del principio de impartición de justicia, se estima que sí es factible que se analice la constitucionalidad de la Ley de Amparo a través de la resolución de un recurso de revisión, ya que la aplicación de esta ley se lleva a cabo, precisamente, en el juicio de amparo y, por lo tanto, no puede exigirse que las contravenciones que se aduzcan, se hagan valer en una demanda de amparo, por encontrarse prohibido expresamente por la misma ley, por lo que no podría obligarse a los particulares a someterse a sus disposiciones sin posibilidad alguna de impugnarla.

Es decir, la regla general de procedencia de la impugnación de leyes, no puede aplicarse tratándose de la ley que rige dicho procedimiento y, por tanto, ello tampoco puede impedir que los tribunales de la federación analicen los planteamientos que al respecto se realicen, pues si bien dicha ley contiene las normas para el juicio de control de la constitucionalidad, el Poder Judicial Federal es el órgano encargado de dicho control y, por ende se encuentra facultado para realizar el análisis correspondiente, aun sin que se cumplan las formalidades que se establecen en la propia ley, para lograr la correcta impartición de justicia como fin primordial de su existencia constitucional.

Al respecto, resulta importante reflexionar que si bien es cierto que el recurso de revisión no constituye un procedimiento autónomo, sino la segunda instancia en el juicio constitucional, y que por ello no puede plantearse la inconstitucionalidad de una ley en los agravios correspondientes, esta regla general se ve violentada tratándose de la Ley de Amparo, pues el acto de aplicación de la misma, en la mayoría de los casos, se lleva a cabo en la primera instancia de los juicios de amparo.

Además, tampoco la naturaleza de la Ley de Amparo, por ser reglamentaria de un precepto constitucional, puede tener una jerarquía equiparable a los preceptos constitucionales pues, si bien los reglamenta, en su creación, no se sigue el mismo procedimiento legislativo, por lo que debe atenderse a lo establecido en el artículo 133 de la Carta Magna en cuanto a los principios de Supremacía Constitucional y de Jerarquía de las normas, de los que se desprende que la circunstancia de que una ley sea reglamentaria de algún precepto constitucional, no le otorga naturaleza jerárquicamente superior a otros ordenamientos generales, como también lo son las leyes orgánicas, las leyes ordinarias o códigos de materias específicas.

De esta manera, las normas generales creadas por órganos legislativos constituidos, representan un nivel inmediatamente inferior al de la Constitución de la República en el orden jerárquico del derecho, por lo que todas aquellas leyes creadas por el Congreso de la Unión, cuya creación no esté prevista por otra ley, tienen independencia entre sí, y comparten su mismo nivel jerárquico, respecto del orden normativo del que han emanado.

En estas condiciones, no se advierte impedimento jurídico para que a través de un recurso de revisión que se interponga en contra de una

sentencia de amparo, se hagan valer agravios en los que se plantee la inconstitucionalidad de un precepto de la Ley de Amparo, sino por lo contrario, su estudio es procedente en aras del correcto desarrollo de la función de control de la constitucionalidad encomendada al Poder Judicial Federal.

Cabe recordar que, en algunos casos, ha sido analizada la inconstitucionalidad de la Ley de Amparo en vía de agravios y, sin hacerse un pronunciamiento expreso en los puntos resolutive, se han declarado contrarios a la Constitución algunos de sus preceptos, como el artículo 80. de la Ley de Amparo de 1861, la fracción IV del artículo 114, que fue también considerada contraria a la Constitución por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los artículos 44, 158, fracción III, 159, fracción I, y 161, de la Ley de Amparo.¹²

¹² Para ilustrar este punto, me permito citar algunas de las tesis que reflejan un estudio relativo a la inconstitucionalidad de preceptos de la Ley de Amparo, dando el rubro y los datos de identificación de las mismas: "COMPETENCIA, PROCEDENCIA DEL AMPARO CONTRA LA RESOLUCIÓN QUE DECLARA FUNDADA LA EXCEPCIÓN DE LA FALTA DE", t. CI, p. 2498. Banco Nacional de Crédito Ejidal, 19 de octubre de 1949. 5 votos, quinta época, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*. En esta tesis se estimó que la resolución que declara fundada la excepción de incompetencia por declinatoria, opuesta por el demandado en un juicio, es susceptible de ser atacado por medio del amparo indirecto, caso comprendido en la fracción IX, del artículo 107 constitucional, que establece la procedencia del amparo indirecto contra actos en el juicio, de ejecución irreparable, sin que sea obstáculo lo prevenido por la fracción IV del artículo 114 de la Ley de Amparo, que limita la procedencia del juicio de garantías indirecto, a los actos en el juicio que tengan ejecución irreparable sobre las personas o las cosas; pues la Tercera Sala de la Suprema Corte sustentó el criterio de que esa limitación es contraria al texto del precepto constitucional mencionado, el cual debe prevalecer sobre lo estatuido por la ley reglamentaria, en acatamiento al principio de supremacía de la Constitución, consagrado por el artículo 133 de la misma. Este criterio fue reiterado por la misma Tercera Sala, en los precedentes visibles en el *Semanario Judicial de la Federación*, con los datos que se señalan a continuación: t. LXXVII, p. 5336. Aguilar S. Leopoldo. 28 de agosto de 1943, quinta época, t. LXXI, p. 2437, Escandón Rovelo Gonzalo. 14 de febrero de 1942; así como en el diverso precedente, visible en el t. LXXI, p. 3047, Romo Manuel Víctor, 23 de febrero de 1942.

"EMPLAZAMIENTO, IMPROCEDENCIA DEL AMPARO DIRECTO CONTRA LA FALTA DE. (INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 44, 158, FRACCIÓN III, 159 FRACCIÓN I Y 161 DE LA LEY DE AMPARO)", t. LXXXV, p. 2438. Ramos Cabeiro Antonio. 28 de septiembre de 1945. Cuatro votos, quinta época, Cuarta Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, t. LXXXV, p. 2438".

"EMPLAZAMIENTO, PROCEDENCIA DEL AMPARO INDIRECTO CUANDO SE RECLAMA LA FALTA DE". Ramos Cabeiro Antonio, p. 2438, t. LXXXV, 28 de septiembre de 1945. 4 votos, quinta época, Cuarta Sala, *Semanario Judicial de la Federación*. También en esta tesis se

Conforme a los anteriores argumentos, considero que es legalmente válido impugnar por inconstitucional alguna disposición prevista en la Ley de Amparo, y que haya sido aplicada en el juicio de amparo, a través del recurso de revisión, pues de otra forma sería ilógico pensar que los gobernados que acuden ante los Tribunales Federales buscando la protección de la justicia federal por estimar que una determinada autoridad ha violentado sus derechos fundamentales, se vean obligados a someterse a una ley normativa que pudiera ser más violatoria de garantías que la propia actuación de la autoridad responsable; y más ilógico es pensar que el propio Poder Judicial Federal, a través de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, niegue esta posibilidad de defensa de derechos fundamentales a los gobernados, y en vía indirecta desconozca los principios de Supremacía Constitucional, Jerarquía de Leyes y de Control de Constitucionalidad, sobre todo el primero de los nombrados cuando de conformidad con lo dispuesto por la fracción I, del artículo 103 constitucional, los tribunales de la federación deben resolver toda controversia que se suscite por leyes o actos de autoridad que violen garantías individuales; y que de este precepto constitucional deriva la procedencia del juicio de amparo contra leyes que se estimen violatorias de las garantías individuales, así como la obligación de los Tribunales Federales de resolver las controversias en las que se plantee dicha violación.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 94 de la propia Constitución, el ejercicio del Poder Judicial de la Federación, corresponde, como órgano superior, a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estableciéndose que su competencia se determinará en las leyes, de conformidad con las bases que se establecen en la Carta Magna.

Lo anterior obedece a que el sistema de control de la constitucionalidad se encuentra a cargo del Poder Judicial Federal, atendiendo al principio de la división de poderes, ya que la existencia del órgano controlador de la supremacía constitucional se justifica porque tiende a conservar la fuerza de la Ley Suprema y evitar que sea violada impunemente, lo que se logra a través del sistema de control por órgano judicial.

estimó como anticonstitucionales los artículos 44, 158, fracción III, 159, fracción I, y 161, de la Ley de Amparo, en cuanto establecen el amparo directo en casos como el que nos ocupa, por estar en pugna con la fracción IX del artículo 107 constitucional, en relación con la fracción VIII de ese mismo precepto.

Este órgano tiene la función de controlar la constitucionalidad de actos del poder público que engendren perjuicios a un particular y se encuentra centralizada en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que, en principio, es la única facultada para juzgar, en definitiva, sobre la constitucionalidad de leyes, con independencia del acto de aplicación, y sin distingo de la autoridad que haya aplicado, cuando se estime que esa ley vulnera un derecho consagrado en la Constitución.

Aunque no existe pronunciamiento del Pleno de nuestro máximo tribunal que señale que la Ley de Amparo no puede ser violatoria de derechos fundamentales (sólo eso faltaría), sino que se da la posibilidad de impugnar su constitucionalidad mediante la acción abstracta de inconstitucionalidad, ya advertimos que ese medio es ineficaz, pues sólo pueden activarlos los sujetos a que en forma específica alude la fracción II del artículo 105 constitucional, lo que hace nugatorio el derecho de los particulares, que pueden verse afectados en sus derechos fundamentales por una ley reglamentaria de un proceso constitucional.

Por último, la Suprema Corte de Justicia de la Nación no negó la posibilidad de que un juez de distrito dentro de un juicio de amparo pueda violar derechos fundamentales, pero estimó que los agravios que se expresen en la revisión en tal sentido deben calificarse inoperantes, pero por qué negar la posibilidad de impugnar en revisión la constitucionalidad de la Ley de Amparo, situación que no riñe con el anterior criterio, pues en sí el acto del juzgador no es el violatorio de los derechos fundamentales sino la ley que aplica para resolver el juicio de garantías.

LA LEY DE SOCIEDAD DE CONVIVENCIA PARA EL DISTRITO FEDERAL

Carlos MÜGGENBURG

SEGUNDA PARTE

INDICIO DE IGNORANCIA O DE INAPLICABILIDAD DELIBERADA DE LA TÉCNICA JURÍDICA LEGISLATIVA POR PARTE DE UNA MAYORÍA DE DIPUTADOS DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL D. F. QUE SUSCRIBIERON LA INICIATIVA CUERVO

SUMARIO: I. *Derecho positivo socio-convivencial del D. F. Contraveniente de la dogmática y atentatorio de la seguridad jurídicas y potencialmente multiplicador de las controversias judiciales.* II. *Efecto dilutivo de la matemática democrática.* III. *Reafirmación fáctica de la contradicción teórica de la representatividad política. Estadística de utilización ínfima de la Sociedad de Convivencia después de un año de vigencia.* IV. *Conclusión ratificatoria del autor acerca del paupérrimo nivel jurídico/político de una mayoría de diputados de la IV Legislatura de la Asamblea Legislativa y del Gobierno del Distrito Federal.*

I. DERECHO POSITIVO SOCIO-CONVIVENCIAL
DEL D. F., CONTRAVENIENTE DE LA DOGMÁTICA
Y ATENTATORIO DE LA SEGURIDAD JURÍDICAS
Y POTENCIALMENTE MULTIPLICADOR
DE CONTROVERSIAS JUDICIALES

El propósito del análisis de esta Segunda Parte en el presente estudio,¹ es determinar si la mayoría de los diputados de la IV Legislatura de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal que aprobó la Ley de Sociedad de Convivencia mantuvo (como quedó demostrado en la mencionada Primera Parte) también en el articulado de su finalmente denominada Ley de Sociedad de Convivencia,² su característica técnica jurídica legislativa ignorante o deliberadamente inaplicada. Lo anterior con la agravante del efecto mayormente reprochable, de confirmarse dicha carencia de técnica jurídica, que implica la aplicación de textos legislativos que ya no permiten la subsanación de los errores resultantes del desconocimiento o de la inducción perpetrada, pues la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (y precedentes judiciales al respecto) ordena en su artículo 14 que la aplicación de la ley se haga primariamente conforme a la letra de la misma.³

¹ Véase Primera parte, en MÜGGENBURG Carlos, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 31, Escuela Libre de Derecho, México, 2007, pp. 671 y ss., relativa fundamentalmente al análisis de la *Ratio Legis* y Exposición de Motivos de la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal.

² La Iniciativa Cuervo, contrario a lo que hizo la Iniciativa Enoe, la denominó "Ley de Sociedades de Convivencia", aun cuando en lo que pareció ser su Exposición de Motivos, usó reiteradamente la denominación de la misma en el número gramatical singular.

³ El artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece: "En los juicios de orden criminal, queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una *ley exactamente aplicable* al delito de que se trata. En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá *ser conforme a la letra* o la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho".

Núm. Registro: 177,274. Tesis aislada. Materia(s): Civil, novena época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXII, septiembre de 2005. Tesis: I.6.C.357 C, p. 1482.

INTERPRETACIÓN DE LA LEY EN MATERIA CIVIL, EN CUMPLIMIENTO A LA GARANTÍA DE LEGALIDAD, ALCANCES QUE AL EFECTO ESTABLECE EL ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL.

Este análisis también nos permitirá confirmar, a poco más o menos de un año de su iniciación de vigencia, si la Ley de Sociedad de Convivencia era o no un reclamo auténticamente social o si por el contrario, como anticipamos, constituyó solamente la satisfacción de un postulado de campaña planteado para ganar algunos adeptos, o aun peor, el alcanzamiento de un objetivo personal o de grupo subordinan-

Por imperativo constitucional las sentencias en materia civil, *lato sensu*, deben dictarse conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, razón por la que resulta claro y no dé lugar a confusiones, sin que sea necesario realizar una labor hermenéutica compleja, dado que el sentido del texto es suficiente para considerar la actualización del supuesto jurídico en él contenido y de sus consecuencias de derecho; empero, cuando la ley no es clara, el juzgador debe acudir al método interpretativo que le parezca más adecuado para resolver los casos concretos, y sólo cuando existan lagunas en la ley habrá de ejercer una labor integradora. Estos son los alcances de la garantía de legalidad contenida en el artículo 14 de la Norma Fundamental, por tanto cuando existe ley aplicable al caso, ésta debe observarse de conformidad con su propio texto o bien acorde con la interpretación que le corresponda, en cumplimiento de esa garantía, pues no puede tenerse por colmada mediante la cita de criterios aislados de órganos jurisdiccionales que no se refieren al precepto aplicable.

SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 7236/2004. Pemex-Exploración y Producción. 11 de noviembre de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández de Mosqueda. Secretario: Ricardo Mercado Oaxaca.

Núm. Registro: 366-654. Tesis aislada. Materia(s): Común, quinta época. Instancia: Cuarta Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, CXXVI, p. 73.

INTERPRETACIÓN DE LA LEY. Las leyes deben ser interpretadas en los casos en que su sentido es oscuro, lo que obliga al juzgador a desentrañar su significado haciendo uso de los distintos sistemas de interpretación que la doctrina ha elaborado, pero no es procedente pretender que deban interpretarse aquellas normas cuyo sentido es absolutamente claro, pues a ello se opone la garantía establecida en el cuarto párrafo del artículo 14 constitucional, que manda que las sentencias deben ser conforme a la letra de la ley, ya que lo contrario lleva al juzgador a desempeñar el papel de legislador creando nuevas normas a pretexto de interpretar las existentes, lo que carece de todo fundamento legal.

Amparo directo 6230/54. Jefe del Departamento del Distrito Federal. 5 de octubre de 1955. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Arturo Martínez Adame.

Núm. Registro: 329,272. Tesis aislada. Materia(s): Común, quinta época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, LXIV, p. 1451.

LEYES, INTERPRETACIÓN DE LAS.

La interpretación de las leyes sólo tiene lugar cuando son imprecisas, de manera que su aplicación haga necesario acudir a sus fuentes, a la finalidad que se propuso el legislador y a otros medios legales que conduzcan a dilucidar cuál fue la intención de éste: pero cuando las leyes son claras y precisas y de su simple lectura es posible percatarse de los casos que comprenden, no ameritan interpretación ninguna y deben aplicarse literalmente.

Amparos administrativos acumulados en revisión 3589/39. "Nipón Suisan Kabushiki Kaisha". 23 de abril de 1940. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Fernando López Cárdenas. La publicación no menciona el nombre del ponente.

te de la solución de las verdaderas necesidades más generales como son educación, seguridad y salud de la población. La obligatoriedad de registro ante la Dirección General Jurídica y de Gobierno del Órgano Político-Administrativo correspondiente⁴ para que el así denominado acto jurídico bilateral o sociedad de convivencia surta efectos frente a terceros, nos permitirá saber ahora estadísticamente, si hubo o no "falacia conclusiva" de parte de los mencionados legisladores al invocar los supuestos hechos en los que incomprobablemente apoyaron la necesidad de su legislación.

1. Sociedad de Convivencia de Dos. Eliminación de la de más de dos prevista en la Iniciativa Enoé

El objetivo homosexual y con ello discriminatorio de la Iniciativa Enoé quedó de manifiesto cuando (i) distinguió priorizantemente a la sociedad de convivencia de dos, y (ii) denominó a su propuesta de ley, Ley de Sociedad de Convivencia, y sobre todo (iii) cuando consideró que solamente podría estar integrada por "dos personas físicas", (iv) que no podían constituir una "familia nuclear" (madre o padre con hijo[s]), (v) que deciden tener relaciones de convivencia en hogar común, (vi) con voluntad de permanencia y ayuda mutua y (vii) deja para segundo término las de más de dos que reúnan las características de la primera.⁵ ¿Qué otra razón pudo haber habido para enfatizar en agrupaciones de dos personas y sólo secundariamente referirse a las de más de dos? ¿Habría sido necesario hacer una diferencia cuantitativa en una legislación objetivamente hecha por cuanto al número de integrantes de una sociedad de convivencia? ¿Se pretendía resolver un problema social general que respondería a la protección de las familias no nucleares o a un interés particular de grupos minoritarios que deseaban la satisfacción de una pretensión particular?

⁴ Ley de Sociedad de Convivencia, Artículo 3, "...la cual surte efecto frente a terceros cuando la Sociedad es registrada ante la Dirección General Jurídica y de Gobierno de Órgano Político Administrativo correspondiente".

⁵ El artículo 2o. de la Iniciativa Enoé estableció: "La Sociedad de Convivencia se constituye cuando dos personas físicas, con capacidad jurídica plena, deciden establecer relaciones de convivencia en un hogar común, con voluntad de permanencia y ayuda mutua. También podrán formar Sociedad de Convivencia más de dos personas que sin constituir una familia nuclear, tuvieran entre sí relaciones de convivencia y cumplan con los demás requisitos señalados en el párrafo anterior".

Los propósitos homosexuales y discriminatorios anteriormente descritos quedaron radicalizados por la supuestamente "más moderada" Iniciativa Cuervo cuando (i) previó expresamente que los convivientes podrían ser personas del mismo o diferente sexo, (ii) descartó la posibilidad de que más de dos personas pudieran formar una sociedad de convivencia y (iii) que la integraran inclusive parientes consanguíneos en línea recta o hasta el cuarto grado en colateral.⁶ Otra vez, si como indicaban ambas iniciativas era necesario resolver un problema social, ¿por qué particularizar y dejar de proteger a sujetos que viviendo agrupadamente podrían requerir de protección jurídica por estar en una condición similar a la de agrupaciones de dos? Ninguna de las iniciativas hizo referencia al tema, solamente se encaminó hacia su objetivo velado particular y por lo mismo injusto. ¿Por qué el sistema jurídico general si tenía solución para las agrupaciones de más de dos personas que deseaban formar un hogar común, con voluntad de permanencia y ayuda mutua, y no lo tenía para los que buscando los mismos objetivos eran solamente dos?

A. Supuesto Normativo/Requisitos

Al establecer los requisitos o elementos integrantes de la hipótesis normativa que habrán de satisfacerse para que surjan los derechos y obligaciones de las partes o sujetos convivientes, el legislador defeano empezó por calificar a la nueva figura como un acto jurídico, mas no como contrato. No se atrevió, no quiso o ignoró que se trataba de un contrato.⁷ Haberlo hecho habría implicado reconocer que, las normas generales de los contratos que prevé el propio Código Civil en su Libro Cuarto, Primera Parte Capítulo I y en particular el artículo 1858 que prevé que los contratos atípicos se regirán tanto por las reglas generales, por las estipulaciones de las partes y en lo que fueren

⁶ El artículo 2 de la Ley de Sociedad de Convivencia establece: "La Sociedad de Convivencia es un acto jurídico bilateral que se constituye cuando dos personas físicas de diferente o del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, establecen un hogar común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua".

⁷ El artículo 1793 de Código Civil para el Distrito Federal establece: "Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos".

omisos por el contrato más análogo⁸ hacían inútil la incorporación de la bisoña e imitativa figura convivencial.

Es cierto que legisladores precedentes no le han reconocido el carácter de contrato ni al matrimonio ni al concubinato, pero tampoco les llaman acto jurídico en sus definiciones. Sin embargo, independientemente de las deficiencias jurídicas notables que las definiciones de tales actos muestran en el propio código, ello podría resultar explicado y al menos congruente, por el ingrediente que ambas instituciones tienen, de ser medios únicos y naturales de generación de seres humanos, de formar auténtica familia,⁹ cosa que no sucede ni puede suceder naturalmente con los convivientes conforme a la estructura jurídica de que dotó a la sociedad de convivencia el defenido legislador. En el legislador original de Código Civil había prurito para caracterizar a esas instituciones generadoras de vida como negocios jurídicos. Al legislador de 2006, le urgía darle artificialmente a la sociedad de convivencia, un carácter similar al de esas instituciones, y haberle llamado contrato habría truncado sus leguleyos propósitos.

a. Personas físicas con capacidad jurídica "Plena"

Resulta extraño que el legislador defenido de 2006 haya creado una nueva especie de capacidad jurídica, "la capacidad jurídica plena", al establecer ésta como uno de los elementos de la hipótesis o supuesto normativo de la sociedad de convivencia.

El Código Civil califica como restricciones a la capacidad de ejercicio, la minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, pero como lo dice el propio Código, sin que ello menoscabe la dignidad de la persona ni la integridad de

⁸ El artículo 1858 del Código Civil para el Distrito Federal establece: "Los contratos que no estén especialmente reglamentados en este Código, se regirán por las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones de las partes, y en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentados en este ordenamiento".

⁹ Véase en la Exposición de Motivos, llamada "Motivos del Código Civil", Comentarios al Libro Primero "De Las Personas", Trigésimo Párrafo. El legislador de 1928 reconocía al matrimonio como "la forma legal y moral de constituir familia" y al concubinato "como una manera peculiar de formar familia".

la familia.¹⁰ Es cierto que también el mismo Código Civil se refiere a la "capacidad para contratar"¹¹ y la doctrina, a las "formalidades habilitantes" (en el caso de emancipados para disponer de inmuebles), cuando una incapacidad de ejercicio puede ser subsanada mediante una autorización excepcional prevista en ley, y a la "legitimación para contratar" para subsanar la nulidad relativa o incapacidad de goce de determinadas personas para celebrar ciertos contratos (autorizaciones de los padres, tutores o de juez a menores para contraer matrimonio).¹² ¿Por qué no prohibió a los emancipados volverse socioconvivientes si quería proteger la imagen de su innovativa figura?

Una vez más queda de manifiesto que en el legislador mayoritario del Distrito Federal prevaleció el enfoque político sobre la sapiencia jurídica a todas luces inexistente en él. No obstante su ostentosa liberalidad imitativa más que inventiva, su ignorancia sobre los efectos críticos que su nueva figura podría acarrear, le forzó a refrenar los elementos hipotéticos de la misma. Habría que evitar la más mínima censura social sobre la selección de los atributos personales de madurez exigidos a los sujetos convivientes. Inventó así el legislador ignorante y perezoso intelectual del estudio, "la capacidad plena", pues no fue capaz de comprender que la ley establece como regla la capacidad y sólo como excepción las restricciones a ésta. Ineptamente creyó que el principio operaba a la inversa, que la regla era la incapacidad y la excepción la capacidad. ¡Qué obtusa concepción de la naturaleza humana inclusive!

b. Voluntad (o Deseo) de: i. Relación de convivencia en hogar común; ii. Permanencia; iii. Ayuda mutua

Llama también la atención que el legislador local mayoriteante utilice a la voluntad (de permanencia y ayuda mutua) y no al consentimiento

¹⁰ El artículo 23 del Código Civil para el Distrito Federal establece: "La minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la capacidad de ejercicio que no significan menoscabo a la dignidad de la persona ni a la integridad de la familia; los incapaces pueden ejercitar su derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes". Gaceta Oficial del Distrito Federal del 25 de mayo de 2000.

¹¹ El artículo 1798 del Código Civil para el Distrito Federal establece: "Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley".

¹² SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los contratos civiles*, Porrúa, México 1984, 7a. ed., pp. 30 y ss.

como el elemento subjetivo del llamado acto, realmente contrato. El Código Civil, aunque refiriéndose a los contratos (cosa que temió hacer o ignoró el bisonño legislador) establece que el consentimiento (junto con el objeto) son los elementos de existencia del contrato.¹³ Suponiendo (con la mentalidad recortada del propio legislador) que no fuera contrato la sociedad de convivencia, y que sólo fuera acto jurídico, también el Código Civil establece que la falta de consentimiento hace que el acto jurídico no produzca efecto alguno y que su inexistencia pueda ser invocada por todo interesado.¹⁴

¿Será acaso que el novedoso legislador, imitador de modelos extranjeros desarrollados (como lo presume en su exposición de motivos), intentó imaginar actos jurídicos unilaterales cuyo desistimiento unilateral no generara incumplimiento de obligación al no haberse requerido consentimiento y con ello tampoco responsabilidad? Pareciera que el solo deseo¹⁵ o apetito vehemente unilateral, mas no la unión o concordancia de voluntades, actualizaría la hipótesis y al menos por cuanto a ese elemento subjetivo, irrelevante del consentimiento, una vez manifestada la satisfacción temporal del deseo, la retractación unilateral no generaría efecto jurídico alguno. Ello en forma contraria a como sí sucede en todos los demás actos jurídicos que por su esencial naturaleza jurídica bilateral, una vez generado el derecho en el otro extremo de la relación, ya no es posible afectarlo, sin una remediación jurídica o sanción para el incumpliente. Es obvio que, haya sido por ignorancia o por malicia del legislador, su “novedosa” teoría jurídica no pueda encajar dentro del marco jurídico general y la haya hecho inaplicable con respecto de otras obligaciones que la importada institución, necesariamente genera, al actualizar automáticamente otras hipótesis o elementos de la misma figura.

¹³ El artículo 1794 del Código Civil para el D. F. establece: “Para la existencia del contrato se requiere: I. Consentimiento; II Objeto que pueda ser materia del contrato”.

¹⁴ El artículo 2224 del Código Civil para el D. F. establece: “El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado”. El artículo 1858 establece: “las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos en lo que no se opongan a la naturaleza de estos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos”.

¹⁵ *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia, 19a. ed., Madrid, 1970, p. 452.

Otra vez, seguramente más por ignorancia que por malicia, parece no haberse percatado el legislador de que las obligaciones y responsabilidades no derivan únicamente de actos jurídicos, sino también de hechos jurídicos o ilícitos que generan responsabilidad con independencia de la voluntad, responsabilidad que necesarísimamente se traduce en el restablecimiento del orden jurídico a través del cumplimiento forzado por sentencia por ejemplo, la reparación del daño (material o moral inclusive) o indemnización y la sanción pecuniaria o liberatoria.

B. Libres de matrimonio, concubinato (Iniciativa Cuervo) o Sociedad de Convivencia

Ambas iniciativas, la Enoé y la Cuervo, se revelaron en su intención oculta cuando prohíben que las partes (hay que recordar que en términos de la “novedosa” ley no habrían de ser llamadas partes pues no se trata de un contrato) vinculadas previamente por un matrimonio u otra sociedad de convivencia, y que como hemos tenido que reconocer, con menos malo rigor técnico, la Cuervo agregó también al concubinato, puedan celebrar el “acto jurídico” de convivencia. Si se tratara de un contrato sano, ¿qué problema habría en que una parte en un contrato de matrimonio, en un concubinato (aceptemos inclusive de buena fe) o en otra sociedad de convivencia, contratara con una persona del servicio doméstico o laboral que deviene en una relación afectiva desinteresada, o con alguna amistad o parentesco (como lo consigna la propia iniciativa Cuervo), la celebración de dicho contrato para establecer un hogar común con voluntad de permanencia y de ayuda mutua? “Común”, dice el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia,¹⁶ significa: “...lo que no siendo privativamente de ninguno, pertenece o se extiende a varios... Juntos todos los individuos de un cuerpo; para todos generalmente”. ¿Qué inconfesados impedimentos habrán tenido en mente los legisladores asambleístas mayoriteantes que decidieron crear una ley de convivencia a modo, cuando en sus iniciativas, la Cuervo se refieren a “la solidaridad humana y el (sic) altruismo los cuales deben ser protegidos y alentados

¹⁶ *Diccionario de la Lengua Española*, op. cit., p. 334.

por el Estado” y la Enoé “se refiere a la posibilidad de que la suscriban [sólo] dos personas ya sean del mismo o de diferente sexo”? ¿Para qué engaña la iniciativa Cuervo cuando dice que “el proyecto tiene un objeto más amplio que aquel (sic) que se refiere al reconocimiento de consecuencias jurídicas, al establecimiento de vida en común entre personas de mismo sexo”, o como dijo la iniciativa Enoé, la posibilidad de que “[la sociedad de convivencia] la suscriban dos personas, ya sean del mismo o de diferente sexo”.

Sin siquiera imaginarlo, ya no digamos saberlo, el legislador aprobante de la ley de convivencia aplicó el concepto de incapacidad especial de goce para celebrar el acto jurídico de convivencia. Es decir que si quienes teniendo los impedimentos mencionados, celebraren el acto jurídico, habrán generado un acto jurídico ya no digamos afectado de nulidad absoluta, sino inexistente, pues hubo en quien está por ese hecho descalificado, una inhabilitación para contratar¹⁷ y para quien lo ignore, constituirá un error que impide la formación del consentimiento.¹⁸

Transpira pues ostentosamente la iniciativa Cuervo la inducida necesidad de “[construir] una sociedad más justa” y la “[imperatividad] de construir un marco jurídico que contemple y proteja las diversas formas de convivencia” y la Enoé, la de imitativamente a otros países predominantemente nórdicos, legislar “en favor de los derechos de aquellas relaciones sociales (sic) ya existentes que carecían de un marco jurídico adecuado”. Pareciera sin embargo que el apasionamiento de estos incipientes o maliciosos legisladores mayoriteantes, prevaleció sobre su limitada de por sí capacidad legislativa; es así que sólo pudieron o quisieron identificar como contraparte de las sociedades de convivencia, al resto de la sociedad y no a un conviviente respecto del otro.

Omitió el neófito defensor hacedor de normas generales de minorías, establecer cuál sería la sanción distinta de las meras inexistencia o nulidad absoluta, que habría que aplicarse en caso de que alguno

¹⁷ Artículo 1797 del Código Civil para el Distrito Federal: “Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley”.

¹⁸ El artículo 1812 del Código Civil para el Distrito Federal establece: “El consentimiento no es válido si has ido dado por error”. El artículo 2224 del Código Civil para el Distrito Federal establece: “El acto jurídico inexistente por falta de consentimiento... no producirá efecto legal alguno... Su inexistencia puede invocarse por cualquier interesado”.

de los convivientes otorgara el acto jurídico a sabiendas de que es casado, concubino(a) o concubinario(a) y de que está impedido para celebrarlo. Es cierto que como lo dice la doctrina, esas son las sanciones perfectas porque una vez detectada la anomalía, sus efectos quedan destruidos. Pero ¿en dónde se ha dejado el efecto dañino que tal omisión no errónea sino voluntaria inducente mediante engaño por omisión, pueda haber provocado en el otro conviviente?

Por ello es que la técnica jurídica y particularmente la legislativa consciente, enseña que existen también las normas jurídicas sancionatorias pluscuamperfectas (*leges plus quam perfectae*),¹⁹ que ante una acción u omisión de revelación debida, por ejemplo, prevén una sanción punitiva adicional a la abolición de efectos “*ab initio*”. El legislador debió expresamente haberse referido, pero por miedo o ignorancia no lo hizo, al derecho que debe asistir al conviviente que no resultó serlo por el error inducido o dolo de su contraparte, a indemnizarle de cualquier daño material o inclusive moral que esa ineficacia le habría acarreado. Tal omisión habrá de dejar una vez más que sean los juzgadores los que caso por caso tengan que enmendar las deficiencias legislativas y resolver si la indemnización reparatoria o resarcitoria resulta procedente al conviviente ofendido. Llama la atención que no haya el supuesto legislador, conocido que en materia de actos del estado civil la declaración maliciosa de un hecho falso genere la consignación ante el Ministerio Público para que se ejercite la acción penal correspondiente.²⁰ ¿Qué acaso el aprendiz legislador mayoriteante consideró que los convivientes afectados no merecen el mismo trato que los demás ciudadanos?, ¿los considera de segunda?, ¿los discrimina?

¹⁹ El autor difiere de Eduardo GARCÍA MÁYNEZ que en su obra *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa, 36a. ed., p. 90, cataloga como pluscuamperfectas las normas jurídicas minus quamperfectas, ya que sólo matizan éstas los efectos de hecho cuya sanción mediante ineficacia resulta inconveniente, como es el caso del matrimonio de menores cuya sanción mediante anulación evidentemente resultaría inconveniente de un hecho consumado. Deben ser pues entendidas como normas pluscuamperfectas aquéllas que, como su nombre lo dice, están por encima de las perfectas que hacen ineficaz un efecto jurídico, que no material inevitable, pero además penalizan al engañante.

²⁰ Artículo 104 del Código Civil para el Distrito Federal establece: “Los pretendientes que declaren maliciosamente un hecho falso, serán consignados al Ministerio Público para que ejercite la acción penal correspondiente”.

Una vez más, los potenciales convivientes por su parte habrán de pensar con mucho cuidado si es el régimen de la innovativa ley o un contrato diverso bien estructurado entre ellos, lo que les resulta protectorio de sus intereses.

C. Por escrito privado ante dos testigos e inscrito en el órgano político administrativo. Copia al Archivo General de Notarías (¿propósito?)

El optimistamente calificable de aprendiente legislador, determinó que han de reunirse como elementos formales del acto, su documentación por escrito, la presencia de dos testigos, su ratificación, su inscripción y su archivamiento y registro en el Archivo General de Notarías.

Su celebración entre las partes del acto, con la sola presencia de dos testigos vuelve a darle el carácter contractual que el mencionado legislador no se atrevió a atribuirle. Llama la atención que el ímpetu innovante supuestamente igualitario del legislador incipiente, que por una parte le da el rango de acto jurídico y no de contrato a la sociedad de convivencia, haya desarrollado temor de calificarla como acto de estado civil de las personas y encomendado su autorización a los llamados incorrecta (y echeverraicamente) jueces del Registro Civil y a esta institución su resguardo. Pareciera obvio que el neófito capitalino legislador tomó una vez más una decisión política y desdeñó lo jurídico, pues quizá vislumbró que de darle el carácter de contrato a la sociedad de convivencia habría hecho evidente la ineficiencia²¹ de su propuesta legislativa y mejor optó por un innecesario e imaginario mayor rango legislativo de su "creativa" institución.

La presencia de testigos llama la atención pues el Código Civil para el Distrito Federal solamente prevé que puedan intervenir pero no los exige generalmente para cada acto.²² Su exigencia en el caso del acto conviviente pudiera tener al menos dos interpretaciones pues la celebración ante autoridad hace desaparecer una tercera que consistiría en darle certeza al acto, es decir, una función supletoria de la de

²¹ CALSAMIGLIA, Albert, *Racionalidad y eficiencia del derecho*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Fontamara, 2a. ed., 1997, pp. 64 y 65.

²² El artículo 45 del Código Civil para el D. F. establece: "Los testigos que intervengan en las actas del Registro Civil serán mayores de edad, prefiriéndose los que designen los interesados, aun cuando sean sus parientes".

fedatario que corresponde siempre procesalmente a la autoridad en el desempeño de su atribución.²³ Tales funciones tendrán sin duda para los testigos la obligación ya no digamos de conducirse con verdad, sino con conocimiento de causa. O los testigos tienen una función identificatoria de los convivientes o de conocimiento de que no tiene impedimento para celebrar el acto. En todo caso, otra vez, habrá de decidir el conviviente si mejor celebra un contrato privado sin formalidades, o si es capaz de conseguir testigos que asuman la responsabilidad de declarar que los convivientes no tengan impedimento, y en ese caso, darle el rango de "acto jurídico" a su contratación.

La inscripción de la sociedad de convivencia en el órgano político administrativo del lugar en que se encuentre establecido el hogar común, resultó ser la Dirección General Jurídica y de gobierno de cada delegación política, pues según los Lineamientos para la Constitución, Modificación y Adición, Ratificación, Registro y Aviso de terminación de las Sociedades de Convivencia en el Distrito Federal, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal del 5 de marzo de 2007, serán éstas las que cuyas iniciales formarán los primeros caracteres del número de folio que se les asignará al momento de recepción de los documentos por la "autoridad registradora".²⁴

El registro y depósito en el Archivo General de Notarías como lo ordena el segundo párrafo del Artículo 10 de Ley de Sociedad de

²³ Los artículos 327, fracciones III y V y 328 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal establecen que harán fe: "III. Los documentos auténticos, libros de actas, estatutos, registros y catastros que se hallen en los archivos públicos, o los dependientes del gobierno federal, de los estados, de los ayuntamientos o del Distrito Federal. V. Las certificaciones de constancias existentes en los archivos públicos expedidas por funcionarios a quienes compete".

El artículo 403 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal establece: "Queda exceptuada de la disposición anterior la apreciación de los documentos públicos, los que tendrán valor probatorio pleno, y por tanto no se perjudicarán en cuanto a su validez por las excepciones que se aleguen para destruir la pretensión que en ellos se funde. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Título Primero, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* los días del 1 al 21 de septiembre de 1932. Modificado en ocasiones últimas por decretos publicados los días 21 de julio y 23 de septiembre de 1993; 6 de enero de 1994; 24 de mayo de 1996; 30 de diciembre de 1997; 28 de mayo y 19 de octubre de 1998; y por decretos publicados en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 25 de mayo y primero de junio de 2000.

²⁴ Artículos 8o. y 9o. de los Lineamientos para la Constitución, Modificación y Adición, Ratificación y Aviso de Terminación de las Sociedades de Convivencia en el Distrito Federal.

Convivencia y el inciso VIII del artículo 7o. de los Lineamientos mencionados, no parecen tener razón de ser. No se hace referencia alguna adicional al efecto en tales ordenamientos, ni mucho menos en lo que quiso hacer las veces de exposición de motivos de las iniciativas Cuervo y Enoé. Otra vez, qué pretendió el incipiente legislador, es difícil de determinar. Conforme a la Ley General del Notariado del Distrito Federal, el Archivo General de Notarías tiene como propósito la conservación de las escrituras y actas notariales, es decir de documentos en cuya elaboración o al menos ratificación participan los notarios. En el caso de la sociedad de convivencia, los notarios no tienen intervención alguna. Si la razón pudiera haber tenido que ver con el régimen patrimonial particularmente inmobiliario de los convivientes, mejor habría sido que se refiriera el aprendiz de legislador, al Registro Público de la Propiedad y en tal caso la intervención notarial habría hecho sentido para facilitar la inscripción, ya que en principio sólo son inscribibles los testimonios de escrituras o actas notariales u otros documentos auténticos, las resoluciones y providencias judiciales y los documentos privados con firmas autenticadas o por notario, juez o registrador. Pero ello tampoco pareciera haber sido ni vislumbrado por el legislador defenido, pues inclusive previó que la ausencia de regulación patrimonial no sólo implicará que cada conviviente mantendrá el dominio, disfrute y uso de sus bienes sino inclusive su administración.²⁵ ¿Habría sido la desconfianza a los archivos de los órganos políticos administrativos, es decir de las delegaciones políticas y la confianza en el General de Notarías lo que motivó al antitécnico legislador la razón de haber involucrado al Archivo General de Notarías?

2. Consecuencias jurídicas primarias (Derechos y Obligaciones)

Habiendo estudiado en los rubros precedentes cuáles son los elementos de la hipótesis normativa o supuestos de “la México-novedosa

²⁵ La fracción IV del artículo 7o. de la Ley de Sociedad de Convivencia establece: “Puede contener la forma en que las o los convivientes regularán la Sociedad de Convivencia y sus relaciones patrimoniales. La falta de este requisito no será causa para negar el registro de la Sociedad, por lo que a falta de éste, se entenderá que cada conviviente conservará el dominio, uso y disfrute de sus bienes, así como su administración”.

e incipiente” institución jurídica del legislador asambleísta mayoritista, corresponde ahora analizar los efectos que actualización de tales supuestos genera de manera automática, es decir, qué derechos y obligaciones para los convivientes y sin duda para terceros, les acarrearán tal actualización.

A. En Iniciativa Enoé

a. Generación de relaciones familiares

Ignorante o premeditante sin revelación de la naturaleza jurídica que correspondería a la institución convivencial que creaba, la iniciativa Enoé fue siempre resistente a reconocerle su carácter contractual y optó por el fácil entuerto de darle el carácter de familia o al menos de analogarla a esta última.²⁶ A diferencia de la materia patrimonial en la que contempló que los convivientes pudieran acudir “a figuras ya existentes de nuestra legislación civil”, en el caso de las relaciones más personales entre los convivientes, no lo hizo así.

Lo anterior habría hecho necesario, de haber sido aprobada como ley tal iniciativa, determinar el efecto jurídico de la actualización de dicho supuesto. El Código Civil no contiene una definición expresa de la institución jurídica de la familia. Lo más cercano a ella se encuentra curiosamente no, en el Título Cuarto Bis del Libro Primero de las Personas, denominado “De la Familia”, sino en el Título Duodécimo del propio Libro Primero, denominado “Del Patrimonio de Familia”. Es así que el artículo 724 del mencionado Código Civil al determinar quienes, entre otros, para tal efecto patrimonial pueden constituir el patrimonio de familia, señala suponemos indirectamente, como integrantes de ésta, a ambos padres, concubinos, padre o madre solteros, ambos abuelos e hijos.²⁷ De lo anterior podemos concluir

²⁶ El artículo 3o. de la Iniciativa Enoé presentado a la Asamblea Legislativa del D. F. II Legislatura, el 26 de abril de 2001 establecía: “La Sociedad de Convivencia genera relaciones familiares entre sus integrantes”.

²⁷ El artículo 724 del Código Civil para el D. F. establece: “Pueden constituir el patrimonio familiar la madre, el padre o ambos, la concubina, el concubino o ambos, la madre soltera o el padre soltero, las abuelas, los abuelos, las hijas y los hijos o cualquier persona que quiera constituirlo, para proteger jurídica y económicamente a su familia”. Gaceta Oficial del Distrito Federal del 25 de mayo de 2000”.

que, conforme al Código Civil, y aunque pareciera limitativo, la familia la constituyen en principio los progenitores comunes y demás parientes en línea recta descendente o ascendente hasta el segundo grado. Ante la postura omisiva del Código Civil, otra alternativa interpretación sería acudir al concepto de parentesco del propio Código y asumir que la familia se da a partir del parentesco, sea éste consanguíneo o civil, y en una interpretación más que extensiva, supongamos que también el de afinidad.²⁸ El legislador enoísta se concretó a predecir, en el artículo tercero de su propuesta legal que la sociedad de convivencia generaría “relaciones familiares entre sus integrantes”; adicionalmente excluiría su propio atrabiliario concepto de lo que llamó “la familia nuclear” de los “hogares mexicanos [que] no son nucleares” y utiliza sin definir ni explicar en los textos de su propia iniciativa ni en el del propuesto articulado, que (su concepto de familia), no correspondería al de la familia natural o tradicional, y usa sin embargo, términos ambiguos tales como “[hogares] extensos, compuestos o no familiares”, incorporando el término definido en sentido negativo, en lo que habría querido ser una explicación intelectualmente mediocre, generadora de incertidumbre jurídica. Cuál haya sido la intención del legislador iniciativante enoiano, resulta difícil de determinar dada la parquedad e inconsistencia de su planteamiento; sin embargo, las consecuencias jurídicas que con o sin conocimiento de causa alcanzaría el mencionado legislador, habrían sido sin duda entre otros, por no haber referencia ni excluyente ni modificativa en la propuesta legislación, la aplicabilidad entre los convivientes de las disposiciones relativas a la violencia familiar y al patrimonio de familia contenidos en el Capítulo III del Título Sexto y en el Capítulo Único del Título Duodécimo, ambos del Libro Primero del Código Civil del D. F., a los que nos referiremos más adelante.

²⁸ El artículo 293 del Código Civil para el D. F. establece: “El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común. En el caso de la adopción, se equiparará al parentesco por consanguinidad aquél que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo”. Artículo 294. “El parentesco de afinidad, es el que se adquiere por matrimonio o concubinato, entre el hombre y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos. Artículo 295. “El parentesco civil es el que nace de la adopción, en los términos del artículo 410-d”. Gaceta Oficial del Distrito Federal del 25 de mayo de 2000.

i. ¿Cónyuges?

El temor a la crítica sensata y con ello el previsible rechazo a la iniciativa quizá, más que por un prurito ético, pues la iniciativa Enoé no muestra el más mínimo, le impidió muy probablemente asignar analógicamente a los convivientes el carácter espurio de cónyuges, para de ahí generarles el carácter de “familiares” para la regulación de sus derechos y obligaciones. Su “evolucionada moral” no le permitió tampoco, sin embargo, remitir a términos tales como concubinos. Sabía inclusive que, los concubinos son natural y analógicamente cónyuges (hombre y mujer) aunque no se les llame de manera expresa jurídicamente así. Prefirió ahí sí a pesar de su pereza legislativa mostrada en otros texto legales, regular aunque siempre superficialmente, mediante textos limitados, pero ya no a través de remisión analógica, por ejemplo, en materia alimentaria, sucesoria y tutelar en caso de interdicción de alguno de los convivientes.²⁹

²⁹ Los artículos 10, 11, 12 y 13 de la Iniciativa Enoé establecían: Artículo 10. “Sin perjuicio del artículo anterior, se generará entre los convivientes el deber recíproco de darse alimentos, siempre y cuando hayan vivido juntos por un periodo de dos años a partir de que se haya otorgado la Sociedad de Convivencia en los términos del artículo 6o. de esta ley, bajo las siguientes circunstancias: I. Cuando la Sociedad de Convivencia sólo se haya suscrito entre dos personas, se aplicará lo relativo a las reglas de alimentos entre concubinos. II. Cuando la Sociedad de Convivencia se haya suscrito entre más de dos personas, se aplicará lo relativo a las reglas de alimentos entre parientes colaterales en segundo grado. En caso de terminación de la Sociedad de Convivencia, sus integrantes se proporcionarán alimentos por un periodo igual a la duración de ésta, contado a partir de su disolución”. Artículo 11. “Entre los convivientes se generarán derechos sucesorios, los cuales estarán vigentes a partir del registro de la Sociedad de Convivencia en términos de lo dispuesto por el artículo 6o. de esta ley, bajo los siguientes términos: I. Cuando la Sociedad de Convivencia sólo se haya suscrito entre dos personas se aplicará lo relativo a la sucesión legítima entre concubinos. II. Cuando la Sociedad de Convivencia se haya suscrito entre más de dos personas se aplicará lo relativo a la sucesión legítima entre parientes colaterales en segundo grado”. Artículo 12. “Cuando uno de los integrantes de la Sociedad de Convivencia sea declarado en estado de interdicción, en términos de lo previsto por el Código Civil para el Distrito Federal, los demás integrantes serán llamados a desempeñar la tutela siempre que hayan vivido juntos por un periodo inmediato anterior a dos años a partir de que la Sociedad de Convivencia se haya otorgado, bajo los siguientes criterios: I. Si la Sociedad de Convivencia se suscribe entre más personas, se aplicarán las reglas en materia de tutela legítima entre cónyuges. II. Si la Sociedad de Convivencia se suscribe entre más de dos personas se aplicarán las reglas en materia de tutela legítima relativas a los parientes colaterales en segundo grado”. Artículo 13. “En los supuestos de los artículos 9o., 10, 11 y 12 de esta ley, se aplicarán, en lo relativo, las reglas previstas en el Código Civil para el Distrito Federal en materia de alimentos, sucesión legítima y tutela legítima”.

ii. ¿Por afinidad?

Tampoco tuvo el iniciativante enoiano, más por ignorancia que por estrategia seguramente, la temeridad para haber atribuido a los convivientes y a sus parientes respectivamente, el carácter de parientes afines y haber derivado de ello obligaciones “familiares” alimentarias, por ejemplo; sin embargo, sin decirlo sí pretendió establecerlas pues tuvo la osadía por la vía de la obligación alimentaria, de prever que en la sociedad de convivencia suscrita “entre más de dos personas” la aplicabilidad de las reglas de alimentos “entre parientes colaterales en segundo grado” de los convivientes. Asumió malamente quizá dicho legislador enoiano, que cuando los convivientes no fueran “pareja” homosexual, sino un grupo heterosexual de personas, no habría repudio a cualquier tipo de vínculo de parte de los parientes de los convivientes y menos para resultar obligados frente a éstos, a pesar de no haber tenido siquiera oportunidad de aprobar o desaprobar el acto convivencial.

b. ¿Patrimonio de familia? Copropiedad: inalienable, imprescriptible e inembargable

Escuetamente como lo hace con prácticamente todos los aspectos jurídicos, a diferencia de los pretendidamente políticos, la iniciativa Enoé le dedica menos de renglón y medio al tema patrimonial, dejando que sea “la voluntad de las partes, la que rija en torno a los bienes patrimoniales de los integrantes de la Sociedad de Convivencia”. Ya en el texto legal propuesto, se refiere al tema de manera incidental cuando al referirse en su artículo 7, con su ilogicidad característica, ordenaba qué aspectos o puntos “por lo menos”, deberían contenerse en el documento en que se constituyera la sociedad de convivencia,³⁰ pero en su propio inciso IV,

³⁰ El artículo 7 de la Iniciativa Enoé establece: “El documento por el que se constituye la Sociedad de Convivencia deberá contener *por lo menos* los siguientes puntos: I. El nombre de cada conviviente, su edad, domicilio y estado civil, así como los nombres y domicilios de los testigos, en caso de haberlos. II. El lugar donde se establecerá el hogar común. III. La manifestación expresa de los convivientes de vivir juntos en el hogar común, con voluntad de permanencia y ayuda mutua. IV. La forma en que los convivientes regularán la Sociedad de Convivencia y sus relaciones patrimoniales. En defecto de pacto a este respecto, cada conviviente conservará el dominio, uso y disfrute de sus bienes, así como su administración. Las firmas de los convivientes y la de los testigos en caso de haberlos”.

ya no es un requisito esencial, pues señala que la ausencia de pacto no causa la nulidad, sino que cada parte conservará no sólo el dominio de sus bienes, sino su uso, usufructo e inclusive su administración. ¿Hacia, pues, falta crear una ley de sociedad de convivencia para regularla, o la voluntad de los contratantes y la legislación supletoria de la voluntad habrían resuelto el problema?

¿Fue otra vez la ignorancia o le habría quedado algún resabio de escrúpulo esencialmente diferenciador entre la familia y la sociedad de convivencia al legislador enoiano, al no hacer aplicables las normas sobre “patrimonio de familia” a los convivientes? La noble institución “de interés público” cuyo propósito es proteger económicamente a la familia y proteger al hogar prohibiendo su alienabilidad, prescriptibilidad y embargo, no pareció compartir el carácter análogo familiar que sí le atribuyó en el texto de la iniciativa, al señalar que la sociedad de convivencia no se oponía al matrimonio ni al concubinato como formas de procreación, pero que si constituía para los enoianos “una visión realista sobre las relaciones familiares”.³¹ Cualquiera que haya sido la razón, no tenemos otra alternativa que concluir que dicho legislador enoiano no persiguió una finalidad jurídica sino meramente política en su acometido. Si quería generar protección jurídica, su pseudoinovante institución ¿por qué no equiparó su tratamiento en este punto al concubinato o al régimen de los cónyuges o de la familia misma, como sí lo hizo tratándose de alimentos y de sucesión y a los cónyuges en materia de tutela?³² Simplemente, si fue consciente no le interesó, y si no lo fue, con qué grado de máxima irresponsabilidad se condujo dicho pretendido legislador. En ambos casos, esos no son los legisladores que una democracia, por incipiente que sea, merece.

c. Otras relaciones de familia

El artículo 13 de lo que fuera la iniciativa Enoé, luego de hacer las equiparaciones generales mencionadas a concubinato y cónyuges

³¹ “Cabe reiterar que la sociedad de convivencia no se opone al matrimonio ni al concubinato, en los que la procreación, el trato sexual y la ayuda mutua, por ejemplo, son sus elementos definitorios. Lo que sí se incluye es una visión realista sobre las relaciones familiares que de acuerdo con el Código Civil para el Distrito Federal constituye una serie de deberes, derechos y obligaciones de las personas integrantes de la familia”.

³² Véase nota de pie de página núm. 90, en este mismo artículo.

en materia de alimentos y sucesión, de manera aun más general “a las reglas previstas en el Código Civil”, hace remisión, ya no sólo en tales instituciones, sino también en materia de tutela (ver nota de pie de p. 29). No habiendo finalmente trascendido dicha iniciativa de manera directa, sino sólo a través de la iniciativa Cuervo, no se hace necesario anticipar el análisis, sino hasta más adelante en este mismo artículo, en donde se hace el estudio con respecto a la ley resultante de esta última iniciativa. Sin embargo, no podemos dejar de hacer notar que la ligereza de la iniciativa Enoé, haciendo una remisión tan generalizada y sin restricciones, habría provocado ella misma interpretaciones equívocas, extensivas (malintencionadas o no) pretendientes de que entre los parientes de cada conviviente y su homólogo pudiera surgir parentesco por afinidad y siendo ello así, la aberrante conclusión de que a falta o por imposibilidad cumplimiento de la obligación alimentaria, por parte de los ascendientes y descendientes, recayera también en los hermanos e inclusive los colaterales en cuarto grado.³³ El mismo problema y cualitativamente aun más grave pues no se resolvería con la mera aportación de numerario como en la obligación alimentaria, es el caso de la tutela, pues sin distingos por cuanto al parentesco, la ley señala que a falta de tutor testamentario, serán llamados a ejercer la tutela del incapacitado, los abuelos, los hermanos y los demás colaterales dentro del cuarto grado.³⁴ ¡A qué conclusiones tan aberrantes puede llevar la pereza mental o la preeminencia unilateral política partidista sobre la razonabilidad jurídica que en todo momento debe regir al legislador, que es electo porque supuestamente sabe más que los demás!

³³ El artículo 305 del Código Civil del D. F. establece: “A falta o por imposibilidad de los ascendientes o descendientes, la obligación recae en los hermanos de padre y madre o en los que fueren solamente de madre o padre”. Gaceta Oficial del Distrito Federal del 25 de mayo de 2000.

³⁴ El artículo 490 del Código Civil del D. F. establece: “A falta de tutor testamentario y de persona que con arreglo a los artículos anteriores deba desempeñar la tutela, serán llamados a ella sucesivamente: los abuelos, los hermanos del incapacitado y los demás colaterales a que se refiere la fracción II del artículo 483; observándose en su caso lo que dispone el artículo 484”. El artículo 483 II del Código Civil del D. F. establece: “Por falta o incapacidad de los hermanos, a los demás colaterales, dentro del cuarto grado inclusive. El juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden anterior atendiendo al interés superior del menor sujeto a tutela”. Gaceta Oficial del Distrito Federal del 25 de mayo de 2000.

No podemos dejar de lado, por más que queramos, otra incongruencia derivada de lo que habría sido la ley que propuso la iniciativa Enoé. Nos referimos al problema de la violencia familiar.³⁵ Como se ha explicado si bien la Iniciativa Enoé, por la razón que haya sido no incluyó en el texto de ley remisión alguna a la familia, lo hizo en su pretendida exposición de motivos.³⁶ ¡Imaginemos qué interpretación habría tenido que hacer el juez frente a una demanda por violencia física, psicoemocional, económica o sexual por daños y perjuicios entre convivientes, fundada en analogía! ¿Buscó la protección de los convivientes el legislador enoiano o solamente el escarnio?

B. Iniciativa Cuervo

a. Equiparación a concubinato

Sin ser capaz de identificar específicamente en qué se asemeja el concubinato y en qué se diferencia de la sociedad de convivencia, remite expresamente el texto de ley de la iniciativa Cuervo a las disposiciones del concubinato, “en lo que fuere aplicable”.

³⁵ El artículo 323 Quater del Código Civil del D. F. establece: “La violencia familiar es aquel acto u omisión intencional, dirigido a dominar, someter, controlar o agredir física, verbal, psicoemocional, o sexualmente a cualquier integrante de la familia dentro o fuera del domicilio familiar, y que tiene por efecto causar daño, y que puede ser cualquiera de las siguientes clases: I. Violencia física: a todo acto intencional en el que se utilice alguna parte del cuerpo o algún objeto, arma o sustancia para sujetar, inmovilizar o causar daño a la integridad física del otro. II. Violencia psicoemocional: a todo acto u omisión consistente en prohibiciones, coacciones, condicionamientos, intimidaciones, insultos (sic) amenazas, celotipia, desdén, abandono o actitudes devaluatorias, que provoquen en quien las recibe alteración auto cognitiva y auto valorativa que integran su autoestima o alteraciones en alguna esfera o área de la estructura psíquica de esa persona. III. Violencia económica: los actos que implican control de los ingresos, el apoderamiento de los bienes propiedad de la otra parte, la retención, menoscabo, destrucción o desaparición de objetos, documentos personales, bienes, valores, derechos o recursos económicos de la pareja o de un integrante de la familia. Así como el incumplimiento de las obligaciones alimentarias por parte de la persona que de conformidad con lo dispuesto en este Código tiene obligación de cubrirlas. IV. Violencia sexual: a los actos u omisiones y cuyas formas de expresión pueden ser: inducir a la realización de prácticas sexuales no deseadas o que generen dolor, practicar la celotipia para el control, manipulación o dominio de la pareja y que generen un daño. Gaceta Oficial del Distrito Federal del 17 de enero de 2007”.

³⁶ Véase nota de pie de página 31.

Parece increíble que mientras la concepción del concubinato por el legislador se limite a hechos objetivos como el de hombre y mujer (aunque no lo dice lo supone, pues no hay tal si existen impedimentos para contraer matrimonio),³⁷ que “han vivido en común en forma constante y permanente por un periodo mínimo de dos años” o cuando sin que haya transcurrido dicho plazo “tengan un hijo en común”, la sociedad de convivencia se regule por elementos de comprobación subjetiva tales como (además del objetivo consistente en el establecimiento “de un hogar común”), haya la voluntad de permanencia y ayuda mutua. Es evidente que la fuente generadora de las obligaciones en uno y otro caso son originalmente distintas y por lo tanto la analogía propuesta por el legislador Cuervo, derive necesariamente en complicaciones interpretativas. Los convivientes derivan sus relaciones jurídicas de un acuerdo de voluntades, de un acto jurídico bilateral dice el legislador cuerviano;³⁸ los concubinos de un hecho y con ello de un mandamiento de ley que no admite nulidad, pues es el hecho objetivo de la vida en común y el plazo transcurrido de dos años o la tenencia de un hijo, lo que genera la causación de las consecuencias jurídicas, de los derechos y obligaciones y no hay manera de que puedan convenir derechos y obligaciones distintos. En el caso de los convivientes, además de que podrán alegar todo tipo de vicios de voluntad en la formación del acto jurídico, también podrán por ser la voluntad de las partes su origen, convenir con mucha mayor flexibilidad, como se verá más adelante, su regulación.

La razón de la benevolencia del legislador Cuervo en el tratamiento de la sociedad de convivencia, y la dureza en contraste del legislador

³⁷ El artículo 146 del Código Civil del D. F. establece: “Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige”. Art. 291 bis, primer párrafo, del Código Civil del D. F.: “La concubina y el concubinato tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un periodo mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este capítulo”. Gaceta Oficial del Distrito Federal del 25 de mayo de 2000.

³⁸ Artículo 2 de la Ley de Sociedad de Convivencia del D. F.: “La Sociedad de Convivencia es un acto jurídico bilateral que se constituye, cuando dos personas físicas de diferente o del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, establecen un hogar común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua”.

del concubinato, radica en que el concubinato no puede, por razones de orden público, dada su naturaleza, ser dejado al arbitrio subjetivo de los involucrados, en tanto que el de los convivientes, sólo deviene de un acto voluntario que no requería de normación jurídica, pues otra vez, las reglas generales de los contratos y por ende de los actos jurídicos habrían perfectamente ordenado las relaciones jurídicas de las “partes convivientes”.³⁹

b. Obligaciones

Aunque el legislador cuerviano gusta de hacer énfasis en los derechos más que en las obligaciones de los convivientes, nosotros preferimos referirnos a las obligaciones, por ser estas últimas las que verdaderamente constituyen la esencia del derecho; no obstante que modernamente se prefiere hablar de derechos antes que de obligaciones, mientras un derecho puede generalmente ser renunciado en tanto ello no afecte derechos de terceros y ello en tales casos puede resultar más o menos irrelevante jurídicamente, la modificación o renuncia de las obligaciones sin el consentimiento del sujeto activo de la relación bilateral, implica incumplimiento, trastorno del orden jurídico, y por lo mismo jurídicamente restablecimiento del entuerto mediante restitución o resarcimiento.

Refiriéndose a la pretendida “justificación” de la sociedad de convivencia, la apasionada cegazón del legislador cuerviano le hace declarar: “Que resulta importante el reconocimiento de que es un derecho humano individual elegir forma de vida, decidir libremente con quiénes compartir afectos...”⁴⁰ e ignorar que desde las primeras y elementales lecciones de derecho, el principiante sabe que si bien es posible que existan éticamente deberes u obligados sin las contrapartidas de los derechos y facultados, como sucede en la moral a la que por ello se atribuye carácter, a diferencia del derecho que es esencialmente imperoatributivo, de ser esencialmente imperativa. La

³⁹ El artículo 1859 del Código Civil del D. F. establece: “Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos”.

⁴⁰ Considerando IV del dictamen con propuesta de Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal presentada por las Comisiones Unidas de Derechos Humanos y de Equidad y Género de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

esencial característica del derecho consistente en su bilateralidad, hace imposible que existan derechos sin un obligado.⁴¹ El planteamiento de preguntas tales como: ¿será para el legislador cuerviano, la sociedad el sujeto pasivo de los convivientes?, o ¿lo será la autoridad?, o ¿terceros distintos a los anteriores?, o ¿quizá lo sea el otro conviviente? Evidentemente que lo son primariamente los convivientes de manera recíproca y el gobierno del D. F. a través del “Órgano Político Administrativo” a que se refiere la propia ley convivencial, entre otros, para efectos del derecho de registro que les otorga reconocimiento, a fin de que surta efectos frente a terceros.

El Código Civil del Distrito Federal, al normar los distintos tipos de contratos, y no se diga la parte general de las obligaciones, jamás tiene rubro alguno que se refiera o denomine derechos de alguna de las partes involucradas, o se refiera a obligaciones o si se refiere a derechos, lo hace concurrentemente con las obligaciones.⁴²

Otra vez, ¿será la ignorancia o la deliberada inaplicación de las elementales lecciones jurídicas la causa de tanta aberración jurídica formal y material en una ley de tan sólo veinticinco artículos de vigencia indeterminada y tres transitorios?

C. Convinibles

En principio pareciera que el único efecto jurídico que el legislador cuerviano dejó plenamente a la voluntad de las partes, fue el relativo al tratamiento de los bienes de los convivientes. Sin embargo, a reserva de verlo más adelante, no pareciera jurídico que ascendientes, descendientes y colaterales de los convivientes, se pudieran ver afectados con obligaciones que les derivaran de los pactos de éstos. Tal pareciera haber sido la intención del novedoso legislador, cuando previó que a la sociedad de convivencia le sería aplicable el régimen legal compatible del concubinato, ya que limitó tales efectos

⁴¹ Véase GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *op. cit.*, pp. 15 y ss.

⁴² Véase Título Sexto del Libro Segundo, capítulos III y IV del Código Civil del Distrito Federal, que se refieren a: “De los Derechos y Obligaciones del Arrendador” y “De los Derechos y Obligaciones del Arrendatario”, respectivamente y que contrastan con el nombre del Capítulo III de la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal que se denomina: “De los Derechos de los Convivientes” y sin que exista otro capítulo que se refiera a las obligaciones de los mismos.

expresamente a las relaciones jurídicas que “se producirán entre los convivientes”.⁴³ De ser así, como veremos más adelante, debiera ser no sólo posible eliminar cualquier efecto que el contrato o acto jurídico bilateral a que se refiere el legislador y la ley, pudiera tener en los terceros (parientes particularmente), sino inclusive en pactar en contra de antemano, en cuyo caso, otra vez, ¿de qué sirvió legislar sobre la sociedad de convivencia si acaba siendo un contrato en el que “la voluntad de las partes es la suprema ley”?

a. Patrimoniales. i) Se retiene dominio, uso y disfrute y administración salvo pacto en contrario

El artículo 7 de la Ley Cuervo, con igual o peor tino que la iniciativa Enoé, al referirse al régimen patrimonial de los convivientes establece en el encabezado los requisitos “que deben contenerse” en “el documento por el que se constituya la Sociedad de Convivencia”, sin embargo, en el apartado IV del mismo contradictoriamente dice: “Puede contener la forma en que las o los convivientes [...] regularán sus relaciones patrimoniales”. Aunque técnicamente incorrecta como acto legislativo, ya no establece que la regulación de la materia patrimonial entre los convivientes es uno de los requisitos que “por lo menos”⁴⁴ debe contener, sino solamente como lo establece, como un requisito que deberá contener. La carencia de técnica legislativa para uno y otro legislador queda constatada una vez más.

El legislador cuerviano imitó al enoiano y tomó el contenido del texto del apartado IV al pretender regular patrimonialmente a los convivientes. Supletoriamente previó que a falta de acuerdo cada quien conservaría sus derechos patrimoniales, inclusive los relativos a la administración de los bienes. En vista de que ninguna autoridad interviene en la celebración del llamado acto jurídico convivencial y menos en cuanto a su contenido, el legislador se quedó corto por cuanto regulación del régimen patrimonial de los bienes que se adquieren durante la vigencia del mismo. ¿Qué pasará con los bienes que se ad-

⁴³ El artículo 5 de la Ley de Sociedad de Convivencia establece: “Para los efectos de los demás ordenamientos jurídicos, la Sociedad de Convivencia se regirá, en lo que fuere aplicable, en los términos del concubinato y las relaciones jurídicas que se derivan de este último, se producirán entre los convivientes”.

⁴⁴ Ver nota de pie de pág. núm. 54 de este mismo artículo.

quieren conjuntamente y por cuanto a los productos o rendimientos de los mismos? ¿Se aplicará copropiedad? El legislador cuerviano, otra vez por temor o por ignorancia, dejó desprotegidos a los sujetos por los cuales pretendía salir en su defensa (¿frente a quién?: ¿la sociedad retrograda que no los reconocía?, ¿la autoridad?), pero los abandonó en el camino, de ahí haya que concluir que no tuvo determinado un interés jurídico, sino solamente uno político que establecer.

b. No patrimoniales. Contenido

Aun cuando no los ubica técnicamente dentro del rubro de derechos de los convivientes como habríamos supuesto conforme a “la lógica” del frustrado innovante legislador, existen otros que aunque tampoco los distingue, serían en lógica jurídica objetiva no apasionada, elementales, pues son nada más y nada menos los que sustentan el interés que sin saberlo habría de proteger dicho legislador. Nos referimos a los tres intereses jurídicos esenciales de la “innovadora institución”: el establecimiento de un hogar común, la voluntad de permanencia y la de ayuda mutua, curiosamente explicados en unos cuantos renglones tanto de la Exposición de Motivos de la iniciativa Cuervo original como de la modificada por las Comisiones Unidas de Derechos Humanos y de Equidad y Género mencionadas. Ambas calificaron a la sociedad de convivencia como “un instrumento para garantizar el ejercicio del derecho humano de elegir con quién compartir la vida y la libertad de establecer relaciones de solidaridad, mediante un acuerdo de voluntades a fin de compartir un hogar común, y brindarse ayuda mutua en forma constante y permanente” o de que la suscripción de la misma “debe estar acompañada del cumplimiento de requisitos como [...] vivir en un hogar común, con voluntad de permanencia y ayuda mutua” respectivamente.

Resulta pues que son éstos, elementos del acto bilateral conforme al artículo 2 de la ley,⁴⁵ requisitos de cumplimiento que acompañan a otros que deben satisfacer los pretendientes convivientes en la Modificación de la Exposición de Motivos de las Comisiones Dicta-

⁴⁵ El artículo 2 de la Ley de Convivencia establece: “La Sociedad de Convivencia es un acto jurídico bilateral que se constituye cuando dos personas físicas de diferente o del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, establecen un hogar común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua”.

minadoras, y fin u objeto del acuerdo de voluntades de éstos según la de la iniciativa Cuervo original.

Sean pues elementos del acto, requisitos de cumplimiento, o fin o motivo del acuerdo, su presencia o ausencia en la gestación del acto o de manera subsecuente, necesariamente generan algún derecho y por supuesto obligación (aunque no lo haya querido denominar así el legislador innovativo) entre los convivientes. Si fueran elementos de existencia original, su ausencia generaría inexistencia por no haber habido coincidencia de voluntades, es decir consentimiento o al menos coincidencia en el objeto y por ello ausencia de uno u otro o de ambos, inclusive cuando su ausencia se hubiera generado por vicio de la voluntad por causa de dolo, mala fe o motivo determinante de la voluntad.⁴⁶

Si fueran, como lo llamó el también inexperto legislador corrector de la iniciativa original, “requisitos de cumplimiento”, se traducirían en obligaciones de tracto sucesivo a ser cumplidas recíprocamente habremos de suponer, con el consecuente derecho también recíproco, y su incumplimiento por cualquiera de los convivientes generaría el derecho a demandar la rescisión.⁴⁷

Tratándose del fin u objeto del acuerdo de voluntades, como los calificó la iniciativa cuerviana original, la ausencia de voluntad de permanencia y ayuda mutua contraria a las buenas costumbres,⁴⁸ nos ima-

⁴⁶ El artículo 2224 del Código Civil para el D. F. establece: “El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado”. El artículo 1816 del Código Civil para el D. F. establece: “El dolo o mala fe de una de las partes y el dolo que proviene de un tercero, sabiéndolo aquélla, anulan el contrato si ha sido la causa determinante de este acto jurídico”. El artículo 1831 del Código Civil para el D. F. establece: “El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres”.

⁴⁷ El artículo 1949 del Código Civil para el D. F. establece: “La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible”.

⁴⁸ El artículo 1831 del Código Civil para el D. F. establece: “El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres”.

ginamos habría pensado el legislador, generaría nulidad relativa,⁴⁹ ya que dependería exclusivamente de la decisión del conviviente afectado solicitarla o resignarse y no hacerlo. Ello porque a pesar de que no sólo como legislador incipiente, sino además carente de originalidad, copió a otros legisladores que ignorantes también de lo que significa “orden público” e “interés social”, a manera de “cliché” insertan tal principio en todos sus productos legislativos, generando con ello la duda de si finalmente en casos como el que le ocupó al principiante legislador, la nulidad del acto por carencia de cualquiera de tales fines u objeto, fuera absoluta en términos del artículo 8 del Código Civil del Distrito Federal,⁵⁰ y que si, contrario al caso de la nulidad relativa, sea nulo desde que se genera el ilícito, requiera de una resolución judicial que sólo la declare. Sin embargo, en el caso de la sociedad de convivencia, que no hayan habido tales voluntades de permanencia y ayuda mutua, no se observa razón alguna para que “cualquier interesado”, además del afectado pudiera pedir la rescisión. ¿Dónde quedó, pues, el orden público e interés social, rectores de la innovante institución?

¿Fue incapaz el creativo legislador de identificar esos otros derechos originadores de la condición de convivientes? ¿Se habría percatado de que hablar de derechos hace jurídicamente impensable que no haya también recíprocamente obligados? ¿No supo que si quería proteger, como lo pregónó a diestra y siniestra, a los convivientes, debió haber regulado sus cambios emotivos y con ello la no permanencia o ausencia de voluntad para el mantenimiento de la relación? ¿Buscó solamente “cubrir el expediente” de un compromiso de campaña sin importarle cumplir con un fin fundamental del derecho que es la seguridad jurídica?

c. Tutela. ¿Subsiste después de la terminación de la sociedad?

En el artículo 15 de la ley, que forma parte del Capítulo III y que como se ha señalado se denomina “De los Derechos de los Convi-

⁴⁹ El artículo 2227 del Código Civil para el D. F. establece: “La nulidad es relativa cuando no reúne todos los caracteres enumerados en el artículo anterior. Siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos”.

⁵⁰ El artículo 8 del Código Civil para el D. F. establece: “Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario”.

vientes”, se establece: “Cuando uno de los convivientes sea declarado en estado de interdicción, [...] la o el otro conviviente será llamado a desempeñar la tutela, siempre que hayan vivido juntas o juntos por un periodo inmediato anterior a dos años a partir de que la Sociedad de Convivencia se haya constituido, aplicándose al efecto las reglas en materia de tutela legítima entre cónyuges o sin que mediere este tiempo, cuando no exista quien pueda desempeñar legalmente dicha tutela”.

En primer lugar habrá que tratar de interpretar sistemáticamente si se trata de un derecho renunciable por parte del interdicto, desde luego por anticipado, o si no lo es. Es decir si está previsto en la mencionada ley sólo como una institución aplicable supletoriamente a la voluntad de las partes, o lo sea a falta de convenio o si es irrenunciable. Conforme al Código Civil para el Distrito Federal la tutela es de interés público, y quien se rehúsa a desempeñarla sin causa justificada, es responsable de los daños y perjuicios que su negativa causare.⁵¹

El hecho de que el precoz legislador cuerviano haya incluido la disposición dentro de un rubro que denomina “derechos de los convivientes”, y de que prevea que habrá de ser “llamado a desempeñar la tutela”, hace concluir que cualquiera que hubiera sido su intención, sea por la característica de deficiencia técnica de su producto legislativo o porque su intención hubiera sido otra, ante la actualización del supuesto de interdicción de uno de los convivientes habiendo transcurrido dos años o sin él pero con la ausencia de quien la pudiera desempeñar, la consecuencia legal sería que el conviviente capaz, habría de por lo menos esperar a que se actualizara otro elemento de la hipótesis normativa, es decir, ser llamado para el desempeño de la tutela. En otras palabras, habiéndose satisfecho los demás elementos del supuesto jurídico, mientras no fuere llamado, ni se rehusare, no podría ser responsable de los daños y perjuicios que se causaren y como ello puede tardar meses, el ineficiente legislador evitó que el efecto benévolo urgente de la tutela, se lograra.

Pero las incongruencias y la falta de seguridad jurídica generadas por el incompetente legislador no terminan ahí. Si como prevé la ley, el registro de la sociedad de convivencia se lleva a cabo después de su celebración y ratificación ante la Dirección General Jurídica y

⁵¹ Véanse artículos 452 y 453 del Código Civil para el Distrito Federal.

de Gobierno del Órgano Político Administrativo y dicho registro sólo tiene el efecto de surtimiento de efectos frente a tercero,⁵² resultaría que la obligación tutelar del conviviente respectivo sin registro de su convenio o acto jurídico como prefirió llamarlo su propio legislador, se habría de generar automáticamente a la celebración del acto, dada la urgencia en el desempeño del cargo, si no hubiera habido pacto en contrario, pero faltaría otra vez el llamamiento.

Los convivientes habrán de estar conscientes que si bien la regla es que se habrá de aplicar entre ellos el principio de la tutela entre cónyuges, también lo es, por lo mismo, que la terminación de la convivencia es unilateral y que analógicamente, se terminará la tutela conforme a lo que prevé el artículo 466 del Código Civil para el Distrito Federal.⁵³ Si tomamos en cuenta el esfuerzo y sacrificio humanitario que antes que otra cosa implica el desempeño de la tutela, inclusive entre quienes tienen lazos de sangre, como son, por ejemplo, la obligación de dar alimentos y educación e inclusive la de ver por la rehabilitación del interdicto, el de afianzar el cargo y aún más el de volverse también tutor de los hijos menores del incapaz si no hubiera otro ascendiente a quien conforme a la ley le corresponda el cargo,⁵⁴ estamos seguros

⁵² Véanse artículos 6 y 10, último párrafo, de la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal.

⁵³ "El cónyuge tendrá obligación de desempeñar este cargo mientras conserve su carácter de cónyuge".

⁵⁴ El artículo 537, párrafos I y II, establece: "El tutor está obligado I. A alimentar y educar el incapacitado. II. A destinar, de preferencia los recursos del incapacitado a la curación de sus enfermedades y su rehabilitación derivadas de éstas o del consumo no terapéutico de sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y las lícitas no destinadas a ese fin, que produzcan efectos psicotrópicos". El artículo 540 del Código Civil para el Distrito Federal establece: "El tutor proveerá la educación integral, pública o privada, incluyendo la especializada conforme a las leyes de la materia, de la persona sujeta a tutela, de acuerdo con sus requerimientos y posibilidad económica, con el propósito de que éste pueda ejercer la carrera, oficio o la actividad que elija; lo anterior incluye su rehabilitación o rehabilitación si cuenta con alguna discapacidad, para que éste pueda actuar en su entorno familiar o social. Si el tutor infringe esta disposición, el curador, el Consejo Local de Tutelas, el Ministerio Público o el menor, siendo el caso, deben ponerlo en conocimiento del juez para que dicte las medidas necesarias para su cumplimiento". Gaceta Oficial del Distrito Federal del 25 de mayo de 2000. El artículo 523 del Código Civil para el D. F. establece: "Cuando la tutela del incapacitado recaiga en el cónyuge, en los ascendientes o en los hijos, no se dará garantía, salvo el caso de que el juez, con audiencia del curador y del Consejo de Tutelas, lo crea conveniente". El artículo 491 del Código Civil para el D. F. establece: "El tutor del incapacitado que tenga hijos menores bajo su patria potestad, será también tutor de ellos, si no hay otro ascendiente a quien la ley llame al ejercicio de aquel derecho".

que los convivientes asesorados, dudarán en acogerse a la ley que pretendía protegerlos, pues las consecuencias mencionadas en el caso de la tutela pueden ir mucho más allá de sus solos deseos y afecta derechos de terceros ajenos a tal convivencia.

Haber traslapado una institución noble y humanitaria cuyo desempeño es más propio o bien entre parientes consanguíneos, cónyuges con o sin hijos pero más aún cuando han sobrevenido éstos, o por aquéllos que con verdadero espíritu de solidaridad o de sacrificio con enfoque trascendente religioso, pretender imponerlo en aquellos casos en que no existan tales sentimientos o mejor dicho principios, sino mero apasionamiento, harán nugatoria la pretensión del inexperto legislador, pues si lo piensan los convivientes se tomarán el riesgo de que su pacto en contra de la tutela que prevé la ley, pudiera ser anulado o darán por terminada la relación jurídica al suceder el evento de la interdicción. Y no se diga que "los vínculos de solidaridad" lo justifican, pues ni siquiera en el caso del parentesco por afinidad en el que más naturalmente se dan tales vínculos, la legislación impone tal obligación, es expresamente omisa al respecto.

Una vez más el propio legislador se tropezó con sus propias trampas, y con ello también en materia tutelar, hace creer a los convivientes que tendrán un derecho que acabará siendo ineficaz en el caso, no sólo por no corresponder a la naturaleza de las cosas, sino porque las incapacidades éticas y técnicas del legislador han resultado en una legislación llena de defectos que harán que todos estos asuntos tengan que ser resueltos caso por caso por el juzgador.

D. No convivibles

a. Alimentos

No obstante su característico apasionamiento, la Iniciativa Enoé había propuesto en su artículo 9o. dejar a la voluntad de los convivientes la obligación de darse alimentos.⁵⁵

El legislador cuerviano, contrario a la "liberalidad" de su predecesora en el tema de alimentos, pareció optar por una posición

⁵⁵ Véase artículo 9o. de la iniciativa presentada por la entonces diputada Enoé Uranga Muñoz a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal el 26 de abril de 2001.

paternalista o proteccionista y así ordenar en el artículo 14 de su ley que los convivientes se proporcionaran recíprocamente alimentos “aplicándose al efecto lo relativo las reglas de alimentos”.

Demostrando de manera muy clara un nebuloso conocimiento de lo jurídico, ya que su omisión no podría haber sugerido siquiera una interpretación diferente, contempló en su artículo 17, como su predecesora enoiana lo hizo en el 14 de la suya, que los derechos alimentarios de terceros no pueden verse afectados por lo que se haya pactado en la sociedad de convivencia.

Sin embargo, otra vez la falta de congruencia jurídica de la iniciativa Cuervo vuelve a hacerse obvia, pues prevé que los derechos recíprocos de proporcionarse alimentos de los convivientes, se producirán “a partir de la suscripción de ésta”.⁵⁶

Contradictoriamente, el legislador cuerviano permite así que ante el juez se pueda argumentar que con la mera suscripción del acto jurídico, que no contrato según el ignorante o timorato legislador, los derechos alimentarios de terceros se vean afectados por la generación del deber recíproco de proporcionarse alimentos, es decir, por la sola “suscripción” del documento y no por su “registro”, como sí lo especificó en nada más y nada menos que el artículo 14 siguiente relativo a la aplicabilidad de las reglas de la sucesión legítima entre concubinos, “a partir del registro de la Sociedad de Convivencia”.

La falta de la más elemental capacidad de concentración o retención memorial del legislador, en el mejor de los casos, por tiempos tan cortos como lo es el transcurrido entre la lectura de dos o tres renglones subsecuentes, derivará también en que será el juez quien habrá de resolver si tales efectos en particular con respecto de terceros, habrán de verse afectados a pesar de no haberse “registrado ante la Dirección General Jurídica y de Gobierno del Órgano Político Administrativo del domicilio en donde se establezca el hogar común”,⁵⁷ el acto convivencial.

⁵⁶ El artículo 13 de la Ley Cuervo establece: “En virtud de la Sociedad de Convivencia se generará el deber recíproco de proporcionarse alimentos, a partir de la *suscripción* de ésta, aplicándose al efecto lo relativo a las reglas de alimentos”.

⁵⁷ Véase el artículo 6o. de la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal.

i. Admisibilidad del Pacto en Contrario

El principio rector en materia alimentaria es que es un derecho irrenunciable y que no es materia de transacción.⁵⁸

De esta manera, el legislador socialconviviente creyó resolver simplemente el tema mediante una remisión “a las reglas de alimentos” como ya se vio, pero no se percató de que mientras su ley quedaba limitada a la obligación alimentaria recíproca de los convivientes, sin perjuicio de “creativamente” (como también ya se explicó) haber dejado a salvo los derechos de los acreedores alimentarios de los convivientes.

Que los convivientes no puedan renunciar ni transigir su derecho a alimentos, no quiere decir que se encuentre resuelto el tema con la remisión.

Hay toda una serie de otros efectos inclusive socialmente disolventes que si bien son difíciles de resolver en casos de divorcios o separaciones, lo serán mucho más tratándose de la creación de relaciones convivenciales, menos naturales.

Por ejemplo, la legislación civil alimentaria permite como regla general la sustitución de la obligación por la integración al seno familiar,⁵⁹ aunque aclara que tratándose de cónyuges no aplica ese principio; pero fuera de tal supuesto, el deudor alimentario lo podrá pedir y en tal caso lo deja al criterio del juez acordar favorable o desfavorablemente tal petición.

¿Hace sentido que un ex conviviente pueda pedir al juez tal incorporación? Desde luego que no.

Sin embargo, el legislador convivencial no fue capaz de prever tal problemática y prohibirlo tajantemente, por lo menos en el caso de convivientes que hubieran practicado homosexualismo y terminan su relación. Dejó también en este caso el impensante legislador la incertidumbre jurídica de si sería válido el pacto en contrario.

⁵⁸ El artículo 321 del Código Civil para el D. F. establece: “El derecho de recibir alimentos no es renunciabile, ni puede ser objeto de transacción”.

⁵⁹ El artículo 310 del Código Civil para el D. F. establece: “El deudor alimentista no podrá pedir que se incorpore a su familia el que debe recibir alimentos, cuando se trate de un cónyuge divorciado que reciba alimentos del otro o cuando haya inconveniente legal para hacer esa incorporación. Gaceta Oficial del Distrito Federal del 25 de mayo de 2000”.

ii. Subsistencia de la obligación alimentaria a la terminación del acto jurídico convencional

En su artículo 10 la iniciativa enoiana había propuesto que “sin perjuicio del artículo anterior, se generara entre los convivientes el deber recíproco de darse alimentos cuando hayan vivido juntos por un periodo de dos años a partir de que se haya otorgado la Sociedad de Convivencia. [E]n caso de terminación de la Sociedad de Convivencia sus integrantes se proporcionarán alimentos por un periodo igual a la duración de ésta”. Imitando cualitativamente también a su predecesora, en el artículo 21 relativo a la terminación de la sociedad de convivencia, estableció el legislador cuerviano para el conviviente “que carezca de ingresos y de bienes suficientes para su sostenimiento”, el derecho “a una pensión alimenticia sólo por la mitad del tiempo al que haya durado la Sociedad de Convivencia”.

Una vez más, el establecimiento de lazos artificiales a través de la social convivencia, utilizada ésta, por ejemplo, por un conviviente holgazán, una vez detectada presuntivamente la intención y decidido por el otro de los convivientes darla por terminada por dicha razón, sufrirá sin haber dado motivo, el castigo de tener que mantener todavía por un periodo adicional a la mitad del plazo de su convivencia al conviviente haragán, inclusive con el derecho preferente de éste sobre los bienes e ingresos del deudor alimentario, para poder desvincularse del mismo.⁶⁰

b. Sucesorias. Formulación de testamento

El artículo 14 de la aprobada ley cuerviana se limitó a establecer que “se generarán derechos sucesorios, los cuales estarán vigentes a partir del registro de la Sociedad de Convivencia, aplicándose al efecto lo relativo a la sucesión legítima entre concubinos”. Subsecuentemente pareciera que en forma reiterativa, señala en el artículo 16: “En los supuestos de los artículos [...] 14 [...] se aplicarán las reglas previstas en el Código Civil para el Distrito Federal”.

⁶⁰ El artículo 311 Quáter del Código Civil para el D. F. establece: “Los acreedores alimentarios tendrán derecho preferente sobre los ingresos y bienes de quien tenga dichas obligaciones respecto de otra calidad de acreedores”.

La aparente reiteración dará lugar a que se pueda argumentar, bajo el principio de que toda norma jurídica convencional o legal tiene una razón de ser, y que considerarla como eso (reiteración) no es interpretativamente sano. En ese contexto, serán, otra vez los jueces los que tendrán que sacar a flote al inepto legislador defenido. Inicialmente, el asunto quedaba limitado a la aplicación de las normas relativas “a la sucesión legítima entre concubinos”, sin embargo, la remisión general que hace el artículo 16 a la aplicación del Código Civil para el D. F., por cuanto a la regulación de los derechos sucesorios que se generan entre convivientes, en caso de falta de testamento, dará lugar a una interpretación extensiva del régimen sucesorio general.

La característica pobreza intelectual del dictamen que hace las veces de exposición de motivos de la ley, se hace patente una vez más, pues no contiene en realidad referencia alguna al régimen sucesorio, salvo por cuanto a la incongruente aseveración de que mediante el envío de un ejemplar del documento en que se contenga “el acto jurídico” convivencial al Archivo General de Notarías, “...en juicios sucesorios se pueda contar con mayores elementos...”⁶¹ Independientemente de la incomprensibilidad de la referencia, dicho dictamen en nada ayudará al juez a resolver cualquier controversia interpretativa del asunto.

Su fuente inspiradora, la iniciativa Enoé, cuyo objetivo se reduce a una mera “arenga política” vacía de contenido jurídico, tampoco es de la menor ayuda. Salvo por la contemplación de la sociedad de convivencia “entre más de dos personas” en la que propuso que se aplicara el régimen correspondiente “a la sucesión legítima entre parientes colaterales en segundo grado”, que la iniciativa Cuervo desconoció, el régimen sucesorio previsto por una y otra iniciativas es el mismo.⁶²

⁶¹ Véase apartado 3 c), primer párrafo, del Dictamen de Propuesta de la Ley de las Comisiones Unidas de Derechos Humanos y Equidad de Género.

⁶² Los artículos 11 y 13 de la Iniciativa Enoé establecen: Artículo 11. “Entre los convivientes se generarán derechos sucesorios, los cuales estarán vigentes a partir del registro de la Sociedad de Convivencia en términos de lo dispuesto por el artículo 6o. de esta ley, bajo los siguientes términos: I. Cuando la Sociedad de Convivencia sólo se haya suscrito entre dos personas se aplicará lo relativo a la sucesión legítima entre concubinos. II. Cuando la Sociedad de Convivencia se haya suscrito entre más de dos personas se aplicará lo relativo a la sucesión legítima entre parientes colaterales en segundo grado”. Artículo 13. “En los supuestos de los artículos 9o., 10, 11 y 12 de esta ley se aplicarán, en lo relativo, las reglas

Otra vez fue la pereza intelectual del legislador defeño, la que generó que sea también el juez el que habrá de resolver el “galimatías” sucesorio creado. Resulta que el mencionado aprendiz e irresponsable legislador cuerviano, remitió específicamente en el mencionado artículo 14 de su seudoproducto legislativo, a las reglas de la sucesión legítima entre concubinos y de manera genérica en el 16 a las previstas en el Código Civil para el Distrito Federal. Por su parte el remitido Código Civil señala en materia de sucesión legítima de los concubinos que éstos “tendrán derecho a heredarse recíprocamente aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre que reúnan los requisitos a que se refiere el Capítulo XI del Título Quinto del Libro Primero de este Código”. A su vez el artículo 291-Quater de dicho Capítulo también obviamente remitido, prevé que el concubinato genera derechos sucesorios entre los concubinos.⁶³ Por su parte, el artículo 291 bis del propio capítulo remitido, se refiere de manera introductoria genérica, a que la concubina y el concubinario tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre “que sin impedimentos legales para contraer matrimonio han vivido en común en forma constante y permanente por un periodo mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este capítulo. No es necesario el transcurso del periodo mencionado, cuando reunidos los demás requisitos, tengan un hijo en común”.

¿Cuáles van a ser en el caso de la sociedad de convivencia los requisitos que habrán de cumplirse para la generación de los derechos y obligaciones sucesorios a que alude el capítulo? Pareciera que el simple registro de la sociedad de convivencia conforme al artículo 14 de su cuerpo legislativo, pero habrán de ser otros también conforme a la remisión general en materia sucesoria que contradictoriamente como se ha dicho, hace a su vez el artículo 16 de la misma ley.

Nuevamente, flaco favor les hizo a los convivientes el incompetente legislador, pues en una materia humanamente tan controversial como

previstas en el Código Civil para el Distrito Federal en materia de alimentos, sucesión legítima y tutela legítima”.

⁶³ El artículo 291 Quáter del Código Civil para el D. F. establece: “El concubinato general entre los concubinos derechos alimentarios y sucesorios, independientemente de los demás derechos y obligaciones reconocidos en este código o en otras leyes”. Gaceta Oficial del Distrito Federal del 25 de mayo de 2000.

es la adquisición generalmente no onerosa de bienes, seguramente los terceros herederos de los convivientes, también pasionalmente litigarán en los tribunales la inaplicabilidad de la sucesión legítima del conviviente supérstite. ¿Qué no habría sido mejor aprovechar el tiempo legislando para las mayorías y haber dejado a la voluntad de los convivientes de hecho, la disposición de sus bienes para después de su muerte y no imponerles un régimen legal generador de controversias? Seguramente si los convivientes consultaran a un abogado, que no sea el legislador cuerviano o el enoiano, éste habrá de recomendarles que para evitar litigios interminables mejor hagan testamento. ¡Qué desperdicio de recursos! ¡Qué clase de legislador es ese que se dedica a generar inseguridad que si no incertidumbre jurídica! La norma más general contenida previamente en la legislación habría facilitado mucho más la labor del juez en la solución de las controversias. Las contradicciones generadas por el legislador se traducirán en mayor desperdicio de recursos que tanta falta hacen para reordenar y unificar a la sociedad.

Sin que estrictamente deba ser materia del tema sucesorio con el enfoque aquí tratado, y suponiendo que se haya logrado determinar cuales son los requisitos que habrán de cumplirse conforme al artículo 291 bis mencionado, sólo baste con ejemplificar la inseguridad jurídica que derivará de los errores que la incapacidad legislativa habrá generado tanto a los convivientes como a los ascendientes y descendientes de ambos. El conviviente si desea heredar, tendrá que demostrar o estar expuesto a que descendientes del autor de la herencia argumenten que el supérstite tiene bienes que igualan la porción del o de los hijos del “de cuyos”, a efecto de que dicho supérstite o bien no reciba nada, o sólo lo suficiente para igualar la porción de cada hijo.⁶⁴ Peor será la batalla con los ascendientes del autor de la herencia, pues en tal caso la parte del conviviente supérstite será igual a la mitad de la herencia, y aún más en el caso de concurrencia con

⁶⁴ El artículo 1624 del Código Civil para el D. F. establece: “El cónyuge que sobrevive, concurriendo con descendientes, tendrá el derecho de un hijo, si carece de bienes o los que tiene al morir el autor de la sucesión, no igualan a la porción que a cada hijo debe corresponder. Lo mismo se observará si concurre con hijos adoptivos del autor de la herencia”. El artículo 1625 del Código Civil para el D. F. establece: “En el primer caso del artículo anterior, el cónyuge recibirá íntegra la proporción señalada; en el segundo, sólo tendrá derecho de recibir lo que baste para igualar sus bienes con la porción mencionada”.

hermanos del autor de la sucesión, pues su porción se incrementa a dos tercios del acervo hereditario, con independencia en estos dos últimos casos de que tenga o no bienes.⁶⁵ La codicia humana puede quizá controlarse cuando hay sentimientos derivados de parentesco consanguíneo, pero es de sobra conocido que no habiéndolo, esas pasiones humanas se exacerbaban. Otra vez, pareciera que el legislador se ha propuesto generar inestabilidad social, pues con su pseudolegislación ha hecho surgir entre ajenos no consanguíneos, derechos que de otra manera no habrían surgido sino por la voluntad expresa de un individuo manifestada en un testamento que dada su solemnidad,⁶⁶ mucho más difícilmente habría podido generar el ánimo de cuestionar la voluntad del testador. Ha preferido el legislador aprendiz, que los asuntos se diriman en los de por sí, ya saturados tribunales.

3. Sanciones

Conforme a la dogmática jurídica la inactualización parcial o integral de una hipótesis normativa hace ineficaz la generación de las consecuencias (derechos y obligaciones correspondientes a esa norma), pero esa inactualización puede además concurrentemente estar actualizando una serie de supuestos de otras normas convencionales o legales inclusive en inconsciencia de los propios sujetos involucrados, que a su vez conforme a la propia dogmática jurídica,⁶⁷ generan o pueden estar generando las consecuencias jurídicas de esas otras normas convencionales o legales cuyos supuestos fueron actualizados inclusive quizá también sin la conciencia de los sujetos participantes. Tal es el caso de las normas sancionadoras o a las que de manera aún más genérica suele llamarse secundarias por cuanto a que dependiendo sólo de la no realización de las consecuencias de las propias primarias

⁶⁵ El artículo 1626 del Código Civil para el D. F. establece: "Si el cónyuge que sobrevive concurre con ascendientes, la herencia se dividirá en dos partes iguales, de las cuales una se aplicará al cónyuge y la otra a los ascendientes". El artículo 1627 del Código Civil para el D. F. establece: "Concurriendo el cónyuge con uno o más hermanos del autor de la sucesión, tendrá dos tercios de la herencia, y el tercio restante se aplicará al hermano o se dividirá en partes iguales entre los hermanos".

⁶⁶ El artículo 1520 del Código Civil del D. F. establece: "Faltando alguna de las referidas solemnidades, quedará el testamento sin efecto, y el notario será responsable de los daños y perjuicios e incurrirá además, en la pena de pérdida de oficio".

⁶⁷ Véase GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *op. cit.*, pp. 295 y ss.

(voluntaria o involuntariamente), ante la falta de ajustamiento a la hipótesis o al incumplimiento de sus consecuencias, las secundarias prevén como consecuencia de éstas las responsabilidades, es decir, otras obligaciones y otros derechos distintos, como podrían ser las primeras impuestas forzosamente (*Schuld y Haftung*).⁶⁸

A este último principio fue al que sin saberlo se acogió el legislador defensor innovante (como el técnico que sin conocer el principio científico que pone en práctica al hacer una compostura, únicamente sigue las reglas instructivas y al que al preguntarle la explicación de lo sucedido solamente sabe repetir el instructivo), al establecer consecuencias secundarias, sanciones de hechos (jurídicos, por supuesto) imperfectamente actualizados, tales como la falta de registro o inscripción en "el Órgano Político Administrativo", del documento convencional o pactamiento de efectos que perjudiquen a terceros por los convivientes o por la actuación dolosa de parte de cualquiera de éstos.

A. No surtimiento de efectos contra terceros

El legislador convivencial sancionó aquellos casos en que, contrario a lo previsto en su normatividad primaria, tal disconformidad actualizará otra norma cuya consecuencia en este caso será el no surtimiento de efectos con respecto de terceros. El artículo 10 de la ley convivencial cuerviana prevé en su último párrafo *a contrario sensu*, que la falta de registro de la sociedad de convivencia pactada, impide su surtimiento de efectos ante terceros. De la misma manera, el artículo 17 de dicha ley prevé "...que se tendrá por no puesta [...] toda disposición [...] que perjudique derechos de terceros".

a. Por falta de inscripción

El legislador cuerviano, contrariando toda sana técnica legislativa, estableció por una parte, el principio general de que es el registro de la sociedad de convivencia, lo que hace que surta efectos frente a terceros; sin embargo, incongruentemente y sin razón jurídica identi-

⁶⁸ Véase RICO ÁLVAREZ, Fausto y GARZA BANDALA, Patricio, *Teoría general de las obligaciones*, 3a. ed., Porrúa, México, 2007, p. 40.

ficable, en “la lógica”, de la exposición de motivos⁶⁹ y mucho menos en el texto legal positivo, sí permite que los surta a pesar de la falta de inscripción, tratándose del “deber recíproco de otorgarse alimentos”, pues utiliza el término “suscripción” y no inscripción o registro, como el elemento generador de los “efectos contra terceros”.⁷⁰ Más aún el hecho de que la segunda oración del artículo 17 de la ley cuerviana convivencial prevea: “...el acreedor alimentario tendrá derecho a recibir la pensión alimenticia que en derecho le corresponda, subsistiendo la Sociedad de Convivencia en todo lo que no contravenga ese derecho”,⁷¹ constituirá aberrantemente un argumento falácico adicional para que el conviviente haga disminuir la pensión de otros acreedores alimentarios. Consecuentemente, la obligación de pagarse alimentos entre los convivientes, gracias a la “genialidad” del incompetente legislador, afectará a dependientes económicos y eventualmente a herederos del conviviente que no registre su acto jurídico convivencial pero lo suscriba. El manejo incongruente del principio registral por el legislativo defenore mayoriteante, podrá además motivar que en caso de interdicción de un conviviente, también se pretenda argumentar (con carente falta de fundamentación racional) que al no darse el registro del acto convivencial, el conviviente capaz sea el obligado a entrar en la tutela y no los parientes del interdicto, que de

⁶⁹ El Apartado c) del inciso 3 de las Modificaciones de las Comisiones Dictaminadoras de la Iniciativa “Cuervo” de la Ley de Sociedades de Convivencia para el Distrito Federal establece: “Asimismo, en la iniciativa de Ley de Sociedad de Convivencia se consideró que el Registro Público de la Propiedad y del Comercio era una de las instancias que debería tener un registro de las Sociedades de Convivencia; sin embargo, con el propósito de que la ciudadanía no asocie a éstas, con sociedades de carácter mercantil o civil (sic), aunado que en juicios sucesorios se pueda contar con mayores elementos, se propone que uno de los ejemplares del registro, ratificación, modificación o adición sea enviado al Archivo General de Notarías, institución que por su naturaleza también da la seguridad jurídica que se busca a favor de terceros. Por lo tanto, estas Comisiones Unidas, consideran que con el registro ante las Direcciones Generales Jurídicas y de Gobierno de los órganos político administrativos, y en el Archivo General de Notarías, se da la publicidad y seguridad que se requiere para efectos contra terceros”.

⁷⁰ El último párrafo del artículo 10 de la ley resultante de la Iniciativa Cuervo establece: “Con su registro, la Sociedad de Convivencia surtirá efectos contra terceros. [...] pero contradictoriamente, el artículo 13 de la misma dice: “En virtud de la Sociedad de Convivencia se generará el deber recíproco de proporcionarse alimentos, a partir de la suscripción de ésta, aplicándose al efecto lo relativo a las reglas de alimentos”.

⁷¹ Véase artículo 17, Segunda Oración, de la Ley de Sociedad de Convivencia del D. F.

esa manera argüirán, pretendiendo así “deshacerse” de la obligación tutelar y de la eventual responsabilidad en caso de incumplimiento.

Curiosamente, la iniciativa Enoé, con mejor técnica (no por ello sumamente deficiente en el resto)⁷² que la Cuervo, utiliza por cuanto a los llamados “efectos contra terceros”, lenguaje congruente con los principios jurídicos registrales que solamente se refieren a la “oponibilidad” a terceros del acto registrado, mas no a que un acto pueda afectar derechos de terceros, lo cual es no sólo impensable jurídicamente, sino siempre sancionable conforme a la dogmática jurídica, con la inexistencia o la nulidad de tales efectos fácticos provisionales, la indemnización o el resarcimiento en caso de daño o perjuicio causado o con la sanción castigo, con la privación de derechos del imputado, cuando los primeros sean insuficientes.

b. Convenciones que perjudiquen derechos de terceros

Aunque por lo visto parezca darle demasiado crédito al legislador cuerviano, haya sido por temor fundado o infundado de una natural reacción social contradictoria de sus inconfesadas presumibles intenciones, de eventualmente hacer aplicable a la sociedad de convivencia el marco jurídico de la familia,⁷³ y con ello la posibilidad de que se vean afectados derechos de terceros, siendo la auténtica familia una institución de orden público y de interés social, y la generación de deberes y derechos entre las personas vinculadas por el matrimonio y el concubinato, el parentesco,⁷⁴ que el hipócrita defenore legislador

⁷² El segundo párrafo del artículo 60. de la iniciativa Enoe, atinadamente usa la terminología “no será oponible a terceros”.

⁷³ La iniciativa Enoe en lo que llama su “exposición de motivos”, utilizó lenguaje como el siguiente: “...los efectos de las relaciones familiares ocurren una vez que los suscriptores de la sociedad manifiestan su consentimiento” y en su artículo segundo preveía que la sociedad de convivencia formada por “...más de dos personas que sin constituir una familia nuclear...”; por su parte la iniciativa Cuervo con una agazapada prudencia que la Enoe no tuvo, solamente anticipa la aplicabilidad de la “Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar” en su Considerando 5.

⁷⁴ El artículo 138 Ter del Código Civil para el Distrito Federal establece: “Las disposiciones que se refieran a la familia son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad”. Gaceta Oficial del Distrito Federal del 25 de mayo de 2000.

El artículo 138 Quintus del Código Civil para el D. F. establece: “Las relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones surgen entre las personas

haya reiteradamente insistido en que “se tendrá por no puesta toda disposición pactada en la Sociedad de Convivencia que perjudique derechos de tercero”.⁷⁵ ¿Qué no sabe acaso dicho aprendiz e irresponsable defensor legislante mayoriteante, que es una norma jurídica fundamental la que establece que, como lo consagra por aplicación del principio de interpretación jurídica de la lógica formal *minori ad majus*, el artículo 60. de su propio Código Civil en su segunda oración, que sólo pueden renunciarse los derechos cuando no perjudican derechos de tercero, pero que no pueden generárseles obligaciones sin su voluntad?

En agravamiento de lo anterior, las “Modificaciones de las Comisiones Dictaminadoras”, incluyeron sobre el particular, lenguaje ininteligible, por ejemplo, en su primer párrafo de Comentarios al Capítulo Tercero.⁷⁶ La propia Modificación reitera inútilmente en su apartado 4, “el afán [“justificativo”suponemos] de proteger los derechos de terceros y que no sean perjudicados en la celebración de una Sociedad de Convivencia...”. En el mismo tenor, la llamada “Exposición de Motivos” de las ignorantes Unidas Comisiones, reincide en señalar que “se tendrá por no puesta toda disposición pactada en la que se perjudiquen derechos de tercero”, texto que quedó transcrito en el artículo 17 de la incongruente legislación convivencial defensor mayoriteante, y que suponemos quiso decir sería ineficaz tal pacto.

La Iniciativa Enoé, como se anticipó, no se habría quedado atrás en sus temores reaccionistas de la sociedad civil ni en su ignorancia de lo dispuesto en el artículo 60. de su también Código Civil. Por ello, en su frustrado intento legislador, particularmente en su explicación

vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato”. Gaceta Oficial del Distrito Federal del 25 de mayo de 2000.

⁷⁵ Los artículos 14 y 17 de las Iniciativas Enoé y Cuervo, respectivamente, establecen: Artículo 14 de la Iniciativa Enoé: “Se tendrá por no puesta toda disposición pactada en la Sociedad de Convivencia que perjudique derechos de tercero”.

Artículo 17: “Se tendrá por no puesta toda disposición pactada en la Sociedad de Convivencia que perjudique derechos de terceros”.

⁷⁶ En el primer párrafo de Comentarios al Capítulo Tercero de las “Modificaciones de las Comisiones Dictaminadoras” de la Iniciativa Cuervo, se establece: “De los Derechos de las o los Convivientes: Integrado por los artículos del 13 al 19, mismo que establece las obligaciones que se generarán entre los convivientes, así como en función de terceros cuando existan éstos, los derechos de los cuales serán sujetos, disposiciones cuando existan terceros, regulación de relaciones patrimoniales y las sanciones para los casos en que se actúe dolosamente” (sic).

introdutoria, refiere enfáticamente que su propósito inspirador libertario no debe impedir que el tercero perjudicado pueda reclamar la restitución de sus derechos.

Otra vez más, el mayoriteante defensor legislador generador de incertidumbre jurídica, más que representante social responsable del mantenimiento del orden colectivo a través de normas generales no sólo justas sino además eficaces y efectivas (que sea el medio adecuado para alcanzar el fin),⁷⁷ ha provocado que su propuesta de ley carezca de positividad en lenguaje de Eduardo García Máynez,⁷⁸ incrementando inútilmente los asuntos y el costo social de ello, pues dejó en incertidumbre la determinación si tales pactos socioconvivencialistas en perjuicio de tercero, darán derecho a daños y perjuicios o a resarcimiento, además de la restitución, en el lenguaje enoiano, o de la nulidad en el cuerviano.

B. Actuación dolosa

Tanto el artículo 19 de la ley convivencial vigente, como el 80., de la frustrada iniciativa enoiana, sancionaron con idéntico lenguaje la actuación dolosa del conviviente, no solamente con pérdida de derechos, como con responsabilidad de pago de daños y perjuicios.⁷⁹ Sin embargo, ni la iniciativa Enoé ni la Cuervo, hicieron referencia a la actuación dolosa como un supuesto que debería ser sancionado punitivamente; no supusieron, nos imaginamos, o no quisieron considerar que los convivientes sean también seres humanos con pasiones pues ello habría sido en demérito de su “excelsa institución”. En su parte final de la llamada Exposición de Motivos, la Iniciativa Cuervo sólo atisbó la posibilidad de que “los integrantes de la Sociedad actúe[n] de mala fe [y con ello se generara que] el otro [conviviente] tendrá derecho a ser resarcido de los daños y perjuicios que se le

⁷⁷ CALSAMIGLIA, Albert, *Racionalidad y eficiencia del derecho*, 2a. ed., Funtamara, México, 1997 p. 65.

⁷⁸ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *op. cit.*, p. 44.

⁷⁹ El artículo 19 de la Ley de Convivencia del D. F. establece: “En caso de que alguno de las o los convivientes de la Sociedad de Convivencia haya actuado dolosamente al momento de suscribirla, perderá los derechos generados y deberá cubrir los daños y perjuicios que ocasione”. El artículo 80. de la Iniciativa Enoé establecía: “En caso de que alguno de los integrantes de la Sociedad de Convivencia haya actuado dolosamente al momento de suscribirla, perderá los derechos generados y deberá pagar los daños y perjuicios que ocasione”.

ocasionen". Es decir, no consideraron en las iniciativas otra vez, que los convivientes pudieran no sólo fatuamente ocultar un vicio de la voluntad por error de la otra parte, sino también maquinarlo, o quizá ignoren ambos legisladores la diferenciación en el grado (dolo/mala fe) de ambas actuaciones. No obstante ello, sin mayor explicación, el dolo sí quedó previsto en el texto legal de la Iniciativa Cuervo no sólo como ineficacia sino también como causal de responsabilidad económica para el culpable.

El efecto, ignorado o no del legislador cuerviano, es que sus sanciones de pérdidas de derechos y pago de daños y perjuicios, serán sólo aplicables al conviviente que actúe con dolo, es decir al que induzca al error pero no al que lo disimule.⁸⁰ ¿Habría sido la intención del legislador dispensar al conviviente que disimula el error en que se encuentra su contraparte y solamente sancionar con pérdida de derechos y pago de daños y perjuicios al que utiliza artificios o sugerencias para inducir o mantener en el error a su conviviente? ¿Habría sido a causa de tal distinción la ignorancia de la técnica jurídica?

a. Pérdida de derechos generales

Prevé el artículo 19 de la ley cuerviana la pérdida de derechos de aquel conviviente que actúe dolosamente. Independientemente de que por cuanto a su efecto el dolo y mala fe sean genéricamente correspondientes como causales de vicio ambos, en la voluntad que produce la anulación del acto cuando son causa determinante de ésta, la equívoca voluntaria o involuntaria distinción del mismo hará que otra vez sea el juez el que tenga que resolver si el acto convivencial podrá ser anulado o no cuando uno de los convivientes disimula un error que es motivo determinante de la voluntad del otro. ¿Fue acaso la sociedad de convivencia un acto tan especial que contrario al caso de todo otro acto jurídico y a la teoría de éste, no va ser nulo cuando se actúe con mala fe solamente? Por lo mismo, no faltarán convivientes que ante un caso de mala fe pidan la nulidad con fundamento en una regla fundamental del acto jurídico que genera error en el conocimiento y

⁸⁰ El artículo 1815 del Código Civil para el D. F. establece: "Se entiende por dolo en los contratos, cualquiera sugerión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido".

con ello vicio de la voluntad, ni los que se opongan argumentando que el legislador cuerviano lo excluyó expresamente. Llama también la atención que mientras la regla general en materia de nulidad absoluta es que la producción provisional de los efectos que habrán de ser destruidos retroactivamente, el lenguaje del legislador innovante sea en el sentido de que los derechos se perderán. Pareciera también aquí que su benevolente consideración a los convivientes lo indujo a utilizar otra institución sancionatoria diversa de la nulidad, pues si bien ambos se traducen en pérdida de derechos, mientras en una los derechos son nulos *ab initio*,⁸¹ en la otra se perderán los adquiridos, pero pareciera que sólo se pierden a futuro, es decir a partir de que el vicio de voluntad es conocido.

b. Pago de daños y perjuicios

También en el caso del conviviente doloso, estableció el legislador otra sanción que fue el resarcimiento de los daños y perjuicios para el conviviente "inocente". Una vez más pareciera que el afán "creativo" del legislador cuerviano, generó incertidumbre jurídica cuando la actuación dolosa independientemente de que trascienda o no al plano económico como pérdida o menoscabo patrimonial o privación de la ganancia lícita,⁸² lo haga al moral en términos del artículo 1916 del Código Civil del D. F. De haberse mantenido la posibilidad de un contrato atípico de convivencia y no una legislación que pretendió tipificarlo como acto para proteger supuestamente a los convivientes, es indudable que el conviviente ofendente, podrá válidamente argumentar frente al juez que la particularizada tipicidad que le adjudicó el legislador innovante (al no haber dejado a la libre voluntad de las partes su contratación), excluyó la aplicación de sanciones en caso de afectación de sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor,

⁸¹ El artículo 2226 del Código Civil para el D. F. establece: "La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. De ella puede prevalecerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción".

⁸² El artículo 2108 del Código Civil para el D. F. establece: "Se entiende por dolo la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación". El artículo 2109 del Código Civil para el D. F., por su parte, establece: "Se reputa perjuicio la privación de cualquiera ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación".

reputación, vida privada, por sólo mencionar algunos. ¿Qué no eran precisamente los “afectos” y “su satisfacción” de “convivencia moderna” a los que se referían las iniciativas Enoé y Cuervo, y “el apego afectivo”, consideraciones fundamentales desatendidas legalmente, razones fundamentales de su innovadora figura jurídica?

C. Por actuación de buena fe

Tanto la iniciativa Cuervo como la Enoé previeron, tal y como quedó establecido en el texto legislativo aprobado de la ley socioconvivencial, que: “Todo conviviente que actúe de buena fe deberá ser resarcido de los daños y perjuicios que se le ocasionen”.

El *Diccionario Jurídico Mexicano* del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, contiene diversas acepciones del término jurídico “buena fe”,⁸³ siendo la más general y apropiada al caso la que establece que es: “...la obligación de conducirse honrada y concienzudamente en la formación y ejecución del negocio jurídico sin atenerse necesariamente a la letra del mismo”.

Agrega el propio Diccionario citando a Galindo Garfias que la buena fe es una “...expresión de un deber moral calificado de social, [que] adquiere imperatividad y coercibilidad, al ser postulada como un principio de derecho en la medida en que se transforma en regla de derecho”.

Otra vez, el ensayante legislador ignoró que siendo el así llamado acto jurídico convivencial un contrato y que, como se ha indicado anteriormente, por ello le resultan aplicables las normas de los contratos, la inclusión expresa del concepto de buena fe, independientemente de que haya sido ésta atinada o desatinada, es innecesaria. Por ende su mención específica hace suponer que el legislador pretendió generar alguna protección particular, pues salvo que hubiera sido por ignorancia como ha resultado ser la característica de la ley, no le bastó la regla de aplicación general. El artículo 1796 del Código Civil para el Distrito Federal, establece como obligación general incorporada por ley en toda clase de contrato, que no tiene que estar transcrita o

⁸³ *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Porrúa, 2a. ed., México, 1987, pp. 362 y 363.

mencionada expresamente en los contratos, la suposición de la conducción de las partes conforme a la buena fe.⁸⁴

a. Derecho a daños y perjuicios

El efecto o consecuencia jurídica resultante de la actuación de buena fe por parte de cualquier o de ambos convivientes, habría que suponer, es el de tener derecho a un resarcimiento. El aprendiz legislador decidió sancionar premialmente, dicha conducta como meritoria, pues innovativamente encontró, suponemos, una ventaja o provecho en ello. Denota lo anterior que el legislador confunde las “sanciones premiales” que se establecen cuando un sujeto lleva a cabo acciones que no sólo mantienen el orden jurídico, sino que exceden los mínimos de comportamiento que dicho orden exige, es decir, el cumplimiento de deberes elementales; confunde las acciones beneficiosas o valiosas para la sociedad, como pueden serlo las contributivas al enriquecimiento cultural, científico o inclusive de heroicidad social, que con frecuencia son reconocidas mediante expedición de constancias honoríficas o también a través de retribuciones inclusive económicas en numerario u otro tipo de bienes,⁸⁵ con las obligaciones mantenedoras del orden jurídico.

El neófito legislador decidió, en el caso del contratante conviviente, premiarlo por el solo hecho de cumplir con lo que manda la ley, es decir calificó como meritoria la actuación de buena fe en sus relaciones jurídicas y estableció como premio el resarcimiento de daños y perjuicios por ese solo hecho de conducirse honradamente.

b. ¿Quién a quién?

El principio jurídico general es que quien incumple una obligación sea de dar o hacer o no hacer, resulte responsable de indemnizar por los daños y perjuicios causados. Así lo establecen congruentemente

⁸⁴ El artículo 1796 del Código Civil para el D. F. establece: “Los contratos ...[d]esde que se perfeccionan, obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley”.

⁸⁵ Véase Angelo DE MATTIA, “Merito e Recompensa”, citado por GARCÍA MÁYNEZ, *op. cit.*, pp. 309 y ss.

diversos artículos del Código Civil para el Distrito Federal, particularmente y como regla general que se repite en cada caso particular de incumplimiento,⁸⁶ el artículo 1949 que hace responsable al incumpliente de entre otros, los daños y perjuicios causados.⁸⁷

El experimentante legislador optó por invertir el principio y conferir el derecho a la indemnización, no como sanción, indemnización o resarcimiento derivada del incumplimiento del deber cuyos efectos generan un menoscabo patrimonial o privación de ganancia legítima, sino como beneficio por la sola actuación de buena fe. El problema generado por el inexperto legislador es que al haber introducido “genialmente” la recompensa o derecho por la sola actuación de buena fe, habrá que determinar, en la relación jurídica ignorada por el aprendiz mayoriteante asambleísta defenío, quién será el responsable de tal resarcimiento indemnizatorio. Obviamente que no podrá ser otro que su contraparte, es decir, el otro conviviente otorgante del mismo acto jurídico, pues es con quien ha contratado. Pero entonces, como parece haber querido el legislador premiar al bonafente conviviente por su sola actuación, pareciera que no es ya necesario, en la “novedosa” técnica legislativa, que la contraparte conviviente haya incumplido y sea conforme al principio general sólo en tal caso responsable.

¿Por qué el novel legislador no se abstuvo de regular el caso y dejó que aplicara el principio general jurídico normativo consistente en que el incumplimiento del deber genera la responsabilidad, sino que “genialmente” generó dicha responsabilidad por el solo cumplimiento de un deber de actuación honesto? Pudo en todo caso haber

⁸⁶ Artículo 1910 del Código Civil para el Distrito Federal: “El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima”. Artículo 2104, primer párrafo del Código Civil para el D. F.: “El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios...”. Artículo 2107 del Código Civil para el D. F.: “La responsabilidad de que se trata este Título, además de importar la devolución de la cosa o de su precio, o la de entre ambos, en su caso, importará la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios”.

⁸⁷ El artículo 1949 del Código Civil para el Distrito Federal establece: “La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible”.

corolariamente repetido el principio de que el conviviente actuante de mala fe sería responsable de los daños y perjuicios causados, e inclusive de los daños morales. Si algo quiso innovar el legislador o fue un desacierto más, corresponderá en todo caso a los jueces determinarlo y remediarlo.

Ante la incierta situación generada podremos, con apoyo en otras disposiciones generales del Código Civil del Distrito Federal, resolver con cierta facilidad aquellos casos en que el legislador fue, seguramente por ignorancia, afortunadamente omiso y por ejemplo concluir analógicamente quizá, con base en el artículo 1817 del propio Código Civil que si ambos convivientes procedieran con mala fe, ninguno de ellos puede reclamarse indemnizaciones.⁸⁸

Queda, sin embargo, al menos un posible escenario más, es decir, ¿qué pasará cuando ambos convivientes actúen de buena fe? En el sistema jurídico tradicional, ello es lo asumido y por lo mismo no se genera de ese solo hecho consecuencia jurídica alguna desfavorable para las partes. En el del innovante legislador capitalino habría que determinar, dada la “moderna” normativa, quién de los bonafentes convivientes es responsable frente al otro, no obstante no haber violado el principio de actuación honrada en la contratación, o habrá entonces que concluir que ambos pueden exigirse resarcimiento. Muy probablemente mientras la relación convivencial se mantenga, ninguna de sus partes pretenda exigirse tal recompensa, pero no faltará aquél que a su terminación, habiendo ya un rompimiento y quizá el surgimiento de necesidades económicas, se le ocurra demandar tal resarcimiento, derivado de su propia conducta independientemente de la de su contraparte; y como reacción defensoria el demandado decida contrademandar la misma prestación de su ex conviviente, al menos para contrarrestar sus acciones.

El torpe y experimentante legislador mayoriteador no sólo ha sido irresponsable e ineficiente en su actuar, sino que ha generado que el juzgador que conozca de estos casos tenga que ser también ineficiente, pues desperdiciará tiempos valiosos que deberían ser utilizados en bien del restablecimiento del verdadero orden jurídico social, en enmendar las torpezas legislativas.

⁸⁸ El artículo 1817 del Código Civil para el D. F. establece: “Si ambas partes proceden con dolo, ninguna de ellas puede alegar la nulidad del acto o reclamarse indemnizaciones”.

D. Terminación

Tanto el proyecto de ley de la iniciativa enoiana como la Ley Cuervo contemplaron causales de terminación prácticamente idénticas. La Iniciativa Enoé distinguió por fracciones en su articulado, los supuestos de terminación voluntaria por alguno de los convivientes, de aquella en que lo fuere por la de "todos", pues consideró que podría haberla de más de dos.

La ley cuerviana ordena a los convivientes dar aviso de la terminación de la sociedad de convivencia, "... a la autoridad registradora del Órgano Político Administrativo del hogar común, la que deberá hacer del conocimiento de dicha terminación al Archivo General de Notarías (sic) ... [y que] la misma autoridad deberá notificar de esto al otro conviviente en un plazo no mayor de 20 días hábiles". Agrega la disposición, sin señalar obligado, que en caso de muerte de alguno de los convivientes, "...deberá exhibirse el acta de defunción correspondiente".⁸⁹ Como es característico en la "moderna técnica legislativa defensiva mayoriteante", no se prevé cual será el efecto que derive del incumplimiento a la obligación de proporcionar tal aviso.

Sin perjuicio de las particularidades del caso específico, a pesar de la prohibición de que "se tendrá por no puesta toda disposición [de la sociedad de convivencia] que perjudique derechos de terceros",⁹⁰ una vez más, pero ahora por omisión en el cumplimiento de una obligación de los convivientes, los terceros resultarán perjudicados por la falta de cumplimiento de ésta, pues la ausencia de cancelación del registro por los convivientes, como ordena lo hagan el último párrafo del artículo 10,⁹¹ de la Ley Cuervo, lo que hace que siga surtiendo efectos contra ellos dicho contrato, a pesar de que ya no lo haga para los propios convivientes.

⁸⁹ El artículo 24 de la ley Cuervo establece: "En caso de terminación de una Sociedad de Convivencia, cualquiera de sus convivientes deberá dar aviso por escrito de este hecho a la autoridad legisladora del Órgano Político Administrativo del hogar en común, la que deberá hacer del conocimiento de dicha terminación al Archivo General de Notarías. La misma autoridad deberá notificar de esto al otro conviviente en un plazo no mayor de 20 días hábiles, excepto cuando la terminación se dé por la muerte de alguno de las o los convivientes en cuyo caso deberá exhibirse el acta de defunción correspondiente, ante la autoridad legisladora. En caso de que la terminación de la Sociedad sea por la ausencia de uno de las o los convivientes, la autoridad procederá a notificar por estrados".

⁹⁰ Artículo 17 de la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal.

⁹¹ "Con su registro, la Sociedad de Convivencia surtirá efectos contra terceros".

a. Causales

- i. Voluntad unilateral y mutua.
- ii. Abandono por más de tres meses sin causa.
- iii. Matrimonio o concubinato.
- iv. Actuación dolosa.
Defunción, ausencia.
Causal convivible.

Ambas iniciativas incluyeron como causal de terminación la actuación dolosa de "alguno" de los convivientes, al "signar" (dijo la Iniciativa Enoé) o "suscribir" (quedó en la ley Cuervo) la sociedad de convivencia. Es de llamar la atención que ambas iniciativas hayan coincidentemente previsto, dentro del rubro de terminación al dolo, junto con otras causales, cuya característica común sea siempre la superveniencia de situaciones jurídicas que no se presentaban cuando nació el acto.

Eventos como cambio en la voluntad, el abandono, el matrimonio y concubinato o el fallecimiento, todos ellos contemplados en ambas iniciativas como sucedidos con posterioridad a la celebración del acto jurídico convivencial, se equiparen con el dolo como causales de terminación, no obstante que este último, más que un evento subsecuente, es una causal original de nulidad, pues como se ha visto, el dolo anula al contrato porque genera error de origen en la contraparte, lo que de alguna manera impidió que hubiera coincidencia de voluntades formativas de consentimiento, pues una de ellas supuso cierta falsa creencia a la que la otra la indujo o disimuló. Otra vez, ambos legisladores fueron incapaces de distinguir entre terminación por nulidad (origen viciado del acto) y rescisión por advenimiento subsecuente de situaciones que no fueron concomitantes con surgimiento del acto. Si bien como se analizó anteriormente, sancionan con pérdida de derechos y pago de daños y perjuicios al falsario, catalogan por igual este evento como causal de terminación contingente y no como nulidad originaria. Otra vez pareciera que el mayoriteante legislador inventó la nulidad con efectos jurídicos.

Llama también por último la atención que la iniciativa Cuervo no haya imitado a la Enoé y con ello contemplado que los convivientes pudieran pactar causales convencionales de terminación. Habriase

debido ello a que el legislador cuerviano lo considero innecesario por suponer la libre voluntad de las partes o fue su intención preservar su nueva institución y no permitir otras causales que las limitativamente previstas, prohibiendo con ello, por ser su “innovante” ley convivencial como ya analizamos “de orden público e interés social”, es otra más de las incógnitas que la paupérrima técnica legislativa del legislador defeano nos deja pendiente resolver.

Es característico de la regulación convivencial defeano, la mutabilidad anímica de los sujetos, pues con excepción del fallecimiento como causal de terminación, ajeno a éstos, todas las demás causales (simple voluntad, abandono, matrimonio, concubinato, actuación dolosa) son temperamentales. Como se analizó anteriormente, es pues no una voluntad vinculante, sino un estado de ánimo circunstancial, el elemento generador subjetivo o intencional de la celebración del acto. El “creativo” legislador ha relegado a una ulterior instancia el principio jurídico fundamental consistente en que ante la esencialidad de la bilateralidad de lo jurídico, la voluntad que obliga libremente, genera derechos en la contraparte, que no permiten una retractación sin consecuencias grave, pues si bien libremente se contrajo la obligación, dicha libertad no permite afectar la esfera jurídica de aquél a quien en el mismo plano jurídico se le generó un beneficio, sino hasta en tanto este último lo renuncie, en este caso, si unilateralmente, si sólo le afecta él.

b. Consecuencias específicas habitacionales y alimentarias

i. Desocupación de inmueble en tres meses

El legislador cuerviano tuvo “la ocurrencia” de obligar al conviviente “titular de los derechos inmobiliarios”, a permitir al otro conviviente seguir ocupando el inmueble, señalado en el documento constitutivo (o en la modificación a éste suponemos) de la sociedad de convivencia, en el que se haya establecido el hogar común.⁹² Confirmando su parcial genialidad ocurrente, el cuerviano legislador también previó

⁹² El artículo 22 de la Iniciativa Cuervo, en su primer párrafo establece: “Si al término de la Sociedad de Convivencia el hogar común se encontraba ubicado en un inmueble cuyo titular de los derechos sea uno solo de las o los convivientes, el otro deberá desocuparlo en un término no mayor a tres meses”. Dicho término no aplicará en el caso de que medien

como única excepción, el caso en el que la convivencia en el “hogar común” después de terminado el contrato, pueda poner “...en riesgo la integridad física o mental del titular”.

Pareciera que dicho legislador habría alcanzado a imaginar, pero sólo limitadamente, que la convivencia de sujetos que han terminado su relación contractual pueda no ser fácilmente estable, al igual que cualquier contrato que no termina naturalmente (plazo, por ejemplo) sino con motivo de desacuerdos, al menos en el caso de los supuestos de terminación previstos, cuyo contenido supone si no inestabilidad emocional (con excepción del fallecimiento y la ausencia) y hasta pasional, como puede ser el de aquéllos que legítima o ilegítimamente han compartido la intimidad de un hogar. Pues bien este “creativo” legislador sólo consideró que habría riesgo de convivencia inestable para el titular de los derechos sobre el inmueble, cualesquiera que éstos sean, pero no para el otro conviviente. Es pues el interés jurídico que verborreicamente optó por proteger el legislador aprendiz, la llamada “titularidad” de propietario, arrendatario, usuario, poseedor y tantos más derechos posibles jurídicamente, y no la integridad física o mental de ellos. ¿Será esa aberrante priorización de intereses la razón por la cual los destinatarios de la normatividad legal elaborada por el legislador defeano y deficientemente aplicable por el ejecutivo de la misma entidad, lo que nos hace sentir que no se cumple con el fin fundamental del derecho que es la seguridad jurídica? ¿Qué dicha integridad del conviviente que cohabita en el inmueble respecto del cual no tiene derechos que no sean los derivados de su contrato de convivencia, no merece ser protegida? ¿Es acaso la mayor o mejor posición económica o de derechos (titularidad con respecto al inmueble según el legislador defeano), lo que amerita la protección, o la integridad de los ciudadanos un bien jurídico que ante el conflicto de interés particular amerita tutela priorizante?

ii. Subsistencia de arrendamiento por fallecimiento

Contempla el artículo 23 de la legislación cuerviana que el arrendamiento del inmueble en que se estableciere el “hogar común”

situaciones que pongan en riesgo la integridad física o mental del titular. En este caso, la desocupación deberá realizarse de manera inmediata”.

continuará con el conviviente supérstite mediante la figura de la subrogación.

En este caso, quizá el primero y único acierto congruente con su posición ideológica del legislador defeano, por lo que previó expresamente una protección analógica a la establecida en el artículo 2448-H del Código Civil para el Distrito Federal.

Dicho artículo impide de manera contundente que el arrendamiento termine para el o la cónyuge o concubina, los hijos, ascendientes en línea consanguínea o por afinidad del arrendatario.

No haber previsto esta continuidad del arrendamiento de manera expresa, habría impedido la subsistencia de tal derecho del conviviente supérstite pues es claro que el último párrafo del mencionado artículo, impide también categóricamente tal subrogación por cualquier "...título ... que no sea la situación prevista en este artículo".⁹³

Siendo un artículo como el 2448-H uno de los que desmotiva la construcción para arrendamiento de vivienda en el Distrito Federal, ampliado a los convivientes, seguramente alertará a los abogados de los arrendadores para que hagan declarar a los arrendatarios que es motivo determinante de la voluntad del arrendador saber que el arrendatario no es un conviviente en términos de la legislación respectiva, para de esa manera poder anular el contrato por causa de una declaración del arrendatario que fue o resultó falsa.

Lamentablemente, la protección congruentemente ideológica con el razonamiento, del lego "falso de letras o noticias"⁹⁴ defeano legislante, habrá de resultar ineficaz. Pareciera que "el burro que tocó la flauta", sólo fue capaz de hacerlo parcialmente.

⁹³ El artículo 2448-H del Código Civil para el D. F. establece: "El arrendamiento de fincas urbanas destinadas a la habitación no termina por la muerte del arrendador ni por la del arrendatario, sino sólo por los motivos establecidos en las leyes. Con exclusión de cualquier otra persona, el cónyuge, el o la concubina, los hijos, los ascendientes en línea consanguínea por afinidad del arrendatario fallecido se subrogarán en los derechos y obligaciones de éste, en los mismos términos del contrato, siempre y cuando hubieran habitado real y permanentemente el inmueble en vida del arrendatario. No es aplicable lo dispuesto en el párrafo anterior a las personas que ocupen el inmueble como subarrendatarias, cesionarias o por otro título semejante que no sea la situación prevista en este artículo".

⁹⁴ Véase *Diccionario de la Real Academia Española*, op. cit., pp. 793 y 794.

iii. Alimentos

Ordena el artículo 21 de la ley convivencial defeano en vigor (como ya se mencionó) que también en el caso de terminación de ésta, "el conviviente que carezca de ingresos y bienes suficientes para su sostenimiento, tendrá derecho a una pensión alimenticia sólo por la mitad del tiempo que haya durado la Sociedad". Previo el legislador que tal derecho no aplicará si se tiene otra fuente de abastecimiento de tal derecho alimentario como lo sería la celebración de otro contrato convivencial, o de matrimonio o la existencia de concubinato. Por cierto estableció el legislador mencionado una prescripción de un año para hacer valer la reclamación de ese derecho, siguiente a que se hubiera terminado el contrato convivencial.

Como siempre, también la falta de explicitéz del innovante legislador defeano, dejará otra tarea a los jueces consistente en determinar si debe ser el entonces incapaz de generarse o tener alguien que le genere ingresos y de tener bienes que se los pudieren generar o habrán de ser todos esos criterios los a la vez aplicables. La incapacidad del mismo legislador para diferenciar el carácter conjuntivo o disyuntivo de los elementos de la hipótesis, deja abierta la duda de si habrán de reunirse ambos elementos de la hipótesis o bastará con la presencia de cualquiera de ellos para que se genere el derecho.

Será, además, con independencia del carácter conjuntivo o alternativo de los elementos de la hipótesis, ¿la falta de bienes, o su ineficiente utilización para generarse recursos sobrevivientes por el conviviente, la actualización hipotética que automatizará la obligación de pagarlos por parte de los causahabientes del conviviente falleciente?

II. EFECTO DILUTIVO DE LA MATEMÁTICA DEMOCRÁTICA

Dice Manuel García Pelayo⁹⁵ que el sistema democrático se caracteriza porque "...la voluntad y la actividad del Estado es formada y ejercida por los mismos que están sometidos a ellas [y que] por consiguiente el "pueblo" a quien se dirige el poder del Estado, es al

⁹⁵ GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Alianza Editorial, Madrid, 1984, pp. 169 y ss.

mismo tiempo sujeto de este poder...”, pero como “...la sociedad no representa *ahora* –las cursivas son nuestras– (pues excluye las “franquicias medievales” gremiales) una articulación de grupos corporativos, sino un conjunto de individuos, se plantea el problema de qué voluntad debe valer como voluntad de la totalidad, es decir como voluntad del pueblo”, también dice García Pelayo. Y como, continúa diciendo, inclusive el propio Locke que resolvió este problema identificando la voluntad de la totalidad con la voluntad de la mayoría, no llevó “a sus consecuencias extremas esta sumisión de los individuos a la voluntad de la mayoría”, pues “...el cuerpo en el cual se desarrolla la regla de mayoría, ha surgido precisamente para garantizar los derechos individuales [y su] sistema representa [...] un compromiso entre democracia y liberalismo”. Rousseau, por el contrario, agrega a continuación el propio García Pelayo, desemboca en totalitarismo al asumir que la cláusula fundamental del pacto social se traduce en “la enajenación total de cada asociado con todos sus derechos a la comunidad”, pero cuestiona García Pelayo, “...tampoco cabe confundir la voluntad general con la voluntad, de todos”, y menos de cada uno o de sus cuerpos intermedios o agrupaciones ideológicas inclusive, agregaría el autor.

Se trataría indistintamente García Pelayo, “...de un pensamiento democrático desarrollado en toda su pureza, llevado a sus últimos límites y en franca contradicción con el liberalismo, que es sustancial limitación previa del poder del Estado; ambos principios pugnan por afirmarse, pero el democrático queda sujeto a una serie de correctivos, de modo que en Europa hay una etapa dominada más por los principios liberales que por los democráticos”.

La solución a tan complejo y delicado problema está en el cuerpo en el cual se aplica el principio de mayoría; en este caso la asamblea legislativa del Distrito Federal tiene que entender que, como dice inclusive Locke, debe garantizar los derechos individuales y no manejarse, dice el autor, como un representante autoritario, tiene que aprender porque parece que por su neofitez no lo sabe, a compaginar ambos principios, el de la libertad de cada miembro del cuerpo social o al menos el de sus agrupaciones naturales y voluntarias (al fin y al cabo realidades existentes), con el del ejercicio de su poder; caer en autoritarismos será tan grave, por la vía democrática y aun este caso más contradictorio en sí mismo, que por la vía violenta o

cualquier otro subterfugio inclusive de apariencia democrática pero de contenido totalitario.

Ese cuerpo aplicador del principio de mayoría debe resolver los intereses del cuerpo social que colectivamente lo eligió, con los medios y mecanismos que satisfaciendo los intereses menos generales, no afecten a los más generales o auténticamente mayoritarios y no relativamente mayoritarios, y menos aun con el desperdicio de recursos legislativos cualitativos y cuantitativos escasos, como son el tiempo y el dinero, menos aun cuando el sistema jurídico general cuenta ya con un esquema de solución a los problemas de las minorías. Tampoco puede un legislador sensato resolver a costa de las mayorías, los intereses particulares de las minorías; todavía menos aun cabe reiterar, cuando el marco jurídico contaba ya con las soluciones respectivas.

Sus compromisos de campaña generados de grupos múltiples del cuerpo democrático minoritarios, cuyo aglutinamiento, inclusive espurio, los lleva al poder, no puede vulnerar los intereses ya no se diga de otros grupos más consolidados relativamente, pero no integradores de una mayoría absoluta digamos mayoritaria, pero cuantitativamente mayoritaria de los relativamente miniminoritarios, aunque aglutinados en partidos o agrupamientos ideológicamente incompatibles, si no es que contradictorios. Menos aun cuando la atención de cada uno de esos intereses artificialmente aglutinados, resulta en la afectación, al menos por desatención, de los problemas más comunes del cuerpo social eligiente. La actuación asambleística legislativa en esa forma genera una contradicción que termina siendo esencialmente antidemocrática. Vulnera en sus entrañas el principio democrático, que constituye la regla esencial del gobierno de mayorías cuantitativas.

1. Representatividad política. Concepción teórica

La representación o representatividad, como característica de las formas de gobierno democráticas, se ha convertido en un elemento gemelo de los primeros. Como también lo señala Manuel García Pelayo:⁹⁶ “...es el resultado de la aplicación del principio democrá-

⁹⁶ *Ibidem*, pp. 177 y ss.

tico a un gran espacio y a una gran población”; citando al diputado Mounier, agrega García Pelayo: “para que un pueblo pudiera sin grandes inconvenientes reservarse el poder de hacer las leyes, se precisaría que fuese muy poco numeroso, que tuviera costumbres simples, que sus intereses fueran fáciles de regular y que las fortunas fuesen más o menos iguales”. Parafraseando a Carré de Malberg y a Sieyes, retoma García Pelayo la idea de que “la nación es la reunión de los nacionales considerados no ya en las diferencias que los separan, sino en el rasgo común y normal que los une a todos, es decir en su cualidad idéntica de ciudadanos”. El representante lo es, reitera el propio García Pelayo, “*de la nación entera y no del grupo o distrito que lo ha elegido* (las cursivas son nuestras) ... si la nación es la reunión de los ciudadanos en lo que tienen de común [...] la democracia sólo puede tener actualidad en cuanto los representantes, aun elegidos por un distrito particular, lo sean, sin embargo de toda la nación [...] los representantes lo son de toda la nación y no del distrito o grupo que los ha elegido, [...] si no es “representante” de tal fracción, menos puede recibir sus instrucciones”.

Resulta, pues, de lo dicho, que ni siquiera la razón de ser jurídico-política de la democracia representativa, legaliza y mucho menos legitima la satisfacción convenenciera o respondiente de múltiples y dispares compromisos políticos o promesas de campaña, cuando ello implique el abandono o descuido de los intereses más generales, es decir, más nacionales, pues esos representantes, lo son de todos los electores, no son mandatarios (confirme al derecho privado) que habrán de satisfacer instrucciones particulares, sino satisfactores del cuerpo electoral en lo que éste tenga de homogéneo y no en lo que tenga de diferenciador.

2. Representatividad política. Contradicción fáctica de la teoría

A. Supuesto 20% homosexual permanente u ocasional

Ha quedado al descubierto en la Primera Parte de este artículo que la ignorancia o deliberada inaplicación de la técnica jurídica legislativa por una parte y la suposición de hechos científicamente

incomprobados,⁹⁷ como es la aseveración gratuita de los legisladores enoianos y cuervianos, de que el 20% de la población “tiene o ha tenido parejas del mismo sexo”, hace insostenible ese hecho (aun si fuera cierto) como fundamento de la necesidad de contar con legislación socioconviviente.

No obstante si sólo por razones metódicas para efectos de darles el beneficio de la duda a los legisladores defeños, creyéramos su científicamente inverosímil afirmación, ello tampoco resultaría congruente con el principio constitucional democrático representativo, pues los representantes electos no lo son del grupo social con el que hicieron sus compromisos políticos (y mucho menos si éstos son múltiples y miniminoritarios) sino que son representantes de la totalidad de la sociedad, y el uso ineficiente de los recursos destinados a la legislación son desperdiciables y lo son aún más cuando habiendo ya soluciones en el propio sistema jurídico, se utilizan en forma contraria al desempeño constitucional de su función propia de una democracia representativa. ¿Por qué se arrojan los legisladores cuervianos la representación de ese 20% cuya existencia y representación ni siquiera son capaces de demostrar? Por el contrario, son responsables tales legisladores del desempeño de su función, en forma honesta, no con insinuaciones intencionalmente equívocas, sino conforme a los mandamientos de la Constitución federal, tal y como ha sido explicado por las doctrinas generadoras de tales principios político constitucionales.

B. Iniciativa suscrita o apoyada por 41 diputados y diputadas

Por aplicación del mismo principio de democracia representativa explicado, tampoco una representación circunstancialmente aglutinada de legisladores de tres⁹⁸ de los ocho diversos partidos políticos por

⁹⁷ Véase del mismo autor, “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 D. F. que suscribieron la Iniciativa Cuervo”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 31, Escuela Libre de Derecho, 2007, pp. 677 y ss.

⁹⁸ Véase del mismo autor nota 2 de pie de página de la primera parte de este artículo en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 31, Escuela Libre de Derecho, 2007, pp. 671 y 672, nota al pie de página núm. 2.

sus iniciales (PRD, PAN, PRI, PVEM, PNA, PASC, PT y CONV) que conforman la asamblea legislativa, integrada por 66 diputados, puede arrogarse la representación totalitaria de la ciudadanía del D. F.⁹⁹

No sólo no pueden por aplicación del principio de constitucionalidad de la democracia representativa, sino porque la representación cuantitativa que ostentan es además sólo relativa. Como se verá más adelante en el inciso II A 4, los 41 diputados que votaron aprobatoriamente la legislación socioconviviente aun cuando matemáticamente representen escasamente dos terceras partes de la asamblea, ello sólo es resultado del efecto de la matemática dilutiva de una representación política intencionalmente mal entendida y ejercida.

C. Comisión de Derechos Humanos: seis diputados.

Comisión de Equidad y Género: cinco diputados

(uno pertenece a ambas comisiones)

La inobservancia del principio constitucional de la democracia representativa se vuelve aun mucho más grave cuando nos percatamos que los autores intelectuales de la legislación socioconviviente, provino en su etapa final inmediata a su aprobación legislativa, de 10 de los 66 diputados, es decir poco más o menos el 15% de los legisladores asambleístas del Distrito Federal.

Fueron las comisiones de Derechos Humanos y de Equidad y Género, integradas por los diputados Juan Bustos Pascual, José Antonio Cepeda Segura, Enrique Pérez Correa, Samuel Hernández Abarca, Sergio Miguel Cedillo Fernández y Jacobo Manfredo Bonilla, de la primera y Leticia Quezada Contreras, Paula Adriana Soto, el propio Enrique Pérez Correa, Esthela Damián Peralta y María del Carmen Peralta Vaqueiro de la segunda, quienes con su minúscula representación popular impulsaron al diputado Jorge Carlos Díaz Cuervo para que sometiera a la asamblea su técnicamente inconsecuente legislación socioconviviente.¹⁰⁰

⁹⁹ Véase integración de la IV Legislatura de la Asamblea Legislativa (2006-2009), en www.asambleadf.gob.mx.

¹⁰⁰ Véase dictamen de propuesta de Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal de las Comisiones Unidas de Derechos Humanos y de Equidad y Género, presentada ante el Pleno de la Asamblea Legislativa del D. F. por el diputado Jorge Carlos Díaz Cuervo.

D. La representación ciudadana de menos del 50% del voto total popular, se vuelve y se ejerce antidemocráticamente como mayoría aproximada de dos terceras partes en la Asamblea Legislativa

Conforme a información disponible del todavía entonces denominado Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, al 17 de octubre de 2005 residían en el Distrito Federal 8 720 916 habitantes; de esos, 5 980 033 tenían más de 18 años.¹⁰¹

Por su parte, el Instituto Electoral del Distrito Federal¹⁰² revela que el número de escaños de mayoría relativa o uninominal por partido político fueron, PRD 34, PAN 4, PT 1, Convergencia 1, y PRI, Nueva Alianza (PNA) y Alternativa (PASC) cero cada uno; sin embargo, por vía de diputados plurinominales que responden al principio constitucional no de democracia mayoritaria impositiva solamente, sino de democracia representativa, el PAN tuvo 13 más para un total de 17, el PRI 4, el PVEM 3, PNA 4 y el PASC 2, para alcanzar el total de 66 legisladores asambleístas del D. F.

Llevadas estas cifras a los 40 distritos electorales que integran el Distrito Federal, encontramos¹⁰³ que los 41 diputados de la Asamblea Legislativa integrantes del PRD, PANAL y PRI, escasamente rebasaron el 50% de la votación total y eso sin descontar las abstenciones y votos anulados. Si además tomamos en cuenta que de los mencionados 5 980 033 mayores de 18 años, sólo votaron aproximadamente 4 774 973, resulta que dichos 41 diputados difícilmente representarían al 41% de la población.

La tesis de la dilución matemática democrática o incremento progresivo geométrico del voto relativamente mayoritario, que no logra la mayoría absoluta y que no obstante ello se vuelve mayoría absoluta bajo un malentendido esquema de representación proporcional ecléctica, es en sí antidemocrática y más aún cuando los representantes ignoran o deliberadamente desconocen que una vez electos

¹⁰¹ INEGI, Resultados definitivos del II Censo de Población y Vivienda 2005 para el Distrito Federal y Sistemas Nacionales Estadístico y de Información Geográfica: <http://www.inegi.gob.mx/est/contenidos/español/sistemas/conteo2005/Iter2005/consultafiltro.aspx>.

¹⁰² <http://iedf.org.mx/ee1/ee1106/index.html> y www.asambleadf.gob.mx.

¹⁰³ Véase http://www.iedf.org.mx/ee1/ee106/_MRdis_por.html.

son representantes de la nación y no de sus electores. Deben tales representantes legislativos anteponer los intereses generales sobre los particulares pasionales de sus partidarios o propios más aun cuando a través de la solución de los intereses más generales, han estado desde siempre resueltos conforme a la teoría del acto y contrato jurídicos, los de las minorías.

III. REAFIRMACIÓN FÁCTICA DE LA CONTRADICCIÓN TEÓRICA DE LA REPRESENTATIVIDAD POLÍTICA.

ESTADÍSTICA DE UTILIZACIÓN ÍNFIMA DE LA SOCIEDAD DE CONVIVENCIA DESPUÉS DE UN AÑO DE VIGENCIA

La necesidad aparentemente ingente que los asambleístas defeanos –apasionada pero con contenido jurídico deplorable– mostraban en su exposición de motivos de la sociedad convivencial, ha resultado en un fiasco. No obstante que sus defensores se muestran orgullosos de los logros alcanzados cuantitativamente, visto con objetividad y ello sin dejar de lado el desperdicio de recursos para la atención de problemas auténticamente graves y sin duda mucho más generales que los de los socioconvivientes, el uso del creativamente innecesario esquema jurídico, es francamente decepcionante. Al 13 de mayo del presente año (2008) se han registrado 348 sociedades de convivencia,¹⁰⁴ destacando como las delegaciones con mayor número, por ejemplo, Benito Juárez con 39, Coyoacán con 38, Cuauhtémoc con 78, Iztapalapa con 51 y Milpa Alta con ninguna, Tláhuac con 2, Xochimilco con 3, Cuajimalpa con 4 y Azcapotzalco con 7. ¿Habrá válido la pena luego del desperdicio de recursos legislativos, incurrir ahora en el desperdicio de los recursos del ejecutivo local creando estructuras operativas, suponemos para atender estos asuntos en los Órganos Político Administrativos delegacionales para atender cero asuntos en alguna o ni siquiera 10 en otras en un año?

Si traspolamos ese número al total de la población del D. F. (8 720 916 habitantes) resulta que se legisló para menos del 0.004% de la

¹⁰⁴ Información disponible en Consejería Jurídica y de Servicios Legales del Gobierno del Distrito Federal. Oficina de Información Pública.

población. Francamente no creo que exista en la historia legislativa del Distrito Federal una pieza legislativa que haya sido dedicada a un más que minúsculo grupo de esa ínfima magnitud.

Y si a eso agregáramos que la protección jurídica artificiosamente creada como ha sido demostrado, resulta carente de toda seguridad jurídica, habrá que esperar a ver la solución de las desavenencias para lamentablemente tener que reafirmar que el legislador defeano no contribuye a la estabilidad social, sino por el contrario busca el protagonismo y “acendra” la división, a costa del sacrificio de los intereses jurídicos de los ciudadanos.

IV. CONCLUSIÓN RATIFICATORIA DEL AUTOR

ACERCA DEL PAUPÉRRIMO NIVEL JURÍDICO-POLÍTICO DE UNA MAYORÍA DE DIPUTADOS DE LA IV LEGISLATURA DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA Y DEL GOBIERNO DEL D. F.

En la primera parte de este artículo, publicado en el núm. 31 de la *Revista de Investigaciones Jurídicas* de la Escuela Libre de Derecho, el autor demostró que una mayoría de diputados de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, de la IV Legislatura, habían actuado con ignorancia, o dolo o mala fe, en el proceso prelegislativo relativo a la aprobación de la Ley de Sociedad de Convivencia, por cuanto a la comprobación de los hechos sociales tomados en cuenta para su legislación, su argumentación falaz, y la manipulación histórica y sociológica en sus considerandos.

Tal falta de técnica jurídica legislativa y responsabilidad política de la mayoría de diputados asambleístas mencionados, ha quedado reafirmada en el análisis, ya no de las *ratio legis* y Exposición de Motivos, sino ahora mucho más grave, en los textos de derecho positivo (analizadas en esta segunda parte del artículo), que dichos legisladores convierten en su ley vigente.

Con el presente artículo ha quedado demostrada ahora la ignorancia o inaplicación voluntaria por dichos diputados de la estructura de la norma jurídica de los conceptos de orden público e interés social, que en forma imitativa atribuyó a su innovadora institución, de la teoría del acto jurídico y del contrato, de la eficiencia como principio legislativo, del concepto de interés jurídico diverso aplicable a las instituciones tales como el concubinato y al matrimonio por remisión

del primero y sus relaciones heterosexuales fundantes de la protección patrimonial, de la función particularmente ética solidaria de la tutela y de la obligación y derecho alimentarios y de la sucesión, de la naturaleza jurídica de los derechos de terceros, de la diferenciación entre nulidad y rescisión como consecuencias jurídicas secundarias de la norma jurídica y de otros efectos jurídicos de la terminación de los actos jurídicos.

Ha también “inventado” el defenido legislador la categoría de “capacidad plena”, ignorando las sanciones pluscuamperfectas, la naturaleza jurídica de la familia y la protección de su patrimonio, la diferenciación entre elementos constitutivos o de creación del acto de los efectos de tracto sucesivo, la diferenciación entre dolo y mala fe, ha abandonando las protecciones jurídicas integrales y ha abandonado también a los convivientes a lo que sean ellos capaces de prever convencionalmente. Menos ha sido capaz el susodicho legislador de comprender lo que es la representación en derecho privado y mucho menos su incompatibilidad con la representación en materia política.

Tuvo en sus manos el gobierno del Distrito Federal, la posibilidad (y el deber) de evitar los dislates legislativos analizados, mediante la formulación de observaciones y la devolución del proyecto de Ley de Sociedad de Convivencia para el D. F., si su verdadera intención hubiera sido generar auténtica protección jurídica a los socios convivientes.

El artículo 48¹⁰⁵ del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, prevé tal atribución. Habría sido recomendable que la Consejería Jurídica y de Servicios Legales del propio Gobierno del D. F. hubiera sido consultada al respecto.

¹⁰⁵ Artículo 48 del Estatuto de Gobierno del D. F.: “Los proyectos de leyes o decretos que expida la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, se remitirán para su promulgación al Jefe de Gobierno del Distrito Federal, quien podrá hacer observaciones y devolver los proyectos dentro de diez días hábiles con esas observaciones, a no ser que, corriendo este término, hubiese la Asamblea cerrado o suspendido sus sesiones, en cuyo caso la devolución deberá hacerse el primer día hábil en que la asamblea se reúna. De no ser devuelto en este plazo, se entenderá aceptado y se procederá a su promulgación. El proyecto devuelto con observaciones deberá ser discutido de nuevo por la Asamblea. Si se aceptasen las observaciones o si fuese confirmado por las dos terceras partes del número total de votos de los diputados presentes en la sesión, el proyecto será ley o decreto y se enviará en los términos aprobados, para su promulgación.”

Corresponde a dicha Consejería la Revisión: “...de los proyectos de decretos y demás instrumentos jurídicos, con la finalidad de someterlos a consideración y, en su caso, firma del jefe de gobierno...”, antes de su publicación en la Gaceta Oficial del Distrito Federal.¹⁰⁶

¹⁰⁶ Artículo 35, fracciones IV y XIV de la Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal.

LA REFORMA AL DERECHO CIVIL Y LA NUEVA TAREA DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN LA MODERNIDAD

José Ramón NARVÁEZ

*Jurisprudentia est civilis sapientia, est enim
sapientia habitus speculationis - scientia
autem.*

Bartolo di Sassoferrato,
Tractatus testimoniorum § Prudentia,
I-IV, 145.

SUMARIO: I. *El degrado del derecho civil en la modernidad.* II. *La reducción del derecho civil en la codificación.* III. *La crisis del derecho público en el siglo XIX y el renacimiento de la ciencia del derecho privado.* IV. *El socialismo jurídico y el derecho privado.* V. *Conclusiones.*

I. EL DEGRADO DEL DERECHO CIVIL EN LA MODERNIDAD

Tal vez sea un lugar común en la historia del derecho pensar la antigüedad como mayoritariamente de derecho civil,¹ en confrontación

¹ Aunque existiría un posible argumento derivado de la filosofía del derecho griego, sobre todo en Aristóteles, quien al distinguir entre justicia conmutativa y justicia distributiva, estaba de algún modo, dando origen a dos ámbitos jurídicos diferentes; caso análogo es el uso de Aristóteles para explicar el principio de división de poderes, ambos casos me parece caen en el historicismo y la extrapolación. En este orden de ideas, Radbruch asigna no sólo cada justicia a un derecho sino que establece, que el concepto de equidad aristotélico, sería equivalente al derecho social (RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 2005, p. 33).

con la modernidad de derecho público, sobre todo constitucional. Tal vez esta idea tenga origen en una categoría curiosamente moderna, que implica la división mental entre lo privado y lo moderno, digo mental porque en la práctica, como lo ha estudiado Paolo Cappellini,² el derecho es más bien intermedio; revisemos, por ejemplo, el argumento más difundido sobre el que se basa dicha división: lo público se refiere a aquel derecho que surge de la organización social, claro, la más evidente es el Estado, y esto nos llevaría a ulteriores problemas, inicialmente el de definir al Estado; pues bien, en este argumento, lo civil, dicho también privado,³ significaría aquello que se genera al margen de la organización política, en su caso del Estado; este argumento parte de preconceptos modernos, el más importante es el que considera que lo político y el Estado son estructuras no sociales, por lo que el derecho surgiría de dos lugares fundamentales: la sociedad (particularizada) y el Estado (generalizado a través de la voluntad popular).⁴

La razón por la cual puede hablarse de un degrado del derecho privado en la modernidad, es porque ésta apostó a dar preferencia a la

² CAPPELLINI, Paolo, "Privato e pubblico", en *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV, Milán, 1986, pp. 660-687, ahora en *Storia del diritto moderno. Tre saggi*, Milano, Giuffrè, 2003. Para el profesor florentino la distinción obedece a tres factores: la sobrevaloración del derecho constitucional, una distinción interna de carácter técnico y el prejuicio, radicalización o reduccionismo a la que conduce el debate sobre el origen histórico del Estado.

³ Sobre el concepto de privado, Paolo ZATTI decía en una conferencia que llevaba el título *Variaciones sobre "privado" razonando de derecho de familia*, en la Universidad de Florencia, el 16 de diciembre de 2002. El término latino *privus* que significa "aquel que está delante" representa la raíz de palabras como 'particular' y 'privilegio'; mientras que *privatus* significa "exentado de aquello que vale para un grupo"; de ambos términos se deduce que "el privado es un poder ante el cual otro poder, el público, se detiene"; el problema es que al poder público se le pide al igual que detenerse de tutelar, y entonces el Estado debe obrar la "liberación del individuo de un sector privado"; tal es el caso del menor que viene maltratado por sus padres, el Estado vulnera la familia para tutelar al menor; no obstante nos dice Zatti, existen aun lugares "del privado de más privacidad, delante de los cuales el Estado se detiene por ejemplo de frente al mar amniótico para llegar al *nasciturus* que es un sujeto a proteger", ver también, de este autor junto con G. IUDICA, *Linguaggio e regole del diritto privato, casi e domande*, Cedam, Padova, 2001.

⁴ También puede verse el artículo de CERRONI, Humberto, "Sulla storicità della distinzione tra diritto privato e diritto pubblico", en *Revista Internazionale di filosofia del diritto*, núm. 37, 1960.

fuente jurídica estatal, la ley; y por efectos del monismo jurídico, todas las demás dependen de ella, como lo ha explicado Paolo Grossi.⁵

Lo anterior lleva a concebir como más importante el derecho público, porque es lo que interesa a la colectividad, pero no sólo eso, sino que con el paso de los años, el derecho público se constituyó como origen mismo del derecho privado, al grado que hoy el derecho privado debería constitucionalizarse.⁶ Aunque cualquier radicalización es igual de imperdonable, como el caso de intentar privatizarlo todo, donde en realidad sólo unos cuantos particulares se beneficiarían. Quizá el ejemplo histórico jurídico más relevante en este sentido sea la codificación, en donde un documento jurídico que funciona como constitución del Estado burgués, hecha por un régimen de Estadonación monopoliza todo el derecho, con excepción del contrato que será ley entre las partes y con un diseño que permitirá la libre circulación de los bienes.

Pero refirámonos al concepto clásico de ciencia jurídica para saber si esto es cierto. El derecho romano que es el primero de los modelos científico-jurídicos, construido con la aportación de los juristas, se concibe sobre todo, como *ius civile*, al grado que el concepto de ley en algunas épocas, es privado. Pero no quiere decir que existía una preferencia de éste sobre el público, sino simplemente que no existía la división. Durante la baja Edad Media, la ciencia jurídica transformada en *utrumque ius*, conserva la unidad,⁷ y aun con la interferencia cuasiestatal, por ejemplo de un Barbarroja, el productor del derecho continúa siendo la sociedad y quien le da forma es el jurista. La idea de la transformación del derecho producido por la sociedad, se ha condensado desde el derecho romano, en el concepto de jurisprudencia que significa construcción/descubrimiento del orden. Italo Birocchi ha demostrado que esta unidad conceptual puede extenderse hasta los inicios del humanismo, donde aun apoyados en el pasaje del *Digesto*

⁵ *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico, 1860-1950*, Giuffrè, Milán, 2000, pp. 115-116.

⁶ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El derecho privado constitucional de Chile*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, de la Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2001, pp. 15 y ss.

⁷ Cfr. CALASSO, Francesco, "Ius publicum e ius privatum nel diritto comune classico", en *Annali di storia del diritto*, núm. 9, 1965.

D.1.1.1.2,⁸ se buscaba una posible división del derecho en materias, todavía nebulosa.⁹

La razón de la unidad científica del derecho se debe a que finalmente detrás del mismo debería estar como productora del derecho la comunidad, el abandono de este paradigma en la modernidad obedece a las mismas razones por las que se le hizo la guerra a la comunidad; para la modernidad la única comunidad legítima es el Estado, por tanto es obvio que sea el Estado el único productor del derecho, de este modo se hace necesario distinguir qué es lo que corresponde a éste y qué lo que corresponde a la sociedad. En todo este proceso, los juristas también resultan afectados, pues de la calidad de intérpretes, y como mediadores entre realidad, norma y aplicación, tendrán que conformarse en la modernidad con explicar el contenido de la norma, que además ha perdido su vinculación con la comunidad.

En el esquema arriba apuntado, el derecho privado se convierte en las reglas que el derecho público dicta al respecto, y no sólo eso, sino que el derecho público ha robado al privado los conceptos más importantes, recordemos que en gran parte una ciencia es tal por conservar y acrecentar un lenguaje propio. En tal sentido podemos citar, por ejemplo, el concepto del contrato o pacto, o el concepto de representación, y también podría incluirse el de mandato.

Sin embargo, el derecho privado permanece como la ciencia más acabada por la infinidad de principios que ha recogido a lo largo de su historia, principios que han nacido sobre todo de la práctica, que si bien forman parte de una noción amplia de la política, como forma de organización social, están antes que ésta como orden social válido; de hecho podría establecerse una fórmula: a mayor política menos derecho y a la inversa, tal es el caso de la alta Edad Media y del actual derecho de la globalización, ambos, de mayor contenido privado.¹⁰

⁸ "Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus constitit. Privatum ius tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus".

⁹ BIROCCHI, Italo, "La distinzione 'ius publicum/ius privatum' nella doctrina della scuola culta (François Connan, Hugues Doneau, Louis Charondas Le Caron)", en *Ius Commune*, núm. 23, Frankfurt am Main, 1996, pp. 139-176.

¹⁰ Cuestión que Paolo GROSSI pone en evidencia en *L'Europa del Diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007. El común denominador de la época medieval y la actual es la ausencia del

Reconozco que en este análisis, yo mismo he caído en la tentación performativa de la modernidad, pues finalmente el derecho como fenómeno ordenador, surge y se pone a prueba en la sociedad, los juristas y la ciencia jurídica, se encargan de darle la mejor forma posible, el Estado al suplantarlos intenta hacer lo mismo, pero es la sociedad la que confronta y exige su mejora, por eso el derecho no puede apartarse de binomios como creación y descubrimiento, "estabilidad y revolución",¹¹ "forma y reforma",¹² "tradición y progreso".¹³

Al ser la sociedad la productora y a su vez la utilizadora del derecho, el derecho es a la vez público por general, y privado por ser utilizado por los particulares. Por esta misma razón la ciencia jurídica medieval estableció como *ius commune* aquello que era para todos, aunque su contenido era creado en la práctica por los particulares.¹⁴

Estado por lo que la sociedad busca a través del derecho su salvación: "nosotros no olvidaremos jamás que el derecho no pertenece a la sola superficie de la sociedad, sino que por el contrario, es una realidad radical, es decir, relacionada profundamente con sus raíces; no olvidaremos jamás que, antes de ser un mandato, el derecho es una mentalidad, expresa lo que es la costumbre y la ordena, expresa los valores de una cultura y ordenándola la salva. Por eso, sin descuidar sus conexiones con el poder, dedicaremos una atención preponderante al derecho que ordena la vida cotidiana de los particulares y que comúnmente llamamos hoy 'derecho privado', porque la fisiología del derecho está entrelazada en instituciones que permiten mi pacífica convivencia con otros" (p. 7).

¹¹ Es el binomio que utiliza Max WEBER para analizar la legitimidad del derecho moderno en su obra *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1983, p. 640.

¹² BERMAN, Harold J., *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 29.

¹³ "El sabio concierto entre tradición y progreso. El derecho, según lo entienden los romanos, tiene su basamento en unos principios. Tales principios, enraizados, a su vez en un mundo de creencias, sentimientos, impulsos, necesidades políticas, económicas y de otra varia suerte, no se vierten del todo, con precisiones contables o mesurables, en lo jurídico positivo. Sin embargo, en el todo que es la vida colectiva actúan, difusa e impalpablemente, cual complementos que aseguran la razón de ser, la vitalidad y la validez misma del derecho". IGLESIAS, Juan, *Derecho romano*, Barcelona, Ariel, 2004, 15a. ed., pp. 54-55.

¹⁴ "Ya desde Búlgaro se había obtenido que uno de los significados de *ius publicum* era aquél de *ius commune*, esto es un derecho que se aplicaba generalmente a todos; y todavía más claramente Piacentino, después de haber afirmado 'ius publicum dicitur multis modis' había en particular distinguido un significado de *ius publicum* = *ius commune omnium* y otro significado en el cual aquél 'constitutum est in domino cuiuscumque rei publice', BIROCCHI, Italo, "La distinzione 'ius publicum/ius privatum'", *op cit.*, p. 140.

II. LA REDUCCIÓN DEL DERECHO CIVIL EN LA CODIFICACIÓN

Otro lugar común es la idea de que la codificación significó la reducción de la producción del derecho, sobre todo civil, siendo una de las primeras materias atendidas por los codificadores; quizá pudiera argumentarse que la codificación fue sólo un momento más de la ciencia jurídica que buscaba la sistematización, pero se sabe que dicha sistematización cambió en gran medida la forma de concebir el derecho y la forma de interpretarlo.

Más allá de los simplismos como el de un Bugnet, quien opinaba que la educación jurídica debía resumirse en la explicación del Código Civil,¹⁵ tenemos que admitir que el Código napoleónico de 1804 dio un giro a la ciencia jurídica a partir de la aplicación de los artículos 4 y 5, por los cuales se obliga al juez a juzgar¹⁶ con base en la ley, el juez se convierte en la voz de la ley: “El juez que se niegue a juzgar, con pretexto del silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser acusado como delincuente por denegación de justicia”, y “Se apercibirá a los jueces que terminen con una disposición general o reglamentaria las causas que conocen”. El Código, sin preverlo del todo, se convertía en fuente única.¹⁷

El Código, en este sentido, funciona como una Constitución¹⁸ “la noción de ordenamiento que contiene se equipara en efecto con la ley...la fuente exclusiva de todo el derecho”.¹⁹ El derecho civil

¹⁵ La frase es: “No conozco el derecho civil, no enseño más que el Código Napoleón”, en LABARCA PRIETO, Domingo A., “Savigny y la codificación”, en “Savigny y la ciencia del derecho”, *Revista de Ciencias Sociales*, Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, núm. 14, Universidad de Chile, Valparaíso, 1979, t. II.

¹⁶ Algunos autores consideran este silogismo es innecesario “es obvio que el juez debe juzgar”. Véase GROSSI, P., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milán, Giuffrè, 1998.

¹⁷ Cfr. BOBBIO, Norberto, *Il modello giusnaturalista*, en: *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, Firenze, Olschki, 1977, vol. I, pp. 73 y ss. Es también la posición de TARELLO, G., *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII. Corso di Filosofia del Diritto*, ECI, Génova, 1972.

¹⁸ Así opinan GROSSI, P., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit. y CLAVERO, B., *Happy Constitution. Cultura y lengua constitucionales*, Trotta, Madrid, 1997.

¹⁹ CLAVERO, B., *Ama Llunku, Abya Yala: Constituyencia Indígena y Código Ladino por América*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 146.

se mezcla con el constitucional sobre todo²⁰ en la parte del Título Preliminar,²¹ respecto de la confusión con el derecho público²² (a pesar de autodenominarse *Code civil*), encontramos también en el Título preliminar lo siguiente: “La ley solamente dispone para lo futuro y no tiene efecto retroactivo”.

Del mismo modo el Título preliminar nos dice: “No se podrán derogar, por convenios particulares, las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres”.

De aquí podemos obtener un panorama de las fuentes del derecho civil que quedaron olvidadas a partir del siglo XIX: la doctrina que se volvió exégesis, la jurisprudencia que se convirtió en explicación de las leyes civiles y comenzaron las sentencias a casarse con la Constitución, la costumbre porque dejó de considerarse fuente, los principios del derecho porque se ajustaron a una interpretación sistemática de la ley.²³

²⁰ También en la parte del concepto de persona podemos observar disposiciones de carácter constitucional en la mayoría de códigos. Cfr. DE GIACOMO, Claudio, *Identità e soggetti nella teoria dei diritti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1995.

²¹ GIULIANI, Alessandro, *Le preleggi, gli articoli 1-15 del Codice Civile*, UTET, Turín, 1999, pp. 3 y ss.

²² El *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die Gesamten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie* (Código General Civil para todos los Territorios Hereditarios Alemanes de la Monarquía Austriaca), de 1811, conocido como el ABGB, es el primero en sugerir una distinción entre derecho público y privado. DEZZA, Ettore, *Lezioni di Storia della Codificazione civile. Il Code Civil (1804) e l'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812)*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1998.

²³ La inclusión de los principios generales como norma supletoria a falta de ley, había sido una moda impuesta al parecer por el código carloalbertino Cerdeña de 1838 (art. 15), aunque el ALR prusiano de 1794 refería a los “principios recogidos en el propio código” y otros como el ABGB en 1811 fueron más allá disponiendo la analogía y a falta de ésta los principios del derecho natural como supletorios a la ley (parágrafo 7); Seabra, el codificador portugués, habría propuesto en 1850 que se incluyera a la equidad, finalmente el proyecto portugués con reformas, fue aprobado en 1867 con la expresión “los principios del derecho natural”, no me extendiendo más porque sería motivo de un estudio distinto el de las normas de interpretación contenidas en los códigos civiles, recomendamos la lectura de lo escrito por Sandro SCHIPANI, “Principia iuris. Principium potissima pars. Principi generali del diritto. Note sulla formazione di un concetto”, en *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'eta romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate a F. Gallo*, 3, Nápoles, 1997, 631 y ss.; traducción al español en *Roma e America. Diritto Romano Comune*, 3, 1997, pp. 3 y ss.

III. LA CRISIS DEL DERECHO PÚBLICO EN EL SIGLO XIX Y EL RENACIMIENTO DE LA CIENCIA DEL DERECHO PRIVADO

A pesar de lo ya señalado en el numeral anterior es importante decir que muy pronto el modelo monopolizador del derecho entró en crisis; con sus bemoles pero de manera eficaz Friedrich Karl von Savigny enfatizó el descuido de los codificadores en relación con la costumbre, a pesar de que la mayoría de los proyectos de códigos mencionaban haber recogido esta fuente, era claro que con el paso del tiempo esa costumbre perdía totalmente su esencia, el concepto de *volksgeist* savigniano, era una reacción al anquilosamiento que se preveía con la codificación; en el numeral titulado “El Estado, derecho político, derecho privado, derecho público”, de su famosa obra *Sistema del derecho romano actual* nos dice:

Si dirigimos una ojeada sobre el conjunto del derecho, lo veremos dividido en dos ramas: el derecho político y el derecho privado. Tiene el uno por objeto el Estado, es decir, la manifestación orgánica del pueblo, el otro, contiene todas las relaciones de derecho existentes entre particulares, y es la regla y la expresión de estas relaciones. Tienen, sin embargo, estos dos órdenes de derecho muchos rasgos de semejanza y muchos puntos de contacto... pero no debe creerse que haya habido en la historia una época anterior a la fundación del Estado, y en que el derecho privado tuviese existencia incompleta. Todo pueblo, desde que su vida aparece, está ya constituido como Estado cualquiera que sea, por otra parte, su forma.²⁴

²⁴ *Sistema del derecho romano actual*, Madrid, F. Góngora, Madrid, 1878, t. I, p. 34. La edición fue coordinada por Manuel Durán y Bas, quien nos dice en la presentación de la obra para el público español: “Por profunda y dilatada que sea la influencia del derecho público en la vida y civilización de los pueblos, no excede en extensión, ni aventaja en importancia a la del derecho privado. Organiza el primero vastos y variados intereses; preside a las diversas relaciones que debe sostener el Estado así en su vida interna como externa; pero con ser de tanta trascendencia las relaciones de coexistencia de los Estados considerados como entidades políticas y como seres jurídicos; de su organismo; de la dirección de las fuerzas sociales para cooperar al desenvolvimiento de la actividad individual; de la autoridad del Poder social para el mantenimiento del orden jurídico y de la moralidad de las costumbres, no le son inferiores en lo elevado de su origen, en la dignidad de su naturaleza, y en lo trascendental de su fin, las relaciones que ordena y los intereses que armoniza el derecho privado... El hombre y la sociedad, para vivir y desenvolverse en conformidad a su naturaleza, encuentran protección más completa e influencia más inmediata en las instituciones del derecho privado... La protección general del Estado, sin ser menos real,

Savigny justifica la necesidad de un derecho nacional porque vive en una realidad estatal²⁵ que tiene necesidad de explicar ese nuevo fenómeno, pero al mismo tiempo realiza una apología del derecho privado histórico, justo en el momento en que la codificación está siendo laureada por toda Europa. Con Savigny y sus discípulos, surge una tendencia bifronte, por un lado el derecho debe tener en cuenta su contexto histórico y social, pero por otro es necesaria la abstracción e identificación de los principios caracterizadores de cada derecho nacional, denominados conceptos, que se manifiestan a través de la práctica reiterada del derecho, la jurisprudencia, finalmente, también, un sistema.²⁶ El derecho privado de este modo se constituye en método, ciencia,²⁷ jurisprudencia en sentido lato, en saber, en *ratio*.

Por eso no es raro que Rudolf von Ihering reaccionara desde el derecho público²⁸ contra la tendencia arriba señalada, por considerarla demasiado dogmática, el derecho debiera buscar fines no principios inmutables, esto llevó a un giro en la cientificidad del derecho, desde entonces el derecho público comenzó enormes esfuerzos por mostrarse científico, dogmático, pero además depurado; por ejemplo, Laband, al hablar del “método jurídico para estudiar el derecho público”,²⁹

es más indirecta; la influencia de las leyes políticas en sus diversas formas, sin ser menos positiva, es más lejana” (pp. VII-IX).

²⁵ Recordando que él defiende la unidad conceptual entre Estado y pueblo.
²⁶ Cfr. CAPPELLINI, Paolo, *Systema Iuris, Per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2 ts., núms. 17 y 19, Milano, Giuffrè, 1984 y 1985. En las páginas de esta obra encontramos una historia de los orígenes del sistema jurídico, sobre todo en la modernidad y especialmente en la Pandectística. reflexiones apoyadas en abundante documentación que nos muestran un concepto que definió el estudio del derecho durante el siglo XIX.

²⁷ Cfr. LABARCA PRIETO, Domingo, A., “Savigny y la ciencia del derecho”, *Revista de Ciencias Sociales. Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales*, núm. 14, Universidad de Chile, Valparaíso, 1979.

²⁸ Aunque es bien sabido que Ihering era profesor de derecho romano y derecho civil, en este último sector se concentró su obra jurídica, pero su obra iusfilosófica parece más bien hablar de un derecho intermedio: “El derecho es el trabajo sin descanso, y no solamente el trabajo de los poderes públicos, sino también el de todo el pueblo. Si abrazamos en un momentos dado toda su historia, nos presenta nada menos que el espectáculo de toda una nación, desplegando sin cesar para defender su derecho tan penosos esfuerzos como los que hace para el desenvolvimiento de su actividad”. Más adelante hablará de esfera individual o privada y después de la social. IHERING, Rudolf, “La lucha por el derecho”, en *Estudios Jurídicos*, México, 2001, edición facsimilar de la española hecha por Adolfo González Posada, p. 10.

²⁹ LABAND, *Das Staatsrecht des Deutsche Reiches*, 1911, citado por WILHELM, Walter, *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, Giuffrè, Milán, 1974, p. 5.

opinaba que la cientificidad del derecho público estaba en su depuración, en distinguirlo de otros saberes, para tener una noción pura del mismo.³⁰ Gerber, respecto del método denominado jurisprudencia productiva, asigna al derecho privado alemán una tarea progresiva, pero siempre permaneciendo dentro de la sistemática del modelo del derecho romano.³¹

Sin embargo, la contestación más famosa al menosprecio del derecho privado por parte del público, se da en la propia Francia a través de Françoise Geny, y la obra más destacada en este sentido es *Método de investigación y fuentes en derecho privado*,³² desde la misma presentación hecha por Raymundo Salleilles a la obra de Geny, se destaca cómo este nuevo método pretende liberar de su rigidez a la interpretación del derecho civil en los parámetros que le marca el Código Civil; la interpretación que preocupa es la del derecho privado, por eso Geny trata de plantear una teoría del derecho libre que no circunscribe al derecho privado, de hecho la lectura del *Método de investigación* da la impresión de referirse a una teoría general del derecho.

En el mismo contexto francés, un autor poco conocido en el ámbito de la lengua castellana escribió en 1845 un *Tratado de interpretación de las leyes* donde señala expresamente al derecho intermedio, me refiero a Mailher de Chasat:

El derecho civil en la época de la revolución, probó todas las vicisitudes del derecho público del que no era sino dependiente; éste a despecho de todo lo que existía, parecía no construir más que un solo hecho: la destrucción, salvo para reconstruir sobre nuevas bases que no eran conocidas ni estaban probadas. Pronto la legislación civil devino monstruosa y los legisladores mismos, obligados a abandonar sus trabajos regresaron sobre sus propios pasos.

Es evidente que en este caos de medidas legislativas, de leyes violentas y absurdas, que deshonraron para siempre esta parte de nuestros anales, no se

³⁰ *Ibidem*, p. 6.

³¹ Cfr. GERBER, Carl Friedrich Von, *System des Deutschen Privatrechts*. Jena, Verlag von Friedrich Mauke, 1848-1849. Es de resaltar que este teórico alemán es considerado también el padre del "derecho político" el cual, también a su parecer, debía ser tratado de forma autónoma en relación con elementos que pudieran contaminarlo como la política o la economía (*Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrecht*, Linz, 1885, p. 8).

³² Véase la versión castellana, 2a. ed., Reus Madrid, 1925. Tanto Geny como Salleilles eran profesores de derecho civil.

podría encontrar una verdadera legislación: frutos amargos de luchas que las facciones mantenían entre ellas, las leyes aparecían y desaparecían casi al mismo tiempo; la sacudida general impresa a todas las instituciones sociales, dejó huellas profundas en las costumbres de la nación. De ahí los numerosos cambios proporcionados en muchas partes de la legislación.³³

Aunque después Chasat hable también de la legislación intermedia como un producto del derecho revolucionario que pretendía introducir una nueva concepción interpretativa del derecho con apego a la ley y las antiguas instituciones, destaca también en este autor que el problema vuelve a situarse en el contexto del derecho civil y respecto del Código Civil específicamente, este problema lo llevará a sus últimas consecuencias el socialismo jurídico europeo.

IV. EL SOCIALISMO JURÍDICO Y EL DERECHO PRIVADO

El socialismo jurídico es otra vertiente reinterpretadora del derecho privado, esta corriente intentó responder a las interrogantes que el sistema liberal burgués dejó abiertas, respecto del papel del individuo en la sociedad, en esta corriente participaron juristas católicos, demócratas, burgueses; sobre todo austriacos, alemanes, italianos y franceses, preocupados porque la industria y el Estado habían hecho del derecho el instrumento de una elite. Muchas de estas teorías sociales se mezclaron, por lo que no se tenía claro si se era socialista-comunista-marxista, o simplemente un estudioso de las ciencias sociales; esta moda duró sólo el tiempo necesario para realizar la "reforma de la legislación civil"; por eso nos dice Mario Sbriccoli: "muchos de los juristas socialistas terminaron su periodo socialista mucho antes de terminar su producción científica era una 'corriente' de pensamiento lo que los unía".³⁴

³³ MAILHER DE CHASAT, Antoine, *Tratado de la interpretación de las leyes*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007 (edición facsimilar traducida de la original publicada en París en 1845), p. 57, § XXXV, "Derecho intermedio".

³⁴ "Elementi per una bibliografia del socialismo giuridico italiano", en "Il 'Socialismo Giuridico' Ipotesi e letture", *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 3/4, Florencia, 1974/1975, pp. 873-1035, 875, t. II.

El socialismo jurídico va muy ligado a la crítica a la codificación decimonónica,³⁵ el primero en hablar de la “función social del Código Civil” y de “derecho social” fue Otto von Gierke, quien reelaboró el concepto de comunidad en su obra *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, su crítica al código decimonónico es de carácter antiindividualista y propone una revisión del Código Civil en nombre de una “solidaridad social”. Bajo estas ideas nació el socialismo jurídico que se desarrolló en primer lugar en la parte germana de Europa con Anton Menger, austriaco, y a quien siguieron Karl Renner y Gustav Radbrucch.

Menger podría considerarse el padre del socialismo jurídico. Menger es hasta ahora una figura paradigmática situado a veces como jurista marxista, es también conocido por los sociólogos del derecho por sus ideas sobre la “sociedad en transformación”. Menger criticó el proyecto del Código Civil alemán de 1900, crítica que hizo en nombre de las “clases desposeídas” (*diebesitzlosen volksklassen*) para demostrar “cuanto los intereses de las clases pobres (son en el código) perjudicados o no suficientemente tutelados, aun reconociendo como punto de partida los principios fundamentales del derecho privado germánico”.³⁶ Por eso “el Código Civil está redactado para proteger únicamente a las clases pudientes y no deja espacio a las ideas modernas de protección a los débiles y de solidaridad social”.³⁷ Aquí la reforma al derecho privado se plantea en términos de necesidad social. El influjo de Menger sobre el BGB fue poco,³⁸ pero donde muy seguramente se muestra una influencia mengeriana, es en el Código Suizo de 1907 que muestra una “democratización del derecho”.³⁹

El socialismo jurídico se extendió rápidamente en Francia. En 1904 circulaba ya la *Reveu socialiste* con algunos escritos sobre los

³⁵ Cfr. nuestro trabajo sobre “La crisis de la codificación y la historia del derecho”, en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, núm. XV, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003.

³⁶ MENGUER, Anton, *Il diritto civile e il proletariato*, tr. Guiseppe Oberosler, Torino, 1894, p. 2.

³⁷ *Ibidem*, pp. 178 y ss.

³⁸ ORRU, Giovanni, “Idealismo e Realismo’ Nel socialismo giuridico di Menger”, en “Il ‘Socialismo Giuridico’ Ipotesi e letture”, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 3/4, Florencia, 1974/1975, pp. 183-272, t. II.

³⁹ *Ibidem*, p. 231. Y el artículo que le sigue en *Quaderni Fiorentini* en el mismo Congreso: CARONI, Pio, “Antono Menger ed il Codice Civile Svizzero del 1907”, pp. 273-318.

socialistas germanos.⁴⁰ Charles Andler, vocero de las ideas de Menger en Francia, propuso con mucho entusiasmo “un sistema nuevo de socialismo científico”.⁴¹ Otro autor importante para el socialismo jurídico francés es Emmanuel Lévy, quien ya desde su tesis de doctorado declaraba abiertamente ser “socialista del derecho”.⁴² Entre sus obras más representativas se encuentran: *L'affirmation du droit collectif*, publicada en 1903, *La vision socialiste du droit*, de 1926 y *Les fondements du droit*, de 1933. De Lévy una frase hizo mella en aquel entonces: “la fe de la sociedad crea el derecho” y es la medida de la justicia, es lo que para Lévy sustentaba una ley, la libertad de las personas, aceptar su autoridad, pero los derechos, decía, son: simultáneos a la persona.⁴³ Francia dio origen a muchos otros sociólogos, iusociólogos y socialistas del derecho,⁴⁴ pero su contribución más grande a las ciencias sociales la había dado ya con Durkheim y Duguit,⁴⁵ después pareciera que se agotó de algún modo.

España, como bien lo menciona Castán Tobeñas,⁴⁶ había sido sólo repetidora de estas ideas,⁴⁷ él mismo analizó “la reforma social del

⁴⁰ La apología la hace A. MATER, “Le socialisme juridique”, *Revue Socialiste*, vol. 4, julio de 1904.

⁴¹ Prefacio de la traducción de una obra de Menger, *Droit au produit intégral du travail*, París, 1900.

⁴² *Preuve par titre du droit de propriété immobilière*, París, 1896.

⁴³ *Les fondements du droit*, p. 152.

⁴⁴ Baste señalar a R. SALEILLES, quien en abril de 1904 escribiera en la revista *La Sociologie et les sciences sociales*, un artículo titulado: “Rapports de la sociologie avec le droit”, obra leída por Cosentini.

⁴⁵ En 1905 Duguit escribió su obra en la que proponía buscar la *fonction sociale* del derecho privado. “El proceso de reforma más intenso va en contra al *Code civil* —más allá de cualquier retoque al derecho de familia, en materia de capacidad de la mujer casada, de tutela de los hijos naturales, de redimensionamiento de la patria potestad— más bien en el sentido de aquella que se podría llamar una ‘objetivación’ del derecho privado, una comprensión de la originaria estructura voluntarista a favor de soluciones mayormente atentas al elemento social”. M. SABBIONETI, “Di alcune modificazioni del modello napoleonico di diritto”, en *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 30, pp. 858-867, 2001, t. II, p. 865, comienza a cuestionarse la ciencia jurídica sobre el abuso del derecho, la culpa objetiva, el riesgo profesional, etcétera.

⁴⁶ “Oposición a Cátedras a la Universidad de Murcia (1918)”, en SERRANO GONZÁLEZ, *Un día en la vida de Castán Tobeñas*, Universidad de Valencia, Valencia, 2001.

⁴⁷ Ciertamente España tenía mucho que decir y a esto invitaba el mismo Castán cada vez que se le presentaba la ocasión; desgraciadamente muchos de los juristas españoles tuvieron en ese tiempo que vivir en el exilio o moderar sus ideas.

derecho” con un poco de desconfianza al inicio,⁴⁸ tiempo después dedicó parte de sus estudios al tema,⁴⁹ hasta reconocer que el Código Civil mexicano de 1928 era “un ensayo de Código Privado Social”,⁵⁰ apoyado sobre todo en la inclusión del artículo 21 sobre la atenuación de la *ignorantia legis*.⁵¹ Si bien no podremos catalogarlo como “socialista” digamos que estuvo dentro de la tendencia, para la cual “es una vergüenza que el derecho de las personas sea secundario del derecho de bienes”.⁵² Otros españoles que habría que considerar en esta línea son Adolfo Posada, seguidor de Menger, quien además de traducir al austriaco colaboró con el socialismo jurídico en algunos ensayos, pero sobre todo en Francia;⁵³ y Joaquín Costa Martínez, sobre todo a partir de su estudio sobre la “ignorancia del derecho”.⁵⁴

En Italia Achille Loria es el primero en hablar de una “escuela del socialismo jurídico”,⁵⁵ escuela que en un principio había visto el

⁴⁸ En la ya citada “Oposición a Cátedras de Murcia” que llevó por título: *Tendencias modernas en los estudios de derecho civil*, Castán decía: “...va penetrando poco a poco, aun en el derecho español esta tendencia socializadora. Pero ¡cuánto falta por hacer todavía en este terreno! ¡Cuántas reformas nos proponen los autores y de cuantas nos dan ya ejemplo en el orden positivo. Algún peligro tiene, sin embargo, esta orientación, estas tendencias, circunscritas a España: aquí donde, sin vida científica propia, vamos arrastrados por las influencias de unos y otros, sería lamentable que esta socialización del derecho civil viniera como una tendencia o una reforma exótica, que rompiera toda continuidad histórica” (pp. 288-289).

⁴⁹ CASTÁN TOBEÑAS, José, “Un tema de actualidad. La socialización del derecho”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 127 (1915), pp. 278-295. Con el simple título hace una corrección a Burgos y Mazo que había escrito en la misma revista “La sociabilización del derecho” (pp. 193-263). Castán cita a los autores españoles que trataron el asunto: Dorado Montero, Valverde, Fernández Villaverde, Sánchez Román, Serrano Jover, Dato Bonilla y Castejón.

⁵⁰ CASTÁN TOBEÑAS, José, “El Nuevo Código Civil mexicano. Un ensayo de Código Privado Social”, en *Revista General de Derecho y Jurisprudencia*, México, 1930, t. I.

⁵¹ Artículo que en palabras de Castán “recogía las tendencias científicas más modernas y progresivas, notas muy originales de avance social” (SERRANO GONZÁLEZ A., *Un día de la vida...*, p. 64).

⁵² *Ibidem*, p. 287.

⁵³ POSADA, A., *Theories modernes sur les origines de la famille, de la société et de l'Etat*, París, 1896, y *L'idea sociologica dello Stato*, Scienza Sociale, 1900.

⁵⁴ “Ficción moderna por la que todo el derecho es conocido por todos (es) un artificio gigante, monstruoso, que condena a los hombres a caminar a ciegas por el mundo; que los condena a regir su vida por criterios que les son y que fatalmente han de serles ignorados”, en *El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones con el status individual, el referéndum y la costumbre. Discursos leídos ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* (1901), Madrid, Civitas, 2000, p. 32.

⁵⁵ LORIA A., “Socialismo Giuridico”, en *La scienza del diritto privato*, septiembre, 1893.

socialismo como “un movimiento apto para elevar la suerte de los desheredados y para defender sus intereses contra el egoísmo de las clases adineradas”,⁵⁶ pero paulatinamente tomó conciencia de esto y se propuso una lucha literaria en donde intentarían por todos los medios “cambiar el derecho” en nombre “de los principios sociales y las clases débiles”; en el derecho privado esto significaba “un saneamiento del derecho burgués” o en palabras de Sergio Panuzio “la socialización o humanización del derecho burgués”,⁵⁷ lo que necesariamente llevaría en términos prácticos a “corregir los defectos del código civil” con una “nueva codificación de los derechos sociales”.⁵⁸

Guiseppe Salvioli, profesor napolitano, es uno de los precursores del socialismo italiano al que algunos autores ven más bien como “solidarismo”,⁵⁹ porque es la solidaridad el principio que deberá regir en la ley: “solidaridad es la ley del mundo físico y aquella de la sociedad humana. La vida social es un conjunto de solidaridades que se cruzan. El hombre no está solo, vive, trabaja, produce, posee, en cuanto se encuentra en medio a los hombres, a los cuales debe coordinar su acción, así cada acto debe tener un valor social, una función social...”.⁶⁰

Esto condujo a una serie de propuestas científicas que fueron recogidas en la revista *Scienza del Diritto Privato*. Vadalà-Papale sugiere en ella un “código privado social”,⁶¹ él mismo había tratado el tema

⁵⁶ GERRATANA, Valentino, “Antonio Labriola di Fronte al Socialismo Giuridico”, en *Quaderni Fiorentini*, op. cit., pp. 55-72, 57.

⁵⁷ PANUZIO S., *Il Socialismo giuridico*, Génova, Librería Moderna, 1906.

⁵⁸ GERRATANA, V., op. cit., p. 69.

⁵⁹ Me parece que en Italia a un cierto punto se confunden la idea de “socialismo” y “solidarismo” aunque se puede concebir este segundo como una revisión del primero, no obstante en Francia las tendencias son más marcadas hasta el punto de crear dos escuelas. El objetivo era siempre el mismo: alcanzar una mayor equidad en la sociedad, aunque los métodos variaban siempre entre el derecho público y el privado, había quien proponía la sotomisión de uno al otro y viceversa y quien veía en esto graves peligros. En general podemos decir que salvo los excesos de: puristas, anarquistas, marxistas o sociólogos egoístas (como Claudio Treves) que veían en el derecho un peligro; la mayoría de los socialistas del derecho y solidaristas veían oportuno un equilibrio entre el derecho privado y el derecho público, ambas esferas se mezclan y nunca se encuentran solas.

⁶⁰ SALVIOLI, G., *I difetti sociali delle leggi vigenti di fronte al proletariato e il diritto nuovo*, Palermo, 1906.

⁶¹ “Diritto privato e codice-privato sociale”, en *Rivista la Scienza del Diritto Privato*, 1893.

en su artículo "La nuova tendenza del diritto civile in Italia",⁶² aunque el concepto originalmente es de Enrico Cimbali "al cual se debe ya una primera estructura de este Código soñado".⁶³ Como bien dice Paolo Grossi, el Código Civil era un "Código impuro porque está lleno de la arcilla fresca de la vida cotidiana".⁶⁴ Por eso los iusocialistas piensan en "una radical reforma que toca las concepciones de individuo y Estado".⁶⁵

Otros autores italianos que hablaron de una nueva interpretación del derecho civil a partir de la concepción social fueron D'Aguzzo,⁶⁶ Tortori,⁶⁷ Cosentini,⁶⁸ Cogliolo,⁶⁹ A. Loria,⁷⁰ A. Ravà,⁷¹ S. Panunzio,⁷² T. Cabriola,⁷³ G. P. Chirone,⁷⁴ y Filomusi-Guelfi.⁷⁵ No podemos olvidar a los penalistas Enrico Ferri y Cesare Lombroso, así como el mercantilista Cesare Vivante, los tres viejos conocidos en México y que a su modo se insertaron también en la corriente.⁷⁶

⁶² *Rivista tranese dell'avv. Pugliese*, citado por Paolo GROSSI, *La scienza del diritto privato. Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo 1893-1896*, Giuffrè, Milán, 1988, p. 143.

⁶³ GROSSI, Paolo, *La Scienza del diritto privato. Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo 1893-1896*, Giuffrè, Milán, 1988, p. 144. Tres obras, las primeras dos de Cimbali, abren paso a este periodo: "Per un Codice privato-sociale", *Rivista Lo Spedaliere*, I, 1891; "Necessità della codificazione dell'economia politica per la costituzione del codice privato-sociale", *Rivista la Scuola Positiva*, I, 1891; y, por último, el artículo de Vadalà-Papale en la revista *Scienza del Diritto Privato*.

⁶⁴ GROSSI, P., *La scienza del diritto...*, *op. cit.*, p. 145.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 152.

⁶⁶ *La riforma integrale del diritto civile*.

⁶⁷ *Individualismo e socialismo nella riforma del diritto privato*.

⁶⁸ Véase nuestro artículo: "El Código Privado Social. Influencia de Francesco Cosentini en el Código Civil mexicano de 1928", en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, XVI, 2004, pp. 201-226.

⁶⁹ *L'interpretazione sociale del Codice civile*, Torino, UTET, 1925, 6a. ed.

⁷⁰ *Verso la giustizia sociale*, Torino, 1890.

⁷¹ *Lo Stato come organismo tecnico*, Cagliari, 1911.

⁷² *Lo Stato di diritto*, Città di Castello, 1921.

⁷³ *Saggi sulla concezione materialista de la storia*, Roma, 1901 y *Revisione critica delle più recenti teorie sulle origine del diritto*, Roma, 1901. De LABRIOLA sí podemos decir con seguridad que era un marxista convencido, pero era también jurista y su aportación no sólo se reduce a descalificaciones sino por el contrario.

⁷⁴ *Questioni di diritto civile*, Torino, 1890.

⁷⁵ Cosentini estudió bien a Menger (*Neue Staatslehre*, Jena, 1906; *Lo Stato Socialista*, Torino, 1905; *Volkspolitik*, Jena, 1906); al francés A. LEVI (*La société et l'ordre juridique*, París, 1911); y al ya citado VADALÀ-PAPALE (*La filosofia del diritto a base sociologica*, Palermo, 1885).

⁷⁶ Cfr. M. SBRICOLI, *Elementi per una...*, *op. cit.*

Cabe agregar que esta etapa de "reformistas", formuló grandes contribuciones respecto de figuras actuales del derecho civil, pero también en relación con temas no estrictamente civilistas, como es el caso del contrato de trabajo, la incorporación del derecho mercantil a una teoría general de la obligaciones, la naturaleza de la persona moral o colectiva, la propiedad común, la función social de la propiedad y del contrato, y especialmente acerca de los puntos de encuentro entre el derecho público y el privado; además de temas filosóficos como las fuentes del derecho o las lagunas,⁷⁷ aunque la mayoría de estos autores, prácticos o teóricos, inició su reflexión a partir de la denominada reforma social del derecho privado.

VI. CONCLUSIONES

La división entre derecho público y derecho privado es útil en la ciencia jurídica, pero no es absoluta, en la práctica son muchos más los momentos de derecho intermedio o, más bien dicho, el derecho tiene una unidad material.

La ciencia jurídica a través de la historia, entendida como jurisprudencia, como sistema, como método, como *ratio*, es mayoritariamente identificada con el contenido del *ius civile*, más tarde *ius commune*, que según los esquemas modernos correspondería al derecho privado actual.

La denominada "rama del derecho público" surge o tiene su auge con el Estado moderno, por lo cual es potencialmente identificable en la historia, el proceso justificador de los contenidos del derecho público como derecho científico.

La iuspublicística es la más empeñada en mostrar a la ciencia del derecho como una ciencia depurada.

Existe una tendencia moderna a dividir el derecho en público y privado derivada del monismo jurídico, al cual contribuyó enormemente la codificación, con lo que los contenidos del derecho privado sufrieron un menoscabo científico al supeditarse al derecho público a través de la ley, por lo que las fuentes del derecho y los métodos de

⁷⁷ Paolo Grossi cita, por ejemplo, los ensayos de Maggiore, Ascoli y Ascarelli; el último de ellos fue más conocido, y si bien se refería a un tema teórico, las lagunas del ordenamiento, lo hacía a partir del análisis del artículo 3 del Código Civil de 1865, GROSSI, P., *La Scienza del diritto privato...*, *op. cit.*, pp. 146-147.

interpretación, sufren un decaimiento que será identificado y estudiado por algunos juristas de los siglos XIX y XX.

La revaloración del derecho privado lleva a revalorizar también la interpretación jurídica, las fuentes del derecho olvidadas, y la participación social en la elaboración del derecho (incluidas la cultura jurídica interna y la externa).

Un caso paradigmático entonces y hoy, donde se intentó aplicar y podría aplicarse actualmente una nueva interpretación del derecho privado, es el tema de los derechos, que justo para dejar de ser epigramáticos, necesitarían de una reconsideración como derecho intermedio, de ese modo el concepto de los derechos estaría más cercano a otros más antiguos como los *tria praecepta iuris* del derecho romano, la regla de oro del derecho medieval, o el principio de la interpretación *pro dignitate*; en este sentido podrían también los derechos considerarse "asunto entre particulares" y no solamente normas programáticas con las buenas intenciones de un Estado.

DEL *MOS EUROPAEUS* AL *MOS AMERICANUS*
IURA LEGENDI. UN INTENTO
DE REFUNDACIÓN DE LA CIENCIA NUEVA
PARA LA INTEGRACIÓN JURÍDICA
DE NUESTRO CONTINENTE

Juan Pablo PAMPILLO BALIÑO

A quienes han soñado y trabajado por hacer de nuestro continente un mejor lugar para vivir, en los sesenta años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de la creación de la Organización de los Estados Americanos "*Carpent tua poma nepotes*".

(Tus nietos recogerán los frutos)

Virgilio

SUMARIO. I. *Introducción: hacia un nuevo paradigma jurídico*. II. *Historia, actualidad y futuro de la dogmática jurídica occidental*. III. *Propuestas para un mos americanus*.

I. INTRODUCCIÓN: HACIA UN NUEVO PARADIGMA JURÍDICO

El presente estudio pretende identificar y proponer uno de los temas más importantes de la jurisprudencia del siglo XXI: la "integración americana" a partir de un nuevo "derecho común".¹

¹ Es también la continuación natural de una línea de investigación a la que me dedico desde hace algún tiempo y cuyo último hito se encuentra precisamente en el último número de nuestra revista. *Cfr.* Juan Pablo PAMPILLO BALIÑO, "Del derecho comunitario al *Mos*

La ubicación de dicho tema parte de un intento de comprensión de nuestra “tradición jurídica”, desde la “triple perspectiva” de la filosofía, la historia y la ciencia del derecho. El objeto de dicha comprensión consiste en diagnosticar el estado actual de nuestra “dogmática jurídica”, buscando a su vez anticipar los perfiles –y coadyuvar en el diseño– de una “metodología superadora” de la misma.²

La actual crisis y agotamiento –filosófico, científico y práctico– de la “dogmática jurídica contemporánea” y su cada vez más evidente superación dentro del ámbito europeo, ofrece a los juristas y jueces americanos de nuestro tiempo una extraordinaria oportunidad para la conformación de un nuevo “derecho jurisprudencial y científico”.

Europaeus”, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 31, Escuela Libre de Derecho, México, 2007.

² Mis principales conclusiones sobre el particular se encuentran en los libros *Filosofía del derecho. Teoría global del derecho*, México, Porrúa, 2005, e *Historia general del derecho*, México, Oxford University Press, 2008. Adicionalmente, por lo que respecta a la perspectiva filosófica, remito al lector interesado a los artículos “Orígenes, desenvolvimiento, crisis y alternativas de la universidad contemporánea”, en *Iuris Tantum*, Revista de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac, núm. 16, México, Universidad Anáhuac, 2005; “Sobre el pensamiento contemporáneo en torno a la justicia”, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 30, Escuela Libre de Derecho, México, 2006, y “La filosofía de la historia del derecho y el futuro de la tradición jurídica occidental”, en *Problemas actuales de la historia del derecho en México*, México, Porrúa, Tecnológico de Monterrey, 2007. En relación con la perspectiva histórico-jurídica, me remito fundamentalmente a “Nociones generales y esquemas ordenadores introductorios al curso de Historia general del derecho”, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 28, Escuela Libre de Derecho, México, 2004, “Del *ius mercatorum* bajomedieval al moderno derecho comercial internacional”, en *Anuario de la Cultura Jurídica Mexicana*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005, “En torno al concepto romano de *ius* en Juvencio Celso hijo, o brevísimas vindicaciones de la importancia de los estudios romanísticos para el jurista actual”, en *Estudios Jurídicos*, México, Sociedad de Alumnos de la Escuela Libre de Derecho, 2005, y “¿Qué es el *Corpus Iuris*?” en *Iuris Tantum*, Revista de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac, núm. 17, México, 2006. Finalmente, por lo que toca a los estudios dogmáticos, mis principales conclusiones relacionadas con el tema del presente estudio se hallan en “Retos y proyecciones del derecho mercantil frente a la globalización. Un intento de aproximación filosófica, histórica y dogmática”, en *Panorama internacional del derecho mercantil. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, 2 ts., México, UNAM, 2006, “Los principios generales comunes en la jurisprudencia europea” en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, núm. 21, México, AMEDIP, 2007, “Panorama y diagnóstico de la justicia constitucional en México”, en *Estudios jurídicos en homenaje a Jesús Rodríguez Gómez*, México, Porrúa, Academia de Jurisprudencia y Legislación y Facultad de Derecho de la UNAM, 2007, y “Del derecho comunitario...”, *op. cit.*

Conviene tener en mente que la tradición jurídica occidental –que se configuró hacia la baja Edad Media– ha venido desarrollándose históricamente a través de diversas dogmáticas jurídicas.

Por “dogmática jurídica” puede entenderse –en general– como un conjunto de ideas, métodos, conceptos y técnicas, que cumplen fundamentalmente con tres funciones: a) una teórica o filosófica que consiste en ofrecer una comprensión general del derecho; b) otra científica, por virtud de la cual se fundamenta epistemológicamente y se estructura metodológicamente la jurisprudencia como estudio del derecho; y, por último, c) una praxeológica, a través de la que se desarrollan las técnicas que emplean los operadores prácticos (abogados, jueces, notarios, legisladores, etcétera) para la instrumentación de los ordenamientos jurídicos. Junto a las dogmáticas jurídicas vigentes, dentro de la tradición jurídica occidental se han desarrollado también diferentes metodologías.

Las “metodologías jurídicas” son igualmente conjuntos más o menos homogéneos de ideas, métodos, conceptos y técnicas, que critican las deficiencias y limitaciones de las dogmáticas jurídicas, buscando eventualmente sustituirlas como dogmáticas alternativas.

La tradición jurídica occidental se ha desenvuelto a partir de la interacción entre diversas dogmáticas y metodologías jurídicas.

Entre las principales dogmáticas jurídicas pueden destacarse el *mos Italicus*, vigente del siglo XII al siglo XVIII, y la dogmática contemporánea, vigente en nuestro continente hasta nuestros días, producto principalmente de la codificación y del formalismo jurídico –cuyos perfiles más acabados delineó H. Kelsen– que se ha denominado dogmática positivista.³

Fueron metodologías críticas del *mos Italicus*, el *mos Gallicus* y la escuela moderna del derecho natural racionalista y –sobre todo desde la segunda mitad del siglo XX– han puesto de relieve las insuficiencias

³ Sobre la dogmática del *ius commune* europeo pueden verse las obras clásicas de Paul KOSCHAKER, *Europa y el derecho romano*, trad. de José Santa Cruz Teijeiro, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955; Franz WIEACKER, *Historia del derecho privado de la Edad Moderna*, trad. de Francisco Fernández Jardón, Granada, Ed. Comares, 2000. Sobre la dogmática del positivismo legalista formalista, puede consultarse en general a Karl LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, trad. de Enrique Gimbernat Ordeig, Barcelona, Ariel, 1966; José María RODRÍGUEZ PANIAGUA, *Historia del pensamiento jurídico*, 2 tomos, 8a. y 7a. ed., respectivamente, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1993.

de la dogmática jurídica del positivismo legalista formalista, diferentes metodologías como el naturalismo, realismo o antiformalismo jurídico, el estimativismo, el tridimensionalismo e integralismo, las teorías de la argumentación jurídica y el neoconstitucionalismo o garantismo, entre muchas otras.⁴

Ahora bien, conviene resaltar que más allá de la función crítica que han cumplido las metodologías jurídicas de nuestro tiempo, prácticamente todas ellas han confluído en la conformación de un “nuevo derecho europeo”, que —como observaba desde hace varios años mi maestro Ricardo Alonso— supone una notabilísima interacción entre el “derecho comunitario”, los “derechos nacionales” y un “nuevo derecho común”.⁵

Más aún, entre las características de este nuevo derecho europeo, destacan muy especialmente la supranacionalidad y el pluralismo jurídico, así como la reivindicación de la función judicial y de la ciencia jurídica como fuentes formales creativas de derecho.⁶

Dentro del anterior contexto, el sentido del presente trabajo es proponer algunos derroteros que podrían seguirse por la “ciencia jurídica americana”, para la elaboración de una “dogmática continental”.

Cabe observar preliminarmente que la elaboración de una dogmática jurídica continental americana no es ninguna quimera. En efecto, los actuales procesos económicos, políticos, sociales y culturales de la globalización han venido promoviendo un mayor acercamiento regional a través de bloques continentales, mismo que puede apreciarse también, claramente, dentro de nuestro ámbito americano.⁷

⁴ Sobre estas últimas corrientes puede consultarse, además del libro de RODRIGUEZ PANIAGUA anteriormente citado, el completo esbozo de Luis RECASÈNS FICHES, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, México, Porrúa, 1963. Remito también a mi *Historia...*, op. cit., pp. 297 y ss. Específicamente sobre el neoconstitucionalismo, cfr. Miguel CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Ed. Trotta, UNAM, 2003, y sobre el garantismo puede verse el opúsculo de Luigi FERRAJOLI, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, trad. de Andrea Greppi, Madrid, Ed. Trotta, 2006.

⁵ Cfr. Ricardo ALONSO GARCÍA, *Derecho comunitario, derechos nacionales y derecho común europeo*, Madrid, Facultad de Derecho, Universidad Complutense y Ed. Civitas, 1989.

⁶ Cfr. PAMPILLO, “Del derecho comunitario...”, op. cit. En general, sobre el derecho comunitario, como un primer acercamiento, puede acudir a la reciente obra de Ricardo ALONSO GARCÍA, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Madrid, Thomson Civitas, 2007.

⁷ La bibliografía sobre la globalización y sus diversos aspectos económicos, políticos, sociales y jurídicos es prácticamente inabarcable. En un intento de orientar al lector intere-

México, incluso por su situación geopolítica, es en realidad la bisagra del continente americano, e incluso el puente natural con España y la Unión Europea.

sado, cabe referirlo a las siguientes obras generales y de fácil acceso: Jorge BASAVE et al. (coord.), *Globalización y alternativas incluyentes para el siglo XXI*, México, Facultad de Economía, UNAM y UAM, 2002.; Zygmunt BARMAN, *La globalización. Consecuencias humanas*, trad. Daniel Zadunaisky, México, Fondo de Cultura Económica, 2006; Ulrico BECK, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, trad. de Bernardo Moreno y Ma Rosa Borrás, Barcelona, Paidós, 1998; Juan Ramón CAPPELLA, *Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del Estado*, Madrid, Ed. Trotta, 1999; Miguel CARBONELL y Rodolfo VÁZQUEZ (comps.), *Estado constitucional y globalización*, México, Porrúa, UNAM, 2001; Juan Ignacio CATALINA AYORA y Juan Miguel ORTEGA PEROL (coords.), *Globalización y derecho*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 2003; Guillermo DE DEHESA, *Comprender la globalización*, 3a. ed., Madrid, Alianza Editorial, 2007; Xavier Díez DE URDANIVIA FERNÁNDEZ, *El Estado en el contexto global*, México, Porrúa, Universidad Anáhuac, 2008; José Eduardo FARIA, *El derecho en la economía globalizada*, trad. de Anthony Giddens; *La tercera vía. La renovación de la socialdemocracia*, trad. de Pedro Cifuentes, México, Taurus, 1999; Marcos KAPLAN, *Estado y globalización*, México, UNAM, 2002; Sergio LÓPEZ AYLLÓN, *Globalización, Estado de derecho y seguridad jurídica*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004; Moisés MORENO HERNÁNDEZ (coord.), *Globalización e internacionalización del derecho penal*, México, Cepolcrim, 2003; George SOROS, *Globalización*, trad. de Rafael Santandreu, Barcelona, Planeta, 2002; Joseph E. STIGLITZ, *El malestar en la globalización*, trad. de Carlos Rodríguez Braun, México, Taurus, 2002; Danilo ZOLO, *Los señores de la paz. Una crítica del globalismo jurídico*, trad. de Roger Campione, Madrid, Dykinson, 2005. Igualmente la literatura que se ha producido sobre la integración jurídica y particularmente sobre la integración americana es sumamente extensa. Algunas obras generales que pueden consultarse son: Francisco R. DÁVILA ALDÁS, *Globalización-Integración. América Latina, Norteamérica y Europa*, México, Ed. Fontamara, 2002; Germán A. DE LA REZA, *Integración económica en América Latina. Hacia una nueva comunidad regional en el siglo XXI*, México, UAM y Plaza y Valdés, 2006; Ernesto ENRIQUEZ RUBIO, *Un marco jurídico para la integración económica de América Latina*, tesis profesional, México, Escuela Libre de Derecho, 1969; Héctor FIX-FIERRO et al. (eds.), *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, México, UNAM, 2003; Peter HABERLE y Markus KOTZUR, *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, 2003; Peter HABERLE, Jürgen HABERMAS, Luigi FERRAJOLI y Ermanno VITALE, *La constitucionalización de Europa*, México, UNAM, 2004; Luis LEÓN (coord.), *El Nuevo Sistema Internacional. Una visión desde México*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores y Fondo de Cultura Económica, 1999; Filiberto PACHECO MARTÍNEZ, *Derecho de la integración económica*, México, Porrúa, 2002; José Gregorio VIDAL (coord.), *ALCA. Procesos de integración y regionalización en América*, México, Cámara de Diputados, UAM, ITAM; 2006; Jorge WITKER (coord.), *El Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA)*, México, UNAM, 2004; Jorge WITKER y Arturo OROPEZA (coords.), *México-Mercosur. Los retos de su integración*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2004.

El desarrollo de un “derecho continental comunitario” o “cooperativo” semejante –aunque también distinto– al derecho europeo, resultará necesario para facilitar y garantizar el flujo de personas, capitales, mercancías, servicios y conocimiento, asegurando a su vez el respeto a los derechos humanos, con el objeto de contribuir al mejoramiento de la calidad de vida de todos los hombres.⁸

Ahora bien, la “integración jurídica americana”, la elaboración de un “derecho comunitario” y la conformación de una “jurisprudencia común” para la armonización jurídica –que constituyen el tema de este artículo– pueden encontrar una perspectiva epistemológica particularmente apropiada en la *Ciencia Nueva* de G. Vico.⁹

⁸ Una aproximación general a este tipo de nuevo derecho comunitario o cooperativo, revulsor del derecho internacional clásico, supranacional, tendiente a promover la integración regional, tanto en sus aspectos económicos de flujo de factores de la producción, cuando también garante de los derechos fundamentales y, en definitiva, comprometido con el mejoramiento de la calidad de vida, puede verse en Peter HÄBERLE, *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, trad. de Emilio Mikunda, Madrid, Tecnos, 2002.

⁹ Quisiera resaltar que esta nueva fase dentro de mis investigaciones, ha sido posible gracias a una serie de benéficas influencias recibidas durante los últimos meses, entre ellas, desde luego, la relectura de la *Ciencia Nueva* de G. VICO. Quiero reconocer también la importancia de los esfuerzos italo-latinoamericanos –en buena parte deudores de la convocatoria de P. CATALANO y de S. SCHIPANI– que han venido acumulándose durante los últimos años, principalmente dentro de los más de veinte números de la *Revista Roma e América. Diritto Romano Comune. Revista di Diritto dell'Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*. Dentro de dichos esfuerzos, ocupan un lugar especial los dos espléndidos libros cuya aprovechamiento ha sido crucial para la redacción del presente ensayo: *Sistema Jurídico Latinoamericano y unificación del derecho* y *Sistema Jurídico Latinoamericano y derecho de los contratos*, ambos Cuadernos del Curso de Máster en Sistema Jurídico Romanista y Unificación del Derecho en América Latina, David Fabio ESBORRAZ (coord.), Porrúa y Centro di Studi Giuridici Latinoamericani Università di Roma “Tor Vergara”-CNR. En segundo lugar, quisiera agradecer también al matemático Wojciech Szatczneider el haberme introducido en el cálculo y análisis estocástico de las probabilidades, así como a Miguel Ángel Fernández, quien con sus sugerencias bibliográficas, me ayudó también a ordenar algunas ideas sobre la prospectiva. Igualmente, deseo mencionar que en esta nueva etapa de mi reflexión han sido particularmente benéficas mis conversaciones y correspondencia con Emilio Suñé Llinás (Universidad Complutense de Madrid), Xavier Díez de Urdanivia (Universidad Autónoma de Saltillo), Bárbara Palli (Universidad de Estrasburgo), con los profesores pisanos que visitaron nuestra Escuela, Franco Bonsignori, Paolo Passaglia, Roberto Romboli, Nicola Pignatelli y Aldo Petrucci, así como las recomendaciones bibliográficas y atinadas sugerencias de Francisco Javier Villalón Ezquerro. Debo reconocer, dentro de nuestra comunidad académica, el interés y la producción de varios de sus miembros, respecto del apasionante tema de la integración americana, dentro de los cuales, han tenido para mí una especial importancia los trabajos de Jorge Adame Goddard, Ernesto Enríquez Rubio, Loretta

En efecto, la propuesta de Giambattista Vico (1668-1744), insigne abogado, filósofo e historiador napolitano, resulta –como se verá– de una gran actualidad, más allá de que haya sido, desafortunadamente, pasada por alto hasta ahora.

A lo largo de la historia de la ciencia, nos encontramos con ciertos momentos estelares, en que diversas disciplinas se separan o se agrupan entre sí para formar, a partir del empleo de métodos novedosos o depurados, nuevos ámbitos del conocimiento.¹⁰ Así, por ejemplo, la Antigüedad clásica, gracias especialmente a la titánica labor de Aristóteles; lo mismo la baja Edad Media a través de la Universidad; igualmente hacia los albores de la Modernidad y como resultado del racionalismo, se produjo un florecimiento de las ciencias exactas y, qué decir del siglo XIX, igualmente fértil en la conformación de nuevas disciplinas científicas.

Sin embargo, no todos los empeños científicos han tenido igual fortuna. En ese sentido, Vico fue un fundador incomprendido, a quien nadie secundó en su llamado para fundar “una ciencia nueva” que, sin embargo, me parece absolutamente necesaria para la conformación de una nueva dogmática jurídica.

En efecto, la obra de Vico intitulada *Principios de una ciencia nueva en torno a la naturaleza común de las naciones*, proponía un “nuevo paradigma científico”: la configuración epistemológica de una disciplina que “lleve en un solo aliento la filosofía y la historia de las costumbres humanas, que son las dos partes que integran esa especie de jurisprudencia que aquí se trata, que es la jurisprudencia del género humano; de suerte que la primera parte de ella explique una concatenada serie de razones, y la segunda narre una serie perpetua,

Ortiz Ahlf y Luis Pazos de la Torre. También quisiera mencionar los diferentes trabajos realizados por encargo de la Junta Directiva sobre un eventual programa de doctorado, la investigación jurídica en nuestra Escuela y sobre las Reformas al Plan de Estudios, mismos que me han dado oportunidad para documentarme sobre varios de los temas que comprende el presente artículo. Agradezco asimismo de manera especial a nuestra Escuela, que desde el mes de octubre de 2007, me ha venido apoyando para realizar mis investigaciones, alternándolas con las diversas responsabilidades académicas y administrativas que, en diversos momentos, me ha encomendado.

¹⁰ Ante la inmensa bibliografía sobre historia de la ciencia, véase la obra esquemática y accesible de José Luis COMELLAS, *Historia sencilla de la ciencia*, Madrid, Ed. Rialp, 2007.

o sea no interrumpida, de los hechos de la humanidad, de acuerdo con dichas razones".¹¹

De la anterior manera, Vico impugnaba –nadando a contracorriente– el excesivo abstraccionismo, dogmático y racionalista, del iusnaturalismo moderno (Grocio, Puffendorf) y se adelantaba en más de medio siglo a los planteamientos alternativos de F. K. von Savigny y de la escuela histórica alemana, intentando de paso conciliar lo mejor de ambas posiciones sólo aparentemente irreductibles.

Más aún, se proponía convertir en objeto de su estudio la identificación y elaboración de “principios jurídicos comunes” para “todas las naciones” –siendo en esto pionero de la ciencia del derecho comparado, que se configura apenas durante el siglo XX–, precisamente en la época del mayor ascenso de los nacionalismos.

Todavía más, Vico prefiguraba ya la cuestión de hacer compatibles los ordenamientos jurídicos locales, con un ordenamiento jurídico común a toda la humanidad, que es precisamente el tema suscitado por la globalización y el pluralismo jurídico de nuestro tiempo. Y, por si lo anterior fuera poco, pretendía desarrollar su jurisprudencia común precisamente a través de los principios jurídicos, sobre los cuales se ha volcado la doctrina iusfilosófica y científica de nuestro tiempo desde apenas unos cincuenta años.

Quizás la misma ambición de su proyecto –que pretendía en realidad federar tres disciplinas tremendamente amplias, complejas y distintas como lo son la historia, la filosofía y el derecho– más allá de la notable anticipación de sus ideas, puedan explicar, en alguna medida, el que hasta ahora la propuesta de Vico no haya sido retomada.

Sin embargo, en nuestro tiempo, me parece que la conformación de un ámbito científico –ya sea autónomo o interdisciplinario– dentro del que colaboren filósofos, historiadores y juristas –más aún, junto a ellos, prácticos, romanistas y comparatistas, como lo ha mostrado la experiencia de las academias europeas fundadas hacia finales del siglo XX–¹² no es ya una ensoñación utópica, sino

¹¹ Giambattista VICO, *Principios de una ciencia nueva en torno a la naturaleza común de las naciones*, trad. de José Carner, México, Fondo de Cultura Económica, 1978, p. 73.

¹² Sobre dichas academias europeas, su conformación, métodos y trabajos, véase la obra, Sergio CÁMARA LAPUENTE (coord.), *Derecho privado europeo*, Madrid, Ed. Colex, 2003.

una realidad cuyos primeros frutos –por cierto, extraordinarios– están a la vista de todos.¹³

El sentido de recordar aquí la *Ciencia Nueva* de Vico –más allá de cumplir un deber de justicia dándole su lugar a quien la posteridad todavía no se lo ha reconocido– estriba en la conveniencia de retomar sus planteamientos como un “paradigma científico” extraordinariamente adecuado para diseñar una “nueva dogmática jurídica americana” que bien pudiera denominarse –recogiendo una expresión similar acuñada por Guzmán Brito–,¹⁴ como *mos americanus iura legendi*, es decir, como un “modo americano de comprender, crear, aplicar y enseñar el derecho”.

Ahora bien, para la construcción de un “derecho comunitario americano” y para la consecuente “armonización normativa” dentro de nuestra región, no basta tan sólo con retomar los planteamientos de Vico.

¹³ En efecto, son el resultado de esfuerzos interdisciplinarios, por ejemplo, los *Principios del UNIDROIT*, los *Principles of European Contract Law*, el *Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos*, los *Principios europeos del derecho de la responsabilidad civil* y el *Common Core of European Private Law*, entre muchos otros. Cfr. Jorge ADAME GODDARD, *El contrato de compraventa internacional*, México, McGraw-Hill, 1994; CÁMARA, *Derecho privado...*, *op. cit.*, pp. 193 y ss.; Instituto Internacional para la Unificación del Derecho, *Principios UNIDROIT. Sobre los contratos comerciales internacionales*, México, IJ-UNAM y Centro Mexicano de Derecho Uniforme, 2004.

¹⁴ Cfr. Alejandro GUZMÁN BRITO, “*Mos Latinoamericanus Iura Legendi*”, en David FABIO ESBORRAZ (coord.), *Sistema Jurídico Latinoamericano y unificación del derecho*, Cuadernos del Curso de Máster en Sistema Jurídico Romanista y Unificación del Derecho en América Latina, México, Porrúa y Centro di Studi Giuridici Latinoamericani Università di Roma “Tor Vergata”, CNR, 2006. Previamente publicado en la *Revista Roma e America* en 1996. En cierto sentido, una interesante premonición de este gran tema se encuentra en la tercera edición de *Una introducción al estudio del derecho*, de Alvaro D’ORS, Madrid, Ed. Rialp, 1977, cuando observaba el insigne romanista: “Un intento de conjugar la tradición romanística continental (franco-alemana) con la anglosajona no se ha hecho todavía, y podría parecer una meta reservada a la jurisprudencia de los pueblos hispanoamericanos...”, p. 61. Véase también del mismo autor: “Hacia un nuevo derecho común”, en *Nuevos papeles del oficio universitario*, Madrid, Ed. Rialp, 1980. Puede apreciarse una preocupación continua por este tema en dos discípulos de D’Ors egresados de nuestra Escuela. En primer lugar en Jorge ADAME, quien en las notas a la edición de *Una introducción al estudio del derecho* publicada en 1989 por la Escuela Libre de Derecho, apunta en su nota 46 la importancia del “intercambio jurídico”, del cultivo del “derecho romano” y de la “difusión del casuismo”. En segundo lugar, vale la pena citar el artículo de Francisco Javier VILLALÓN EZQUERRO, “Hacia el Código Civil de la Ciudad de México”, en *Revista de Derecho Civil*, núm. 1, México, Porrúa y Gobierno del Distrito Federal, 1998.

Es necesaria, indudablemente: a) la historiografía jurídica, que nos acerca a los orígenes comunes de nuestros ordenamientos; b) la filosofía del derecho que somete a una segunda revisión la conveniencia de mantener ciertos principios tradicionales o de reformularlos en aras de *a-jus*-tarlos a una nueva realidad económica, política y social y de *rea-jus*-tarlos a las nuevas aspiraciones culturales de nuestro tiempo, y, desde luego, es imprescindible, también, c) el análisis científico-jurídico y en especial de derecho comparado, que supone el punto de partida de todo intento de integración.

Sin embargo, la historiografía jurídica, la filosofía del derecho y la ciencia jurídica no son suficientes dada la magnitud del empeño.

Pienso que es necesario agregar a la propuesta epistemológica de Vico, los resultados de una nueva disciplina, que durante los últimos años, ha venido desarrollándose notablemente y que hoy es cada vez más utilizada en el contexto de la dirección de empresas y de la elaboración de las políticas públicas. Me refiero a la “planeación prospectiva o estratégica”, también denominada ciencia del futuro, ciencia de la esperanza, prospectiva, o ciencia de los futuros posibles.¹⁵

Los estudios sobre planeación estratégica fueron preconizados por la escuela anglosajona del *forecasting* o prognosis –fundada por los matemáticos Helmer y Dalk–, que asumía que los fenómenos económicos, sociales, culturales y tecnológicos eran previsible a partir del estudio de su comportamiento anterior, mismo que permitiría predecir sus “tendencias”.

¹⁵ Nuevamente aquí la bibliografía es abundantísima, encontrándose frecuentemente mezcladas las obras serias y científicas con una especie de sensacionalismo agorero rayano en la ciencia ficción. Para orientación del lector interesado, me remito tan sólo a unas pocas obras que son igualmente útiles y de fácil acceso: Yehezkel DROR, *Enfrentando el futuro*, trad. de Juan José Utrilla, México, Fondo de Cultura Económica, 1990; Michel GODET, *De la anticipación a la acción. Manual de prospectiva y estrategia*, Barcelona, Ed. Marcombo, 1993; Tomás MIKLOS y Ma. Elena TELLO, *Planeación prospectiva. Una estrategia para el diseño del futuro*, México, Centro de Estudios Prospectivos de la Fundación Javier Barrios Sierra y Limusa, 1992. Del propio Miklos puede consultarse el artículo, Tomás MIKLOS, “Planeación prospectiva y estratégica”; véase también Francisco José MÚJICA, “Pronóstico y prospectiva en los estudios de futuro”, y Xavier GOROSTIAGA, “Hacia una prospectiva participativa. Esquema metodológico”; estos artículos se encuentran en *América Latina y el Caribe en el siglo XXI*, México, UNAM, Cámara de Diputados, Universidad Autónoma de Zacatecas, 2004. Finalmente, puede también verse con provecho el libro de Francisco MOJICA SASTOQUE, *La prospectiva. Técnicas para visualizar el futuro*, Bogotá, Ed. Legis, 1991.

Sin embargo, este planteamiento inicial era un tanto “lineal” en razón del empleo de las tendencias; además, postulaba un relativo “determinismo” que no consideraba suficientemente el factor de la libertad humana; peor aún, su mismo propósito limitado, circunscrito a la elaboración de “pronósticos”, resultaba hasta cierto punto insatisfactorio e incluso frustrante, cuando se constataba una prognosis decepcionante.

De ahí que las insuficiencias del *forecasting* motivaran el surgimiento de una segunda escuela, anticipada por Gastón Berger y Bertrand de Jouvenel y cuyos planteamientos fueron desarrollados fundamentalmente por Michel Godet y Eleonora Barbieri Massini. Esta segunda corriente, denominada “prospectiva”, fue la que dio lugar a la planeación estratégica, también llamada ciencia de la esperanza o de los futuros posibles.

Para esta escuela, más que tendencias existen “futuros posibles”, que son el resultado de la “acción humana” que se proyecta sobre una “realidad compleja”, en la que son consideradas –además de las propias tendencias– otras variables de más difícil ponderación, como la incidencia de diversos “actores sociales”, con base en su comportamiento e intereses.

Así las cosas, frente a la linealidad del *forecasting*, la prospectiva parte de la consideración de una amplia serie de posibilidades –a futuro– sin dejar de lado tampoco a las tendencias, pero reconociéndole un papel fundamental a la libertad humana, mediante la consideración del comportamiento de los colectivos.

Ahora bien, lo fundamental de la prospectiva consiste en no quedarse con un mero pronóstico, sino en pretender configurarse a sí misma como una especie de “ciencia de la acción”.

Retomando una profunda aspiración de la filosofía –expresada por los clásicos como el tránsito del *logos* a la *praxis*, del *ethos* al *pathos*, por Comte como un “saber para prever y un prever para obrar” y por Marx como un llamado más que a “interpretar el mundo” a “transformarlo”– la prospectiva pretende, a partir del reconocimiento de la importancia de la libertad y de la acción humana –individual y colectiva– ofrecer un análisis del presente, desde el pasado y hacia el futuro, que sirva para la definición de “metas”, el planteamiento de “objetivos” y la definición de “acciones”.

En efecto, el hombre puede, a través de los actores sociales –Estado, medios de producción, academia, sociedad civil–, organizar una acción estratégica, haciendo realidad los “futuros posibles deseados”, tratando de alejarse de los futuros catastróficos y acercándose lo más posible a los utópicos o deseados.

Así pues, el “planeamiento metodológico” propuesto para el desarrollo de una dogmática jurídica americana, consiste en el diseño de un “ámbito científico” que integre la filosofía jurídica, la historia del derecho, la ciencia jurídica y la prospectiva.

En síntesis: dentro del presente artículo me propongo, a partir de mis investigaciones previas, del derecho europeo contemporáneo y del modelo científico de Vico, enriquecido con las aportaciones de la prospectiva, aportar algunas ideas que puedan servir para orientar y promover los esfuerzos académicos y de investigación tendientes a la integración americana, como un espacio privilegiado para la superación de las limitaciones de la dogmática jurídica contemporánea, así como un instrumento adecuado para promover el desarrollo y el mejoramiento de la calidad de vida dentro de nuestra región, garantizando a su vez el respeto a los derechos humanos.

II. HISTORIA, ACTUALIDAD Y FUTURO DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA OCCIDENTAL

Más allá del valor que la “historiografía jurídica” tiene por sí misma, conviene destacar, que al menos desde la segunda mitad del siglo XX, numerosos historiadores del derecho han coincidido en la necesidad de acentuar su enorme “importancia práctica”, retomando en parte los orígenes dogmáticos de dicha disciplina debidos a Savigny.¹⁶

Baste con citar a Paolo Grossi, quien ha visto con razón que los historiadores son, al menos en cierto sentido, “présagos del futuro”, o a Raoul C. von Caenegem, quien ha observado que la “historia del derecho no se ocupa solamente del pasado, concluso y finito, sino más bien del pasado del futuro del derecho”.¹⁷

¹⁶ Cfr. Bruno AGUILERA BARCHET, *Introducción jurídica a la historia del derecho*, Madrid, Ed. Civitas, 1996.

¹⁷ Paolo GROSSI, “Modelos históricos y proyectos actuales en la formación de un futuro derecho europeo”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, t. LXVII, vol. I, Madrid,

En términos esquemáticos y siguiendo los derroteros indicados por la moderna historiografía jurídica –que ha seguido como su obra fundacional el libro de F. Wieacker de 1953, tomando del mismo su denominación de escuela: “*Historia del derecho privado de la Edad Moderna*” (*Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*)–,¹⁸ puede decirse que la tradición jurídica occidental es “aquella cuyo sustrato es la jurisprudencia romana, cuyo origen y conformación se encuentra en el *ius commune* europeo, y cuyo desenvolvimiento actual se debe, primordialmente, a la difusión de la obra codificadora”.¹⁹

Para la moderna historiografía jurídica, la persistencia del “derecho romano” y su continuada influencia sobre nuestra tradición jurídica, es una de las “claves” para el entendimiento de su devenir histórico, concentrándose principalmente en el desenvolvimiento del derecho privado.

Ahora bien, explicitando las anteriores ideas, nuestra tradición jurídica es –en tanto que *continuum* que perdura hasta nuestros días–²⁰ el producto de la ciencia bajomedieval del derecho común, cuya vigencia en tanto que ordenamiento jurídico, se proyectó hasta el siglo XVIII, para sufrir una curiosa palingenesia y transmutarse a través de la Codificación.

En efecto, nuestra tradición jurídica surge en la Edad Media a partir del aprovechamiento heterogéneo de diversos elementos contradictorios entre sí: la tradición formal romanista, los derechos materiales germánicos de la alta Edad Media, la ciencia del *ius canonicum* –en especial sus técnicas de interpretación equitativa– y las mismas reelaboraciones metodológicas de los juristas del *mos Italicus*, que a través de complejas glosas y aparatos, recogieron una amplia varie-

1997, pp. 63 y 64, y Raoul C. VAN CAENEGEM, *I sistemi giuridici europei*, Milán, Società editrice il Mulino, 2003, p. 149. La traducción de la cita es mía.

¹⁸ WIEACKER, *Historia...*, *op. cit.*, y AGUILERA, *Introducción...*, *op. cit.* Sobre la recepción en nuestra Escuela de esta corriente historiográfica, cfr. Jaime DEL ARENAL FENOCHIO, “La renovación de la historia general del derecho en la Escuela Libre de Derecho: su sentido romanista”, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 17, Escuela Libre de Derecho, México, 1993.

¹⁹ Cfr. PAMPILLO, *Historia...*, *op. cit.*, pp. 32 y ss.

²⁰ Sobre los problemas que presenta la anterior noción de tradición, como continuidad cultural, véase P. GROSSI, “Modelos...”, *op. cit.*, p. 67, y Mario BRETONI, *Derecho y tiempo en la tradición europea*, trad. de Isidro Rosas Alvarado, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 171 y 172.

dad de herramientas hermenéuticas (filológicas, lógicas y retóricas), conformando un discurso teórico-práctico que se convirtió –a través de la recepción– en ordenamiento jurídico común, vigente hasta el siglo XVIII.

Lo notable es que dicha tradición se nutre de un sustrato clásico –filosofía griega y jurisprudencia romana– extraordinariamente polivalente, como lo evidencian las mismas nociones –todas clásicas y todas aparentemente irreconciliables entre sí– de *logos* (razón), *nomos* (norma puesta), *dike* (justicia), *tò dikaión* (derecho, lo justo), *physis* (naturaleza dada), *ius* (derecho, lo justo), *lex* (ley), *directum* (derecho, lo dirigido) y *cháritas* (caridad), cuya riqueza estriba en su misma diversidad.²¹

Más aún, es notable también que dicha tradición se haya conformado de manera precisamente heterogénea desde sus orígenes: romanos-germánicos-canónicos-medievales.²²

Todavía más, es notable igualmente su palingenesis a través de la Codificación, que paradójicamente, es el resultado del triunfo de la metodología racionalista y iusnaturalista, que habría de desembocar –siguiendo un itinerario circular contra sí misma– en un positivismo voluntarista.²³

En otras palabras, nuestra tradición jurídica es “polivalente” en cuanto a su “sustrato”, “heterogénea” en cuanto a su “conformación” y “paradójica” en cuanto a su “desenvolvimiento” hasta nuestros días.

Y, en definitiva, polivalencia, heterogeneidad y paradoja, son quizás las tres palabras que mejor expresan la ambigüedad, diversidad, complejidad y riqueza de nuestra tradición jurídica, cuyas síntesis más acabadas, han sido capaces de integrar sus diferencias y armonizarlas entre sí.

En razón de lo anterior, nuestra tradición se ha prestado a aprovechamientos y desenvolvimientos bastante diferenciados, si bien es verdad que sus “momentos estelares” se han caracterizado pre-

²¹ Sobre el sustrato clásico de la ciencia jurídica occidental y su ambivalencia, *cfr.* PAMPILLO, *Historia...*, *op. cit.*, pp. 67 y ss.

²² Sobre la heterogénea conformación de la tradición jurídica en la Edad Media, *cfr. ibidem*, pp. 137 y ss.

²³ Sobre este paradójico desarrollo del derecho occidental durante la Modernidad, *cfr. ibidem*, pp. 209 y ss.

cisamente por integrar y armonizar sus divergencias, dando lugar a ordenamientos complejos, plurales y flexibles.

En efecto, tan responde a la tradición romanista del derecho occidental, el *ius commune* europeo como ordenamiento jurídico casuista y tópico, cuya obligatoriedad se encontraba fundada principalmente en su misma razonabilidad y cuya finalidad era la consecución de la justicia a través de la equidad material, como el Código Civil alemán (*B.G.B.*) de 1900 que era más bien todo lo contrario, un ordenamiento jurídico sistemático y abstracto, cuya obligatoriedad se encontraba fundada en la voluntad potestataria del Estado y cuya finalidad era principalmente la preservación de la seguridad jurídica. Igualmente, tan responden al elemento germánico de nuestra tradición el *ius mercatorum* medieval, como el derecho social del siglo XIX y el mismo ordenamiento antijurídico de la Alemania del III Reich, fundándose todos ellos en los mismos principios de factualidad, corporativismo, personalismo, orden, seguridad y patrimonialidad, tan característicos de la *gefoldschaft* germánica.

Sin embargo –a mi parecer– los momentos estelares dentro del decurso histórico de nuestra tradición jurídica, se han caracterizado por una excepcional capacidad para conjugar e integrar, para abarcar armónicamente, todos sus elementos polivalentes, heterogéneos y paradójicos, atemperándolos entre sí.

De dicha difícil atemperación se ha seguido, precisamente, la producción de ordenamientos jurídicos equilibrados: a) entre la equidad material concreta y la justicia formal abstracta, b) entre la estructuración tópico-casuística y la sistemática-abstracta, c) entre la obligatoriedad fundada en la razonabilidad (*auctoritas*) y la sostenida por la voluntad coactiva (*potestas*), d) entre la riqueza –pero también la complejidad– de un pluralismo relativamente anárquico y la simplicidad –pero también pobreza– de un monismo asfixiante, y e) entre la espontaneidad jurídica del derecho consuetudinario y natural y la artificiosidad de un derecho absolutamente positivado a través de la legislación.²⁴

Ahora bien, lo cierto es que a partir de la palingenesis de nuestra tradición mediante la codificación, la “estatalización del derecho” y la nacionalización de la ciencia jurídica operada desde comienzos del

²⁴ *Cfr.* PAMPILLO, “Nociones generales...”, *op. cit.*

siglo XIX –y todavía vigente entre nosotros hasta el presente–, el derecho occidental convirtió la parte (potestad-ley estatal-norma-forma) en el todo (derecho), a través de un proceso de “identificación reductiva del derecho” con la ley y de “eulogización” de esta última.²⁵

Me explico: la expropiación del derecho por el Estado, promovida tanto por la ciencia jurídica francesa (iusnaturalismo moderno racionalista-codificación-exégesis) cuanto por la alemana (historicismo-pandectística-codificación-jurisprudencia de conceptos) y la ulterior recepción de sendas codificaciones paradigmáticas, propició el surgimiento de una cultura jurídica de corte legolátrico que desembocó en una eulogización del concepto de la ley.

La eulogización de la ley, es decir, el proceso cultural por virtud del cual el concepto de ley, más allá de su significación real, vino a convertirse en una especie de “mito” o fetiche que generaba simpatías y provocaba adhesiones,²⁶ desembocó en la formación de una “mentalidad” y posteriormente en toda una “dogmática, positivista, legalista, formalista”.

Positivista, en primer lugar, en tanto que voluntarista; pero también en tanto que limitaba lo jurídico a lo meramente exterior, fenoménico y sensible, renunciando a observar lo íntimo, nouménico e inteligible. En segundo lugar, positivista también en razón de su pretensión de reducir todo derecho a lo puesto por el hombre a través de la cultura, prescindiendo por lo mismo de los datos jurídicos que aporta la naturaleza.

Dogmática legalista por cuanto pretendía la identificación reductiva del derecho con la ley, resultado de la expropiación nacionalizadora del derecho por el Estado, convalidada por la propia ciencia jurídica contemporánea, reduciendo los contenidos de la ciencia del derecho,

²⁵ A lo largo del presente epígrafe, para delinear los contornos de la dogmática jurídica contemporánea, destacando sus rasgos absolutistas, sigo sobre todo las ideas de Paolo GROSSI tal y como están expuestas en sus obras. “Absolutismo jurídico y derecho privado en el siglo XIX”, en *Doctor Honoris Causa. Paolo Grossi*, Barcelona, Universidad Autónoma de Barcelona, 1991, *Mitología jurídica de la modernidad*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Ed. Trotta, 2003. También me baso en la clásica exposición de WIEACKER, *Historia...*, op. cit., pp. 417 y ss. Tomo también varias ideas de Jesús Antonio DE LA TORRE RANGEL, *Del pensamiento jurídico contemporáneo. Aportaciones críticas*, México, Escuela Libre de Derecho, 1992.

²⁶ Rolando TAMAYO Y SALMORÁN, *Introducción al estudio de la Constitución*, t. I, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979, pp. 79 y 80.

estrictamente al derecho positivo legislado vigente y suprimiendo por ende la validez de las demás fuentes jurídicas, a las que no se les concedió “iurisferancia” (*ius* = derecho / *fieri* = creación), o si acaso se les reconoció alguna, se trató de una virtualidad enteramente subordinada, que se ejerce por delegación expresa y en todo caso necesariamente *secundum legem*.

Formalista por cuanto que llegó a considerar que el derecho se agotaba en sus meras formas. La idea, figura o noción del derecho, se convirtió en una idea, figura y noción meramente formal; el derecho se concebía como una sola forma, más específicamente, como una forma legal positivada investida de obligatoriedad jurídica.²⁷ Más aún, el formalismo suponía también la relegación y desprecio de los contenidos del derecho. La juridicidad se pretendió así derivar de la forma, considerando que el derecho sería jurídico (valga la tautología) y por ende obligatorio, con entera independencia de sus contenidos sociales, políticos, económicos, éticos, y por supuesto, jurídico-materiales. No importaban pues los “qués materiales”, sino los “cómos formales”. Constatada pues la observancia de las formas, se presumían –y se siguen a veces presumiendo– *iuris et de iure*, legítimos y justos sus contenidos, incluso en el caso extremo de que no lo fueren.

En resumen, a partir de la mitificación de la ley como eulogismo, que parte de la presuposición en ella: a) de los contenidos justos naturales (fundamento jurídico) y b) de ser expresión fidedigna de la voluntad general (fundamento político), la sola forma legal, la apariencia formal y externa de la ley, que en sus orígenes había sido diseñada, paradójicamente, como garantía preservadora de dichos contenidos y de dicha voluntad, pasó a convertirse en lo esencial y definitivo del derecho.

Ahora bien, como ha observado Grossi, la dogmática jurídica del positivismo legalista formalista es constitutivamente una dogmática autoritaria, es una dogmática eminentemente absolutista. En efecto –según el historiador del derecho florentino– la codificación, la exégesis y el positivismo, con su “legolatría acrítica”, condujeron

²⁷ Como observa el profesor GROSSI: “La ley se convierte así en pura forma, en acto sin contenido, es decir –para explicarnos mejor–, un acto cuyo carácter legal no depende nunca de su contenido concreto, sino siempre y sólo de su procedencia del único sujeto soberano. El cual se identifica cada vez más con un legislador...”, *Mitología jurídica...*, op. cit., p. 33.

a un fenómeno que él denomina bajo el apelativo de “absolutismo jurídico”.²⁸

La reducción del derecho a la ley supuso para el derecho y para la jurisprudencia una pérdida de autonomía y estabilidad, que afectaron a su vez la propia “viabilidad epistemológica” de la ciencia del derecho. Como observara en su momento, von Kirchmann, el derecho legal positivo como objeto de comentario por parte de los exegetas, carece de estatuto científico, tanto en razón de la contingencia política de su objeto, cuanto en razón de la naturaleza eminentemente técnica del propio comentario.²⁹

Finalmente y para colmo de males, el absolutismo jurídico del positivismo legalista formalista, como ha observado Franz Wieacker en su ya clásica exposición sobre el tema, dejaba al derecho “especialmente indefenso frente a su vinculación formal a las voluntades de poder de un legislativo éticamente irresponsable”.³⁰ Y aunque, como observa el propio Wieacker, “la ulterior degeneración del positivismo tras la destrucción de la democracia del Estado de derecho no era previsible en el siglo XIX”, hacia el siglo XX, el “positivismo degenerado”, resultado del rompimiento del poder legislativo con las bases éticas de la comunidad histórica y de la propia desintegración

²⁸ Cfr. GROSSI, “Absolutismo jurídico...”, *op. cit.*, pp. 11 y ss.

²⁹ No resisto transcribir, en su parte conducente, la célebre exposición de Kirchmann: “La ley positiva es rígida; el derecho, progresivo. Por eso la verdad misma de aquella se convierte con el tiempo en falsedad. Su sustitución por una ley nueva no es nunca realizada sin violencia; le falta la flexibilidad continua, y por tanto suave, del derecho natural. La ley positiva es abstracta; su necesaria sencillez destruye la riqueza de las formas individuales... En su determinación última, la ley positiva es mero arbitrio. Que la mayoría de edad deba comenzar a los veinticuatro o a los veinticinco años; que el plazo de la prescripción deba ser de treinta o de treinta y un años... Finalmente, la ley positiva es el arma sin voluntad, igualmente sumisa a la sabiduría del legislador y a la pasión del déspota... De ser sacerdotisa de la verdad, la ley positiva se convierte en sierva del azar, del error, de la pasión, de la sinrazón... ¿Cuál es el contenido de tanto comentario y tanta exégesis? ¿Cuál el de tantas monografías, cuestiones y meditaciones, de tantas disertaciones y colecciones de casos prácticos?... Su objeto es la ignorancia, la desidia y la pasión del legislador. Ni siquiera el genio se niega a ser instrumento de la sinrazón, ofreciendo para justificarla toda su ironía, toda su erudición. Por obra de la ley positiva, los juristas se han convertido en gusanos que sólo viven de la madera podrida; desviándose de la sana, establecen su nido en la enferma. En cuanto la ciencia hace de lo contingente su objeto, ella misma se hace contingencia; tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura”. Julius Hermann von Kirchmann, *La jurisprudencia no es ciencia*, trad. de Antonio Truyol Serra, 3a. ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 26-29.

³⁰ WIEACKER, *Historia...*, *op. cit.*, p. 419.

de las democracias, posibilitó la aparición de las “leyes de contenido arbitrario” o “leyes injustas”, que sumieron al positivismo en una honda y definitiva crisis, que arrastra hasta nuestros días.³¹

Para mediados-finales del siglo XIX, la naciente mentalidad protodogmática del positivismo legalista formalista, supuso: a) una reducción de todo el derecho al querer político del Estado, mediante las formas legales, b) la cancelación de la iurisferancia de toda fuente jurídica extralegal, c) la politización del derecho privado con la consecuente pérdida de autonomía y de estabilidad de lo jurídico, así como en detrimento de sus contenidos tradicionales, incluidos aquéllos provenientes del perfil romanista de la tradición jurídica occidental, d) el planteamiento epistemológico sobre la misma viabilidad científica de la jurisprudencia, como ciencia del derecho positivo legislado, y e) la desprotección de los contenidos jurídicos del derecho que quedaron a merced de la voluntad arbitraria del legislador.

El naciente positivismo legalista formalista provocó, por otro lado, la reacción crítica de las denominadas corrientes del “naturalismo jurídico” o “antiformalistas”.³² Dicho movimiento pretendió destacar la factualidad del derecho, según la diversidad de sus distintas escuelas (sociologismo, jurisprudencia de intereses, escuela del derecho libre, marxismo) y pensadores (Ehrlich, Ihering, Kantorowicz), pero convirtiendo –en contrapartida– al ordenamiento jurídico en un medio para la consecución de ciertas finalidades más bien sociales, económicas y políticas. En tal virtud, dicha reacción, además de reivindicar la importancia de los contenidos jurídicos, destacó también la incapacidad de la ley para reorientar por sí sola la conflictividad jurídica, buscando rehabilitar el papel creativo de los operadores jurídicos prácticos y muy significativamente de los jueces.

Sin embargo, con independencia de los méritos anteriores, el antiformalismo jurídico supuso una mayor “desorientación científica” respecto de los contenidos del derecho; el empleo de métodos propios del positivismo filosófico, empíricos, fenoménicos y causalistas, inapropiados para la comprensión del derecho; y, un relajamiento de

³¹ *Ibidem*, pp. 419, 507 y ss.

³² Sobre las distintas escuelas y pensadores que se integraron a esta amplia corriente de pensamiento jurídico véase a Guido FASSÒ, *Historia de la filosofía del derecho*, trad. de José F. Lorca Navarrete, t. III, 3a. ed., Madrid, Ed. Pirámide, 1966, pp. 161 y ss.

la ciencia jurídica, que quedaba en realidad a merced de la ideología y puesta al servicio de las finalidades utilitarias más diversas.

Precisamente en razón del anterior relajamiento, desorientación material y metodológica y de su propia instrumentalización del derecho, el naturalismo propició una “re-contra-reacción” –legítima, por cierto– del formalismo jurídico, que mediante la impugnación de sus teorías, buscaría devolverle a la ciencia del derecho un estatuto epistemológico propio, depurando su método de sus contaminantes extrajurídicos.

Dicha dirección científica, fundamentalmente centroeuropea, encabezada por las escuelas de Marburgo y de Viena, encontró su más destacado exponente, en uno de los teóricos del derecho más influyentes de la Modernidad: Hans Kelsen.³³

El pensamiento kelseniano, que llevó a su máximo esplendor la dogmática jurídica del positivismo legalista formalista, se estructuró a partir de las siguientes líneas generales: a) la ubicación de la ciencia del derecho en el ámbito del deber ser universal y formalizado desde el pensamiento lógico trascendental kantiano, b) la definición de la norma jurídica, como juicio lógico formal (“juicio hipotético de atribución”), como objeto propio y específico de la ciencia jurídica, c) la depuración objetiva y metódica de la ciencia del derecho, deslindándola de cualquier contenido ético, político o social, considerado como “metajurídico”, d) la identificación del derecho con el Estado y la asignación a éste de la misión de crear mediante sus mandatos los nexos de atribución, y e) la estructuración sistemática del ordenamiento jurídico como una pirámide normativa y formal, cuya validez descansa sobre la “norma hipotética fundamental” como norma presupuesta.

Intentando desde nuestra perspectiva histórica privilegiada una valoración crítica del pensamiento kelseniano, podemos observar: a) su relatividad y limitaciones filosóficas al partir del criticismo gnoseológico kantiano, b) el excesivo formalismo que le llevó a

³³ Sobre el pensamiento de Kelsen pueden verse las obras de FASSÒ, *Historia...*, op. cit., t. III, pp. 227 y ss.; LARENZ, *Metodología...*, op. cit., pp. 90 y ss.; RECASÈNS, *Panorama...*, op. cit., t. I, pp. 137 y ss.; RODRÍGUEZ PANIAGUA, *Historia...*, op. cit., t. II, pp. 585 y ss.; HANS KELSEN, *La teoría pura del derecho*, 2a. ed., México, Editora Nacional, 1981, y HANS KELSEN, *Teoría general del Estado*, trad. de Luis Legaz Lacambra, México, Editora Nacional, 1979.

convertir a la sola norma lógico formal como objeto exclusivo de la ciencia del derecho, c) la abdicación de los contenidos jurídicos de la ciencia del derecho, so pretexto de su pretendida metajuridicidad, d) la insistencia desmedida en la importancia de la norma sancionadora, que deja de lado las funciones directrices y educativas del derecho, y e) la estructuración del derecho, según una visión sistemática y formal, esclerosante y anquilosada.

Definidos los perfiles de la dogmática jurídica contemporánea del positivismo legalista formalista, parece observarse, que al menos desde mediados del siglo XX, dicha dogmática ha entrado en una fase de crisis y agotamiento, por virtud de la cual sólo puede cumplir con sus funciones filosóficas, epistemológicas y praxeológicas de manera muy deficiente y limitada.

En primer lugar, como resultado de los “horrores legalizados” –y por ende “juridizados”– sufridos por la humanidad durante la primera mitad del siglo XX, desde la segunda posguerra aparecieron una serie de nuevas corrientes y direcciones iusfilosóficas tendientes a descubrir las limitaciones de la idea del derecho ofrecida por la dogmática jurídica contemporánea.³⁴

Muchos positivistas matizaron sus puntos de vista originales, y así, al lado del formalismo y del naturalismo, fue reclamando su lugar una nueva actitud, estimativista y “axiológica”, que desde las coordenadas filosóficas del neokantismo culturalista de los valores (Hartman, Sheler, Lask, Radbruch) se uniría a las voces de los “neotomistas” y “neoiusnaturalistas”, para replantear el irrenunciable “contenido moral”, ético o valorativo.

Esta amplísima corriente de pensamiento ha comprendido, a su vez, como sus más características direcciones durante la segunda mitad del siglo XX: a) el estimativismo de corte neokantiano (E. Lask, G. Radbruch), b) el iusnaturalismo protestante de corte racionalista (J. Elull), c) el neotomismo católico que ya desde el último tercio del siglo XIX venía cobrando creciente fuerza (V. Cathrein, F. Utz, J. Maritain, J. Hervada, M. Villey), d) un grupo relativamente heterogéneo de quienes compartieron, en definitiva, la inquietud de devolverle al derecho, ciertos contenidos éticos indisponibles

³⁴ En general seguiré a lo largo de este apartado las obras ya citadas de Fassò, Larenz, Recaséns-Siches y Rodríguez Paniagua.

(G. Del Vecchio, H. Welzel, H. Coing, K. Engisch, A. Kaufmann, A. Verdross) y e) la corriente renovadora de los derechos humanos, como ciertos derechos mínimos, sustantivos y contenutísticos, a ser garantizados formal y materialmente mediante la legislación internacional primero y nacional después, con la preocupación fundamental de su protección, sobre todo a través de figuras como el *Ombudsman* o mediante instrumentos ampliamente perfeccionados a lo largo de la segunda mitad del siglo XX propios de la justicia constitucional y la justicia supranacional (N. Bobbio, L. Ferrajoli).³⁵

Paralelamente a las anteriores corrientes –formalismo, antiformalismo y estimativismo–, puede observarse como ya desde el primer tercio del siglo XX, a consecuencia del auge del positivismo lógico y de la filosofía analítica (Ayer, Carnap, Wittgenstein), pero sobre todo durante la segunda mitad del siglo, merced a la extraordinaria influencia ejercida por la filosofía hermenéutica (H. G. Gadamer, Paul Ricoeur), irrumpe en el ámbito de la filosofía del derecho, un renovado interés por la lógica y la “argumentación jurídicas”. De esta manera, nuevos y estimulantes estudios sobre la lógica formal (U. Klug), la lógica deóntica (G. H. von Wright y G. Kalinowsky), la tópica (Th. Viehweg) y la nueva retórica (Ch. Perelman), además de enriquecer los instrumentos y las técnicas de la argumentación actuales, han contribuido al reconocimiento de la “contextura dialogal” del propio derecho.³⁶

³⁵ Sobre la protección de los derechos humanos y la justicia constitucional contemporánea, pueden consultarse con provecho las obras generales de Thomas BUERGENTHAL *et al.*, *La protección de los derechos humanos en las Américas*, Madrid, Ed. Civitas, 1990; Mauro CAPPELLETTI, *La justicia constitucional*, trad. Luis Dorantes Tamayo, México, UNAM, 1987; Enrique LINDE *et al.*, *El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos*, Madrid, Ed. Civitas, 1979; Arturo F. ZALDÍVAR, “El juicio de amparo a la luz de la moderna justicia constitucional”, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 15, México, Escuela Libre de Derecho, 1991. Mención especial y aparte merece la obra de Jesús Antonio DE LA TORRE RANGEL, *Derechos humanos desde el iusnaturalismo histórico analógico*, México, Porrúa y Universidad Autónoma de Aguascalientes, 2001, donde aborda este importante tema desde la perspectiva iusnaturalista-clásica-histórica-personalista-analógica-liberacionista, de una manera especialmente sugerente y aprovechable. Puede considerarse como representante de esta corriente de pensamiento también a Fernando A. VÁZQUEZ PANDO; véase su importante artículo “Algunas reflexiones sobre la Constitución mexicana a la luz de algunos tratados internacionales sobre derechos humanos en que México es parte”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 11, México, Escuela Libre de Derecho, 1987.

³⁶ Un panorama general puede encontrarse en Manuel ATIENZA, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

Finalmente, dentro del debate iusfilosófico de los últimos años, cabe destacar que ya desde la década de los cuarenta, algunas de las mentes más penetrantes de su época supieron captar que tanto el formalismo, cuanto el naturalismo y el estimativismo tenían su profundo “momento de verdad”. Más aún, que su momento de verdad se esfumaba, precisamente, tan pronto como pretendían reducir el todo a una de sus partes pues, si el derecho tenía un momento de positividad, de efectividad y de validez, no podía agotarse tampoco en su sola validez formal, ni en su sola factualidad, ni en su sola validez material o intrínseca.

De esta manera, durante la segunda mitad del siglo XX, se abrió paso, junto con la corriente reivindicadora de la justicia material, una “corriente tridimensional”, triádica o triatómica del derecho, que en México alcanzó su más acabada expresión en la sugerente “Teoría de los Tres Círculos” debida al iusfilósofo Eduardo García Máynez,³⁷ anticipada en alguna medida por el pensamiento de Rafael Preciado Hernández.³⁸

Sin embargo, dicha “corriente tridimensional”, que buscó definir al derecho a partir de la correlación dialéctica entre sus hechos, sus valores y sus formas, encontró en realidad su más acabada expresión, en mi concepto, en la pluma del brasileño Miguel Reale, quien definió expresivamente al derecho como “una integración normativa de hechos según valores”.³⁹

El tridimensionalismo, también llamado por algunos “integracionismo”, o integralismo, ha venido evolucionando en los últimos años a través de nuevas teorías, tetratómicas –como la de Pérez Luño, que agrega el elemento historia–⁴⁰ y pentatómicas.⁴¹

³⁷ Cfr. Eduardo GARCÍA MÁYNEZ, *La definición del derecho. Ensayo de perspectivismo jurídico*, 2a. ed., México, Universidad Veracruzana, 1960.

³⁸ Cfr. Rafael PRECIADO HERNÁNDEZ, *Lecciones de filosofía del derecho*, México, Ed. Jus, 1947.

³⁹ Miguel REALE, *Teoría tridimensional del derecho*, trad. de Ángeles Mateos, Madrid, Tecnos, 1997, p. 98.

⁴⁰ Enrique PÉREZ LUÑO, *Lecciones de filosofía del derecho. Presupuestos para una filosofía de la experiencia jurídica*, Sevilla, Ed. Mergablum, 1998.

⁴¹ Es el caso de la “teoría global del derecho”, ésta añade una perspectiva antropológica, buscando desde la filosofía de la historia y la filosofía hermenéutica, enriquecer también una aproximación realista-moderada sobre el derecho, en diálogo con las principales corrientes iusfilosóficas de nuestro tiempo. Cfr. PAMPILLO, *Filosofía...*, *op. cit.*

Adicionalmente, más allá de la crítica iusfilosófica y científica a la dogmática jurídica contemporánea del positivismo legalista formalista, desde la segunda mitad del siglo XX se han puesto en evidencia también sus limitaciones e insuficiencias desde un punto de vista más bien práctico, mostrando las deficiencias del positivismo para la reconducción jurídica de la problemática social de nuestro tiempo.

Sin que podamos detenernos aquí en los diferentes aspectos de la gran crisis práctica de la dogmática positivista, es posible subrayar en primer lugar que la crisis de la *praxis* positivista es, en buena medida, una de las principales proyecciones de la “crisis de la Ley del Estado”.

Efectivamente, la soberanía nacional, como fundamento del Estado moderno, jalonada actualmente entre la integración regional y los localismos redivivos, está propiciando el surgimiento de una nueva “poliarquía política” que ha supuesto a su vez, entre otras muchas cosas, un nuevo “policentrismo jurídico” que ha venido a multiplicar las fuentes extraestatales de creación jurídica.⁴²

En efecto, la descomposición del concepto moderno de soberanía, sujeto a las tensiones centrífugas de la globalización y a las fuerzas centrípetas de los localismos, ha supuesto también la disgregación del monopolio creativo del derecho por medio de la ley, tan característico de la dogmática jurídica contemporánea.

En el ámbito de las “fuerzas globalizantes”, nos encontramos, desde la costumbre comercial internacional –nueva *lex mercatoria*– y el derecho unificado de las leyes modelo, hasta la más reciente legislación penal internacional, pasando por las inéditas técnicas de supranacionalidad armonística europea a que me referiré más adelante. Así las cosas, no solamente ya en el ámbito del derecho privado dispositivo, sino inclusive en el del derecho público, sancionador y hasta constitucional, se observa que el Estado ha venido perdiendo significativamente el monopolio legiferante que hace apenas cincuenta años ejercía de forma ilimitada.⁴³

⁴² Díez de Urdanivia, *El Estado...*, *op. cit.*

⁴³ Sobre la evolución del derecho internacional privado en este ámbito, en general pueden verse Berta Kaller de Orchansky, *Nuevo manual de derecho internacional privado*, Buenos Aires, Industria Gráfica, 1994, y Leonel Pereznieto Castro, “El futuro del derecho internacional privado en México”, en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, núm. 17, México, Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y

En contrapartida, en el ámbito de las “fuerzas localistas” nos topamos con la recuperación de los usos y costumbres ancestrales pertenecientes a las comunidades étnicas, así como con un pujante resurgimiento de los regionalismos autonómicos. El legítimo y creciente reclamo de las regiones, de las comunidades históricas y de las etnias indígenas, que exigen el reconocimiento de su autonomía para regirse según sus propios derechos, es pues el otro polo de la nueva riqueza y variedad de fuentes del policentrismo jurídico de nuestro tiempo.

Esto es lo que algunos autores han denominado “glocalización” (globalización + localismos),⁴⁴ fenómeno éste que ha dado lugar al desdibujamiento de la “imagen piramidal” de un ordenamiento jurídico estatal jerarquizado, perfilándose en su lugar una imagen sustitutiva como de “redes horizontales” colaborativas,⁴⁵ si bien, personalmente, prefiero servirme de una figura intermedia que es la del “rombo invertido discontinuo”.

Además, por lo menos desde comienzos del siglo XX, ha empezado a progresar una “tendencia descodificadora”, particularmente acusada en los ámbitos del derecho mercantil y administrativo. Dicha tendencia también pone de relieve las limitaciones de los códigos como leyes estatales completas para la regulación sistemática de dilatados ámbitos de relaciones jurídicas, y supone a su vez una revitalización de la misma costumbre como fuente del derecho.

Igualmente, a lo largo de las últimas décadas, la creciente desconfianza en la ley del Estado, en su conformación como un derecho oficial y en su propia capacidad evolutiva para reformular jurídicamente

Comparado, 2005, pp. 59-68. Sobre el nuevo derecho penal internacional, Moisés Moreno Hernández (coord.), *El Estatuto de Roma. El Estatuto de la Corte Penal Internacional y sus implicaciones en el derecho nacional de los países latinoamericanos*, México, Cepolcrim, Ius Poenale, 2004.

⁴⁴ Por todos, observa Miguel Carbonell: “Paradójicamente, la globalización genera no solamente prácticas supranacionalizadoras, sino también efectos disgregadores... Algunos autores señalan este doble efecto de la globalización (hacia arriba, pero también hacia abajo) y sostienen que sería mejor hablar de ‘glocalización’, para dar cuenta de la combinación de energías...”. Miguel Carbonell, “Globalización y derecho: siete tesis”, en Luis T. Díaz Müller (coord.), *Globalización y derechos humanos*, México, UNAM, 2003, p. 3.

⁴⁵ Cfr. López Ayllón, *Globalización...*, *op. cit.*, pp. 95 y ss. Sobre el particular, véase también la interesante reflexión iusfilosófica que hace Gregorio Robles Morchón, *Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas. Ensayo de una teoría comunicacional del derecho*, Navarra, Thomson-Civitas, 2007.

los nuevos y crecientemente sofisticados problemas sociales de nuestra época, ha generalizado la “práctica de la autorregulación”.⁴⁶

Por añadidura, debe tenerse en cuenta la progresiva desconfianza en los mecanismos estatales de administración de justicia, dada la percepción de su lentitud, ineficiencia y burocratismo, que ha propiciado el surgimiento y la proliferación de “instancias privadas e informales de resolución de conflictos” tales como la mediación y el arbitraje, cuyo uso universal y generalizado resulta altamente indicativo de la magnitud de la crisis a que venimos refiriéndonos.⁴⁷

De esta manera, la crisis política del Estado moderno ha supuesto también la crisis jurídica de la legislación, siendo muestras de la misma: a) el nuevo policentrismo jurídico, b) la creciente iurisferencia internacional y supranacional, c) la proliferación de las normas y principios jurídicos extraestatales, d) la revitalización de la costumbre en todos los órdenes, universal, regional, estatal y local, e) la descodificación y la desregulación, f) la alternatividad respecto de la ley del Estado como derecho aplicable al fondo de los contratos y g) la informalidad en la solución de las controversias al margen de los órganos jurisdiccionales institucionales del Estado.

En resumen, la crisis de la dogmática jurídica contemporánea ha sido una crisis integral que comprende y abarca al “positivismo”, al “legalismo” y al “formalismo” característicos de dicha dogmática. Tras de su degeneración durante la primera mitad del siglo XX, dicha

⁴⁶ En efecto, desde los estatutos industriales y comerciales privados, hasta los cada vez más frecuentes contratos autorregulados de la tradición anglosajona, el número de relaciones jurídicas de derecho dispositivo, sustraídas del ámbito de aplicación de la ley estatal, ha venido creciendo notablemente. Además, las partes intervinientes dentro de una determinada relación jurídica contractual, sobre todo en el ámbito del comercio transfronterizo, en ejercicio de la autonomía de su voluntad, cada vez de manera más recurrente prefieren que sus estipulaciones sean interpretadas conforme a principios distintos de los establecidos por la ley del Estado, remitiendo en cuanto a derecho aplicable al fondo del mismo, a una enorme diversidad de normas extraestatales, por lo menos dentro del ámbito del derecho dispositivo.

⁴⁷ Sobre los fenómenos de la “descodificación, alternatividad e informalidad” puede consultarse la sintética y atinada exposición de Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO, “El derecho internacional privado ante la globalización”, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Madrid, 2001, t. I, pp. 37-87. Específicamente sobre los medios alternativos de solución de conflictos, véase a Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO, “Mecanismos alternativos de solución de controversias. Nota sobre el creciente desarrollo del área”, en *Ars Juris*, núm. 30, Revista del Instituto de Documentación e Investigación Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, México, Universidad Panamericana, 2003, pp. 39-68.

dogmática ha experimentado una profunda crítica iusfilosófica a lo largo de toda la segunda mitad de dicha centuria. Pero, además, ha mostrado una progresiva ineficiencia para la reconducción jurídica práctica de los nuevos problemas sociales. Igualmente, muestra una creciente incapacidad para comprender las nuevas disciplinas jurisprudenciales—como el derecho informático, el derecho medioambiental, el derecho al patrimonio cultural de la humanidad y un muy largo etcétera—, caracterizadas—como ha observado lúcidamente respecto del derecho en la dimensión del ciberespacio mi maestro Emilio Suñé Llinás—⁴⁸ por la intervención de la sociedad civil, por la preponderancia del elemento consuetudinario y por la necesaria globalidad de sus soluciones. Más aún, el positivismo legalista formalista ha sido rebasado por unas prácticas argumentales tópicas y retóricas que desbordan sus estrechos cauces, reconociéndole un papel cada vez mayor a la función jurisdiccional y a la doctrina jurídica.

En razón de todo lo anterior, puede afirmarse que la dogmática contemporánea se encuentra completamente agotada, si bien tampoco se puede negar la realidad de que aún hoy no existe una “dogmática alternativa” capaz de superarla.

En síntesis: la crisis y agotamiento del positivismo legalista formalista ha reducido enormemente su capacidad dogmática para: a) comprender al derecho, b) fundamentar y vertebrar científicamente a la jurisprudencia, y c) reconducir los conflictos sociales del nuevo milenio.

Pero además, el desmoronamiento del positivismo, las nuevas propuestas filosóficas de nuestro tiempo y las novedosas prácticas jurídicas de las últimas décadas, junto con el surgimiento y desarrollo del derecho comunitario europeo, no sólo evidencian el fin de la dogmática contemporánea, sino que claramente nos proporcionan

⁴⁸ Cfr. Emilio SUÑÉ LLINÁS, “Del derecho informático al derecho del ciberespacio y a la Constitución del ciberespacio”, en *Iuris Tantum*, núm. 17, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac, México, 2006. Más en extenso, puede consultarse el capítulo 9 de su notable *Teoría estructuralista del derecho*, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2006. Véase también, del profesor SUÑÉ, respecto del papel de la sociedad civil en nuestro tiempo, *La sociedad civil en la cultura postcontemporánea*, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense y el Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande, 1998.

sugerentes indicios y claves respecto de la propia fisonomía de la dogmática jurídica del porvenir.

Me parece que dicha dogmática jurídica *in satus nascens* se está conformando como una dogmática comprensiva, reconstructiva, recompositiva y reintegradora del derecho y de sus complejidades, a partir de la propia comprensión del hombre y de su misma pluri-dimensionalidad.⁴⁹

Igualmente, creo que esta nueva dogmática se deberá articular precisamente a partir de la crisis del legalismo estatalista, y que consecuentemente, tendrá que ser capaz de reconducir los problemas sociales mediante instrumentos distintos de los estrictamente legales, proporcionando soluciones que no estén constreñidas tampoco por las limitaciones del poder del Estado, que es impotente fuera de su soberanía nacional, e intrusivo dentro la autonomía de sus propias comunidades interestatales.

La nueva dogmática deberá ser capaz de desenvolverse eficientemente en medio del nuevo “pluralismo jurídico”, conformándose de manera tal que pueda servirse de diversas y heterogéneas fuentes formales del derecho para desarrollar sus propias soluciones. En tal virtud, convendrá que se conforme –según la expresión ya generalizada de Zagrebelsky– como una “dogmática dúctil”.⁵⁰

Por último, pueden retomarse también algunas ideas expuestas por el destacado iusfilósofo argentino Rodolfo Luis Vigo, quien en una disertación sugestivamente intitulada “De la cultura de la ley a la cultura del derecho”, señala como algunos de los rasgos del nuevo derecho y de la nueva cultura jurídica: a) el regresar del normativismo al principalismo, reseñando los célebres debates entre Kelsen y Esser y entre Hart y Dworkin; b) el desplazarse desde la validez jurídica formal, hacia la validez ética material, abandonando así el formalismo y conduciéndose hacia modos de pensamiento más bien material; c) el retomar el camino de la tópica abandonando el de la sistemática; d) el superar el legalismo en aras de un constitucionalismo superior, vigilado por la judicatura mediante el control constitucional; e) el

⁴⁹ Cfr. PAMPILLO, *Filosofía...*, *op. cit.*

⁵⁰ “La exigencia de una dogmática jurídica “líquida” o “fluida”, que pueda contener los elementos del derecho constitucional de nuestra época, aunque sean heterogéneos, agrupándolos en una construcción necesariamente no rígida...” Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón, Madrid, Ed. Trotta, 2003, p. 17.

superar el cientificismo puro, para involucrarse con otros saberes jurídicos, superando así un cierto juridicismo para abrirse a otros saberes complementarios; f) el regresar desde la seguridad jurídica hacia la justicia; g) el reivindicar la complejidad y la trascendencia de la función judicial, frente a la irrelevancia y la sencillez que caracterizaron a la jurisdicción como consecuencia de la codificación; h) el devolver al saber jurídico su condición más bien práctica que teórica; i) el buscar superar el paradigma de la soberanía nacional, para revulsionarse hacia un derecho globalizado y supranacional y, finalmente, j) el buscar evidenciar que el derecho no es un fin en sí mismo, sino más bien un instrumento al servicio del hombre y de su vida.⁵¹

IV. PROPUESTAS PARA UN MOS AMERICANUS

Como se apuntaba anteriormente, a) la conformación del “derecho comunitario europeo”, desde el Tratado de París de 1951 hasta la fecha, a través de los diversos tratados internacionales que se han venido sucediendo –especialmente los de Roma, el Acta Única Europea, Maastricht, Amsterdam y Niza–, b) la actividad de la “estructura supranacional europea” –Consejo, Comisión, Parlamento– y en especial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, junto con c) los desarrollos de la “ciencia jurídica europea”, constituyen –a mi parecer– algunos de los desenvolvimientos más significativos de la tradición jurídica occidental en nuestros tiempos.⁵²

⁵¹ Rodolfo Luis VIGO, *De la ley al derecho*, México, Porrúa, 2003, pp. 3-24.

⁵² Cfr. PAMPILLO, “Del derecho comunitario...”, *op. cit.* Más en extenso me refiero al tema en *Historia...*, *op. cit.*, capítulos 12 a 15. En general, sobre el proceso de integración europea, la estructura institucional de la Unión Europea y el derecho comunitario, pueden verse las siguientes obras: Alonso GARCÍA, *Derecho comunitario...*, *op. cit.*; Alonso GARCÍA, *Sistema...*, *op. cit.*; Klaus-Dieter BORCHARDT, *El ABC del derecho comunitario*, Luxemburgo, 5a. ed., 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*

De hecho, en la actualidad, la doctrina europea viene refiriéndose a un “nuevo derecho europeo”, producto de la colaboración entre diversas instancias, entre las que cabe destacar muy especialmente a la judicatura y a la doctrina.⁵³

Y es que, en efecto, en Europa existe actualmente un nuevo derecho común. Y la polifonía de este nuevo ordenamiento jurídico europeo, supone el acompañamiento de tres instrumentos fundamentales: a) los derechos nacionales –y más ampliamente los derechos regionales y particulares como los de las Comunidades Autónomas en España o los *Länders* en Alemania– o *iura propria*, b) el derecho comunitario, incluyendo a los principios generales comunes creados por el Tribunal de Justicia, o *ius communitatis*, y c) el nuevo derecho común europeo, o *ius commune*, producto de las reelaboraciones que actualmente comprometen los mejores trabajos de una renaciente ciencia jurídica europea.

Así las cosas, el nuevo derecho europeo, ha propiciado el surgimiento de auténtico *mos europaeus*. Y dicho “modo europeo de comprender, enseñar, crear y aplicar el derecho” está actualmente

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, y Antonio TRUYOL, *La integración europea. Idea y realidad*, Madrid, Tecnos, 1992. 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. En general sobre el derecho privado europeo objeto de desarrollo científico-doctrinal, pueden consultarse las siguientes obras: Reiner SCHULZE y Reinhard ZIMMERMANN, *Textos básicos de derecho privado europeo*, Presentación, estudio preliminar y anotaciones por Esther Arroyo I. Amayuelas, Madrid, Marcial Pons, 2002; CÁMARA, *Derecho privado europeo...*, *op. cit.*; Helmut COINÉ, *Derecho privado europeo*, trad. de Antonio Pérez Martín, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996, y María Dolores DÍAZ-AMBRONA BAJADÍ (dir.), *Derecho civil comunitario*, Madrid, Ed. Colex, 2001. Desde México, sobre la integración europea, remito a los artículos de Loretta ORTIZ AHLF, “Derecho comunitario y derecho internacional”, en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 4, UNED, COLEX y Universidad Iberoamericana, 2003 y Raúl PÉREZ JOHNSTON, “La creación de los Estados Unidos de América, ¿un modelo de integración para la Unión Europea?”, en Ma Estela AYLLÓN y Dora GARCÍA FERNÁNDEZ (coords.), *Temas selectos de derecho constitucional*, México, Porrúa y Universidad Anáhuac, 2006.

⁵³ En este sentido fue pionera la obra de Ricardo ALONSO GARCÍA, *Derecho comunitario...*, *op. cit.* Véase también a R. V. CAENEGEM, *I sistemi...*, *op. cit.* y a José Luis DE LOS MOZOS, *Estudios sobre derecho de contratos, integración europea y codificación*, Madrid, Fundación Beneficentia et Peritia Iuris, 2005.

conformando un ordenamiento jurídico abierto, producto de la doctrina y la jurisprudencia.

Entre las principales características de dicho *mos europaeus* destacan las siguientes: 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 interpretación 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 actualización-proyectiva de la tradición jurídica occidental, con sus diversos nutrientes germánicos, romanos, canónicos, medievales y modernos.⁵⁴

Ahora bien, volviendo al comienzo del presente ensayo, dentro del “contexto” de a) la crisis y agotamiento de la dogmática positivista legalista, b) las nuevas metodologías jurídicas alternativas y c) el nuevo derecho común europeo, me parece que vale la pena intentar algunas reflexiones en torno a un eventual “derecho continental americano”, mismo que podría aprovecharse de algunos de los avances logrados en el ámbito europeo, bien que salvadas, evidentemente, sus debidas distancias.⁵⁵

⁵⁴ De nueva cuenta remito al lector interesado a mi artículo. *Cfr.* PAMPILLO, “Del derecho comunitario...”, *op. cit.*, y, con más información y bibliografía, a mi libro *Historia...*, *op. cit.*, capítulos 14 y 15.

⁵⁵ Como observa Häberle: “Europa ofrece al mundo la etapa textual más elevada en materia de integración y quizá algún texto puede desplegar una cierta función de ejemplo para otras partes del planeta, por ejemplo para el desarrollo de un *ius commune*...”, Peter

Dicho derecho sería el resultado de la conclusión del proceso de integración regional, que a nivel continental, ha venido gestándose a partir de la segunda mitad del siglo XX como una de las principales proyecciones del fenómeno de la globalización y que —con sus intermitencias y fracasos— ha cobrado una nueva importancia durante los últimos veinte años, como consecuencia del “nuevo orden mundial” derivado de la caída del muro de Berlín.⁵⁶

Sobre la globalización y sus proyecciones en el ámbito jurídico,⁵⁷ anteriormente se bosquejó cómo han afectado al Estado moderno contemporáneo y a la dogmática jurídica positivista, debiendo solamente recordarse que la globalización ha traído consigo también el resurgimiento de los localismos. De aquí que algunos autores se refieran a la “glocalización” (globalización + localismos), que se ha traducido también en el fenómeno de las “integraciones regionales”.

Como observa con razón Marcos Kaplan: “El Estado en la globalización está sometido a una dialéctica contradictoria”.⁵⁸ De hecho, dicha dialéctica —que viene jalonando al Estado y a la dogmática

HÄBERLE, “México y los contornos de un derecho constitucional común americano: un *ius commune americanum*”, en Peter HÄBERLE y Markus KOTZUR, *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, 2003, p. 81.

⁵⁶ Sobre el nuevo orden mundial, que ha sido denominado expresivamente por Joseph Nye como “uni-multipolar-complejo”, sus implicaciones jurídicas en el ámbito del derecho internacional y sus repercusiones en el ámbito continental, puede verse la monografía de Enrique LAGOS, “Algunas tendencias del derecho internacional a principios del siglo XXI”, cuya versión electrónica puede encontrarse en el sitio oficial de la OEA, www.oas.org/legal.

⁵⁷ En general, retomando la definición propuesta por López Ayllón, puede entenderse por globalización “un conjunto de procesos que implican una transformación en la organización temporal y espacial de las relaciones y transacciones sociales, y que generan flujos y redes de actividad e interacción (económica, política y cultural) entre Estados, regiones y continentes”, y cuya base misma es “la infraestructura de comunicación y las tecnologías de información”. López AYLLÓN, *Globalización...*, *op. cit.*, p. 153. Por su parte, el referido autor explica la globalización jurídica como “la posibilidad que tiene un sujeto de pertenecer y estar sometido simultáneamente a diversos espacios normativos”, lo que se explica mediante “la generación de espacios normativos horizontales” integrados por “órdenes jurídicos autónomos dentro y fuera de las fronteras nacionales”. *Ibidem*, pp. 89-92.

⁵⁸ KAPLAN, *Estado y globalización...*, *op. cit.*, p. 411. En el mismo sentido observa Peter HÄBERLE: “La creación de comunidades en regiones y continentes como en Europa, América, Asia, en sus comienzos también en África, debe entenderse como un intento de oponer a la globalización un pedazo de autoafirmación proveniente de las culturas jurídicas de las regiones grandes y pequeñas. Globalización y autoafirmación cultural a partir del espíritu de las regiones, se corresponden de manera dialéctica”. “México...”, *op. cit.*, p. 80.

legalista— obedece en buena medida a aquella realidad destacada por Daniel Bell hace casi treinta años: “El Estado nacional es demasiado pequeño para resolver los grandes problemas de la vida y demasiado grande para los pequeños problemas de la vida”.⁵⁹ Y lo mismo podría decirse del derecho producto de la dogmática contemporánea del positivismo legalista formalista.

Lo cierto es que la integración regional, como articulación económica, política y jurídica de diversos estados, ha dado lugar al surgimiento de diferentes bloques, estructurados a partir de una base geográfica y cultural, con el propósito de lograr objetivos comunes.⁶⁰

En efecto, además de la integración europea —a la que nos hemos referido— y de la americana —que es la que aquí nos interesa— conviene retener también la existencia del Acuerdo de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC), la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN) en Asia del Este, Asociación del Sur de Asia para la Cooperación Regional, y la Unión Aduanera Sudafricana en el Sur de África y la Asociación Sudasiática de Cooperación Regional (SAARC).⁶¹

Ahora bien, por lo que a nosotros concierne, la idea y los proyectos de la integración regional —tanto continental panamericana como subcontinental latinoamericana— se remontan a los comienzos del siglo XIX, al sueño bolivariano, a la doctrina Monroe, al Congreso de Panamá de 1826 y a la Conferencia Internacional de los Estados Americanos de 1899.⁶²

⁵⁹ Vale la pena, a diez años de distancia, volver igualmente a las reflexiones de Bell sobre el siglo XX, publicadas en México en Daniel BELL, “Las muchas facetas del siglo XX”, en *Letras Libres*, México, octubre de 1999.

⁶⁰ Manfred MOLS define a la “integración regional” como “un segmento mundial unido por un conjunto común de objetivos, basados en nexos de tipo geográfico, social, cultural, económico y político, que presentan una estructura formal constituida por convenios intergubernamentales”. “La integración regional y el sistema internacional”, en Shoji NISHIJIMA y Peter H. SMITH (coords.), *¿Cooperación o rivalidad? Integración regional en las Américas y la Cuenca del Pacífico*, México, CIDAC, 1997, p. 37.

⁶¹ Cfr. Manfred MOLS, “La integración regional y el sistema internacional”, en NISHIJIMA y SMITH, *¿Cooperación o rivalidad.?, op. cit.* Véase también José María SERNA DE LA GARZA (coord.), *Derecho comparado Asia-México. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, 2007.

⁶² Sobre la integración americana, sus orígenes, desarrollos, estructuras y tratados, además de la bibliografía anteriormente citada y la que se citará específicamente, más adelante, pueden consultarse en general las siguientes obras: PACHECO, *Derecho de la integración...*, *op. cit.*; ENRÍQUEZ RUBIO, *Un marco jurídico...*, *op. cit.*; Ignacio GÓMEZ-PALACIO, *Derecho*

El proceso ha sido largo y –hay que reconocerlo– en buena medida decepcionante. Incluso ahora, casi al declinar la primera década del siglo XXI, el mapa geopolítico y económico de la región sigue siendo desalentador.

Actualmente nuestro continente está marcado por las divisiones internas, la existencia de más de 80 acuerdos sectoriales, la proliferación de más de 40 protocolos, tratados y declaraciones, el fracaso de importantes proyectos como el *Área de Libre Comercio de las Américas* (ALCA) y el *Plan Puebla Panamá* (PPP), la superposición de diversos esquemas de integración, muchas veces contrapuestos, a nivel Caribe, Centroamérica, Sudamérica, América del Norte y panamericanos, y la terrible persistencia, en el ámbito latinoamericano, de los flagelos de la pobreza, la desigualdad, el narcotráfico, la corrupción y algunos –afortunadamente, cada vez menos– gobiernos aún pendientes de transitar a la democracia y de liberalizar su economía.⁶³

La anterior realidad explica los constantes llamados, hechos reiteradamente desde hace más de veinte años por diversas instancias

de los negocios internacionales, México, Porrúa, 2006; KAPLAN, *Estado y globalización...*, op. cit., pp. 417 y ss.; WITKER y OROPEZA, *México-Mercosur...*, op. cit.; WITKER, *El Área de Libre Comercio...*, op. cit.; Jorge WITKER (ed.), *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas*, México, UNAM, 1993; Marcos KAPLAN, "Ascenso y crisis del Estado latinoamericano", en LEÓN, *El Nuevo Sistema Internacional...*, op. cit.; Loretta ORTIZ AHLF, Fernando A. VÁZQUEZ PANDO y Luis Miguel DÍAZ, *Aspectos jurídicos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y sus acuerdos paralelos*, 2a. ed., México, Themis, 1998; Gregorio VIDAL (coord.), *ALCA. Procesos de integración y regionalización en América*, México, Cámara de Diputados, UAM, INTAM, 2006; Francisco R. DÁVILA ALDAS, *Globalización-integración. América Latina, Norteamérica y Europa*, México, Ed. Fontamara, 2002.

⁶³ Con toda razón observa Oropeza García: "Después de más de dos siglos de pensar en una sola América (1805-2007), y de cerca de cincuenta años de hablar de su integración formal en América Latina (1960-2007), muchos de los estudiosos sobre el tema, y de manera especial, los nuevos estudiantes de las áreas económico-sociales que se acercan a él, se preguntan con un gran dejo de escepticismo si vale la pena invertir su tiempo en un largo periodo sembrado de buenos deseos y de múltiples instituciones, pero que al final nos dan como saldo una región dividida, conformada a través de cinco esquemas formales de integración (Sistema de Integración Centroamericana, SICA, Asociación Latinoamericana de Integración, ALADI, Comunidad del Caribe, CARICOM, Mercado Común del Sur, MERCOSUR, Comunidad Andina, CAN), pulverizada en su comercio zonal con más de cincuenta tratados de libre comercio, que de manera conjunta, arrojan un comercio intrarregional de tan sólo quince por ciento promedio", Arturo OROPEZA GARCÍA, "Latinoamérica en su laberinto o los retos de su integración", en Jorge WITKER y Arturo OROPEZA (coords.), *México-Mercosur. Los retos de su integración*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2004, pp. 213 y 214.

intergubernamentales, en el sentido de "superar la distancia entre los resultados obtenidos", "entre las declaraciones" "y su traducción en medidas y acciones concretas",⁶⁴ y dentro del ámbito científico, para promover "la unificación y ordenación" de un entramado complejo que duplica y desperdicia los esfuerzos.⁶⁵ Lamentablemente, estos llamados siguen siendo de una urgente actualidad.⁶⁶

Hoy por hoy, nuestro complejo y entrecruzado Sistema Interamericano comprende fundamentalmente los organismos y tratados que se esquematizan en el cuadro de la siguiente página.

El estado actual de la integración americana nos permite sacar en limpio las siguientes conclusiones preliminares: a) la "glocalización" es un fenómeno presente en nuestro continente, b) en los últimos sesenta años, pero especialmente desde la década de los noventa, se ha verificado un importante avance en materia de integración regional, tanto a nivel continental como subcontinental y c) actualmente, los distintos esquemas de integración americana se encuentran traslapados entre sí y atrofiados por su misma complejidad estructural y operativa, no habiendo podido contribuir aún al mejoramiento de la calidad de vida en la región.

Más aún, pudieran también adelantarse, a manera de hipótesis de trabajo que: a) no se perciben en el horizonte inmediato las condiciones políticas ni económicas para avanzar y profundizar en la integración regional y b) sin embargo, actualmente se aprecian diversos elementos que en el futuro mediato, hacen factible y probable una integración más completa y eficiente.

⁶⁴ En 1986 observaba el Instituto para la Integración de América Latina: "Para que la potencialidad del mercado ampliado pueda ser aprovechada, existe la necesidad de superar la distancia actual entre los resultados obtenidos en la cooperación, consulta y coordinación y sus potencialidades. En otros términos, entre las declaraciones y decisiones adoptadas a nivel político y su traducción en medidas y acciones concretas", INTAL, *El proceso de integración en América Latina en 1986*, Buenos Aires, INTAL y BID, 1987, p. 253.

⁶⁵ Desde hace casi cuarenta años decía con razón nuestro egresado Ernesto ENRIQUEZ RUBIO: "El sistema institucional que actualmente rige en el área [latinoamericana], muestra una pluralidad de organismos de muy diversa índole que dispersan y desperdician los esfuerzos. Como primera medida se requiere la unificación y ordenación", *Un marco jurídico...*, op. cit., p. 141.

⁶⁶ Como ha observado recientemente LÓPEZ AYLLÓN: "La situación actual de la integración regional en el continente americano es un muy complejo entramado de acuerdos cuya convergencia es incierta y cuya compatibilidad presenta problemas significativos", *Globalización...*, op. cit., p. 66.

Abreviatura	Nombre	Objeto	Países miembros
ALADI	Asociación Latinoamericana de Integración	Más de 80 acuerdos sectoriales para promover la integración que sustituyeron a una entidad anterior (ALALC) en 1980	Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela
CAN	Grupo Andino o Comunidad Andina	Unión Aduanera, a partir de 1992, aunque los tratados originales son de 1969	Bolivia, Colombia, Perú, Ecuador, Venezuela
CARICOM	Comunidad y Mercado Común del Caribe	Unión Aduanera firmada en 1973	Miembros originales: Barbados, Guyana, Jamaica y Trinidad y Tobago
G3	Grupo de los Tres	Tratado de Libre Comercio, firmado en 1994 e incorporado a ALADI	México, Venezuela y Colombia
MERCOSUR	Mercado Común del Sur	Unión Aduanera firmada en 1991 y en vigor desde 1994	Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay
OEA	Organización de Estados Americanos	Organismo Internacional Multilateral Regional Continental, creada para fortalecer la cooperación hemisférica, defender los intereses comunes y debatir los grandes temas de la región. Comprende a su vez la compleja articulación de diversos organismos especializados	Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba (*), Dominica,

		y diversas entidades, entre las que se pueden destacar: el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), la Comisión Económica para América Latina y el Caribe de la ONU (CEPAL), la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Mujeres, el Comité Jurídico Interamericano, las Cumbres de las Américas, el Instituto Indigenista Interamericano, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, el Instituto Interamericano del Niño, el Instituto Panamericano de Geografía e Historia, la Organización Panamericana de la Salud.	Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay, Venezuela. (*). <i>Suspendida desde 1962</i>
SICA	Sistema de Integración Centroamericano o Mercado Común Centroamericano	Unión Aduanera que se orienta hacia un Mercado Común, desde 1960	Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Costa Rica
TLC o TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte	Zona de Libre Comercio en vigor desde 1994	EUA, Canadá y México

Sobre lo primero, bastaría decir –para no desviarnos demasiado de nuestro tema– que todavía está pendiente la consolidación dentro de nuestra región de tres elementos que han sido cruciales en la integración europea y que incluso se exigen como prerrequisito para el ingreso o adhesión de nuevos estados dentro de la Unión: a) la consolidación de la democracia, b) el respeto de los derechos humanos fundamentales y del Estado de derecho y c) las condiciones y garantías de una libertad económica que permita el flujo de los factores de la producción (personas, bienes, servicios y capitales).⁶⁷

Y si bien es verdad que durante los últimos años, el subcontinente latinoamericano ha avanzado significativamente en su camino hacia la democracia, ha liberalizado su economía abandonando viejas políticas proteccionistas, alcanzando también un mayor equilibrio macroeconómico –incluso en medio de difíciles crisis– y poco a poco ha fortalecido las instituciones de su estado de derecho,⁶⁸ no es menos cierto –además de algunas tristemente notables excepciones– que en los mismos países donde se detectan los anteriores avances, está pendiente todavía la consolidación cultural y definitiva de los mismos.⁶⁹

⁶⁷ Cfr. por todos a Enrique LINDE PANIAGUA *et al.*, *Principios de derecho de la Unión Europea*, Madrid, Ed. Colex, 2005, pp. 85 y ss.

⁶⁸ Como observa con razón LÓPEZ AYLLÓN: “Se configuró así una transición hacia un Estado latinoamericano bajo los paradigmas globales de democracia y mercado... Actualmente, todos los países del continente son miembros de la OMC. Simultáneamente, la integración regional anunciada desde los sesenta dejó de ser retórica para dar lugar a diferentes acuerdos de integración regional que han nacido en los últimos años o encontrado nueva vida”. *Globalización...*, *op. cit.*, p. 66. Igualmente, destacan Carbonell y Salazar: “En la última década del siglo XX se desató en varios países latinoamericanos una epidemia de congresos constituyentes que produjeron cartas constitucionales ‘liberales, sociales y democráticas’: Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993), República Dominicana (1994), Panamá (1994), Argentina (1994), Uruguay (1997), Ecuador (1998), Venezuela (1999)... en los inicios del siglo XXI casi todos los países de la región cuentan con constituciones que, en términos formales, responden a la ‘democracia constitucional’ de tradición europea...”. Prólogo a la obra de Peter HÄBERLE, Jürgen HABERMAS, Luigi FERRAJOLI y Ermanno VITALE, *La constitucionalización de Europa*, Miguel CARBONELL y Pedro SALAZAR (eds.), México, UNAM, 2004.

⁶⁹ Lo anterior con independencia de las limitaciones de la democracia y de la economía de mercado. Por lo que hace a la democracia, cada vez más se advierte la superación de una concepción meramente procedimental de la misma, en aras de una noción sustantiva y material que impida la tiranía de las mayorías sobre las minorías (Habermas, Bobbio). Respecto de la economía de mercado, que en buena medida ha propiciado una profundización de la pobreza y la desigualdad en la región, han surgido también recientemente –tras el

Pero además, siendo enteramente realistas, puede decirse sencillamente, para no entrar en demasiadas complicaciones, que ha faltado y falta una voluntad política auténtica, determinante y sostenida, para terminar de recorrer el camino hacia la integración.⁷⁰ Piénsese tan sólo en el fracaso del ambicioso proyecto del ALCA, así como en el de la geográficamente más limitada iniciativa del PPP, recientemente relanzada como *Proyecto de Integración y Desarrollo de Mesoamérica*, apenas este verano de 2008.

Sin embargo, a pesar de la falta de condiciones que en lo inmediato permitan continuar y concluir la integración americana, dentro del actual entorno mundial no debe despreciarse el consejo que nos ha hecho recientemente P. Häberle: “es preciso llevar a cabo todo lo necesario para que un continente como América Latina, con su riqueza multiétnica y multicultural, se reafirme también en la era de la globalización”.⁷¹ Es conveniente retomar las consideraciones hechas entre nosotros, hace más de cuarenta años, por Luis Pazos: “la integración de los países iberoamericanos no es en la actualidad un proceso basado sólo en factores sentimentales o sociológicos, sino un proceso necesario y lógico para nuestro desarrollo y progreso en todos los órdenes”.⁷²

agotamiento del socialismo a partir de 1989– diferentes planteamientos alternativos, entre los que pueden destacarse dentro de la Escuela Libre de Derecho, las consideraciones hechas por Francisco VILLALÓN EZQUERRO, desde la década de los noventa, dentro del Seminario de Contratos de nuestra licenciatura y posteriormente en diversos foros –últimamente, en 2008, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM– sobre la “economía de la gratuidad”, que parte de la noción ancestral mesoamericana del *altépetl*. Para Villalón, la economía de la gratuidad no supone una limitación a la libertad de mercado, sino que parte del mismo ejercicio de dicha libertad en forma dinámica, lo que se traduce en la sustitución de la compraventa por la donación como paradigma del derecho contractual, presentando también interesantes implicaciones en materia societaria, comunitaria, intelectual y sucesoria.

⁷⁰ En palabras escritas por H. P. Glenn, hace más de diez años: “No hay por el momento una voluntad política para armonizar el derecho en todo el continente, ya que, en principio, no existe esa voluntad política en Estados Unidos, país que podría impulsar la armonización; asimismo no es esa la voluntad política de México ni la de Canadá”. H. Patrick GLENN, “Derecho civil, *Common Law* y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 89, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, p. 512.

⁷¹ HÄBERLE, “México...”, *op. cit.*, p. 3.

⁷² LUIS PAZOS, *Boletín del Instituto de la Integración Iberoamericana*, núm. 1, año 1, México, 12 de noviembre de 1972.

Aquí es precisamente donde entra la propuesta epistemológica planteada desde el comienzo del presente artículo. En efecto, aunque en el presente no parezcan concurrir los factores que permitan la consumación de la integración regional americana en el corto plazo, en el horizonte mediato dicha integración se percibe como un “futurible” probable; más aún como un “futurible” deseable si promueve —como se anticipó que debiera hacerlo— el “mejoramiento de la calidad de vida” y la “promoción de los derechos humanos”.

Y los retos que dicha integración supone desde un punto de vista jurídico, recomiendan la “investigación científica” y la “colaboración académica” por parte de los estudiosos de la región.

En dicho sentido y para concluir con el presente ensayo, me gustaría señalar algunos de los aspectos —perspectivas y temas— de una investigación que pudiera favorecer la integración regional y la consecuente armonización jurídica.

Respecto de las perspectivas, quisiera reiterar lo expuesto anteriormente: dada la magnitud de la empresa —construcción de un derecho comunitario o cooperativo para la integración económica, política, social y cultural del continente, así como armonización jurídica del derecho de la región para facilitar los flujos e intercambios dentro de un marco de seguridad— se requiere igualmente de una aproximación amplia, ambiciosa y compleja.

De hecho, refiriéndose en general a la integración regional, la doctrina ha puesto de relieve la necesidad de una “aproximación analítica interdisciplinaria”, que debe comprender, por lo menos, los distintos aspectos —económicos, políticos, sociales y culturales— de la misma.⁷³

Así pues, en primer lugar, el diseño de un derecho comunitario y las pautas para la armonización jurídica, deberán partir de una amplia consideración de las “condicionantes sociales y culturales”, así como de los “efectos” que el orden jurídico habrá de ejercer sobre los mismos.⁷⁴

⁷³ MOLS, “La integración regional...”, *op. cit.*, p. 37.

⁷⁴ En este sentido, la investigación jurídica debiera partir de las obras que desarrollan exposiciones de conjunto sobre la evolución de la economía, la política y la cultura en la región. Sobre las relaciones de mutuo condicionamiento recíproco entre derecho, sociedad y cultura, así como respecto de la influencia imperativa del ordenamiento jurídico sobre la realidad y los valores, véanse en general las obras de Renato TREVES, *La sociología del*

Ahora bien, por lo que hace al acercamiento propiamente jurídico, la propuesta epistemológica parte —como se recordará— del “paradigma de Vico”, es decir: historia jurídica + filosofía del derecho + ciencias jurídicas, con especial consideración de la comparación jurídica. Adicionalmente se propuso —según se recordará— la federación de un cuarto ámbito científico, el de la prospectiva.

De la anterior manera, la arquitectura del derecho comunitario —*ius communitatis*— y de la armonización jurídica de los derechos de la región —*ius commune*—, debiera partir de la “acción concertada” —planeada estratégicamente a través de la colaboración entre “instituciones de enseñanza e investigación jurídica” del continente—, tendiente a la construcción de un “futuro deseable” —integración como unión en la diversidad para el mejoramiento de la calidad de vida, la garantía de los derechos humanos, la consolidación de la democracia participativa y la economía abierta, competitiva, sustentable e incluyente— a partir de la identificación de los diferentes “futuros posibles”, entre los que figura —como se ha venido insistiendo— la integración regional, dentro del proceso mundial de glocalización.

Dicha aproximación interdisciplinaria, que idealmente debiera partir —mediante la planeación estratégica prospectiva— del establecimiento de “proyectos regionales de colaboración interinstitucional”, permitiría: a) a través de la “historia jurídica”, conocer mejor los orígenes, antecedentes, evolución, desarrollo, afinidades y divergencias, de los derechos que conforman nuestra tradición jurídica, b) mediante la “filosofía del derecho” y a partir de la ubicación histórica de los principios e instituciones tradicionales, reflexionar sobre su vigencia e idoneidad para convertirse en reglas comunitarias comunes, en la medida en la que se a-*jus*-ten a la realidad contemporánea y la rea-*jus*-ten conforme a los valores culturales vigentes y deseados y c) con base en las “ciencias jurídicas especiales”, o ramas de la jurisprudencia técnica —derecho civil, constitucional, mercantil, medioambiental, etcétera— y, especialmente, a través de un estudio de “derecho comparado”, identificar las similitudes, las diferencias y los aspectos

derecho. Orígenes, investigaciones, problemas, trad. de Manuel Atienza, María José Añón y José Antonio Pérez Lledó, Barcelona, Ariel, 1998, pp. 209-212 y Gregorio ROBLES MORCHÓN, *Sociología del derecho*, 2a. ed., Madrid, Ed. Civitas, 1997, pp. 180 y 181.

comunes, respecto de cada una de las figuras jurídicas, así como en relación con las diversas reglas que las conforman.⁷⁵

El esfuerzo que supone la anterior aproximación parecería de entrada –y apenas acabamos de referirnos a las solas perspectivas– inabarcable, máxime si consideramos el número de 35 países que actualmente pertenecen a la OEA, respecto de los cuales habría que estudiar su tradición jurídica histórica y sus elementos comunes actuales, vertiendo los resultados en “esquemas” que pudieran darnos cuenta de los “principios comunes” por institución jurídica.

Sin embargo, la experiencia europea, que actualmente desarrolla sus trabajos de integración jurídica a partir de 27 países miembros de la Unión –y que nos lleva en este asunto más de veinte años de ventaja– ha probado ya que esto es posible y que los resultados son de una utilidad extraordinaria.

Piénsese, por ejemplo, en los *Principles of European Contract Law* de la Comisión Lando, que comenzó a trabajar en 1980 y que ha publicado entre 1995 y 2002 las primeras partes de su proyecto. Su método –que han seguido el propio Ole Lando y el profesor Reinhard Zimmermann, entre otros muchos juristas– ha pretendido un acercamiento entre la tradición continental romanista y la anglosajona, mediante la discusión por temas, a partir de una ponencia previamente preparada –sobre problemas e instituciones en materia de obligaciones y contratos– con base en un análisis de derecho comparado, para después elaborar un borrador, que junto con los

⁷⁵ La importancia del derecho comparado y del método comparativo es fundamental para la integración y la armonización jurídica. Véase el excelente artículo de Konrad ZWEIGERT, “El derecho comparado al servicio de la unificación jurídica”, en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, año 9, núm. 25, México, UNAM, 1956. Entre otros, *cfr.* a Héctor FIX-ZAMUDIO, “Setenta y cinco años de evolución del derecho comparado en la ciencia jurídica mexicana”, en *LXXV años de evolución jurídica en el mundo*, Historia del derecho y derecho comparado, vol. II, México, UNAM, 1979. En el mismo volumen vale la pena también el capítulo escrito por René DAVID, “El derecho comparado en el siglo XX, balance y perspectivas”. Más reciente es la comunicación de Héctor FIX-ZAMUDIO, “Tendencias actuales del derecho comparado”, en *Metodología del derecho comparado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, 2005. También con actualidad y en relación con el tema de la integración americana, P. Häberle nos ha recordado que “la fuerza creadora de la comparación jurídica actúa en dos planos y en dos formas: la comparación jurídica en manos del juez (constitucional, y del constitucionalista), y como comparación jurídica al servicio de la política jurídica”, HABERLE, “Mexico...”, *op. cit.*, p. 15.

artículos –principios y soluciones– correspondientes, incluiría una nueva versión explicativa de sus orígenes, grado de convergencia en el plano europeo, e idoneidad para resolver los conflictos jurídicos de su especie en el futuro.⁷⁶

Considérese igualmente como una iniciativa similar a la anterior el *Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos*, elaborado por la Academia de Privatistas Europeos bajo la batuta del jurista italiano Giuseppe Gandolfi, en el que participaron destacados romanistas, historiadores del derecho, juristas y comparatistas como el propio Gandolfi, A. Trabucchi, J. L. de los Mozos y F. Wieacker, por sólo mencionar algunos.⁷⁷

En fin, también conviene mencionar un proyecto realmente distinto a los demás y único en su género, emprendido por el Grupo de Trento o del *Common Core of European Law*. Este grupo de trabajo se ha propuesto “desenterrar el núcleo común” del derecho europeo, buscando confeccionar un “mapa geográfico fidedigno del derecho privado europeo”, conformando para ello una especie de “cartografía jurídica” a partir de la identificación de problemas, soluciones e instituciones, con base en cuestionarios, sobre el derecho (leyes, reglamentos, sentencias, doctrina) de todos los países europeos.⁷⁸

Como puede suponerse, los anteriores trabajos requieren, por su magnitud y complejidad, de la colaboración interdisciplinaria, de la clara definición de metas y objetivos y de la distribución racional del trabajo.

Pero, en definitiva, son esfuerzos que en nuestro tiempo, además de ser practicables y utilísimos –como están probando serlo en Europa– están devolviéndole a la academia y a los juristas privados el *ius*

⁷⁶ Sobre los trabajos de este grupo, véase Fernando MARTÍNEZ SANZ, “Principios de derecho europeo de los contratos (comisión Lando)”, en CÁMARA, *Derecho privado europeo...*, *op. cit.*, pp. 193 y ss. Véase también Giovanni LUCHETTI y Aldo PETRUCCI, *Fondamenti di Diritto Contrattuale Europeo. Dalle radici romane al progetto dei Principles of European Contract Law Della Commissione Lando*, Bolonia, Patron Editore, 2006.

⁷⁷ *Cfr.* Gabriel GARCÍA CANTERO, “El Anteproyecto de código europeo de contratos (proyecto Gandolfi o Grupo de Pavía)”, en *ibidem*, pp. 205 y ss. Véase también de Giuseppe GANDOLFI, “Per la redazione di un ‘codice europeo dei contratti’”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, núm. 3, Milán, Giuffrè Editore, 1995.

⁷⁸ Véase a Sergio CÁMARA LAPUENTE, “El núcleo común del derecho privado europeo (proyecto de Trento)”, en *ibidem*, pp. 227 y ss.

faciendi iuris, es decir, la “jurisferancia” o capacidad de proponer y crear y derecho.⁷⁹

Ahora bien, además de las anteriores perspectivas metodológicas (prospectiva, historia, filosofía, ciencias jurídicas especiales y método comparativo), conviene ofrecer algunas propuestas para “orientar temáticamente” las investigaciones tendientes a promover la integración y la armonización jurídicas de la región.

A este respecto, se impone en primer lugar, como “prerrequisito” de la integración y de la armonización normativa, la necesidad de extender y consolidar la “democracia”, de fortalecer el “Estado de derecho” garantizando el respeto de los “derechos humanos” y de promover una “economía abierta y equilibrada”, que además, reduzca la intolerable desigualdad y la pobreza en la región.

Democracia, derechos humanos, Estado de derecho, economía abierta e incluyente, son temas que deben seguir siendo objeto de estudios, especialmente de investigaciones comparadas y de esfuerzos de difusión que sirvan para consolidar una cultura democrática, jurídica y solidaria dentro de la región.⁸⁰

En segundo lugar y desde un punto de vista temático, me parece que sería deseable continuar y profundizar la investigación relativa a los “elementos jurídicos comunes” a los ordenamientos jurídicos de los diversos países del continente.

⁷⁹ En este sentido y en relación precisamente con la unificación jurídica americana, a partir del derecho romano, el profesor Guzmán Brito observa: “El absolutismo legislativo de los modernos estados, ha impedido a los juristas desarrollar aquella misma labor que sus antepasados de gremio realizaron en tiempos anteriores”, realidad frente a la cual, la armonización jurídica puede “lograr que los juristas asuman el papel de ser los verdaderos depositarios del *ius faciendi iuris* a través de su actividad privada de estudiosos cuyas conclusiones sean recibidas selectivamente por quien tiene el poder de establecer formalmente lo jurídico”. Alejandro GUZMÁN BRITO, “La función del derecho romano en la unificación jurídica de Latinoamérica”, en *Unificación*, pp. 180 y 181.

⁸⁰ En materia jurídica, pienso en la conveniencia de proseguir y difundir estudios monográficos sobre la justicia constitucional, como los desarrollados por Héctor Fix-Zamudio (Héctor FIX-ZAMUDIO, *Latinoamérica: constitución, proceso y derechos humanos*, México, UNAM, 1988) y Eduardo FERRER MC-GREGOR, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, México, Fundap, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte, 2002; Eduardo FERRER MC-GREGOR (coord.), *Derecho procesal constitucional*, México, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte, así como continuar esfuerzos panorámicos como el intentado recientemente por Jorge CARPIZO, “Derecho constitucional latinoamericano y comparado”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 114, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

En este ámbito, nuevamente, la investigación se encuentra también adelantada. En materia de “derecho público”, Peter Häberle nos ha ofrecido un interesante panorama de los principales rasgos del *ius publicum commune* europeo, que en buena medida son aplicables al derecho público americano, como lo son: el reconocimiento de la libertad personal, la búsqueda de la justicia, la independencia de la jurisdicción, la neutralidad confesional e ideológica del Estado y la estructura de un Estado constitucional democrático, con una jurisdicción constitucional que garantice el Estado de derecho.⁸¹

Más aún, el propio Häberle ha observado como elementos de “derecho común”, recogidos en el derecho constitucional de la “comunidad latinoamericana”, que constituyen como ciertos “rasgos de familia” “con fuerza distintiva”: a) el reconocimiento de la multietnicidad y de la multiculturalidad, b) el mandato de superación del analfabetismo, c) las cláusulas sobre protección del patrimonio cultural, d) los detallados apartados relativos al sistema educativo, e) en materia de justicia constitucional el juicio de amparo, y f) una detallada regulación de las relaciones entre la Iglesia y el Estado.⁸²

En la misma dirección, Jorge Carpizo ha propuesto añadir a los anteriores elementos comunes, los siguientes, que son en buena medida el resultado de las reformas experimentadas por el derecho público de la región en los últimos veinte años: a) fortalecimiento de las instituciones democráticas, b) sistemas de justicia constitucional mixtos (europeo-centralizado + americano-difuso), c) generalización del *habeas data*, d) acogimiento de la figura del *ombudsman*, e) autonomía del Ministerio Público, f) mayor equilibrio entre poderes legislativo y ejecutivo, g) mayor independencia y profesionalización del poder judicial, h) reconocimiento de la supremacía del derecho internacional, destacando la aceptación por parte de más de 20 países de la región de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, i) la judicialización de los actos y conflictos y electorales, y j) las funciones de fiscalización realizadas a través de un órgano específico con autonomía técnica.⁸³

⁸¹ Cfr. HABERLE, “México...”, *op. cit.*, pp. 17 y ss.

⁸² *Ibidem*, pp. 57-66.

⁸³ Cfr. CARPIZO, “Derecho constitucional latinoamericano...”, *op. cit.*, pp. 972-985.

Por lo que respecta al ámbito del “derecho privado”, también se aprecia una interesante “línea de investigación” que ha venido destacando especialmente la “transfusión” del “derecho romano en América”.⁸⁴

Dicha transfusión se habría producido, durante la época de la hegemonía ibérica, a través de las *Siete Partidas* en los países dependientes de España y de las *Leis Imperiais* en el caso de Brasil. Pero además, dicha influencia romanista habría perdurado a lo largo de buena parte siglo XIX hasta la codificación,⁸⁵ permaneciendo incluso a través de los códigos —muchos de ellos elaborados por juristas con una sólida formación romanista—⁸⁶ mediante el recurso subsidiario para la “integración legal” a la “equidad” y a los “principios generales del derecho”.⁸⁷

Esta línea de investigación, que busca según el profesor Schipani en el *ius Romanorum commune* un elemento “sistemático-histórico de unificación en devenir expansivo”,⁸⁸ se basa en la profunda influencia de la “cultura romanista”, que ha dado lugar, según Catalano a un “bloque romano-ibérico-precolombino” que sería “el núcleo

⁸⁴ Junto a los conceptos tradicionales de difusión y recepción —ampliamente usados por la historia del derecho y por la ciencia jurídica compadrada— la transfusión supone “la comunicación sucesiva entre varias fuentes, y la transfusión del derecho romano, es el paso de fórmulas jurídicas procedentes de las fuentes del derecho romano a través de las fuentes del derecho, especialmente la doctrina, la ley y las decisiones judiciales”. Agustín DÍAZ BIALET, “La ‘transfusión’ del derecho romano en América Latina”, en UNIF, p. 76.

⁸⁵ Sobre el derecho intermediario de transición entre la independencia y la codificación, dentro del cual subsiste la importancia del derecho romano, véase para México el estudio clásico de María del Refugio GONZÁLEZ, *El derecho civil en México, 1821-1871, apuntes para su estudio*, México, IJ-UNAM, 1998. Sobre la codificación en México véase el libro de Óscar CRUZ BARNEY, *La codificación en México: 1821-1917. Una aproximación*, México, IJ-UNAM, 2004.

⁸⁶ Es el caso, por ejemplo, de Andrés Bello en Chile, de Dalmacio Vélez Sarsfield en Argentina, de Augusto Teixeira de Freitas y Clóvis Beviláqua en Brasil y de Miguel S. Macedo en México.

⁸⁷ Cfr. José Luis DE LOS MOZOS, “Codificaciones latinoamericanas, tradición jurídica y principios generales del derecho”, en *Revista Roma e América. Diritto Romano Comune. Revista di Diritto dell'Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e In America Latina*, Mucchi Editore, 1996.

⁸⁸ Sandro SCHIPANI, “El derecho romano en el Nuevo Mundo”, en David FABIO ESBO-RRAZ (coord.), *Sistema jurídico latinoamericano y unificación del derecho*, Cuadernos del Curso de Máster en Sistema Jurídico Romanista y Unificación del Derecho en América Latina, México, Porrúa y Centro di Studi Giuridici Latinoamericani Università di Roma Tor Vergara, 2006.

de un derecho común americano” caracterizado ante todo por “el mestizaje”.⁸⁹

Un tercer ámbito de estudio podría ser el del mismo derecho internacional y supranacional de la globalización y de la integración regional.

El estudio del mismo resulta necesario no solamente en tanto que objeto directo de la integración jurídica regional, sino también en cuanto que existe una relación de influencia recíproca entre los derechos estatales, el derecho internacional y el nuevo derecho supranacional.⁹⁰

Respecto del derecho supranacional de la globalización, valdría la pena considerar en primer lugar —además de los breves apuntes hechos anteriormente— como ha puesto de relieve Danilo Zolo desde una “perspectiva crítica”, que dicho derecho debiera estar en un contacto muy directo con las realidades —económicas, políticas, sociales y culturales— que regula. Es decir, que debiera concebirse desde una especie de “teoría impura del derecho” que no hiciera de lado, sino que antes bien pusiera en el centro, sus contenidos metajurídicos. Igualmente, como observa el profesor Zolo, dicho derecho debiera “rechazar la idea monista y normativista” de un “único, omnicompreensivo ordenamiento jurídico”, debiendo dar cabida a una serie de “fuentes descentralizadas de producción y aplicación del derecho”. Por último, destaca el connotado iusglobalista italiano que dicho derecho de la integración debiera ser “un derecho supranacional mínimo”, que “según una lógica de subsidiariedad” permita “una especie de regionalización policéntrica”.⁹¹

⁸⁹ Pierangelo CATALANA, “Identidad jurídica de América Latina: derecho romano y Sistema Latinoamericano”, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 15, México, Escuela Libre de Derecho, 1991, pp. 111 y ss.

⁹⁰ Como expresan con exactitud Fix-Fierro y López Ayllón: “Existe una relación de retroalimentación e intercambio continuos entre los derechos nacionales y el derecho internacional... Así, si es cierto que está surgiendo una cultura global o mundial, lo cierto es que ésta existe también como parte de las culturas locales, en intercambio continuo con éstas. Algo similar nos parece que ocurre con el derecho”, Héctor FIX-FIERRO y Sergio LÓPEZ AYLLÓN, “El impacto de la globalización en la Reforma del Estado y el derecho en América Latina”, en *El papel del derecho internacional en América. La soberanía nacional en la era de la integración regional*, México, UNAM y The American Society of International Law, 1997, p. 328.

⁹¹ ZOLO, *Los señores...*, op. cit., pp. 121-133.

En segundo lugar, creo que vale la pena destacar que el nuevo “derecho extra-estatal”, global, transnacional y deslocalizado (*lex mercatoria*, jurisdicción internacional, derechos humanos, *soft-law*, estándares, códigos de ética, contratos autorregulados, derecho de la integración, doctrina y un muy largo etcétera) es un derecho que, sin embargo, deberá aplicarse y ejecutarse, en algún momento, localmente.

En dicho sentido, como ha observado López Ayllón, los “tribunales constituyen una de las anclas de la globalización”, pues “todos los fenómenos globales acaban por tener una expresión localizada, que en ocasiones se traduce en una acción judicial. Los jueces tienen así un papel central en el reconocimiento, creación y aplicación del derecho ‘global’”.⁹²

Precisamente en razón de lo anterior, las investigaciones que se hagan sobre los derechos globales, deberán ir acompañadas de una intensa difusión de sus contenidos y métodos, en la medida en la que su aplicación requiere de su conocimiento por parte de los operadores jurídicos locales.

Por último, respecto del derecho supranacional de la integración, valdría la pena retomar algunas de las propuestas hechas por el profesor Häberle, en el sentido de promover la discusión e impulsar la inclusión en los derechos nacionales de los estados de la región, de diversas cláusulas que pudieran ir preparándola y haciendo viable para el futuro.⁹³

Recapitulando la propuesta planteada dentro del presente ensayo, puede decirse: a) que tomando en cuenta la crisis y agotamiento de la dogmática jurídica contemporánea, b) la evolución de la tradición jurídica en los últimos años –particularmente dentro del ámbito europeo– y c) el fenómeno de la glocalización, que se ha traducido

⁹² LÓPEZ AYLLÓN, *Globalización...*, *op. cit.*, p. 158.

⁹³ Entre los impulsos que recomienda se encuentran: a) la inclusión del objetivo de la integración americana recogida en el preámbulo de las constituciones, por su alto contenido axiológico, b) la inclusión de una orientación específica sobre el particular respecto de la política exterior, d) el recogimiento de algunos valores esenciales del Estado y entre ellos la unificación, e) la matización del principio de soberanía, f) vías de incorporación más expeditas para un derecho comunitario de la integración y g) especialmente: el reconocimiento de los ‘principios generales del derecho’, derivados de la comparación de las constituciones de la región, como fuente subsidiaria del derecho constitucional estatal. *Cfr.* HÄBERLE, “México...”, *op. cit.*, pp. 66-70.

dentro de nuestro ámbito regional a través de diferentes estructuras y organismos para la integración, que: 1) en el futuro mediato se aprecia la configuración de un bloque regional americano, bien sea continental o subcontinental, que 2) exigirá a su vez del diseño de un derecho comunitario o cooperativo y de una armonización jurídica sobre la base de diversos elementos comunes.

Y en la creación, desarrollo y aplicación, tanto de dicho derecho cooperativo como de los principios que permitan la armonización jurídica regional, los juristas pueden y están llamados a jugar un papel fundamental.

Para ello, sería deseable la planeación estratégica de colaboraciones académicas y de investigación entre diversas instituciones de la región, que desde una “perspectiva multidisciplinaria” (prospectiva, historia jurídica, filosofía del derecho, ciencias jurídicas particulares y en especial ciencia del derecho comparado), pudieran abocarse al estudio de un “abanico de temas” (realidades sociales y culturales, prerequisites de la integración, principios comunes de derecho público y de derecho privado y derecho supranacional), a fin de sentar las bases científicas de un derecho comunitario para la región.

EL AJUSTE EN EL SEGURO CONTRA LOS DAÑOS

Alberto Javier SÁNCHEZ ROJAS

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Aspectos esenciales del contrato de seguro contra los daños, y el concepto de ajuste.* III. *Regulación jurídica del ajustador y del ajuste.* IV. *Consecuencias jurídicas del ajuste.* V. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

Es importante atraer atención a un tema poco abordado por la doctrina nacional de derecho privado: el ajuste en el contrato de seguro contra los daños. En efecto, el ajuste no sólo presenta un vacío en su regulación legal, sino que también lo presenta en su tratamiento jurídico teórico. Ello se denota con la evidente ausencia de fuentes de consulta que sean susceptibles de ilustrar al profesional del derecho sobre el tema. Por tanto, la investigación que nos ocupa persigue explorar las características normativas sustanciales de la figura, y poner en evidencia sus vacíos. También busca hacer propuestas elementales para su posible regulación.

La estructura que aquí se plantea, transita de lo general a lo particular. Comienza por el esbozo de los aspectos esenciales del contrato de seguro contra los daños, hasta llegar a un aspecto fundamental en el ajuste de seguro, como lo es la consecuencia de derecho que produce para el asegurado y para la empresa aseguradora. En este trayecto, se exploran también la regulación jurídica del ajustador y del ajuste; y la relación del ajustador con la empresa aseguradora, así como con la autoridad en materia de seguros.

El sustento teórico y práctico del trabajo se encuentra en seis clases esenciales de fuentes, a saber: las legales, las bibliográficas, las revistas jurídicas especializadas, las resoluciones judiciales, las obtenidas a través de Internet, y las consultas desahogadas por autoridades mexicanas. En cuanto a las legales, se toman los preceptos aplicables en México. Respecto de las fuentes bibliográficas y de revistas, debe decirse que se buscaron los autores y los trabajos más representativos de la doctrina mexicana, así como diversos teóricos de relevancia internacional. En lo que se refiere a las resoluciones judiciales provenientes de diversos países, es necesario hacer notar que no se tiene noticia que las mismas hubieren sido revocadas o modificadas hasta el momento de la elaboración de este trabajo (junio de 2007), por lo que se tienen a las mismas como firmes y legales. En cuanto a las fuentes habidas en Internet, cabe decir que en algunos casos no se encontraron las credenciales o calificaciones de sus autores para emitir las opiniones de cuenta, sin embargo, las mismas se toman en cuenta en atención a que su contenido es coherente en sus premisas y afirmaciones, congruente con la realidad apreciable por medio de los sentidos y la razón, además de lógico y verosímil. En lo que se refiere a las consultas desahogadas por autoridades mexicanas, ellas aportan elementos para conocer diversas cuestiones prácticas y de regulación respecto de la actividad del ajuste de seguros.

Por último, es importante manifestar que sería deseable contar con un mayor acercamiento por parte de la doctrina nacional al tema que aquí se esboza, a efecto de desarrollar sustentos teóricos para cubrir las lagunas que existen en el conocimiento de la materia.

II. ASPECTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE SEGURO CONTRA LOS DAÑOS, Y EL CONCEPTO DE AJUSTE

Quizá uno de los temas menos atendidos por la doctrina jurídica nacional en materia de seguros, y en especial del seguro contra los daños,¹

¹ El seguro contra daños se regula dentro del Título II de la Ley Sobre el Contrato de Seguro. El apartado en cuestión comprende: el seguro contra incendio, el seguro de provechos esperados y de ganados, el seguro de transporte terrestre, y el seguro contra la responsabilidad.

lo es el tema del ajuste² y sus consecuencias jurídicas. En la práctica de seguros, el ajuste consiste en aquella actividad que realiza una persona llamada ajustador, para llevar a cabo entre otras muchas cosas, la determinación de la indemnización que pudiera eventualmente corresponder al beneficiario titular del interés asegurable, o al asegurado, según el contrato de seguro respectivo, y conforme a las prácticas profesionales generalmente aceptadas.

Debe recordarse que la Ley Sobre el Contrato de Seguro dispone lo siguiente sobre el tema de los seguros contra los daños, en los artículos 1o. y 85 a 166: la empresa aseguradora se obliga, mediante una prima, a resarcir un daño o a pagar una suma de dinero al verificarse la eventualidad prevista en el contrato.³ Asimismo, todo activo económico tangible (mueble o inmueble), podrá ser objeto de contrato de seguro contra los daños. En el seguro contra los daños, la empresa aseguradora responde solamente por el daño causado hasta el límite de la suma y del valor real asegurados. La empresa responderá de la pérdida del provecho o interés que se obtenga de la cosa asegurada, si así se conviene expresamente. Cuando el interés asegurado consista en que una cosa no sea destruida o deteriorada, se presumirá que el interés asegurado equivale al que tendría un propietario en la conservación de la cosa. De la misma forma, cuando se asegure una cosa ajena por el interés que en ella se tenga, se considerará que el contrato se celebra también en interés del dueño, pero éste no

² El tema del ajuste de seguros no debe confundirse bajo ninguna circunstancia con el contrato de ajuste propio del derecho comercial argentino, que se refiere a aquel acuerdo de voluntades que se celebra entre oficiales y gente de mar con los propietarios o armadores, destinado a regular los derechos y obligaciones de las partes. Véase "*Contrato de ajuste*", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. IV, "Cons- Cost", Driskill, Buenos Aires, 1986, pp. 377-390.

³ Ley Sobre el Contrato de Seguro. Para Arturo Díaz Bravo, la definición legal es criticable, puesto que de ella parece que la obligación de la aseguradora sólo surge una vez que se ha hecho el pago de la prima, cuando en realidad la obligación comienza con el consenso entre las partes. Antigono DONATI, citado por Carlos Sepúlveda Sandoval, dice: "El contrato de seguro es el negocio en el que el asegurador, contra el pago u obligación de pago de la prima, se obliga a resarcir al asegurado de las consecuencias de un hecho dañoso incierto, siempre dentro de los límites convenidos". Arturo DÍAZ BRAVO, *Contratos de crédito, aleatorios y de garantía*, en *Serie Contratos Mercantiles en el Tercer Milenio*, t. 3, Iure Editores, México, 2005, pp. 228-229; Carlos SEPÚLVEDA SANDOVAL, *El contrato de seguro*, Porrúa, México, 2006, p. 14.

podrá beneficiarse del seguro sino después de cubierto el interés del contratante y de haberle restituido las primas pagadas.

Para fijar la indemnización del seguro se tendrá en cuenta el valor del interés asegurado en el momento de realización del siniestro. Salvo convenio en contrario, si la suma asegurada es inferior al interés asegurado, la empresa aseguradora responderá de manera proporcional al daño causado. Sin perjuicio de lo antes dicho, las partes podrán fijar en el contrato el valor estimativo de la cosa asegurada para los efectos del resarcimiento del daño. Cuando se celebre un contrato de seguro por una suma superior al valor real de la cosa asegurada y haya existido dolo o mala fe de una de las partes, la otra tendrá derecho para demandar u oponer la nulidad y exigir la indemnización que corresponda por daños y perjuicios. Si no hubo dolo o mala fe, el contrato será válido, pero únicamente hasta la concurrencia del valor real de la cosa asegurada, teniendo ambas partes la facultad de pedir la reducción de la suma asegurada. La empresa aseguradora no tendrá derecho a las primas por el excedente; pero le pertenecerán las primas vencidas y la prima por el periodo en curso, en el momento del aviso del asegurado. Si la cosa asegurada ha sido designada por su género, todos los objetos del mismo género existentes en el momento del siniestro se considerarán asegurados.

La ley es tajante en cuanto a que si el asegurado viola la obligación de evitar o disminuir el daño o de conservar la invariabilidad de las cosas, la empresa aseguradora tendrá el derecho de reducir la indemnización hasta el valor a que ascendería si dicha obligación se hubiere cumplido. Si dicha obligación es violada por el asegurado con intención fraudulenta, éste quedará privado de sus derechos contra la empresa.

La empresa de seguros podrá adquirir los efectos salvados, siempre que abone al asegurado su valor real según estimación pericial. Podrá también reponer o reparar a satisfacción del asegurado la cosa asegurada, liberándose así de la indemnización.

Se puede colegir esencialmente que el contrato de seguro se celebra según la ley mexicana, entre una persona física o moral, que adquiere el carácter de tomador del seguro,⁴ y quien a su vez adquiere

⁴ El tomador del seguro es la persona física o moral que celebra el acuerdo de voluntades con la empresa aseguradora, en interés propio o de un tercero, y por tanto quien asume las

la obligación de pagar una prima; y una persona moral, que es la empresa aseguradora, quien se obliga a resarcir un daño o a pagar una suma de dinero al verificarse la eventualidad dañosa prevista en el acuerdo de voluntades.⁵ Si bien los elementos personales en el contrato de seguro son esencialmente dos –tomador del seguro⁶ y aseguradora–, también es cierto que una de las partes puede aparecer dissociada. En efecto, hay ocasiones en que el contratante es la misma persona que el asegurado y que el beneficiario; pero en otras ocasiones se actualiza una disociación en el usuario del servicio financiero. Es decir, se desagregan las siguientes personas: 1. La parte que contrata el seguro. 2. La titular del bien jurídico protegido. 3. La persona que tiene derecho a la indemnización o resarcimiento por parte de la empresa aseguradora. Así, la persona que contrata el seguro es un simple tomador del seguro, el titular del bien protegido adquiere el nombre genérico de asegurado, y el titular del derecho a recibir la suma de

obligaciones, entre otras la de pago de la prima, salvo que actúe como apoderado. Cuando el tomador del seguro actúa por cuenta propia, se identifica con la figura del asegurado. Cuando lo hace por cuenta de tercero, no existe tal identificación. Hay autores que han visto en el seguro por cuenta de terceros una forma de gestión oficiosa. De la misma manera, la doctrina ha criticado el término “por cuenta de”, puesto que no es exacto que el tercero asegurado reporte la obligación de pagar la prima. El beneficiario es la persona física o moral, titular del derecho de pago de la suma asegurada por razón de su interés económico en el bien afectado por un siniestro. El artículo 147 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro dice: “Artículo 147. El seguro contra la responsabilidad atribuye el derecho a la indemnización directamente al tercero dañado, quien se considerará como beneficiario del seguro desde el momento del siniestro. En caso de muerte de éste, su derecho al monto del seguro se transmitirá por la vía sucesoria, salvo cuando la ley o el contrato que establezcan para el asegurado la obligación de indemnizar, señale los familiares del extinto a quienes deba pagarse directamente la indemnización sin necesidad de juicio sucesorio”. En relación con todo lo aquí precisado: véase Arturo DÍAZ BRAVO, *Contratos de crédito, aleatorios y de garantía*, en *Serie Contratos Mercantiles en el Tercer Milenio*, op. cit., pp. 235-236

⁵ Hay autores que consideran que la obligación principal del asegurador es la de pagar la indemnización, otros consideran que dicha obligación no tiene el carácter de principal, sino de consecuencial respecto de otra principal que es la de mantener la cobertura. Consúltense las opiniones de Bruck, Donati, Tamburrino, Halperin, Sánchez Calero, y Romero Salas, véase Arturo DÍAZ BRAVO, *Contratos de crédito, aleatorios y de garantía*, en *Serie Contratos Mercantiles en el Tercer Milenio*, op. cit., pp. 235-236

⁶ Para Óscar Vázquez del Mercado, uno de los elementos subjetivos del contrato lo es el asegurado, aunque no desconoce la existencia de un tomador del seguro en el caso del seguro por cuenta de otro. De la misma forma reconoce y trata en su obra el seguro a favor de un tercero, el seguro sobre la persona de un tercero y el seguro de bienes a favor de un tercero. Cfr. Óscar VÁZQUEZ DEL MERCADO, *Contratos mercantiles*, 14a. ed., Porrúa, México, 2006, pp. 274-278.

dinero contratada lo es el beneficiario. A juicio del que escribe, los elementos reales del contrato son: 1. La indemnización prevista en el contrato como contraprestación del asegurador. 2. La prima que está a cargo del contratante.⁷ 3. El riesgo.⁸ 4. La cosa objeto de seguro. 5. La póliza. Respecto de los elementos formales, cabe decir que el contrato es consensual y que sin embargo la ley es rigorista en cuanto a la necesidad de un instrumento en el que se documenten, entre otras cosas, los derechos y obligaciones de las partes, como es el caso de la póliza de seguro.

De la regulación general del contrato de seguro en la Ley Sobre el Contrato de Seguro y en la diversa Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, se observa que el sustrato de obligaciones y derechos que lo caracteriza consiste en lo siguiente:⁹ por parte de la persona moral aseguradora las obligaciones consisten en: a) la asunción del riesgo; b) el pago de la indemnización establecida en el contrato o bien de resarcir un daño observando, entre otras cosas, lo establecido en los artículos 10., 13, 78 y 59 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro; c) adoptar todas las medidas técnicas necesarias para prevenir la indemnización, atendándose el artículo 46 de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, obligación que se actualiza entre la entidad financiera y el estado, mas no entre la entidad y los particulares; d) expedir las solicitudes de contrato de seguro con las condiciones generales; e) expedir la póliza del seguro y sus duplicados; f) responder de las pérdidas y daños que sufran las personas respecto de la cual es civilmente responsable el asegurado conforme al artículo 79 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro.

Los derechos más relevantes de la aseguradora consisten en: a) recibir el pago de la prima; b) reducir la prestación debida hasta lo

⁷ Humberto Ruiz Quiroz hace una notable reflexión sobre: el riesgo, la prestación del asegurador, la prima, y la empresa, como elementos esenciales del contrato de seguro. Véase Humberto RUIZ QUIROZ, "Los elementos esenciales del contrato de seguro", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 21, Escuela Libre de Derecho, México, 1997, pp. 566-574.

⁸ El riesgo actualizado adquiere el nombre de siniestro. Para Óscar Vázquez del Mercado, el elemento objetivo esencial del contrato de seguro lo es el riesgo. Óscar VÁZQUEZ DEL MERCADO, *Contratos mercantiles*, op. cit., loc. cit.

⁹ Cfr. Soyla H. LEÓN TOVAR, *Contratos mercantiles*, Oxford University Press, México, 2006, pp. 598-603.

que hubiere importado si el aviso se le hubiere dado oportunamente, en términos del artículo 67 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro; c) exigir toda clase de información sobre los hechos relacionados con el siniestro y por los cuales puedan determinarse las circunstancias de su realización y las consecuencias del mismo; d) liberarse de sus obligaciones si para impedir que se comprueben las circunstancias del siniestro no se le notifica oportunamente su concurrencia, así como en los casos en que el siniestro se hubiere causado con dolo o mala fe del tomador del seguro, el asegurado, los beneficiarios o sus respectivos causahabientes, de conformidad con los artículos 68 y 77 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro; e) dar por extintas sus obligaciones en casos de falsas o inexactas declaraciones respecto de los hechos que debieron excluir o reducir sus obligaciones, así como el hecho de que no se le remita oportunamente la información documental del siniestro, según el artículo 78 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro; f) la aseguradora tiene derecho a subrogarse hasta por la cantidad pagada por concepto de indemnización en todos los derechos y acciones contra terceros que correspondan al beneficiario por los daños sufridos dado el contenido del artículo 111 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro; g) a rescindir el contrato al actualizarse las causales previstas en la ley.

Por parte del tomador del seguro, nacen las siguientes obligaciones: a) pagar la prima del seguro; b) declarar los hechos relevantes al seguro adquirido, atento el contenido del artículo 47 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro; c) dar aviso a la aseguradora de las agravaciones esenciales del riesgo, tomándose en consideración los artículos 52 y 53, fracción I, Ley Sobre el Contrato de Seguro; y d) dar aviso del siniestro tan pronto como tenga conocimiento del mismo. El asegurado, por su parte debe: a) informar al asegurador del cambio de dueño de la cosa asegurada; b) informarle conforme al artículo 66 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro, dentro de cinco días y por escrito, de la ocurrencia del siniestro; c) realizar los actos necesarios para disminuir o evitar los daños derivados del siniestro; d) no variar el estado de las cosas después del siniestro.¹⁰ El beneficiario también

¹⁰ Desde luego la obligación que impone el artículo 114 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro, ordena que el ajuste del seguro se pueda realizar en condiciones óptimas.

está obligado a dar aviso de la ocurrencia del siniestro, y en su caso, goza del derecho a reclamar la indemnización.

A mayor abundamiento, el derecho de recibir la suma de dinero pactada en el contrato, o el resarcimiento del daño sufrido, puede asistir al tomador del seguro, si es que él figura como asegurado y beneficiario; o bien al asegurado, si es que éste es persona distinta del contratante pero se identifica con el beneficiario; o al beneficiario ajeno al tomador del seguro y ajeno al asegurado.

En el caso del seguro contra daños, lo que se asegura es un interés económico.¹¹ Es decir, el contrato de seguro contra daños se centra en la voluntad jurídicamente manifestada por una persona, que adquiere el nombre de tomador del seguro, dirigida a dar protección económica y jurídica a un activo patrimonial tangible susceptible de daño.¹² Es evidente que la sola contratación de un seguro contra daños no puede garantizar la integridad del objeto que pudiera ser materia del contrato, por ejemplo, un automóvil, puesto que no hay contrato que sea capaz de mitigar o desvanecer en la realidad los riesgos de hecho que se ciernen sobre la cosa motivo de interés patrimonial. Por ende, la esencia del contrato que interesa en este estudio, no es en realidad la de asegurar la existencia y conservación del bien en cuestión, sino asegurar el pago de una suma de dinero en caso de verificarse la eventualidad dañosa prevista en el contrato respectivo.¹³

¹¹ No sólo el interés del propietario es asegurable, otros intereses también lo son, siempre que tengan contenido económico. Véase Arturo DÍAZ BRAVO, *Contratos de crédito, aleatorios y de garantía*, en *Serie Contratos Mercantiles en el Tercer Milenio*, op. cit., loc. cit.

¹² En este mismo sentido opina Arturo Díaz Bravo, al decir: "...resulta plenamente válido afirmar que en todos los seguros de daños lo asegurado no es la cosa, sino el interés económico que la misma representa para su titular". Cfr. Arturo DÍAZ BRAVO, *Contratos de crédito, aleatorios y de garantía*, en *Serie Contratos Mercantiles en el Tercer Milenio*, op. cit., p. 257. Por su parte, Soyla H. León Tovar dice: "En todos los seguros de daños, el asegurado es la persona física o moral cuyo interés económico en la cosa se cubre con el seguro... suele hablarse de asegurado para referirse a la cosa respecto de la cual se toma el seguro, y la ley alude también al asegurado para referirse al tomador o contratante". Cfr. Soyla H. LEÓN TOVAR, *Contratos mercantiles*, op. cit., p. 603.

¹³ En este mismo sentido opina Joaquín Garrigüez. Para este autor, el seguro es un producto del riesgo, y todo riesgo encuadra una preocupación y una necesidad de seguridad. Esta seguridad no puede alcanzarse por la supresión de la circunstancia temida, sino por la certeza de que al sobrevenir la situación temida, se tendrá al alcance un valor económico susceptible de compensar la pérdida. Véase Joaquín GARRIGÜEZ, *Curso de derecho mercantil*, t. II, México, Porrúa, 1987, p. 247; Carlos SEPÚLVEDA SANDOVAL, *El contrato de seguro*, op. cit., pp. 5-11. Semejante opinión sustenta Arturo Díaz Bravo. Véase Arturo DÍAZ

Asimismo, de los preceptos en estudio se desprende que el contrato de seguro contra daños es de tipo indemnizatorio,¹⁴ y no es en forma alguna un acuerdo de especulación. Esto quiere decir que la finalidad del contrato de seguro contra daños es la de cubrir el monto del interés asegurable perjudicado, hasta el límite de la suma asegurada, a quien acredite el derecho a ello según el contrato respectivo; o bien a reparar el objeto materia del siniestro a satisfacción del asegurado. Todo esto, a manera de resarcimiento de un daño patrimonial. De ninguna forma persigue la generación de una ganancia económica o lucro a favor del asegurado o del beneficiario, ante la actualización del riesgo.¹⁵

Ahora bien, de todo lo recién expuesto, es evidente que resultan de central importancia las siguientes cuestiones: la regulación, los procedimientos y los resultados de la determinación y valorización del daño patrimonial sufrido por el titular del interés asegurable una vez acontecido el siniestro, ya que de ello dependerá la indemnización a la cual tendrán derecho el beneficiario o el asegurado. A este respecto, la Ley Sobre el Contrato de Seguro, establece lo siguiente en las reglas generales aplicadas al seguro contra los daños:

BRAVO, *Contratos de crédito, aleatorios y de garantía*, en *Serie Contratos Mercantiles en el Tercer Milenio*, op. cit., loc. cit.

¹⁴ Indemnización es el resarcimiento o compensación a la que queda obligada la persona responsable de un daño o perjuicio que no es susceptible de reparación o restitución. Véase Ignacio GALINDO GARFIAS, *Indemnización por daños y perjuicios*, en *Diccionario Jurídico Mexicano*, tomo I-O, 10a. ed., Porrúa, UNAM, México, 1997, p. 1679; véase Manuel BORJA SORIANO, *Teoría general de las obligaciones*, 14a. ed., Porrúa, México, 1995, pp. 463-465; véase Real Academia Española, "Resarcir", en *Diccionario de la Lengua Española*, edición electrónica, Versión 21.2.0., Espasa Calpe, 1998. Víctor M. CASTRILLÓN Y LUNA expone las opiniones relacionadas con el contrato de seguro contra los daños, vertidas por Joaquín Rodríguez y Rodríguez, Fernando Sánchez Calero, en las que dichos doctrinarios destacan el carácter indemnizatorio del contrato. Válidamente puede decirse que el propio Castrillón y Luna hace suyas dichas opiniones. Cfr. Víctor M. CASTRILLÓN Y LUNA, *Contratos mercantiles*, 3a. ed., Porrúa, México, 2006, p. 218.

¹⁵ En este mismo sentido opina Arturo Díaz Bravo, *Contratos de crédito, aleatorios y de garantía*, en *Serie Contratos Mercantiles en el Tercer Milenio*, op. cit., p. 257. La legislación sobre el contrato de seguro del Ecuador establece: "Artículo 32. Respecto del asegurado, los seguros de daños son contratos de simple indemnización, y en ningún caso pueden constituir para él fuente de enriquecimiento. La indemnización puede abarcar a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste debe ser objeto de un acuerdo expreso".

“Artículo 117. La empresa aseguradora y el asegurado pueden exigir que el daño sea valuado sin demora. En caso de destrucción parcial de productos agrícolas, especialmente por el granizo, la valuación del daño deberá aplazarse hasta la cosecha, si una de las partes así lo solicita.

Artículo 118. Cuando alguna de las partes rehusare nombrar su perito para la valorización del daño, o si las partes no se pusieren de acuerdo sobre la importancia de éste, la valorización deberá practicarse por peritos que la autoridad judicial designe a petición de cualquiera de ellas, o por un perito tercero así designado, en caso de ser necesario.

Artículo 119. El hecho de que la empresa aseguradora intervenga en la valorización del daño, no le privará de las excepciones que pueda oponer contra las acciones del asegurado o de su causahabiente.

Artículo 120. Será nulo el convenio que prohíba a las partes o a sus causahabientes hacer intervenir peritos en la valorización del daño.

Artículo 121. Los gastos de valorización estarán a cargo de los contratantes por partes iguales”.

En síntesis, la legislación en materia de seguros establece que la empresa aseguradora y el asegurado gozan del derecho a exigir que el daño sea valuado inmediatamente; no obstante, en caso de destrucción parcial de productos agrícolas por el granizo, la valuación del daño debe aplazarse hasta el momento de la cosecha, a solicitud de una de las partes. Por otro lado, se advierte que cuando alguna de las partes rehusare nombrar su perito para la valorización del daño, o si las partes no se pusieren de acuerdo sobre la importancia de éste, la valorización deberá practicarse por peritos que la autoridad judicial designe a petición de cualquiera de ellas, o por un perito tercero así designado, en caso de ser necesario.

Es pertinente destacar que no se advierte una tutela jurídica efectiva a las disposiciones contenidas en los artículos 117 y 118 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro, que son las que se acaban de sintetizar, puesto que difícilmente podrá obtenerse una valoración oportuna del siniestro en los casos en que resulta necesario tramitar procedimientos ante instancias administrativas, o bien ante los tribunales legalmente establecidos, para lograr la valuación de referencia. En efecto, en diversas ocasiones resulta indispensable una valorización inmediata¹⁶

¹⁶ Este es el caso del siniestro que se hace consistir, por ejemplo, en un incendio ocurrido en una fábrica. Esto se debe a que las condiciones físicas del lugar son susceptibles de variar

del daño, una vez acontecido el siniestro, y ello no puede lograrse de modo oportuno por la dilación que implica la tramitación de un procedimiento contencioso.

Tiene especial relevancia en este trabajo el artículo 119 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro, puesto que el precepto en cuestión prescribe que el hecho de que la empresa aseguradora intervenga en la valorización del daño, no le privará de las excepciones que pueda oponer contra las acciones del asegurado o de su causahabiente. Más adelante se hará un análisis minucioso de esta disposición, en función de las consecuencias del ajuste.

De los artículos analizados, debe destacarse que la legislación enfatiza la importancia de los siguientes aspectos: la celeridad y oportunidad para la valuación del daño; la profesionalización para la valoración del daño;¹⁷ la preservación del derecho de la aseguradora de oponer defensas y excepciones contra las acciones del asegurado o de su causahabiente, aun a pesar de su intervención en la valoración del daño. Es en este punto en el que la figura y la actividad del ajustador adquieren relevancia.

La Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros establece en su artículo 25:¹⁸

“Artículo 25. Para el ejercicio de la actividad de ajustador de seguros se requerirá autorización de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, quien la otorgará una vez que reúnan los requisitos establecidos en la presente Ley y el reglamento respectivo y la que podrá revocar, previa audiencia de la parte interesada, en los términos del reglamento respectivo.

Las actividades que realicen los ajustadores de seguros se sujetarán a las disposiciones de esta Ley. Las instituciones en ningún caso designarán como ajustador, a una persona que por su posición o cualquier circunstancia pueda actuar en contra de las prácticas profesionales generalmente aceptadas, afectando los resultados del ajuste”.

en breve tiempo después de ocurridos los hechos, por las más diversas razones ajenas a la voluntad del asegurado y de la aseguradora.

¹⁷ El marco normativo del ajustador y del ajuste serán motivo de este estudio en los siguientes capítulos, cuestionándose entre otras cosas el alcance de esta profesionalización. Es indispensable precisar que al tiempo de elaboración de este trabajo (junio de 2007), no se ha publicado el reglamento a que alude el artículo 25 de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros.

¹⁸ Cfr. *Diario Oficial de la Federación*, de 16 de enero de 2002.

El concepto de ajuste¹⁹ no se desprende de forma directa e inmediata de la ley. En realidad, los artículos 117 a 121 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro hacen énfasis en la actividad e importancia de la valoración oportuna del daño, que si bien es la parte medular del ajuste, no comprende a toda la actividad que realiza el ajustador ante el siniestro, ni a toda la actividad que dentro de la práctica de seguros se reputa como ajuste.

En esencia, el ajuste en el seguro de daños consiste en lo siguiente: a) evaluar siniestros en detalle, b) precisar la causa de los mismos, c) recomendar las medidas de prevención pertinentes para reducir el riesgo de recurrencia, d) determinar si los reclamos están amparados por las respectivas pólizas de seguros, y e) calcular la indemnización que corresponda en cada caso; todo esto con la finalidad de proporcionar a los aseguradores los elementos de juicio necesarios para la toma de decisiones. Cabe resaltar que el ajustador sólo recomienda, pues no tiene poder de decisión y, en última instancia, son los aseguradores quienes determinan si procede o no la indemnización.²⁰

Octavio Sánchez Flores afirma que por ajuste puede entenderse el procedimiento a seguir a fin de establecer económicamente el monto de la pérdida ocasionada en el siniestro, para determinar la indemnización correspondiente.²¹ Es cierto, la actividad del ajustador se centra, entre otras cosas, en hacer presencia en el lugar del siniestro, inspeccionar físicamente los bienes dañados, y verificar conjuntamente con el asegurado su funcionamiento o la destrucción de los mismos. Estos cánones de acción no se contienen en la Ley Sobre el Contrato de Seguro, sino que derivan de la práctica en materia

¹⁹ Su origen etimológico se encuentra en los términos *ad y justum*. Ello hace referencia a lo justo, lo exacto, lo conveniente. Según la *Enciclopedia Jurídica Omeba*, ajustar en lenguaje jurídico es concretar, concordar, componer, o conciliar de acuerdo con una norma jurídica. Es la adecuación de un negocio, cosa o acto a una norma, ya sea legal, convencional o consuetudinaria. Se le puede definir, como el acto de concertar una solución jurídica a una determinada problemática, según la ley aplicable. El término ajuste se usa en el lenguaje jurídico al determinar el precio de una cosa, o a la contratación y remuneración de un servicio especial, en el campo del derecho comercial. "Ajuste", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. I, "A", Driskill, Buenos Aires, 1986, p. 622.

²⁰ Frank OTERO LUQUE, "Perfil de un buen ajustador de seguros", en: <http://www.goseguros.com/opinion/columna.asp?c=13&i=81>; <http://www.goseguros.com/Leyes/indexley.asp>.

²¹ Octavio Guillermo de Jesús SÁNCHEZ FLORES, *El contrato de seguro privado*, Porrúa, México, 2000, p. 244.

de seguros. Debe recordarse que conforme al artículo 25 de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, los ajustadores tienen la obligación de ceñirse a las prácticas profesionales generalmente aceptadas, y están impedidos para afectar en cualquier forma los resultados del ajuste.

III. REGULACIÓN JURÍDICA DEL AJUSTADOR Y DEL AJUSTE

Como puede advertirse, la regulación jurídica, del ajustador y del ajuste, es oscura. En efecto, en cuanto a la regulación del ajustador, se cuenta con el ya citado artículo 25 de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros. En cuanto a la regulación del ajuste en el seguro contra los daños, se tienen los artículos 117 a 121 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro, también citados.

1. Relación del ajustador con la empresa aseguradora y con la autoridad en materia de seguros

Sobre su relación con la empresa aseguradora se destaca el hecho de que no hay norma que determine su régimen laboral. No hay disposición que vincule al ajustador con la empresa aseguradora, como trabajador²² en términos de la Ley Federal del Trabajo, como dependiente o factor²³ según el Código de Comercio; o bien, como comi-

²² En el contexto de la Ley Federal del Trabajo, es trabajador la persona física que presta a otra física o moral un trabajo personal subordinado. *Cfr.* Artículo 8o. de la Ley Federal del Trabajo. Véase DE BUEN, L., Néstor, *Derecho del trabajo*, t. I, 10a. ed., México, 1997, pp. 485 y ss. Esto, a efecto de tener una adecuada comprensión de la situación social y jurídica del sujeto de la relación laboral denominado "el trabajador", así como de sus diversas modalidades.

²³ El Código de Comercio establece: "Artículo 309. Se reputarán factores los que tengan la dirección de alguna empresa o establecimiento fabril o comercial, o estén autorizados para contratar respecto a todos los negocios concernientes a dichos establecimientos o empresas, por cuenta y en nombre de los propietarios de los mismos. Se reputarán dependientes los que desempeñen constantemente alguna o algunas gestiones propias del tráfico, en nombre y por cuenta del propietario de éste. Todo comerciante en el ejercicio de su tráfico, podrá constituir factores y dependientes". Consúltense la exposición sobre auxiliares del comercio que hacen Miguel Acosta Romero y Julieta Areli Lara Luna. Miguel ACOSTA ROMERO y Julieta ARELI LARA LUNA, *Nuevo derecho mercantil*, 2a. ed., Porrúa, México, 2003, pp. 221-245.

sionista²⁴ o prestador de servicios profesionales²⁵. En consecuencia, hay ocasiones en que el ajustador efectivamente es un empleado de la aseguradora, y otras en las que es un profesional independiente, contratado por la entidad financiera para la realización del ajuste.²⁶

Por otro lado, la autoridad gubernamental en materia de seguros, es decir, la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas carece de una relación de ajustadores.²⁷

Sin perjuicio de lo anterior, la ley sanciona la realización del ajuste, por parte de quien no goza de la autorización para ser ajustador, así como también impone una sanción económica al ajustador que permita que un tercero realice las actividades que le están reservadas. Así lo dispone la fracción XI del artículo 139 de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, que dice:

“Artículo 139. Las sanciones correspondientes a las infracciones previstas en esta Ley, así como a las disposiciones que de ella emanen, serán impuestas

²⁴ El contrato de comisión mercantil consiste según el Código de Comercio, en la aplicación del mandato a actos concretos de comercio. *Cfr.* Artículo 273 de la ley mercantil en cita. Por su parte, el contrato de mandato se regula en los artículos 2546 al 2604 del Código Civil Federal. La legislación civil dice textualmente: “Artículo 2546. El mandato es un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga”.

²⁵ El contrato de prestación de servicios profesionales se regula en los artículos 2606 al 2615 del Código Civil Federal. El código civil sustantivo no refiere una definición expresa. Ramón Sánchez Medal establece: “Es el contrato por el que una persona llamada profesional o profesor se obliga a prestar determinados servicios que requieren una preparación técnica y a veces un título profesional, a otra persona llamada cliente que se obliga a pagarle una retribución llamada honorario”. *Cfr.* Ramón SÁNCHEZ MEDAL, *De los contratos civiles*, 15a. ed., Porrúa, México, 1997, p. 338.

²⁶ *Cfr.* Octavio Guillermo de Jesús SÁNCHEZ FLORES, *El contrato de seguro privado*, *op. cit.*, p. 245.

²⁷ Así lo expresó la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas en consulta expresa desahogada al suscrito. El texto del desahogo de la consulta es el que enseguida se transcribe: “Sr. Javier Sánchez: En atención al presente e-mail, me permito comentarle que el artículo 25 de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, se refiere a la figura del ajustador. Asimismo, no se regula por parte de esta Comisión el régimen laboral de los mismos y no se cuenta con relación de ajustadores, toda vez que no se cuenta con las reglas a que se refiere. En espera que la presente información sea de su utilidad, reciba un cordial saludo. Atentamente, Lic. Cruz Díaz Islas. Director de Intermediarios, Regs. y Enlace Reg. Tel: 57 24 76 05. Fax: 56 62 98 72. e-mail: Cdiaz@cnsf.gob.mx”. Fecha del desahogo de consulta: Lunes cuatro de junio del dos mil siete. Correo electrónico con el rubro “Comentarios a la CNSF, Javier Sánchez”.

administrativamente por la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas de acuerdo con lo siguiente:

XI. Multa de 500 a 2500 días de salario, a la persona que actúe como agente de seguros, intermediario de reaseguro, *ajustador de seguros*, representante de una entidad reaseguradora del exterior o sociedad a que se refiere el artículo 69 bis de esta Ley, que opere sin la autorización correspondiente. La misma multa se impondrá a los directores, gerentes, miembros del consejo de administración, representantes y apoderados de agentes de seguros, de intermediarios de reaseguro persona moral o sociedad a que se refiere el citado artículo 69 bis, que operen como tales sin la autorización que exige esta Ley.

Multa de 500 a 2 500 días de salario, al agente de seguros, intermediario de reaseguro, *ajustador de seguros*, representante de una entidad reaseguradora del exterior o sociedad a que se refiere el artículo 69 bis de esta Ley, que al amparo de su autorización permitan que un tercero realice las actividades que les están reservadas.

A las instituciones de seguros que celebren operaciones con la intervención de personas que se ostenten como agentes de seguros, intermediarios de reaseguro, ajustadores de seguros, representantes de una entidad reaseguradora del exterior o sociedad a que se refiere el artículo 69 bis de esta Ley, sin estar autorizados para actuar como tales, se les aplicará una multa de 500 a 8 000 días de salario”.

En el contexto de este tema es conveniente hacer una breve referencia a la experiencia habida en otras naciones latinoamericanas, en las que se han dispuesto normas relevantes respecto de la profesionalización del ajustador y de la relación jurídica habida entre él y la compañía de seguros.

En Colombia, se ha alzado el criterio en el sentido de que el ajustador no representa a la empresa aseguradora, ni es un dependiente o subordinado de ella. En cambio, es un auxiliar de las aseguradoras, que obra con plena autonomía respecto de la compañía o compañías que han asumido el riesgo del siniestro de que se trata, existiendo entonces un arrendamiento de servicios. Como puede verse, en Colombia, el ajustador es un profesional ajeno a una relación laboral con la empresa, y de ello se deriva su autonomía e imparcialidad.²⁸

²⁸ República de Colombia. Tribunal de Arbitramento. Fiduciaria Caldas, S. A. vs. Seguros Atlas, S. A., Bogotá, 8 de noviembre de 1995.

Es de extraordinaria relevancia la siguiente cita sobre el criterio mantenido por la Superintendencia Bancaria de Colombia, misma cita que aparece formulada por el Tribunal de Arbitramento colombiano que conoció del procedimiento seguido entre Fiduciaria Caldas, S.A. contra Seguros Atlas, S.A., vertido en el laudo de ocho de noviembre de mil novecientos noventa y cinco:

“...A la vista de todas y cada una de las consideraciones precedentes esta Superintendencia, en desarrollo de su función consultiva, se permite señalar que la relación nacida entre el asegurador y el ajustador, por no provenir de un contrato de mandato representativo sino precisamente de uno de arrendamiento de servicios, es una relación carente de repercusiones frente al beneficiario del seguro, e inclusive frente al asegurado en razón de que las actuaciones adelantadas por el ajustador de pérdidas, extrañas por completo al contexto representativo, no comprometen jurídicamente a la aseguradora. Por contra, las apreciaciones del ajustador, por más decantadas y depuradas que sean no vinculan al asegurador que siempre, como resultado de su autonomía e independencia, estará en capacidad de aceptar y también de menospreciar el informe del ajustador, aun cuando vaya acompañado del documento comúnmente llamado ‘convenio de ajuste’.”²⁹

Con base en la consideración que precede, y en su propio estudio, el Tribunal de Colombia llega a la definición siguiente: “El ajustador o liquidador es una persona natural o jurídica especializada en seguros, y cuya actividad o empresa consiste en elaborar, usualmente a petición de una aseguradora, pero en forma independiente, a cambio de una remuneración, informes sobre el origen de los daños y pérdidas de los bienes asegurados y las circunstancias en que ocurrieron su naturaleza, cuantía y el monto indemnizable a luz del contrato de seguro”.³⁰

En la República Bolivariana de Venezuela³¹ se ha establecido jurídicamente que el ajustador debe carecer del carácter de trabajador de la

²⁹ *Idem.*

³⁰ *Idem.* Lo anterior tiene apoyo, según el texto del propio laudo, en los textos siguientes: Alejandro VENEGAS, “Modernización de la actividad aseguradora y derecho civil privado de seguros”, inédita, p. 13; Felipe VALLEJO GARCÍA, “Sobre el ajustador de seguros y la naturaleza jurídica del ajuste”, *Derecho Colombiano*, t. XLIX, enero/junio de 1984, pp. 520-521.

³¹ Véase Reglamento General de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros de la República Bolivariana de Venezuela, artículos, 1o. y 177; A manera de ejemplo, véase

empresa aseguradora, y que en cambio, debe tratarse de un profesional calificado, con autorización de la autoridad gubernamental.

En efecto, la Superintendencia de Seguros adscrita al Ministerio de Finanzas, es la oficina que otorga las autorizaciones para ejercer funciones como ajustador de pérdidas, conforme al artículo 1o. del Reglamento General de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros. Por otro lado, el artículo 177, literal “C”, establece los requisitos que deben cumplirse para poder hacerse acreedor de la autorización para el ejercicio de la labor de ajustador de pérdida y específicamente expresa:

“Artículo 177. La autorización para actuar como ajustador de pérdida, se expedirá a quien reúna los siguientes requisitos: c) No ser empleado o encontrarse bajo relación de dependencia de empresas de seguros, de reaseguros, o de sociedades de corretaje, ni ser productores de seguros, o empleado público”.

Se destaca que el incumplimiento por parte de los ajustadores de pérdidas al inciso c) del artículo 177 del Reglamento General de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, constituye una razón válida para que la mencionada Superintendencia cancele su inscripción conforme al artículo 180 del mismo ordenamiento, pues uno de los requerimientos establecidos por el orden jurídico es que los intervinientes no tengan interés directo ni indirecto en sus resultados, como lo podría tener el empleado, el dependiente o el productor de seguros, por empeño de su gratitud a la correspondiente empresa de seguro.³² De lo que se aprecia que el derecho venezolano ha estimado

REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Juzgado Segundo de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo. Valencia, 3 de septiembre de 2004. 194 y 145. Sentencia Definitiva. Demandante: Héctor Enrique Colmenares Pérez. Apoderados: Mario Rodríguez Martínez y Yelytza Parada Aguirre. Demandado: “Compañía Nacional Anónima de Seguros La Previsora” (Compañía de Seguros La Previsora). Apoderados: Edgar Núñez Alcántara, Carmen Guarnieri Trisan y Rayda Riera Lizardo. Expediente: Gp02-S-2004-000030. Motivo: Calificación de Despido. En el caso concreto en cita, el tribunal venezolano resolvió que el actor, antiguo ajustador de seguros, no acreditó una relación jurídica de tipo laboral con la reo. <http://carabobo.tsj.gov.ve/decisiones/2004/septiembre/898-3-GP02-S-2004-000030-GH022004000087.html>.

³² *Cfr.* Reglamento General de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros de la República Bolivariana de Venezuela artículos, 177 y 180. Por ejemplo, véase REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Juzgado Primero de Primera Instancia de Juicio del Circuito

que una relación de dependencia laboral con la aseguradora puede afectar el resultado del ajuste, por el interés o gratitud profesada por el ajustador a su fuente de trabajo.

Tanto en el derecho de Colombia, como en el de la República Bolivariana de Venezuela, resalta la independencia por parte del ajustador respecto de la empresa aseguradora, con lo que se busca garantizar la no afectación del resultado ajuste. En México no existe alguna norma jurídica obligatoria que ordene dicha separación de intereses. Por ello, la única protección de la que goza el asegurado en México frente a una posible afectación en el resultado del ajuste, lo es la regla contenida en el ya citado artículo 25 de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, en la parte que dice: "...Las instituciones en ningún caso designarán como ajustador, a una persona que por su posición o cualquier circunstancia pueda actuar en contra de las prácticas profesionales generalmente aceptadas, afectando los resultados del ajuste". Este precepto resulta obviamente vago, ya que no se especifica cuál es la posición o circunstancia personal que puede derivar en una afectación en el resultado del ajuste, y mucho menos se clarifica en alguna forma cuáles son las prácticas generalmente aceptadas, así como aquellas que son inaceptables; más aún que en México, cada aseguradora se encarga de capacitar —conforme a sus criterios— a sus propios ajustadores, sin que la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas establezca un perfil en la figura del ajustador.³³ Las leyes extranjeras que fueron motivo

Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas. Asunto núm. AP21-L-2005-004400. En el juicio que por cobro de prestaciones sociales sigue el ciudadano JOSÉ R. PÉREZ S., titular de la cédula de identidad núm. 5.779.237, representado judicialmente por el abogado Antonio Menjibar Castellano, contra la sociedad mercantil denominada "COMPAÑIA NACIONAL ANÓNIMA DE SEGUROS LA PREVISORA", inscrita ante el Registro que llevaba el extinto Juzgado de Comercio del Distrito Federal, el 23 de marzo de 1914, bajo el núm. 296 y representada en juicio por los abogados Máximo Febres, Eddy Méndez, Maritza Parra e Issisnay Aldana; este juzgado dictó sentencia oral en fecha 18 de septiembre de 2006, mediante la cual declaró sin lugar la demanda. En este asunto, se resuelve esencialmente que una persona que laboró como ajustador bajo el registro del Ministerio de Finanzas, carece de la posibilidad de reclamar prestaciones propias de un trabajador. <http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2006/septiembre/2044-25-AP21-L-2005-004400-.html>.

³³ "En México no existe ningún sistema de regulación, por parte de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas para la determinación del perfil del ajustador, así como tampoco su capacitación. Inbursa capacita a sus ajustadores durante seis meses, en los cuales reciben capacitación de atención del cliente, coberturas de seguro, reglamento de tránsito, manejo de situaciones y de conflictos. Luego, durante seis meses adicionales trabajan junto con

de análisis sí implican con bastante claridad que una relación laboral entre el ajustador y la empresa de seguros puede llegar a ser una causa de desviación en el resultado del ajuste, dada la gratitud profesada por el trabajador hacia su fuente de trabajo. De la misma manera, se deja entrever que una relación de *supra* subordinación, como la que puede existir entre patrón y trabajador, puede llevar al trabajador a doblegarse ante el interés del patrón en perjuicio de terceros, siendo que en una relación mercantil entre pares, ello no ocurriría con tal facilidad. Ciertamente o no, ello es un principio de separación de intereses, que podría explorarse en México.

Del mismo modo, es interesante mencionar la experiencia de otros países, en referencia a la relación del ajustador con las autoridades en materia de seguros.

Es de llamar la atención el caso argentino relativo al registro de liquidadores:³⁴ en Argentina, por resolución número 26.385/98³⁵, la

compañeros en las calles, y es hasta cumplir un año cuando comienzan a trabajar en un automóvil. Grupo Nacional Provincial capacita durante tres meses a sus ajustadores, y si aprueban los exámenes pueden comenzar a trabajar. La capacitación va enfocada a tres áreas: Tareas administrativas (forma de trabajo, papeles), Tareas Técnicas (conocimiento de seguros, y legislación) y relación con el cliente (servicio al cliente, manejo de crisis, etcétera). ING no nos otorgó información sobre el tiempo de capacitación, pero nos dijo que a sus ajustadores se les capacita en contrato de seguros, legislación, normas y políticas, indicadores, valores y principios corporativos de nuestra empresa con un enfoque que le permita atender con calidad y calidez a nuestros asegurados en momentos críticos". *Cfr.* http://www.segurosdeautos.com.mx/seguros_comercial_america.html.

³⁴ En Argentina se le da el nombre de liquidador al ajustador. Gustavo Raúl Meilij explica que el liquidador de averías (liquidador de siniestros) desarrolla una función de naturaleza técnica e informativa. Él cumple la misión de poner en conocimiento a la empresa aseguradora las características de los hechos demandados como siniestro por el asegurado, así como de evaluar sus consecuencias. De la misma forma realiza acuerdos con el asegurado respecto de la indemnización. Las facultades implícitamente otorgadas por el asegurador al liquidador para que éste represente al primero frente al asegurado, le permiten al liquidador firmar actas de valuación de daños con el asegurado, requerir y recibir de éste la documentación e información relativa al siniestro e intimar al asegurado a cumplir los deberes a su cargo. Empero, las conclusiones del liquidador no obligan al asegurador, salvo que exista un mandato tácito o expreso. Por tanto, el asegurador puede adoptar la solución que él considere conveniente aunque no sea la indicada por el liquidador, e incluso puede contradecirla. *Cfr.* Gustavo Raúl MEILIJ, *Manual de seguros*, 3a. ed., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 101.

³⁵ En la Cámara de Diputados de Argentina se han verificado debates sobre la necesidad de impedir la derogación de la resolución. En sustancia, los argumentos contra la derogación son los siguientes: "La resolución 26.385/98 de la Superintendencia de Seguros de la Nación creó el Registro de Liquidadores y Peritos de Siniestros y Averías. Dicha resolución vino a dar

Superintendencia de Seguros de la Nación³⁶ creó el Registro de Liquidadores y Peritos de Siniestros y Averías. Con dicha resolución, se buscó profesionalizar y jerarquizar la actividad del ajustador. Lo anterior, se hizo en cumplimiento del artículo 67 fracción f) de la Ley 20.091., que dice:

“Artículo 67. Son deberes y atribuciones de la Superintendencia: f) Fiscalizar la conducta de los productores, agentes, intermediarios, peritos y liquidadores no dependientes del asegurador, en la forma y por los medios

respuesta no sólo a un postergado reclamo del sector asegurador y de los usuarios, sino que da cumplimiento a lo que dispone el artículo 67, inciso f), de la ley 20.091, que indica que es deber de la Superintendencia de Seguros fiscalizar la conducta de los peritos y liquidadores no dependientes del asegurador, en la forma y los medios que estime procedentes, tomando las medidas y aplicando las sanciones previstas en la ley. La actividad de los liquidadores de siniestros y averías comprende la determinación, valuación y liquidación de los daños y pérdidas ocasionados por eventos ocurridos en el país o en el exterior que afecten a personas o bienes que involucren contratos de seguros o de reaseguros, celebrados en el país o en el exterior (artículo 2o. de la resolución 26.385/98), siempre que no tengan subordinación técnica ni jurídica con el comitente, siendo remunerados exclusivamente por honorarios (artículo 4o., resolución 26.385/98). La resolución de referencia otorgó el correspondiente marco regulatorio a la actividad, fijando los parámetros necesarios para propiciar la capacidad técnica, la diligencia y la buena fe del liquidador, protegiendo de tal manera los derechos del usuario en el contrato de seguro, siendo concordante con lo dispuesto por el artículo 42 de la Constitución nacional. Se establecen en forma clara y precisa las condiciones para inscribirse en el Registro, las obligaciones e inhabilidades de los liquidadores, así como la aplicación de un régimen sancionatorio. En síntesis, la resolución 26.385/98 ha posibilitado la profesionalización y jerarquización de la actividad del liquidador. Sin embargo, diversas informaciones dan cuenta sobre la intención del Poder Ejecutivo, a través del actual superintendente de Seguros de la Nación, Juan Pablo Chevallir Boutell, de derogar la resolución 26.385/98, de modo de permitir únicamente la actuación de liquidadores con dependencia jurídica, técnica y económica de las aseguradoras. Dicha derogación implicaría no sólo la afectación de la seguridad jurídica de los usuarios del contrato de seguro y de los propios liquidadores, sino que contraviene la expresa disposición del artículo 67, inciso f), de la ley 20.091. La Asociación Argentina de Liquidadores y Peritos de Seguros se ha pronunciado enérgicamente en contra de la posible derogación de la resolución 26.385/98 por cuanto dicho paso implicaría una regresión normativa, distorsionando la actividad de liquidación de siniestros y averías, con un debilitamiento de la posición del asegurado ante la ocurrencia de un siniestro”. *Cfr.* orden del día núm. 3051. Comisión de Economía de la Cámara de Diputados de la Nación. Impreso el día 25 de septiembre de 2001. www.hcdn.gov.ar/dependencias/dcomisiones/periodo-118/118-3051.pdf.

³⁶ La Superintendencia de Seguros de la Nación establece en su página web los requisitos necesarios para inscribirse en el registro de liquidadores de siniestros y averías. La página en cuestión es la siguiente: http://www.ssn.gov.ar/fwcm/?page=/fwcm/Modules/CentralTree/index.asp&id_section=351.

que estime procedentes, conocer en las denuncias pertinentes y sancionar las infracciones.

En efecto, la resolución en comento se sustenta en que sólo los liquidadores que acrediten tener suficiente capacidad legal y técnica, deben gozar del derecho de suscribir liquidaciones encomendadas por aseguradores y reaseguradores. Así, la resolución regula a gran detalle la actividad de liquidación, las obligaciones de los liquidadores de siniestros y averías, así como los requisitos, y por otro lado, las inhabilidades, para estar inscrito en el registro, todo lo cual se detalla en su articulado.³⁷

El gobierno argentino ha estimado necesaria una regulación profunda sobre el ajuste de seguros, que incluye: la actividad propia de la liquidación del siniestro, las cualidades subjetivas necesarias e indispensables para adquirir autorización gubernamental para el ejercicio del oficio, así como las prerrogativas, los deberes, y las prohibiciones del liquidador, lo que desde luego es una fuente de seguridad jurídica para el sector asegurado, y más aún para el propio gremio de liquidadores y peritos en el país suramericano.³⁸ En México, la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas carece de registro de ajustadores. Quizá sería adecuado explorar una regulación semejante a la argentina, a efecto de garantizar la integridad, imparcialidad y profesionalismo en el ajuste de seguros.

En Chile, el Decreto con Fuerza de Ley núm. 251, establece lo siguiente:

“Artículo 61. La liquidación de los siniestros amparados por un seguro podrán practicarla las compañías directamente o encomendarla a un liquidador registrado en la Superintendencia,³⁹ salvo las excepciones legales. Sin embargo, el asegurado o beneficiario del seguro podrá exigir, en la forma y plazo que establezca el Reglamento, que la liquidación la realice un liquidador registrado.

³⁷ Estas consideraciones se toman directamente del texto y del articulado de la resolución. Para conocer la resolución en su integridad, puede consultarse el Portal Corporativo de la Superintendencia de Seguros de la Nación. <http://www.ssn.gov.ar>.

³⁸ En Argentina, existe un órgano de colegiación para liquidadores y peritos. Es la Asociación Argentina de Liquidadores y Peritos de Seguros.

³⁹ Se refiere a la Superintendencia de Valores y Seguros de Chile.

La liquidación del siniestro tiene por fin básicamente determinar la ocurrencia del siniestro, si el riesgo está bajo cobertura de una compañía determinada, y el monto de la indemnización a pagar, todo ello de conformidad con el procedimiento que establezca el reglamento.

Los liquidadores que deban informar un siniestro podrán solicitar de las autoridades administrativas o judiciales que por su cargo tengan antecedentes relacionados con éste, les faciliten su conocimiento o les otorguen su certificación sobre los puntos necesarios para su liquidación. Igual facultad tendrán los apoderados de las compañías encargados de hacer la respectiva liquidación, cuando no se la hayan encomendado a un liquidador de siniestros.

Artículo 62. El registro de liquidadores podrá dividirse por ramos según el tipo de seguros de que se trate y la persona en él inscrita deberá cumplir en todo momento los requisitos exigidos para el o los ramos correspondientes.

Para inscribirse como liquidador de seguros se requiere:

- a) Reunir los requisitos de las letras a) y b) del artículo 58; estar en posesión de la licencia de educación media o estudios equivalentes; acreditar los conocimientos suficientes sobre el comercio de seguros en la forma que disponga la Superintendencia mediante norma de carácter general, y no encontrarse en alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 44 bis.
- b) Acreditar la contratación de una póliza de seguro que determine la Superintendencia por un monto no inferior a la suma más alta entre 500 unidades de fomento o un tercio de los ingresos obtenidos como liquidador en el año inmediatamente anterior, con un máximo de 60 000 unidades de fomento, para responder al asegurado o beneficiario del seguro objeto de la liquidación, del correcto y cabal cumplimiento de todas las obligaciones emanadas de su actividad y, especialmente, de los perjuicios que por ella puedan ocasionarles.
- c) No ser martillero público, agente de aduanas, corredor de seguros, director, gerente, apoderado o trabajador de alguno de éstos o de una entidad aseguradora o reaseguradora.
- d) Tratándose de personas jurídicas, haberse constituido legalmente en Chile con este objeto específico y reunir sus administradores y representantes legales los requisitos exigidos para los demás liquidadores.

Artículo 63. Son obligaciones de los liquidadores:

- a) Investigar las circunstancias del siniestro para determinar si el riesgo asegurado gozaba de la cobertura contratada en la póliza.

- b) Determinar el valor del objeto asegurado a la época del siniestro, el monto de los perjuicios y la suma que corresponde indemnizar, informando fundadamente al asegurador y al asegurado la procedencia o rechazo de la indemnización.
- c) Proponer a las partes las medidas urgentes que se deban adoptar para evitar que se aumenten los daños y llevarlas a cabo previa autorización escrita del propietario o responsable de los bienes siniestrados, sin perjuicio de las obligaciones del asegurado.
- d) Las demás que establezca el reglamento. En el cumplimiento de sus obligaciones los liquidadores responderán hasta de la culpa leve.

Artículo 64. A los liquidadores les queda prohibido:

- a) Practicar liquidaciones en las cuales tengan interés en razón de parentesco o de su relación con las personas afectadas o con la propiedad de los bienes siniestrados, de acuerdo con el reglamento.
- b) Percibir directa o indirectamente beneficios económicos del asegurador, del asegurado o de terceros, distintos de sus honorarios profesionales y retener para sí o adjudicar a personas relacionadas los bienes o productos del recupero que hubieren practicado".

Como puede verse, en varios países latinoamericanos la profesionalización del ajustador no sólo ha sido motivo de intencionalidad dentro del texto de la ley, sino que ello ha sido materializado mediante regulaciones positivas.

2. El procedimiento de ajuste

Octavio Sánchez Flores afirma que la empresa aseguradora debe proceder al cumplimiento de las obligaciones señaladas en la póliza respectiva, inmediatamente que tiene conocimiento de la realización del siniestro. La determinación del monto de la pérdida la efectúa un profesional especializado, de conformidad con prácticas mundiales. El ajustador, al presentarse al lugar del siniestro, atiende y auxilia al asegurado para cuantificar los daños con toda imparcialidad. Si se trata de seguro de automóviles, el ajustador intervendrá en la valoración del daño en los primeros momentos, determinando los daños que hayan producido lesiones o muerte, emitiendo el informe, estableciendo técnicamente la forma en la que se dio el accidente, y

emitiendo las órdenes correspondientes de admisión al taller del vehículo siniestrado. Si se trata de seguro contra incendio, determinará mediante un informe detallado a la compañía aseguradora, con base en la documentación proporcionada por el asegurado así como por las investigaciones que realice, el monto de los daños ocasionados, señalando los renglones asegurados y afectados y manifestando su punto de vista en atención a la procedencia o improcedencia de la reclamación, interpretando en algunos casos las estipulaciones de la póliza, a fin de determinar la intención de las partes y de esta manera no lesionar los intereses del asegurado y el asegurador. Antes de la determinación de la pérdida, lo primero que debe hacer el ajustador es cerciorarse de que los datos contenidos en la póliza coincidan con las características de los bienes asegurados, por su descripción, ubicación, etcétera. También debe cerciorarse del "interés asegurable" del beneficiario, y de que el siniestro ocurrió durante la vigencia de la póliza. Por todo lo anterior, son elementos necesarios para el ajuste: a) la existencia de un contrato de seguro; b) que se produzca un siniestro del que se originen pérdidas económicas; c) que el siniestro esté amparado por el contrato de seguro y que el mismo se presente dentro de la vigencia contratada; d) saber si ha ocurrido o mediado alguna circunstancia o hecho después de la pérdida que pudiera liberar de responsabilidad a la empresa aseguradora; e) la existencia y la entrega total de documentación e información necesaria por conducto del asegurado, a fin de que el ajustador cuente con todos los elementos para emitir su ajuste. En esencia, la labor del ajustador consiste en actuar de manera que los derechos del asegurado sean satisfechos conforme a las pautas establecidas de antemano en el contrato de seguro o en la ley. Las actividades que realicen los ajustadores se sujetarán a las disposiciones de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, y al reglamento respectivo que aún no existe, así como a las orientaciones de política general que en materia aseguradora señale la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, y a la inspección y vigilancia que realice la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas. Los ajustadores de seguros deberán reunir los requisitos que exija el reglamento respectivo, pero en ningún caso podrá autorizarse a personas que por su posición o cualquier

circunstancia pueda actuar en contra de las prácticas profesionales generalmente aceptadas, afectando los resultados del ajuste.⁴⁰

El mismo tratadista⁴¹ afirma que cuando se produce el siniestro no hay problemas prácticos en orden a la satisfacción de las indemnizaciones cuando el capital asegurado en la póliza lo es por un importe correcto. En efecto, si el siniestro tiene carácter total, la indemnización equivale al cien por ciento del capital asegurado, y si es parcial, es decir, afectada una parte determinada, entonces se establece la correspondiente proporción. Si en el momento del proceso de ajuste o determinación de la pérdida indemnizable surgen las diferencias entre asegurado y aseguradora y éstas se refieran exclusivamente al monto del daño, el contrato de seguro, en sus condiciones generales en la Cláusula de Peritaje, con base en lo que dispone el artículo 118 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro, establece el procedimiento para que sea un perito el que fije la medida de la obligación a cargo de la aseguradora. Las partes pueden designar de común acuerdo un perito o cada parte designar el propio, y estos a un tercero en discordia. El problema surge cuando se da una valoración excesiva o defectuosa del objeto asegurado y el capital que consta en la póliza es superior o inferior, respectivamente, al que realmente tiene. Una vez ocurrido el siniestro, éste debe ser evaluado mediante un conjunto de actuaciones, realizadas por la entidad de seguros a través de su ajustador, a fin de que este último determine el monto de los daños ocasionados. Sigue diciendo el autor en consulta⁴² que los ajustadores, en ocasiones, son empleados de la compañía aseguradora, y su función estriba en determinar con base en las declaraciones y los informes que recaban, así como las investigaciones y estudios que realizan, el monto de los daños ocasionados por la realización del siniestro. Este informe adquiere el nombre de ajuste. El ajuste es analizado por la aseguradora, a fin de determinar su responsabilidad y determinar la procedencia o improcedencia del pago de la suma asegurada o indemnización reclamada. A juicio del autor en comentario, las compañías de seguros deben realizar estas tareas en el menor tiempo posible, para satisfacer cuanto antes sus obligaciones, lo que en algunas ocasiones omiten, causando perjuicios

⁴⁰ Octavio Guillermo de Jesús SÁNCHEZ FLORES, *El contrato de seguro privado*, op. cit., pp. 244-246.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 233-234.

⁴² *Ibidem*, loc. cit.

al beneficiario de dicha indemnización. Asevera el mismo especialista en seguros que las aseguradoras llegan a recurrir a prácticas dilatorias para retardar o eludir el pago a que están obligadas; prácticas tales como el requerimiento al asegurado de un sinnúmero de documentos, en forma indefinida, por lo que la autoridad debe imponer medidas más enérgicas a las entidades de seguros, para limitar estas prácticas.

En realidad, el nódulo del procedimiento de ajuste en México es la valorización del daño bajo los cánones de las prácticas profesionales generalmente aceptadas, así como la no afectación en el resultado del ajuste; todo lo cual resulta extremadamente problemático ante instancias administrativas o jurisdiccionales.

A continuación se hace énfasis en las dificultades que las instancias administrativas, como lo es la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (Condusef), o los tribunales, pueden llegar a enfrentar al tratar de determinar lo que son las prácticas profesionales generalmente aceptadas y la no afectación del resultado del ajuste, para efectos de resolver una controversia en el ámbito de sus respectivas competencias.

La dificultad principia por el hecho de que existe un vacío normativo y doctrinal notable respecto de la actividad del ajustador. Como consecuencia de ello, también existe un vacío de normas de derecho objetivo respecto de los límites de las prácticas profesionales generalmente aceptadas en el caso del ajuste de seguros.

Es verdad que se cuenta con el artículo 19 del Código Civil Federal, que dice textualmente lo que enseguida se transcribe, y que resulta supletoriamente aplicable a la materia comercial por virtud del artículo 2o. del Código de Comercio.

“Artículo 19. Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales de derecho”.

Es decir, no hay duda de que, a falta de norma, el juzgador tiene a su alcance los principios generales del derecho para resolver una controversia. Empero, ello no es, ni puede ser suficiente en todos los casos para dilucidar una práctica de ajuste generalmente aceptada, respecto de una diversa práctica de ajuste inaceptable; especialmente cuando la controversia versa sobre aspectos técnicos del ajuste.

Se dirá del mismo modo, que en este caso las partes y el órgano jurisdiccional tienen a su alcance el ofrecimiento y desahogo de la prueba pericial en materia de ajuste de seguros, sin embargo, tampoco puede quedar inadvertido que una prueba pericial sustentada en un suceso dañoso ocurrido varias semanas, meses o años atrás, necesariamente carece de un alcance probatorio eficaz, dado el probable —y en ocasiones inevitable— cambio de circunstancias fácticas en el lugar del siniestro y en los bienes dañados. Póngase, por ejemplo, el caso de una fábrica en la que se suscita un incendio. En este caso, la fábrica precisa de gran celeridad para restablecer sus operaciones con la mayor eficiencia posible, así como de la más pronta realización del salvamento, precisamente para mitigar las pérdidas ocurridas por el siniestro. Por tal razón, no le sería costeable dejar el sitio intacto hasta la definitiva conclusión de un eventual juicio en contra de la empresa aseguradora derivado de una valuación deficiente de las pérdidas.

Las mismas dificultades se presentan al momento de determinar la posible afectación del ajuste, por parte del liquidador del siniestro. Es cierto, si no es posible discernir con facilidad la práctica aceptada de la inaceptable, menos factible resulta discernir una posible afectación en el ajuste, máxime cuando el juzgador es perito en derecho, pero no en ajuste de seguros. Debe resaltarse que la ley es omisa en señalar cuál es el parámetro para estimar que un ajuste de seguro ha sido afectado en algún modo.

En definitiva, si existiera un cuerpo normativo que regulara jurídicamente los procedimientos y prácticas más comunes del ajustador, entonces la autoridad contaría con parámetros certeros de derecho para resolver controversias relacionadas con el ajuste de seguros. Queda claro que los aspectos de mayor tecnicismo no admiten ser normados a detalle, sin embargo, las reglas generales de operación de un ajuste de seguros sí podrían quedar codificadas, y con ello, tanto el sector asegurador, como el sector asegurado, gozarían de una mayor seguridad jurídica.

IV. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL AJUSTE

Es de gran importancia exponer de manera breve cuáles son las consecuencias jurídicas del ajuste para el asegurado y para la em-

presa aseguradora, y posteriormente abordar algunos aspectos de su problemática jurídica.

En principio debe visualizarse que el ajuste es una de las etapas de la ejecución del contrato de seguro contra los daños. En efecto, el ajuste de seguro es el procedimiento a través del cual se hace la liquidación del siniestro,⁴³ y a través del cual el ajustador sugiere a la aseguradora el monto que debe pagar al asegurado o al beneficiario, según el contrato respectivo. Lo anterior, se hace mediante un instrumento denominado cuaderno de ajuste.

De lo antes expuesto, se advierte que la consecuencia para el asegurado es la proyección de su expectativa de derecho, o bien, de la expectativa de derecho del beneficiario, para recibir una cierta suma al amparo del contrato de seguro. Para la aseguradora, el cuaderno de ajuste implica una sugerencia realizada por el ajustador, respecto del derecho que podría asistir al asegurado, o al beneficiario, para obtener la suma amparada por el contrato, una vez realizada la eventualidad dañosa prevista. En efecto, el ajuste arroja una simple propuesta que no resulta vinculante para la empresa de seguros. Esto tiene fundamento en el artículo 119 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro. El precepto dice:

“Artículo 119. El hecho de que la empresa aseguradora intervenga en la valorización del daño, no le privará de las excepciones que pueda oponer contra las acciones del asegurado o de su causahabiente”.

No hay duda que el ajuste sólo da lugar a un proyecto de indemnización tras la realización del siniestro previsto en el contrato de seguro contra daños, puesto que la aseguradora puede oponer excepciones⁴⁴

⁴³ Debe recordarse que el acaecimiento del siniestro es la condición para que el asegurador deba su prestación. Raúl Aníbal ETCHEVERRY, *Derecho comercial y económico. Contratos. Parte Especial 2*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1994, pp. 364 y ss.

⁴⁴ Por excepciones se entienden las cuestiones concretas que opone el demandado para evitar la continuación del juicio, o bien para evitar un reconocimiento judicial de la pretensión de fondo del actor. Cfr. José OVALLE FAVELA, *Excepciones*, en *Diccionario Jurídico Mexicano*, tomo D-H, *op. cit.*, p. 1376. Por su parte, José Becerra Bautista aborda el derecho de contradicción que asiste en todo juicio a la parte demandada, y también el tema de las excepciones de tipo procesal, así como las de fondo. Respecto del derecho de contradicción, explica que el mismo consiste en el derecho de obtener la decisión del conflicto que se plantea al demandado también mediante la sentencia del órgano jurisdiccional que lo emplazó; por tanto, este derecho constitucional de ser oído en juicio, aun cuando

contra las pretensiones de indemnización que pudieran deducir en juicio el asegurado o su causahabiente, y por analogía, el beneficiario, es decir, puede destruir la sustancia misma de su pretensión.

Lo anterior es fuente de la siguiente interrogante: ¿la empresa aseguradora puede válidamente desconocer hechos, derechos u obligaciones asentados por el ajustador en el cuaderno de ajuste en el uso de su facultad de representación, incluyendo la existencia del siniestro mismo?

En este punto adquiere relevancia el principio general del derecho que reza: “*Nadie tiene derecho a volverse contra sus propios actos*”. Debe recordarse que los principios generales del derecho constituyen hilos conductores en la interpretación del derecho objetivo.

En efecto, es de llamar la atención el hecho de que el artículo 119 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro presenta una redacción tan amplia, que, en principio, parece permitir a la empresa aseguradora desconocer los hechos consignados por el ajustador en el cuaderno de ajuste, y con ello, dejar a su unilateral arbitrio el cumplimiento de la obligación de pago, derivada de un acuerdo de voluntades sellado bajo el principio jurídico de *pacta sunt servanda*. Es cierto, donde la ley no distingue, no le es dable al juzgador o a las partes hacer distinción, por tanto, si la ley no excluye expresamente la excepción de desconocimiento del siniestro, entonces la misma parece ser tan oponible en juicio por parte de la aseguradora, como cualquier otra.

No obstante lo anterior, y a criterio del que escribe, el artículo 119 de la Ley sobre el Contrato de Seguro no admite interpretarse en una forma aislada, sino que debe entenderse a la luz de los principios generales del derecho y de los artículos 1796 y 1797 del Código Civil. De lo anterior se desprende de modo inevitable que no es jurídicamente posible que la empresa aseguradora desconozca en juicio los hechos o derechos reconocidos por el ajustador en el cuaderno de ajuste, en el

es potestativo para el demandado hacerse oír invocando las defensas que tenga a su favor. Respecto de las excepciones opuestas por el demandado, afirma el mismo autor que ellas pueden referirse al fondo del problema o a cuestiones puramente procesales, siendo que las excepciones de fondo son los contraderechos en los que puede basarse el demandado para hacer infructuosa la acción del actor. Las excepciones procesales, por su parte, tienden a normalizar al procedimiento, es decir, atacan el modo como la acción se hizo valer. Cfr. José BECERRA BAUTISTA, *La teoría general del proceso aplicada al proceso civil del Distrito Federal*, Porrúa, México, 1993, pp. 45, 48-49.

uso de sus facultades de representación, aun siendo el caso que tenga el derecho a oponer otras excepciones, sean procesales o de fondo.

Lo anterior, con la salvedad de que la aseguradora acredite de modo fehaciente la falsedad, inverosimilitud, error, o vicio de apreciación de los hechos consignados por el ajustador, venciendo en juicio al propio auxiliar de seguros, y contando con la comparecencia del asegurado o del beneficiario dentro del mismo procedimiento, ambos con el carácter de terceros interesados, para efecto de que les depare perjuicio la sentencia respectiva.

Es cierto, recuérdese que en algunos casos el ajustador es empleado de la aseguradora, en otros casos, es un profesional contratado mediante un acuerdo civil o mercantil por la empresa, para realizar la liquidación de un determinado siniestro. En todo caso, el ajustador ostenta una suerte de representación de la empresa aseguradora frente al asegurado en los mismos términos en que lo explica la doctrina argentina por conducto de Meilij.⁴⁵ Es decir, el ajustador personifica ante el asegurado a la empresa aseguradora. Así, las facultades implícitamente otorgadas por el asegurador al ajustador, le permiten firmar actas de valuación de daños con el asegurado, requerir y recibir de éste la documentación e información relativa al siniestro, e intimar al asegurado a cumplir los deberes a su cargo. En efecto, el ajustador es la entidad auxiliar por la cual se lleva adelante una etapa de la ejecución del contrato de seguro una vez ocurrido el siniestro. En este estado de cosas, es evidente que la empresa de seguros carece de todo derecho en juicio de desconocer los hechos plasmados por el ajustador en el cuaderno de ajuste cuando no se ha acreditado la falsedad, con independencia de que por otras razones pueda o no ser procedente la reclamación. Esto quedará evidenciado a través del estudio de los alcances de la representación, el cual se hará enseguida.

Según el *Diccionario Jurídico Mexicano*,⁴⁶ la representación es en términos generales el acto de sustituir o hacer las veces de otra persona; es un fenómeno jurídico que implica la actuación a nombre de otro, en el campo del derecho. En efecto, una persona llamada

representante realiza actos jurídicos en nombre de otra persona llamada representado, en forma tal que el acto surte efectos en forma directa en la esfera jurídica de este último, como si hubiera sido realizado por él. Así, los derechos y obligaciones emanadas del acto jurídico de que se trate, se imputan directamente al representado. La representación supone el hecho de que una persona, que no es a quien corresponden los intereses jurídicos en juego, ponga su propia actividad y voluntad al servicio de tales intereses ajenos, realizando un acto jurídico a nombre de la persona a quien pertenecen. Existen diversas clasificaciones dentro de las variadas teorías de la representación, sin embargo, puede destacarse una clasificación con arreglo a la voluntad del representado. Sus categorías son las siguientes: la representación voluntaria, la representación legal y la representación de los administradores y gerentes respecto las personas morales. La representación voluntaria existe cuando se faculta a otro para actuar a nombre y por cuenta propia; la representación legal dimana directamente de la ley; la representación de los administradores y gerentes respecto de las personas morales. En relación con la representación voluntaria, cabe decir que ella puede constituirse mediante una declaración unilateral de la voluntad del representado, mediante un poder o procura; o bien, mediante un contrato, como lo es el de comisión mercantil. Con respecto a la representación legal, la misma puede ejemplificarse con el ejercicio de la patria potestad sobre los menores, en los términos establecidos por la legislación civil. La representación de las personas morales por parte de sus administradores y gerentes admite catalogarse como una situación intermedia, ya que concurren la voluntad de los órganos sociales y las disposiciones de la legislación societaria en su articulación. Por otro lado, algunos autores también han visualizado una forma de representación oficiosa, como es el caso de la figura jurídica de la gestión de negocios. En esta última forma de actuar a nombre de otro, la doctrina moderna no encuentra una auténtica representación, sino lo que ha dado en llamar una legitimación por sustitución. Si bien es cierto que la representación es una institución jurídica a través de la cual pueden realizarse válidamente actos jurídicos sobre un patrimonio ajeno, también es cierto que existen otras instituciones en virtud de la cual una persona realiza actos

⁴⁵ Gustavo Raúl MEILIJ, *Manual de seguros*, op. cit., loc. cit. En sentido contrario, la doctrina colombiana.

⁴⁶ Cfr. Miguel SOBERÓN MAINERO, *Representación*, en *Diccionario de Investigaciones Jurídicas*, tomo P-Z, op. cit., pp. 2802-2803.

en el patrimonio de otro sin ser su representante.⁴⁷ Lo propio de la representación es la actuación "a nombre del representado".

En la óptica de Rafael Rojina Villegas,⁴⁸ la representación supone dos condiciones: la primera, que el acto jurídico se ejecute por el representante en nombre del representado; la segunda, que el acto jurídico se realice por cuenta del representado. Afirma que en el caso de la representación, concurre la voluntad jurídica del representado para la validez del acto jurídico, aunque no su voluntad psicológica. Recuerda que en la doctrina de la ficción, el representante es un instrumento del representado, siendo que el último no comparece en el acto jurídico. En la doctrina del nuncio, de Savigny, se dice que el representante es un mensajero, un simple portavoz. En la teoría de la cooperación de voluntades, se sostiene que concurren la voluntad de representante y representado, las cuales se armonizan en una sola voluntad jurídica que según el derecho se le atribuye al representado. En una última tesis, llamada de la sustitución real de la voluntad del representado por la del representante, se niega que jurídicamente concorra al acto el representado, pero sí se acepta que el contrato se celebra en el nombre de éste. En todo caso, el acto jurídico afecta o beneficia el patrimonio del representado. No obstante, recuerda que existen otras maneras, distintas de la representación, para afectar el patrimonio de terceros mediante la celebración de actos jurídicos. Específicamente hace referencia a las clases de mandatos contenidas en el Código Civil, tales como son el mandato representativo y el mandato sin representación. Asevera que en derecho mercantil existe la comisión representativa y la no representativa. Respecto de la clasificación de las formas de representación, el maestro Rojina Villegas únicamente se refiere a la voluntaria y a la legal. Respecto del caso de la representación de las personas morales, el tratadista estima que se encuentra en el caso de la voluntaria y resalta que Ennecerus opina en sentido diverso.

Manuel Borja Soriano⁴⁹ afirma que hay representación cuando una persona celebra a nombre y por cuenta de otra un contrato o en gene-

⁴⁷ Este es el caso del heredero aparente.

⁴⁸ Cfr. RAFAEL ROJINA VILLEGAS, *Compendio de derecho civil. Teoría general de las obligaciones*, 18a. ed., Porrúa, México, 1993, pp. 126-136.

⁴⁹ Cfr. MANUEL BORJA SORIANO, *Teoría general de las obligaciones, op. cit.*, pp. 243-258.

ral un acto jurídico, de manera que sus efectos se producen directa e inmediatamente en la persona y en el patrimonio del representado, como si el mismo hubiere celebrado el contrato o ejecutado el acto. Se produce, pues, una relación obligatoria entre el representado y un tercero. El maestro Borja únicamente distingue la representación legal de la voluntaria. Hace del mismo modo una revisión de las diversas teorías que han explicado el fenómeno jurídico de la representación, entre las que destacan la teoría negativa de Duguit; la teoría de la ficción (citando a Geny; Poithier; Planiol; y Windscheidt, entre otros); la teoría del nuncio de Savigny; la de la cooperación de Mitteis; y la de la sustitución (citando a Pilon, Colin y Capitant; Planiol, Ripert y Esmein; von Ihering; Ennecerus y Nipperdey; Madray; y Bonnecase entre otros). Concluye que la teoría de la sustitución real de la personalidad del representado por la del representante, es a su juicio, la más acertada desde el punto de vista doctrinal. Es decir, el autor en estudio, considera que existe una sustitución real y completa de la personalidad jurídica del representante a la del representado; en otros términos, es la voluntad del representante, sustituyéndose a la del representado la que participa directa y realmente en la formación del contrato, produciendo sus efectos en el patrimonio del representado. Sin embargo, considera que nuestros códigos se han ordenado más hacia la teoría de la ficción y por ello, deben interpretarse conforme a esa doctrina.

Para Ramón Sánchez Medal,⁵⁰ la representación es la acción de representar, o sea el acto por el cual, una persona dotada de poder, llamada representante, obra a nombre y por cuenta de otra llamada representada o "*dominus*" del negocio. También explica que por representación en sentido propio se entiende la "*contemplatio domini*", esto es, la declaración unilateral que el representante hace a terceros al realizar un determinado acto jurídico, de que actúa a nombre y por cuenta de su representado. Así pues, toda representación exige un poder, pero no se confunde con éste. El poder es la facultad de representar, y la representación es el ejercicio mismo de dicha facultad. Para el maestro Sánchez Medal existen tres fuentes de origen de la representación: la ley, la voluntad y la resolución judicial. La consecuencia de la representación es que el acto que realiza el

⁵⁰ Cfr. RAMÓN SÁNCHEZ MEDAL, *De los contratos civiles, op. cit.*, p. 312.

representante a nombre del representado produce efectos jurídicos, activos y pasivos, directamente en el patrimonio del último, ya que el representante queda completamente ajeno a los derechos y obligaciones que deriven del acto. Esto, conforme al artículo 2581 del Código Civil Federal.⁵¹

Esto es, en sustancia, lo que algunos de los autores más representativos de la doctrina civil nacional sostienen respecto de la figura jurídica de la representación. En esencia, las notas comunes consisten en que hay una persona llamada representante que obra en un acto jurídico a nombre y por cuenta de otra, llamada representado, y que los efectos recaen sobre el patrimonio del representado y no del representante. Ahora, es conveniente conocer la forma en que esta figura se proyecta en el derecho mercantil, y especialmente en los auxiliares del comercio, toda vez que el ajustador de seguros no es otra cosa que un auxiliar del comercio especializado en un aspecto concreto relativo a la materia de seguros.

Sobre los auxiliares mercantiles, y la representación que ellos ostentan, Jorge Barrera Graf⁵² explica lo siguiente: existen dos clases de auxiliares, a saber, los internos (gerentes, factores, funcionarios, empleados, dependientes, entre otros) y los externos o libres (comisionistas, corredores, profesionistas independientes y otros). Los dependientes están vinculados al empresario, por regla general, a través de contratos de trabajo⁵³ al amparo de la Ley Federal del Trabajo, los independientes lo están de otras formas, mediante contratos civiles o mercantiles. Respecto de funcionarios intermedios (dependientes), el académico de la Universidad Nacional Autónoma de México apunta que ellos gozan de una representación limitada, ya sea por sus funciones, o por áreas, o por segmentos de la empresa. La representación de los obreros es casi siempre nula. El autor sustenta sus opiniones

⁵¹ "Artículo 2581. El mandante debe cumplir todas las obligaciones que el mandatario haya cumplido dentro de los límites del mandato". Si bien es cierto que el precepto en cita hace referencia a una de las obligaciones del mandante dentro del contrato de mandato, también es cierto que no pasan desapercibidas al maestro Ramón Sánchez Medal las diferencias entre las figuras jurídicas de la representación, el poder y el mandato, las cuales analiza dentro del texto en estudio.

⁵² Cfr. Jorge BARRERA GRAF, *Instituciones de derecho mercantil*, Porrúa, México, 2000, pp. 213, 218-225.

⁵³ El autor en estudio hace algunas reservas respecto de la vinculación entre el factor y el empresario.

en los artículos 321 a 326 del Código de Comercio. Respecto de la situación derivada del contrato de comisión mercantil (caso de algunos de los auxiliares externos), el maestro asevera que existe la comisión-mandato, y la comisión-profesional. Sobre la comisión-mandato, hace notar que ella siempre es representativa porque el comisionista obra a nombre del comitente; tiene un origen contractual; se refiere a actos de comercio, aislados, concretos, e individualizados. Por otro lado, la comisión-profesional es la que se le otorga a empresas que se constituyen precisamente para la prestación del servicio objeto de la comisión (por ejemplo, casas de bolsa); dichas empresas realizan de manera profesional su actividad de comisionistas; ofrecen sus servicios al público; la empresa puede acudir a dependientes en operaciones subalternas; los encargos que se les formulan suelen ser unilaterales por medios de instrucciones.⁵⁴

Para Miguel Acosta Romero⁵⁵ el fundamento de la existencia de los auxiliares del comercio, lo es la doctrina de la representación. Ello, como medio para extender la esfera de acción del comerciante. El autor en comento esboza una clasificación de auxiliares en algo semejante a la propuesta por Barrera Graf, aunque con sus caracteres propios. En efecto, Acosta Romero apunta la existencia de auxiliares dependientes y auxiliares independientes. Mientras que los primeros son auxiliares del comerciante, los segundos son del comercio.

En cuanto a lo que establece el texto legal respecto de los actos realizados por dependientes y comisionistas, puede destacarse lo siguiente: el artículo 321 del Código de Comercio establece que los actos ejecutados por los dependientes de los comerciantes obligan a sus principales en todas las operaciones que éstos les tuvieren encomendadas.

Por otro lado, conforme a los artículos 273 y siguientes del Código de Comercio, la comisión mercantil es el mandato aplicado a actos concretos de comercio. El que la confiere es el comitente y el que la desempeña es el comisionista. El comisionista, para desempeñar su encargo, no necesita poder constituido en escritura pública, siéndole

⁵⁴ Este es el caso de los llamados contratos de intermediación bursátil no discrecionales, en los que la casa de bolsa sólo puede realizar actos jurídicos con valores de conformidad con las instrucciones del cliente.

⁵⁵ Miguel ACOSTA ROMERO y Julieta Areli LARA LUNA, *Nuevo derecho mercantil*, op. cit., pp. 221-224.

suficiente recibirlo por escrito o de palabra; pero cuando sea verbal se ha de ratificar por escrito antes que el negocio concluya. El comisionista, salvo siempre el contrato entre él y el comitente, puede desempeñar la comisión tratando en su propio nombre o en el de su comitente. Cuando el comisionista contrate en nombre propio, tendrá acción y obligación directamente con las personas con quienes contrate, sin tener que declarar cuál sea la persona del comitente, salvo en el caso de seguros. Cuando el comisionista contrate expresamente en nombre del comitente, no contraerá obligación propia, rigiéndose en este caso sus derechos y obligaciones como simple mandatario mercantil, por las disposiciones del derecho común.

Lo relevante de todo lo antes expuesto consiste en que a juicio del que escribe, el ajustador de seguros es un auxiliar mercantil, y en tales condiciones ostenta una suerte de representación de la empresa frente al asegurado, vinculando a dicha empresa en los actos y hechos que el propio ajustador reconoce.

En efecto, en unos casos, el ajustador es un dependiente de la empresa aseguradora, en otros casos es un comisionista que presta servicios profesionales. En todo caso, el ajustador lleva a cabo hechos y actos jurídicos frente al asegurado a nombre y por cuenta de la entidad de seguros, y que inciden en el patrimonio de la empresa, y nunca en el suyo. Tan es así, que el ajuste, y todos los actos implícitos en el mismo, como lo es la elaboración del cuaderno de ajuste con todos sus procedimientos y consecuencias, constituyen una fase indispensable en la ejecución del seguro contra los daños al actualizarse la eventualidad dañosa prevista en el contrato; es decir, constituyen actos con los cuales la empresa de seguros cumple algunas de las obligaciones contraídas en el contrato de seguro.

Por esta razón es que si el ajustador personifica a la empresa aseguradora ante al asegurado para la realización de ciertos actos, y si su actuación implica consecuencias y beneficios en el patrimonio de la empresa aseguradora, entonces también debe estimarse que los hechos o derechos reconocidos por el ajustador en uso de sus facultades⁵⁶ de representación deben ser igualmente reconocidos por la empresa ase-

⁵⁶ En el caso del ejercicio *ultra vires* de las facultades de representación, pueden cobrar aplicación los artículos 2568, 2583 y 2584 del Código Civil Federal; 289 del Código de Comercio; 321 y 328 del mismo ordenamiento mercantil.

guradora al momento en que se le exige el pago de la indemnización pactada en el contrato, puesto que de no estimarse así, ello equivaldría a permitirle a la entidad de seguros volverse contra sus propios actos, en detrimento del principio de derecho conocido como *pacta sunt servanda*. Dicho de otro modo, los hechos o derechos que no puede jurídicamente desconocer la empresa de seguros mediante la oposición de excepciones, son aquellos que haya reconocido el ajustador frente al asegurado, en uso de su facultad de representación.

Por lo anterior, el artículo 119 de la Ley Sobre el Contrato de Seguros debe entenderse en el sentido de que las excepciones que puede oponer la empresa aseguradora frente al asegurado, el beneficiario o sus causahabientes, son aquellas que no impliquen el desconocimiento de un hecho o un derecho previamente reconocido por el ajustador al asegurado, al beneficiario o a sus causahabientes, dentro de sus facultades de representación, ya que si no se hiciera esta acotación al artículo en estudio, entonces se permitiría la total vulneración del principio general del derecho que establece que a nadie le es dado volverse contra sus propios actos. En este estado de cosas, si el ajustador al elaborar un acta de valuación de daño reconoce, por ejemplo, la existencia o los pormenores del hecho dañoso (el incendio, la inundación, etcétera), o la real y efectiva existencia de los bienes dañados (o bien, su situación o características) entonces la empresa aseguradora carecerá de todo derecho a desconocer tales cuestiones en juicio, en vía de excepción; y más aún, de hacerlo, podría resultar condenada en costas procesales al incurrir en el supuesto de la fracción V del artículo 1084 del Código de Comercio, por la evidente improcedencia de su excepción o excepciones.

Por lo anterior, puede resumirse lo tratado en este apartado, en el sentido de que las consecuencias jurídicas del ajuste son: por un lado, el cumplimiento de una de las etapas de la ejecución del contrato de seguro contra los daños; por otro lado, la elaboración de un proyecto o sugerencia de indemnización a través de un cuaderno de ajuste la cual se formula al asegurador, siendo el caso que la entidad de seguros carecerá del derecho de desconocer en juicio algún hecho o derecho reconocido por el ajustador a favor del asegurado, beneficiario o causahabiente, siempre que ello ocurra dentro de los límites de sus facultades de representación.

IV. CONCLUSIONES

Se puede concluir que no hay norma jurídica en el derecho mexicano que reglamente de manera particular la relación jurídica entre el ajustador y la empresa aseguradora, así como entre el primero y la autoridad administrativa en materia de seguros. En otros países de América Latina ello se ha resuelto en diversas formas, y en todo caso se ha buscado la autonomía del ajustador respecto al asegurador. De la misma forma, se tiene que no hay una normatividad aplicable a los procedimientos de ajuste, lo que causa falta de certeza.

En otro orden de ideas, puede decirse que las consecuencias fundamentales del ajuste de seguros consisten en que la aseguradora cumple por medio del mismo con determinadas obligaciones emanadas del contrato de seguro, ya que con dicho procedimiento culmina una etapa de la ejecución del contrato de seguro contra daños. Asimismo, se tiene que el dictamen del ajustador no es vinculante para la empresa aseguradora, sin embargo, si se da el caso de que el ajustador reconoce hechos o derechos del asegurado o del beneficiario en uso de sus facultades representativas, entonces no es dable a la aseguradora desconocerlos, aun a pesar del contenido del artículo 119 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro.

Por todo lo anterior, puede decirse que sería adecuado contar con una norma de derecho objetivo que detallara la clase de relación jurídica que debe guardar el ajustador con la empresa aseguradora, a efecto de evitar un posible conflicto de intereses en la elaboración del ajuste. Asimismo, debería codificarse la relación entre los ajustadores y las autoridades en materia de seguros, siendo entre otras cosas que podría instrumentarse un registro nacional de ajustadores, así como un estándar mínimo de conocimientos, calificaciones y requisitos subjetivos para quien ejerza la actividad de ajuste de seguros. Del mismo modo, deberían normarse los procedimientos esenciales del ajuste de seguros en un cuerpo de reglas generales expedidas por la autoridad financiera que resultara competente, a efecto de dar al sector asegurado y al asegurador una mayor seguridad jurídica. Por último, si llegara a revisarse el artículo 119 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro, sería deseable limitar las excepciones oponibles por parte del asegurador ante el asegurado o el beneficiario, de acuerdo con los razonamientos expresados en el cuerpo de este trabajo.

INSTRUMENTOS DE VOLUNTAD ANTICIPADA: CONSIDERACIONES SOBRE LA LEY Y REGLAMENTO DE VOLUNTAD ANTICIPADA PARA EL DISTRITO FEDERAL¹

Garbiñe SARUWATARI ZAVALA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Connotaciones del término Eutanasia*. III. *Elementos de la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal y particularidades de su Reglamento*. IV. *Concepto de muerte en la legislación mexicana*. V. *Conclusión*. VI. *Anexo: Formatos de Voluntad Anticipada*.

I. INTRODUCCIÓN

El *derecho a morir con dignidad* fue consagrado en la Declaración de Lisboa,² que es un documento emitido por la Asociación Médica Mundial, con carácter deontológico; el cual recoge los principales derechos que los médicos deben asegurar a los pacientes.

¹ El Decreto por el que se Expide la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal; se Adiciona el Código Penal para el Distrito Federal y se adiciona la Ley de Salud para el Distrito Federal, fue publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, con fecha 7 de enero de 2008; con fecha de entrada en vigor el día siguiente (8 de enero). El Reglamento de la Ley fue expedido el 31 de marzo de 2008, publicado el 4 de abril de 2008 en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, con fecha de entrada en vigor el 5 de abril del mismo año.

² Adoptada por la 34 Asamblea de la Asociación Médica Mundial (AMM) en Lisboa, Portugal, durante septiembre-octubre de 1981. Enmendada por la 47 Asamblea General en Bali, Indonesia, en septiembre de 1995 y revisada su redacción en la 171 Sesión del Consejo de la AMM, en Santiago de Chile, en octubre de 2005.

Cfr. Versión original: *Enfermos mentales e inimputables. Documentos Nacionales e Internacionales*, México, CNDH, 1995, p. 135.

En la versión original de la Declaración, el inciso e) señalaba textualmente el *derecho del paciente a morir con dignidad*, pero ahora en la versión ya revisada en 1995 y 2005, la redacción fue matizada y dentro del rubro del Derecho a la Dignidad, quedó el derecho del paciente “a una atención terminal humana y a recibir toda la ayuda disponible para que muera lo más digna y aliviadamente posible”.³

Tal como se encontraba en la versión de 1981, este derecho quedaba vago: no se entendía si debía consagrarse un derecho a morir, y si el calificativo de “digno” fuera bajo el contexto de una elección libremente tomada; o si se estaba institucionalizando la práctica de la eutanasia para el ámbito médico, o si vagamente se refería a la ortotanasia. Como está redactado actualmente, pareciera más específico, pero aun así queda sujeto a una interpretación laxa, ya que lo mismo puede usarse como presupuesto para provocar la muerte por motivos piadosos, que como elemento de la ortotanasia.

Otros instrumentos emitidos por organismos internacionales, como la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* [a. 3],⁴ el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* [a. 6.1],⁵ la *Convención sobre los Derechos del Niño* [a. 6.1],⁶ la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* [a. 1],⁷ y la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* [aa. 4.1 y 5],⁸ han reconocido el derecho que todo individuo tiene a que sea respetada su vida, su seguridad, su integridad física, psíquica y moral. Pero no hacen referencia al momento en el que concluye la vida o las circunstancias por las que sería permitido para el personal médico interrumpir los medios extraordinarios de terapia clínica –para dar paso al curso de la muerte– o los presupuestos para que el individuo opte o no por la terminación de su vida.

La legislación mexicana, por su parte, no ha resuelto aún el problema del uso indistinto en el ámbito doctrinal del término “Eutanasia”,

porque ni siquiera lo ha definido. No encontramos referencia alguna a la palabra, ni en el conjunto de normas sanitarias, ni en las normas civiles o penales de carácter federal. En contraposición, algunos códigos penales locales ya tipifican el delito de eutanasia, verbigracia, el Código Penal para el Estado Independiente, Libre y Soberano de Coahuila de Zaragoza [a. 354],⁹ pero eso no significa que haya una postura consistente en el país, con respecto al tema.

Mientras que en México, a nivel federal, se prevé que el consentimiento para donación de órganos en vida o en estado cadavérico, se haga por escrito privado o frente a notario público, no se prevén otras figuras para decidir sobre las medidas terapéuticas o medidas a tomar en caso de estado vegetativo o coma prolongado, ni para preparar el paso a la muerte, ni para dejar claro si será legal o no el solicitar la muerte.

El único criterio rector de la conducta permitida en el país, hasta antes de la publicación de la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal (en lo sucesivo “Ley-V.A.”), se encuentra en el artículo 345 de la Ley General de Salud (en lo sucesivo “L.G.S.”), que autoriza –a solicitud del cónyuge, concubinario o concubina, descendientes, ascendientes, hermanos, adoptado o adoptante– se pueda prescindir de los medios artificiales que evitan que en aquel que presenta muerte cerebral comprobada, se manifiesten los demás signos de muerte [véase artículo 343, frac. II]. Esta disposición no especifica nada sobre los estados terminales, ni vegetativos, ni coma; pero permite el retiro de medios, que en este caso de muerte cerebral, debería ser casi obligado, más que optativo.

Ya la Ley de Salud para el Distrito Federal, señalaba que el usuario de servicios de salud en estado terminal tiene derecho a una atención humanitaria y a recibir toda la ayuda disponible para morir lo más digna y aliviadamente posible.¹⁰ Entonces, se dejaba al criterio del médico, que autorizara la interrupción de un tratamiento fútil, para

³ Antes Inciso e), ahora Principio 10, letra c.

⁴ Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU, 10 de diciembre de 1948).

⁵ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU, 16 de diciembre de 1966).

⁶ Convención sobre los Derechos del Niño (ONU, 20 de noviembre de 1989).

⁷ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (OEA, 2 de mayo de 1948).

⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA, 22 de noviembre de 1969).

⁹ Artículo 354. *Sanciones y figura típica de Eutanasia*. Se aplicará de tres meses a tres años de prisión: A quien con la voluntad del pasivo le cause la muerte sólo por motivos de piedad; que consista en evitar que tenga una agonía dolorosa en extremo o porque se trate de un enfermo en fase terminal, sin posibilidad de sanar.

¹⁰ Artículo 16 bis 3, fracción II de la Ley de Salud para el Distrito Federal. Se agregó la fracción III, para establecer la obligación por parte del Gobierno del Distrito Federal, del cumplimiento de lo dispuesto en la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal.

permitir al organismo seguir el proceso de la muerte, pero sin descuidar los medios de cuidado paliativo, como la alimentación por vías aconsejables, posición lo más cómoda posible en la cama, el uso de agentes tranquilizantes y analgésicos; lo cual nos remite al término Ortotanasia o “morir rectamente”.¹¹

Pero ahora, con la promulgación de la Ley-V.A. se deja claramente señalado el comportamiento a seguir frente a un enfermo en etapa terminal, por lo menos, en el Distrito Federal. La Ley-V.A. instaura a la ortotanasia¹² como la conducta médica correcta a seguir, ya que consiste en no provocar la muerte de manera activa—directa o indirecta— pero por otra parte, también evitar la aplicación de medios, tratamientos o procedimientos médicos obstinados, desproporcionados o inútiles.

La Ley-V.A. no trata el caso de otro tipo de pacientes que no sean terminales, ni deja abierta la puerta a la aplicación de la eutanasia activa, provocando la muerte; ni de la adistanasia o eutanasia pasiva, en donde se deja morir al enfermo sin propiciarle los medios de sustento básicos. La Ley-V.A. se enfoca a evitar la obstinación médica, que muchas veces es propiciada por el personal médico, cuando busca realizar una hazaña terapéutica, o hasta por los mismos familiares, que no aceptan el curso natural de la enfermedad y la muerte. Este *justo medio* en la atención del enfermo terminal, se lleva a cabo otorgando los cuidados paliativos, las medidas mínimas ordinarias y tanatológicas, y en su caso la sedación controlada [artículo 3, frac. XIII].

II. CONNOTACIONES DEL TÉRMINO EUTANASIA

El binomio conformado por la Ley-V.A. y el Reglamento de la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal (en lo sucesivo “Reglamento-V.A.”) se constituye en obligado referente para la discusión de nuevas normas para otras entidades federativas o hasta para

¹¹ Cfr. Armando ROA, *Ética y bioética*, Chile, Andrés Bello, 1998, pp. 112 y 113.

¹² Artículo 3, frac. XIII. Ortotanasia: significa muerte correcta. Distingue entre curar y cuidar, sin provocar la muerte de manera activa, directa o indirecta, evitando la aplicación de medios, tratamientos o procedimientos médicos obstinados, desproporcionados o inútiles, procurando no menoscabar la dignidad del enfermo en etapa terminal, otorgando los Cuidados Paliativos, las Medidas Mínimas Ordinarias y Tanatológicas, y en su caso la Sedación Controlada.

legislación de carácter federal. Por tal razón, sería necesario que se tengan claras las diferencias entre los diversos vocablos utilizados en el tema de la muerte asistida, para dejar claro si se pretende referirse a la eutanasia, al suicidio o a una forma de ayudar al cuerpo del enfermo a continuar naturalmente el curso de la muerte.

Etimológicamente, el término *eutanasia* proviene de las palabras griegas *eu*, que quiere decir “bien” y *thanatos*, “muerte”, por eso significa “muerte buena” en tanto que acaece sin sufrimientos atroces; es lo que en términos coloquiales se llama *muerte dulce* o tranquila. En la práctica biomédica, la eutanasia se refiere a la inducción de la muerte a determinados pacientes por diversas razones, especialmente para que dejen de sufrir o mueran sin dolores físicos o sufrimientos psíquicos, es lo que muchos denominan *morir con dignidad*.¹³

Aunque hay una serie de vocablos diversos para referirse a situaciones similares, en general, se entiende por eutanasia, “la muerte indolora infligida a una persona, consciente o no, que sufre abundantemente a causa de enfermedades graves e incurables o por su condición de disminuido, sean estas dolencias congénitas o adquiridas; llevada a cabo de manera deliberada por el personal sanitario, o al menos con su ayuda, mediante fármacos o con la suspensión de curas vitales ordinarias, porque se considera irracional que prosiga una vida que, en tales condiciones, se valora como ya no digna de ser vivida”.¹⁴

Se ha dicho que la eutanasia es entendida como una interacción entre el paciente y el personal de salud, aunque para su clasificación, no sólo se toman en cuenta estos dos puntos de vista, sino también importan los medios que se utilizan para su aplicación.

Refiriéndose a los pacientes, la eutanasia puede ser solicitada por ellos o por las demás personas concernidas:

- a) *Voluntaria*: es la finalización de la vida de una persona tras solicitarlo libremente ella misma. En legislaciones como la de Holanda, la persona puede expresar su solicitud de la aplicación de la eutanasia; solicitud que puede realizarse estando la persona enferma o incluso gozando de buena salud, para prevenir

¹³ Cfr. Niceto BLÁZQUEZ, *Bioética, La nueva ciencia de la vida*, España, BAC, 2000, p. 327.

¹⁴ Cfr. Lino CICCONE, “La ética y el término de la vida humana”, en POLAINO-LORENTE, Aquilino (dir.), *Manual de bioética general*, 4a. ed., España, Rialp, 2000, p. 424.

que una vez en estado de inconsciencia no pueda manifestar su decisión.

- b) *Involuntaria*: es la finalización de la vida que se lleva a cabo en contra del deseo o consentimiento del enfermo, ya sea que ni siquiera se le consulte por alguna incapacidad o estado de inconsciencia o que aun pronunciándose en contra de la eutanasia, ésta le sea aplicada.

Este último tipo de eutanasia es denominada *cacotanasia*; las razones por las cuales se llega a realizar, por lo general son económicas, cuando el paciente se ha convertido en una carga para la familia; por razones políticas, cuando cierto grupo de la población se torna molesto o estorba al régimen imperante (se equipara al genocidio); o por razones eugenésicas, cuando la persona tiene discapacidades o se ha visto gravemente disminuido por la enfermedad.¹⁵ Con respecto a esta última razón, también se le llega a denominar como *eutanasia psíquica o social*, cuando se realiza en ancianos o personas socialmente tenidas por improductivas o gravosas: hay casos en los que los mismos ancianos la solicitan pero hay otros en los que se les aplica sin su conocimiento.¹⁶ También la literatura se refiere a la *eutanasia perinatal*, cuando se aplica a recién nacidos ya sea deformes o deficientes.

Refiriéndose al personal de salud, las modalidades de la eutanasia son:

- a) *Activa o positiva*: implica una serie de intervenciones directas encaminadas a procurar la muerte; puede tener dos modalidades:

- (i) *Modalidad activa directa y voluntaria*: consiste en provocar una muerte indolora a petición del afectado cuando se es víctima de enfermedades incurables muy penosas o progresivas y gravemente invalidantes. A este tipo también se le denomina *agónica*, por ser aplicada a enfermos clínicamente desahuciados, terminales o afectados por lesiones cerebrales

irreversibles.¹⁷ Se recurre a sustancias especiales mortíferas o a sobredosis de morfina o estupefacientes.

- (ii) *Modalidad activa indirecta o lenitiva*: es una disminución progresiva de la conciencia con la intención, no de acortar la vida sino de mitigar en alguna medida el dolor físico, para lo cual se usan fármacos muy poderosos que pueden acortar la vida del paciente o disminuir su conciencia.¹⁸ Así tal cual como está formulada la definición, esta modalidad más que a eutanasia, se refiere a una forma de tratar el dolor del paciente: es una de las variantes de la ortotanasia. Se trataría de una conducta eutanásica, cuando deliberadamente se apliquen mayor cantidad de fármacos que los necesitados por el paciente, para no sólo disminuir su dolor, sino acelerar la muerte.

- b) *Pasiva o negativa, Adistanasia o Antidistanasia*: se interrumpen las intervenciones denominadas de sustento vital, las cuales dan al cuerpo el soporte indispensable como la nutrición o hidratación, es decir, se deja de tratar una complicación o de alimentar por vía parenteral u otra al enfermo, con lo cual se precipita el término de la vida. Entonces la muerte sucede como consecuencia de la omisión o renuncia de aquellas medidas médicas, tendientes a preservar la vida, sin las cuales la muerte es segura.¹⁹

1. Suicidio asistido

Es una forma de eutanasia que combina los dos puntos de vista, el del paciente y el del personal de salud, o incluso, hasta incluye a otras personas que no sean parte del personal de salud. El suicidio se puede equiparar a la eutanasia activa, ya que consiste en que otra persona —por lo general un médico—, provea a quien desea acabar con su vida, de los medios para lograrlo o colabore para alcanzar tal objetivo. Es aplicado a personas que lo soliciten expresamente o simplemente han

¹⁵ Cfr. Armando ROA, *op. cit.*, p. 112.

¹⁶ Cfr. Niceto BLÁZQUEZ, *op. cit.*, p. 329.

¹⁷ Cfr. *Ibid.*, p. 328.

¹⁸ Cfr. Raúl GARZA GARZA, *Bioética. La toma de decisiones en situaciones difíciles*, México, Trillas, 2000, pp. 242-244.

¹⁹ *Ibid.*, p. 246.

otorgado su consentimiento; aunque también hay otros casos, en los que es sugerido o inducido por alguien, que lo hace por motivos de piedad, y acaba convenciendo al enfermo.²⁰

Existen dos situaciones, contrarias a la eutanasia, que también están presentes en la discusión bioética, médica y legal, que de hecho son contempladas dentro de la Ley-V.A. y el Reglamento-V.A.

2. Distanasia

Es lo que se conoce como “encarnizamiento”, “obstinación” o “enseñamiento terapéutico”. Etimológicamente significa lo contrario de la eutanasia, ya que consiste en retrasar el advenimiento de la muerte todo lo posible, para lo cual se aplican todos los medios, proporcionados o desproporcionados. Esta conducta se hace aunque no haya esperanza alguna de curación y aunque eso conlleve infligir al enfermo moribundo sufrimientos añadidos e inútiles.²¹ En este contexto se inscriben las técnicas modernas de prolongación artificial de la vida, cuando son utilizadas con un propósito fútil, que no reporta ningún beneficio para la salud o condición del paciente.

3. Ortotanasia

Etimológicamente significa “morir rectamente” o lo que es igual, dejarle a uno morir en paz; es un término introducido a la literatura científica por el profesor de la Universidad de Lieja, el doctor Boskan en 1950. Alude a la adopción de la conducta más correcta y posible para que el paciente próximo a su fin tenga una buena muerte, para ello se acude a todas las medidas razonables, sin caer en la omisión –en la cual hay una falta de solidaridad con el paciente– ni en el encarnizamiento terapéutico –que en ese momento, sólo daría una remota esperanza de sobrevida apenas de calidad mínima–.²²

Por un lado, supone el respeto incondicional de la vida, y por otro, el derecho a morir dignamente sin sufrimientos humillantes o envilecedores; significa ayudar a morir al enfermo sin practicarle la

eutanasia pasiva ni la distanasia, prestándole los auxilios clínicos específicos y el acompañamiento humanitario hasta la que la muerte natural sobrevenga sin ser intencionadamente precipitada ni brutalmente retardada.²³

La Ley-V.A. y el Reglamento-V.A. no regulan los métodos para poner fin a la vida del paciente, ya sean, la administración de sustancias mortíferas por parte del personal médico (eutanasia activa), la provisión de medios para ayudar al suicidio, o la suspensión de los medios de sustento (eutanasia pasiva). Más bien, están enfocados a instaurar la ortotanasia como una práctica médica habitual en el tratamiento del paciente terminal.

III. ELEMENTOS DE LA LEY DE VOLUNTAD ANTICIPADA PARA EL DISTRITO FEDERAL Y PARTICULARIDADES DE SU REGLAMENTO

En este apartado se hará un desglose y clasificación de los diversos elementos de la Ley-V.A., basándose en el orden en que aparecen en el articulado, para facilitar el cotejo del texto de la Ley-V.A. con los comentarios vertidos. Obviamente el Reglamento-V.A. es congruente con las disposiciones de la Ley-V.A., sólo que agrega aspectos más puntuales que la complementan o algunos conceptos diversos a los de la Ley-V.A., que serán incorporados en los comentarios siguientes.

1. Tipo de norma

La Ley-V.A. es de orden público y aunque sólo sea de aplicación local, puede constituirse en un antecedente importante para otros estados de la República. La Ley-V.A. no aparece aislada, sino que el gobierno del Distrito Federal emitió su Reglamento y los Lineamientos conducentes para su aplicación.

2. Objetivos de la norma

El aspecto más evidente a considerar y objetivo primordial, es el señalado en la propia ley: regular las normas, requisitos y formas

²⁰ Cfr. Arnoldo KRAUS y Antonio CABRAL, *La bioética*, México, Conaculta, 1999, p. 37.

²¹ Cfr. Niceto BLÁZQUEZ, *op. cit.*, p. 328.

²² Cfr. Armando ROA, *op. cit.*, pp. 112 y 113.

²³ Cfr. Niceto BLÁZQUEZ, *op. cit.*, p. 329.

de realización de la voluntad de cualquier persona con capacidad de ejercicio, con respecto a la negativa a someterse a medios, tratamientos o procedimientos médicos que pretendan prolongar de manera innecesaria su vida, protegiendo en todo momento la dignidad de la persona, cuando por razones médicas, fortuitas o de fuerza mayor, sea imposible mantener su vida de manera natural.

El objetivo derivado es el de regular la elaboración del *Documento y Formato de Voluntad Anticipada* [Capítulo Segundo] y estipular las formas cómo se puede llevar a cabo la voluntad expresada en los mismos [Capítulos Tercero y Cuarto].

3. Destinatarios de la norma

Únicamente los habitantes del Distrito Federal podrán acogerse a la normatividad de voluntad anticipada. La Ley-V.A. y el Reglamento-V.A. están enfocados no sólo a los enfermos en etapa terminal, sino también a otras personas que estén en buen estado de salud y decidan elaborar el Documento por sí o por interpósita persona, que se encuentre en etapa terminal.

Las disposiciones de voluntad anticipada sólo serán aplicables en hospitales del sector salud local, que comprende tanto a hospitales públicos como privados. En cuanto al sector público, el Reglamento-V.A. hace referencia a la *Red Hospitalaria*, como el conjunto de Unidades Médicas de la Secretaría de Salud del Gobierno del Distrito Federal, que proporcionan servicios de atención médica, quirúrgica y hospitalaria [a. 2, frac. IX.].

Pero también las disposiciones de voluntad anticipada, serán aplicables dentro de las *Instituciones Privadas de Salud*, que estén ubicadas en el territorio del Distrito Federal; a estas instituciones, la Ley-V.A. las define como el conjunto de servicios de salud que prestan las personas físicas o morales, en las condiciones que convengan a los usuarios y que están sujetos a los ordenamientos legales civiles y mercantiles [a. 4, frac. VII].

Ambos tipos de instituciones, públicas y privadas, deberán utilizar el Formato de Voluntad Anticipada de la Secretaría de Salud del D. F., de conformidad a lo dispuesto por el artículo 13 del Reglamento-V.A.; aunque este instrumento no será suscrito por el enfermo terminal si es que ya cuenta con el Documento de Voluntad Anticipada.

Los *Lineamientos para el cumplimiento de la Ley de Voluntad Anticipada en las Instituciones Privadas de Salud del Distrito Federal* (en lo sucesivo "Lineamientos")²⁴ hacen énfasis en que los médicos tratantes de instituciones privadas también deben cumplir con las disposiciones plasmadas en los instrumentos de voluntad anticipada (Documento y Formato de Voluntad Anticipada) y sujetarse a la normatividad correspondiente.

Aunque no señalan a la ortotanasia como la conducta a seguir, se entiende que estos lineamientos son congruentes con la normatividad que los origina, ya que en el Lineamiento Segundo se establece que el médico tratante se limitará a cumplir con las disposiciones, sin acelerar o provocar la muerte del enfermo en etapa terminal, para lo cual se le dará una atención científica, humana, en la que se empleen los recursos de la ciencia médica y la tecnología en cuidados paliativos [Lineamiento Tercero]. La crítica que se hace al respecto, es que en los Lineamientos sólo se menciona al médico tratante de la institución privada, cuando también debería estipularse que el personal médico en general (técnicos, enfermeras, personal de psicología), debe apearse a la normatividad y disposiciones de voluntad anticipada. No han sido expedidos lineamientos para las instituciones públicas, los cuales también serían útiles para especificar las funciones de los servidores públicos concernidos.

4. Conducta principal prevista en la norma

Del artículo 1o. de la Ley-V.A. se desprende, que a diferencia de lo que muchos pensaron, no se trata de una ley para regular la eutanasia, sino para instaurar la ortotanasia, como la adopción de una buena muerte, sin adelantar ni atrasar artificialmente ese momento. Es más, el artículo 43 de la Ley-V.A. prohíbe que el personal de salud suministre medicamentos o tratamientos médicos que provoquen de manera intencional el deceso del enfermo en etapa terminal.

La Ley-V.A., de acuerdo con la fracción V del artículo 3, combate a la *Obstinación Médica o Terapéutica*, que es definida por la fracción XII del mismo artículo 3, como la utilización innecesaria de los

²⁴ Publicados por la Secretaría de Salud del D. F. en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el 4 de julio de 2008, con fecha de entrada en vigor, el día 5 del mismo mes y año.

medios, instrumentos y métodos médicos, para mantener vivo a un enfermo en etapa terminal.

En la legislación penal no existe el tipo penal de la eutanasia, se puede inferir que está prohibida la modalidad de eutanasia activa, directa, voluntaria o involuntaria, porque privar de la vida a otro, está tipificado como el delito de homicidio [artículos 302 del Código Penal Federal y 123 del Código Penal para el Distrito Federal].²⁵

A diferencia de lo que ocurre con la legislación federal, en el Distrito Federal, el artículo 127 del Código Penal estipula explícitamente que privar de la vida a otro por razones humanitarias o por enfermedad incurable en fase terminal, es un delito, aunque medie la petición expresa, libre, reiterada, seria e inequívoca de la víctima: conducta a la que le corresponde la pena de prisión de dos a cinco años.²⁶

Ambos códigos contemplan el tipo de ayuda e inducción al suicidio,²⁷ imponiéndole al que presta auxilio para que otro mayor de edad capaz se suicide, una penalidad menor que al homicida, la cual oscila entre un año a cinco de prisión. Mientras que en el Código Federal se equipara el auxilio a la inducción; el Código para el Distrito Federal, distingue entre estas dos acciones, estableciendo una penalidad mayor para el sujeto que induzca a otro a suicidarse (de tres a ocho años de prisión), que al que ayude.

Además este último Código prevé la tentativa al suicidio, es decir, contempla el supuesto de que por causas ajenas a la voluntad del sujeto

²⁵ Artículo 302 del CPF. comete el delito de homicidio al que priva de la vida a otro.

Artículo 123 del CPDF. Al que prive de la vida a otro, se le impondrá de ocho a veinte años de prisión.

²⁶ Ya se agregaron dos párrafos al artículo 127 del CPDF, para aclarar que las conductas realizadas bajo la Ley-V.A. no constituyen homicidio.

²⁷ Artículo 312 del CPF. El que prestare auxilio o indujere a otro para que se suicide, será castigado con la pena de uno a cinco años de prisión; si se lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, la prisión será de cuatro a doce años.

Artículo 142 del CPDF. Al que ayude a otro para que se prive de la vida, se le impondrá prisión de uno a cinco años, si el suicidio se consuma. Si el agente prestare el auxilio hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, la pena aplicable será de cuatro a diez años de prisión.

Al que induzca a otro para que se prive de la vida, se le impondrá prisión de tres a ocho años, si el suicidio se consuma.

Si el suicidio no se consuma, por causas ajenas a la voluntad del que induce o ayuda, pero sí se causan lesiones, se impondrá las dos terceras partes de la pena anterior, sin que exceda de la pena que corresponda a las lesiones de que se trate. Si no se causan éstas, la pena será de una cuarta parte de las señaladas en este artículo.

activo no se llegue a la consumación del acto; y aun esta conducta es típica, así se causen lesiones o no.

Cabe resaltar que los códigos castigan severamente la conducta de inducción o ayuda al suicidio, si el agente pasivo es menor de edad o no tiene capacidad de comprender la relevancia de su conducta, equiparándola al homicidio o lesiones calificadas, según sea el caso.²⁸ Esto es importante apuntarlo para el caso de los pacientes inconscientes o con alguna de las formas de incapacidad señalada en la legislación civil.²⁹

5. Voluntad anticipada

Hay dos entidades frente a las cuales suscribir la voluntad anticipada:

- a) Frente al Notario: cualquier persona sana o enferma, pero con capacidad de ejercicio y en pleno uso de sus facultades mentales, puede acudir por sí misma a suscribir, un documento en el que manifiesta la petición libre, consciente, seria, inequívoca y reiterada de no someterse a medios, tratamientos o procedimientos médicos, que propicien la obstinación médica [a. 3, frac. V]. La Ley-V.A. distingue a este instrumento como *Documento de Voluntad Anticipada* (en lo sucesivo "Documento"). Obviamente adquiere el carácter de documento público, cuando se suscribe ante el Notario, que es un funcionario con fe pública [a. 3, frac. V y a. 8].
- b) Frente al personal de salud y dos testigos: si el enfermo terminal no puede acudir al Notario, llenará el Formato que emita la Secretaría de Salud del Distrito Federal; la Ley-V.A. lo denomina *Formato de Voluntad Anticipada* (en lo sucesivo "Formato").

²⁸ Artículo 313 del CPF. Si el occiso o suicida fuere menor de edad o padeciere alguna de las formas de enajenación mental, se aplicarán al homicida o instigador las sanciones señaladas al homicidio calificado o a las lesiones calificadas.

Artículo 143 del CPDF. Si la persona a quien se induce o ayuda al suicidio fuere menor de edad o no tuviere capacidad de comprender la relevancia de su conducta o determinarse de acuerdo con esa comprensión, se impondrán al homicida o inductor las sanciones señaladas al homicidio calificado o a las lesiones calificadas.

²⁹ Artículo 450 del Código Civil Federal y del Código Civil para el Distrito Federal.

En el primer caso, el Notario deberá notificar a la Coordinación Especializada adscrita a la Secretaría de Salud del D. F., mientras que en el segundo, el personal de salud es el encargado de notificar a la misma Coordinación. En ambos supuestos, la Coordinación Especializada es la que hace del conocimiento del Ministerio Público, la existencia de este Documento o del Formato. También da aviso al personal de salud que atiende al enfermo, para que lo integre a su expediente clínico.

El Reglamento-V.A., a diferencia de la Ley-V.A., resume de manera más clara, los dos tipos de instrumentos aprobados para la expresión de la voluntad. El artículo 3 hace referencia, tanto al *Documento*, como al *Formato*. Pero en el Reglamento-V.A. encontramos un tercer tipo de instrumento que se debe suscribir: ya sea que se haya optado por el Documento o por el Formato, también debe llenarse el formato emitido por el Centro Nacional o Local de Trasplantes, para que el enfermo pueda manifestar su voluntad de donar órganos y tejidos [a. 9].

En cualquiera de los instrumentos, la voluntad debe constar por escrito, el solicitante debe firmarlos y nombrar un representante que corrobore la realización de su voluntad y la disposición de sus órganos. Tanto el Notario, como las personas facultadas para dichos efectos por la Secretaría, deberán leer el Documento o Formato en voz alta para que el signatario asiente su voluntad. Si el solicitante ignora el idioma del país, se deberá nombrar un perito traductor; asimismo, se nombrarán testigos si el solicitante no pudiera leer o firmar, o fuera sordo, mudo o ciego.

Es muy importante señalar que tanto el Documento y los Formatos (los dos tipos de formas a llenar) son instrumentos revocables en cualquier momento [artículo 38]. Cuando existan dos o más Documentos o Formatos firmados por el mismo signatario, y que no hayan sido revocados, se tomará como válido el último firmado. La expresión de la voluntad sólo versa sobre cuestiones de tratamientos médicos —los señalados en el artículo 1— por eso en los instrumentos de Voluntad Anticipada no se establecerán disposiciones testamentarias, legatarias o donatarias sobre bienes, derechos u obligaciones diversos a la materia en cuestión. La suscripción del Documento se sujetará a los aranceles notariales, mientras que el llenado del Formato será gratuito.

6. Solicitantes y autorizados

De conformidad con el artículo 7 de la Ley-V.A., los instrumentos de voluntad anticipada (Documento o Formato) pueden ser suscritos por:³⁰

- I. Cualquier persona con capacidad de ejercicio.
- II. Cualquier enfermo en etapa terminal, médicamente diagnosticado como tal, pero que esté en goce de sus capacidades. Este tipo de enfermo es el que padece una enfermedad mortal, o que por caso fortuito o causas de fuerza mayor, tiene una esperanza de vida menor a seis meses, y se encuentra imposibilitado para mantener su vida de manera natural.³¹
- III. Los familiares, cuando el enfermo en etapa terminal se encuentre de manera inequívoca impedido para manifestar por sí mismo su voluntad. El orden o prelación que señalan la Ley-V.A. y el Reglamento-V.A., en orden subsecuente y en caso de falta, es: (i) cónyuge; (ii) concubinario o concubina, el o la conviviente;³² (iii) hijos mayores de edad consanguíneos o adoptados; (iv) padres o adoptantes; (v) nietos mayores de edad; (vi) hermanos mayores de edad o emancipados y (vii) hijos menores de 18 años pero mayores de 16 [a. 21 de la Ley-V.A.], acompañados por quien ejerza sobre ellos la patria potestad o tutela.
- IV. Los padres o tutores del enfermo en etapa terminal cuando éste sea menor de edad o incapaz, legalmente declarado [en estado de interdicción]. La prelación es: (i) padres o adoptantes; (ii) familiares o personas que ejerzan la patria potestad del menor; (iii) hermanos mayores de edad o emancipados y (iv) hijos

³⁰ Aunque para efectos del comentario se siguió el listado del artículo 7, se agregaron más elementos que señala la propia Ley-V.A.

³¹ Artículo 3, fracción VI de la Ley-V.A. Las razones que establece la ley para que el enfermo en etapa terminal no pueda mantener su vida de manera natural son: a) Presenta diagnóstico de enfermedad avanzada, irreversible, incurable, progresiva o degenerativa; b) Imposibilidad de respuesta a tratamiento específico; y c) Presencia de numerosos problemas y síntomas, secundarios o subsecuentes.

³² En términos de la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal, aprobada el 9 de noviembre de 2006 por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal y publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el 16 del mismo mes y año.

menores de 18 años pero mayores de 16 [a. 21 Ley-V.A.], acompañados por quien ejerza sobre ellos la patria potestad o tutela.

En el caso de las dos primeras fracciones del artículo 7, se podrá señalar a un representante que vele por la voluntad del suscriptor, distinto a los de la prelación señalada y aun sin parentesco; mientras que en las últimas dos fracciones, los mismos que suscriban la voluntad, serán también los representantes que le darán seguimiento. No podrán ser representantes para la realización de la voluntad:³³ (i) los menores de edad que no han cumplido 16 años; (ii) los que habitualmente o accidentalmente no disfrutaran de su cabal juicio; (iii) los que no entiendan el idioma del enfermo terminal (si no hay un intérprete presente); (iv) los que hayan sido condenados por el delito de falsedad; (v) los que se excusen del cargo, en los términos del artículo 16 de la Ley-V.A.

Hasta antes de la publicación de la Ley-V.A., la regulación sanitaria en materia de disposición del cuerpo, a nivel federal, estaba conformada únicamente por la Ley General de Salud (en lo sucesivo "L.G.S") y por el *Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos* (en lo sucesivo "Regl.-Órganos").

La *disposición* bajo el entendido de los ordenamientos sanitarios se refiere al conjunto de actividades relativas a la obtención, preservación, preparación, utilización, suministro y destino final de órganos, tejidos y sus derivados, productos y cadáveres, incluyendo los de embriones y fetos, con fines terapéuticos, de docencia o de investigación [a. 6, frac. X Regl.-Órganos].

El Disponente, en el sentido amplio de la fracción IX del artículo 6 del Regl.-Órganos, es la persona que autoriza la disposición de órganos, tejidos y sus derivados, productos y cadáveres (no distingue si propios o ajenos).³⁴ Mientras que para la L.G.S., el concepto de *disponente* es un poco más restringido, ya que lo identifica como aquél que conforme a los términos de la ley, le corresponde decidir sobre *su* cuerpo o cualquiera de *sus* componentes en vida y para después

³³ Artículos 13-18 de la Ley-V.A.

³⁴ Además el Capítulo II está dedicado enteramente a los Disponentes.

de su muerte.³⁵ Es necesario hacer una acotación entre ambas definiciones, ya que las implicaciones legales con respecto a la disposición del cuerpo son distintas si se trata del propio cuerpo o del ajeno, así como del destino que se les dé a los componentes del cuerpo.

En relación con las personas facultadas para disponer del cuerpo, el Regl.-Órganos estableció la distinción entre disponente originario y secundario:

- a) El disponente originario es la persona que decide con respecto a su propio cuerpo y los productos del mismo [a. 11]. Tan importante es la voluntad del disponente originario, que en vida y aun después de su muerte, debe respetarse el destino que quiere y quiso dar a sus órganos, tejidos y sus derivados, productos y cadáver [aa. 9 y 12].
- b) Los disponentes secundarios son aquellos que pueden otorgar su consentimiento para la disposición del cadáver, órganos, tejidos y sus derivados, así como de productos del disponente originario, en los términos de la legislación sanitaria.³⁶ Los disponentes secundarios, de conformidad con los artículos 13, 14 y 15 del Regl.-Órganos, y de acuerdo con el siguiente orden de preferencia, son los siguientes:
 - I. El cónyuge, el concubinario, la concubina, los ascendientes, descendientes y los parientes colaterales hasta el segundo grado del disponente originario.
 - II. La autoridad sanitaria competente: podrá utilizar la disposición de órganos y tejidos para efectos de trasplante, de conformidad con las normas técnicas que emita la Secretaría. Los establecimientos en los que se extraigan órganos y tejidos o se realicen trasplantes, adicionalmente deberán contar con un comité interno de trasplantes y con un coordinador

³⁵ Artículo 314, frac. VI, L.G.S. Disponente, a aquél que conforme a los términos de la ley le corresponde decidir sobre su cuerpo o cualquiera de sus componentes en vida y para después de su muerte.

³⁶ Artículo 14. Regl.-Órganos. Los disponentes secundarios a que se refiere el artículo anterior, podrán otorgar su consentimiento para la disposición del cadáver, órganos, tejidos y sus derivados, así como de productos del disponente originario, en los términos de la Ley y este reglamento.

de estas acciones, que serán supervisadas por el comité institucional de bioética respectivo [a. 316 L.G.S.].

- III. El Ministerio Público, en relación con los órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos que se encuentren bajo su responsabilidad con motivo del ejercicio de sus funciones. El Ministerio Público puede ordenar la necropsia, en ausencia de los otros disponentes secundarios.
- IV. La autoridad judicial.
- V. Los representantes legales de menores e incapaces, únicamente en relación con la disposición de cadáveres.
- VI. Las instituciones educativas con respecto a los órganos, tejidos y cadáveres que les sean proporcionados para investigación o docencia, una vez que venza el plazo de reclamación sin que ésta se haya efectuado.
- VII. Los demás a quienes las disposiciones generales aplicables les confieren tal carácter, con las condiciones y requisitos que se señalan en las mismas.

Es necesario detenerse en la primera fracción del artículo 13 del Regl.-Órganos que establece un determinado orden, diverso al de la L.G.S. Esta última establece que el consentimiento tácito para la donación de órganos se da cuando el donante no haya en vida, manifestado su negativa a que su cuerpo o componentes fueran utilizados para trasplantes; pero para hacer disposición de sus órganos se requiere obtener el consentimiento del o la cónyuge, el concubinario, la concubina, los descendientes, los ascendientes, los hermanos, el adoptado o el adoptante; conforme a la prelación señalada [a. 324]. El orden entre los ascendientes y descendientes difiere entre ambas normas, además de que la L.G.S., contempla las figuras del adoptado y adoptante que el Regl.-Órganos no hace, suponemos que debido a falta de técnica legislativa.

El orden de esta primera fracción, también es distinto al que señala el Código Civil Federal en cuanto a los sucesores legítimos³⁷ que son: los descendientes, cónyuges, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y la concubina o el concubinario, y a falta

³⁷ Artículo 1602 del C.C.F.

de los anteriores, la beneficencia pública.³⁸ La lógica detrás de esta diferente prelación puede ser que los sucesores legítimos son los que heredan los bienes, pero no el cadáver del *de cuius*. Parece que en cuanto a la sucesión, el legislador privilegió a los hijos –sobre todo si fueran menores–, mientras que en cuanto a la disposición del cuerpo, el legislador colocó en primer orden a los más allegados a las decisiones del disponente originario: mayores de edad que pudieran elegir un tratamiento terapéutico –en el caso de enfermedad– o que pudieran darle un destino al cuerpo u órganos. Aunque en términos de mismos intereses legítimos y de buena fe sobre la persona o bienes del disponente originario, podría haberse pensado que la prelación de parientes podría haber sido igual en ambos casos.

El Regl.-Órganos aclara que la preferencia o prelación será definida conforme a la reglas de parentesco que establece el Código Civil.³⁹ Claro que ni la L.G.S. ni el Código Civil Federal contemplaron a los *convivientes*, figura que fue instaurada recientemente por la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal. Los convivientes no pueden ser cónyuges, ni concubinos, ni parientes consanguíneos en línea recta sin límite de grado o colaterales hasta el cuarto grado [a. 4]. En virtud de la Sociedad de Convivencia, las dos personas que la constituyen están obligadas a darse alimentos y a tener derechos sucesorios, aunque el texto no especifica si los convivientes gozan de la facultad para decidir cuestiones de salud con respecto al otro: terapias, tratamientos, disposición de órganos, tejidos o cadáver; esta facultad, en cambio, sí es reconocida en la Ley-V.A.

7. Uso de la palabra *Enfermo*

Tanto la L.G.S. y la Ley de Salud para el D. F. definen al *Usuario del servicio de salud* como la persona que requiere y obtiene los servicios de salud que presten los sectores públicos, social y priva-

³⁸ Artículo 1599 C.C.F. La herencia legítima se abre: I. Cuando no hay testamento, o el que se otorgó es nulo o perdió validez; II. Cuando el testador no dispuso de todos sus bienes; III. Cuando no se cumpla la condición impuesta al heredero; IV. Cuando el heredero muere antes del testador, repudia la herencia o es incapaz de heredar, si no se ha nombrado sustituto.

³⁹ Código Civil Federal: Libro primero, Título Sexto: del parentesco, de los alimentos y de la violencia familiar, Capítulos I y II.

do [a. 50 L.G.S. y a. 2, frac. VII L.S.D.F.]. La Ley de Salud para el D. F. no usa el término “pacientes” y el de “enfermo” sólo lo utiliza en la fracción XIV del artículo 8, para referirse a una de las funciones de la Secretaría de Salud del D. F., que es la de vigilar que en los establecimientos que presten servicios de salud, el internamiento de enfermos de escasos recursos económicos sea gratuito.

A diferencia de otros ordenamientos, la L.G.S. por su parte, utiliza los tres términos, no de manera indistinta, sino con connotaciones diferentes. Dedicó el capítulo IV del Título Tercero, a los *Usuarios*.⁴⁰ El Sistema Nacional de Salud es conformado por la participación de los prestadores de servicios de salud, de los sectores público, social y privado, de sus trabajadores y de los usuarios de los mismos, así como de las autoridades o representantes de las comunidades indígenas; todos ellos coordinados por la Secretaría de Salud [a. 10].

En la L.G.S. encontramos el término “pacientes”, que es utilizado en la literatura médica y bioética, para referirse a ellos de manera más humanitaria. Ejemplo de esto es el artículo 93 que señala la importancia del establecimiento de un sistema de enseñanza continua en materia de salud. Así como de la promoción de programas de prestación de servicios de salud de atención primaria en comunidades indígenas, los cuales deberán adaptarse, tanto a su estructura social y administrativa, como a su concepción de la salud y de la relación del *paciente* con el médico, respetando siempre sus derechos humanos.⁴¹

La L.G.S. utiliza “enfermos” para denominar a los que padecen enfermedades mentales o los que padecen alguna enfermedad contagiosa, portadores de gérmenes o de afecciones transmisibles [artículos 74, 76, 77, 139, 150, 153]. En esta tesitura, *paciente* es quien recibe atención médica por cualquier causa (sea dolencia, enfermedad o accidente), mientras que *enfermo* es el que específicamente padece una enfermedad: la primera categoría sería el género y la segunda, la especie; aunque el enfermo no en todos los casos estará en la definición de paciente, porque probablemente no esté recibiendo la atención médica que requiera.

⁴⁰ Título Tercero. Prestación de los Servicios de Salud. Capítulo IV. Usuarios de los Servicios de Salud y Participación de la Comunidad.

⁴¹ Los artículos 67, 226, 229 y 262 de la L.G.S. también se refieren a los “pacientes”.

La Norma Oficial Mexicana NOM-168-SSA1-1998 *del Expediente Clínico* distingue entre el “paciente”, que es el beneficiario directo de la atención médica, y el “usuario”, que sería toda aquella persona, paciente o no, que requiera y obtenga la prestación de servicios de atención médica, para sí o para otro.

El término “usuario” ha sido criticado porque remite al lenguaje económico [y hasta peyorativamente, economicista], en donde se toma en cuenta la satisfacción de las necesidades del cliente por parte del proveedor, bajo el entendido de transacciones económicas; cuando tratándose de servicios de salud –por la implicación y repercusión de éstos– se esperaría que la relación del paciente con el personal de salud, debiera ser más rica en cuanto al trato y profundidad del vínculo. Pero “usuario” parece ser la denominación más frecuentemente encontrada en las diversas legislaciones ya que de manera general, uniforma las diversas connotaciones y que, como es una denominación versátil, puede ser utilizada indistintamente para todos los casos.

Tanto la Ley-V.A. como el Reglamento-V.A. se refieren al enfermo en etapa terminal,⁴² no hablan del usuario de servicios de salud, ni del paciente. El *enfermo en etapa terminal* es aquel que tiene un padecimiento mortal o esperanza de vida menor a seis meses. De conformidad con las distinciones mencionadas, en este caso el término “enfermo” resulta adecuado, aunque para efectos de la Ley-V.A., podría haberse recurrido al término “usuarios” para referirse a los familiares, y así ser más congruente con la legislación sanitaria local.

8. Cumplimiento de la Voluntad Anticipada

En el momento que el signatario o su representante consideren oportuno, deberán solicitar al personal de salud la correspondiente aplicación de las disposiciones contenidas en el instrumento de voluntad anticipada; momento que el personal de salud deberá dejar asentado en el historial clínico. Cabe mencionar, que aunque cualquier persona mayor de edad capaz, sana o enferma, puede suscribir los instrumentos de voluntad anticipada en cuanto a su propia persona, las disposiciones contenidas en el Documento o Formato, sólo serán aplicables

⁴² Artículo 3, fracción VI de la Ley-V.A.

al enfermo en etapa terminal [artículo 44]; este es un candado para evitar la asistencia al suicidio a otro tipo de enfermos. Lo mismo se aplica para los familiares o tutores que firmaron los instrumentos en representación de otro, para evitar que se cometa homicidio de un paciente en otro estado de salud que no sea terminal y que no reúna las condiciones de la fracción VI del artículo 3, por ejemplo, estado de coma prolongado.

- a) *Cumplimiento por parte del representante.* De acuerdo con el artículo 17 de la Ley-V.A., las obligaciones del representante empiezan desde el momento de la suscripción del Documento o Formato, con la revisión y confirmación de las disposiciones establecidas por el signatario en el Documento [frac. I] o con la verificación, cuando tenga conocimiento por escrito, de la integración de los cambios o modificaciones que realice el signatario al Documento [frac. III]. Pero también le corresponde la verificación del cumplimiento exacto e inequívoco de las disposiciones establecidas en el Documento [frac. II], y la defensa del Documento, en juicio y fuera de él, así como de las circunstancias del cumplimiento de la voluntad del signatario y de la validez del mismo [frac. IV].
- b) *Cumplimiento por parte del Personal de Salud.* De acuerdo con el Lineamiento Cuarto, el enfermo terminal o su representante pueden solicitar que se les brinde un informe por escrito sobre el diagnóstico, pronóstico y plan de manejo médico de la voluntad anticipada. Esto va de la mano del derecho que tiene el paciente a conocer su estado de salud y opciones de tratamiento o manejo; derecho derivado de una relación médico/paciente adecuadamente informada.

La Ley-V.A. señala que el personal de salud podrá proporcionar al paciente los cuidados paliativos,⁴³ las medidas mínimas ordinarias,⁴⁴

⁴³ Artículo 3, fracción IV. *Cuidados Paliativos:* el cuidado activo y total de aquellas enfermedades que no responden a tratamiento curativo e incluyen el control del dolor y otros síntomas, así como la atención psicológica del paciente.

⁴⁴ Artículo 3, fracción X. *Medidas Mínimas Ordinarias:* consisten en la hidratación, higiene, oxigenación, nutrición o curaciones del paciente en etapa terminal según lo determine el personal de salud correspondiente.

la sedación controlada⁴⁵ y ofrecer el tratamiento tanatológico.⁴⁶ Este trato al paciente va de la mano con lo que dispone, ya desde hace años, el *Código de Bioética para el Personal de Salud:* la aplicación de los cuidados paliativos, que alivien en la medida de lo posible, los sufrimientos físicos y psicológicos, a pesar de que la vida del paciente pueda acortarse.⁴⁷ Asimismo, la Ley-V.A. es congruente con lo establecido en el *Código de Conducta para el Personal de Salud,* el cual recomienda al médico abstenerse de realizar procedimientos desproporcionados que no reporten ningún bien al paciente, ni efectuar acciones de reanimación, expresamente prohibidas por éste.⁴⁸ Las diferencias estriban en que estos Códigos son de materia federal, no en cuanto a su obligatoriedad, sino en que fueron diseñados por la instancia federal en salud. Además, estos Códigos son recomendaciones de corte deontológico, no tienen un carácter jurídicamente vinculante, como sí lo tiene la Ley-V.A.

Para efecto de este artículo, la referencia a *medios*, es a los medios terapéuticos, no a la calificación moral con respecto al proceder médico y sus formas. En la literatura médica y bioética, se había utilizado la terminología de *medios ordinarios* y *extraordinarios* que más tarde fue reemplazada por la de *medios proporcionados* y *desproporcionados*.

La calidad de *ordinario* se adjudica a dos clases de medios: (i) los medios necesarios y usuales para el tratamiento y curación de un paciente y que, hasta podrían ser renunciables, como las transfusiones sanguíneas en casos no urgentes; y (ii) los medios indispensables,

⁴⁵ Artículo 3, fracción XVIII. *Sedación Controlada:* es la administración de fármacos por parte del personal de salud correspondiente, para lograr el alivio, inalcanzable con otras medidas, de un sufrimiento físico o psicológico, en un paciente en etapa terminal, con su consentimiento explícito, implícito o delegado, sin provocar con ello la muerte de manera intencional de éste.

⁴⁶ Artículo 3, fracción XIX. *Tanatología:* significa tratado o ciencia de la muerte. Consiste en la ayuda médica y psicológica brindada tanto al enfermo en etapa terminal como a los familiares de éste, a fin de comprender la situación y consecuencias de la aplicación de la ortotanasia.

⁴⁷ El *Código de Bioética para el Personal de Salud* fue elaborado por la Comisión Nacional de Bioética en el año 2002. Artículo 47.

⁴⁸ El *Código de Conducta para el Personal de Salud*, fue elaborado por la Secretaría de Salud y la Comisión Nacional de Bioética-IMSS-ISSSTE-SECODAM, en el año 2002. Estándar de Comportamiento núm. 28.

básicos y por lo mismo irrenunciables, lo que la Ley-V.A. llama Medidas Mínimas Ordinarias.⁴⁹

Los medios extraordinarios, en contraposición, son las intervenciones, medicamentos o utilización de instrumentos, que al aplicarlos reportan: (i) un mayor sufrimiento para el paciente; (ii) un gasto desequilibrado con respecto al beneficio a obtener, o (iii) una dificultad excesiva para conseguir su aplicación. La Ley-V.A. se encamina a evitar la aplicación o continuación de los medios, tratamientos o procedimientos médicos obstinados, desproporcionados o inútiles; aunque estos tres tipos de medios mencionados tienen diferente connotación, para efectos del tratamiento al enfermo terminal y –en términos de la ortotanasia–, resultan igualmente extraordinarios.

Ahora se lee con mayor frecuencia, la calidad de *proporcionado* o *desproporcionado*, para evidenciar la relación costo/beneficio; no vista bajo la óptica mercantil, sino refiriéndose al balance entre riesgo, sufrimiento y desgaste, con respecto al beneficio o esperanza de resultado razonable. Esta consideración siempre se hace con respecto al tratamiento y sus beneficios, no con respecto al personal de salud, ni al paciente, ya que un mismo tratamiento puede resultar proporcionado para ciertos enfermos y desproporcionado para otros. No hay una aplicación objetiva y unívoca de estos medios, sino que resulta casuística, dependiendo de las condiciones de salud y circunstancias de vida del paciente. Tal puede ser esta situación, que en pacientes gravísimos, hasta la reanimación cardiaca⁵⁰ podría convertirse en un medio desproporcionado o caer en la obstinación médica.

A diferencia de las medidas de sostenimiento o mínimas que no afectan al paciente sino al contrario, sirven para disminuir su sufrimiento, los medios proporcionados son otro tipo de intervenciones que se aplican con el fin o la intención de aliviar o curar. A los enfermos en etapa terminal, se les aplican las medidas mínimas y no necesariamente los medios ordinarios, puesto que tal vez, para su caso se tornen fútiles; mientras que a cualquier tipo de paciente o usuario de servicio de salud, se les aplica tanto los medios propor-

⁴⁹ Artículo 3, frac. X. *Medidas Mínimas Ordinarias*: consisten en la hidratación, higiene, oxigenación, nutrición o curaciones del paciente en etapa terminal según lo determine el personal de salud correspondiente.

⁵⁰ Artículo 3, frac. XVI de la Ley-V.A. *Reanimación*: conjunto de acciones que se llevan a cabo para tratar de recuperar las funciones o signos vitales.

cionados como métodos médicamente prescritos para su tratamiento terapéutico, como las medidas de sostenimiento para mantenerlos en adecuada condición.

Resulta importante destacar que la Ley-V.A. exige al personal de salud, de dar cumplimiento a las disposiciones del Documento o Formato, si las encuentra contrarias a sus creencias religiosas o convicciones personales. Lo cual significa que se está reconociendo el derecho de objeción de conciencia [artículo 42], pero queda la obligación para la Secretaría de Salud del D. F. de ofrecer la prestación de servicios de salud por parte de personal no objetor, refiriéndose al sector público de salud. En el sector privado, el médico tratante objetor de conciencia, debe informar al enfermo terminal o su representante, de esta circunstancia, dentro de un plazo de 24 horas, para que el paciente pueda buscar los servicios de otro médico o de otra institución de salud.

El derecho de objeción de conciencia se deriva de la libertad de pensamiento y conciencia [consagrada en el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos-DUDH]⁵¹ y, en cierta forma, también de la libertad de opinión y expresión [del artículo 19 de la DUDH y consagrada en el art. 6o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos]. La objeción de conciencia constituye una actitud de desobediencia hacia determinada norma jurídica aplicable, cuando el sujeto se ve obligado al desacato por motivos que le imponen sus convicciones personales, de índole religiosa, moral, filosófica o humanitaria.⁵²

- c) *Cumplimiento por parte del Comité Hospitalario de Ética Médica*. De conformidad con el artículo 33 del Reglamento-V.A. el Comité, junto con el personal de salud –sea público o privado– debe: (i) emitir y confirmar el diagnóstico del enfermo terminal; (ii) validar ante la Coordinación Especializada la existencia y vigencia de los instrumentos de voluntad anticipada (Documento

⁵¹ Adoptada por la Resolución 217A(III) de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948.

⁵² Para una sucinta explicación, véase Diego VALADÉS y Miguel CARBONELL (coords.), *Diccionario Jurídico Mexicano*. México, Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005, t. III (I-O), pp. 2658-2659, voz: *Objeción de Conciencia*. Autor: Miguel Alejandro LÓPEZ OLVERA.

o Formato) y (iii) brindar un manejo médico multidisciplinario al enfermo terminal. Esta disposición parece adecuada en el sentido de que el Comité, por su intrínseca formación, es una instancia que puede aportar un manejo más completo e integral del estado del paciente, así como servir de contrapeso en las interrelaciones entre el personal de salud y el paciente y sus familiares. Pero se quedaría vacía de contenido, si la institución no ha conformado un Comité: cuestión que deberá puntualizarse no sólo para los hospitales del sector público, sino también para aquellos del sector privado. El peligro es que muchas veces, estos últimos –bajo el pretexto de la libertad de contratación y transacción– se niegan al establecimiento de este tipo de instancias, argumentando que no deben estar sujetos a los mismos lineamientos, que los hospitales cuyos fondos son públicos.

- d) *Cumplimiento por parte de la Coordinación Especializada de la Secretaría de Salud del D. F.* La Coordinación recibe aviso sobre los Documentos de voluntad anticipada que se suscriban ante notario; además resguarda los Documentos y Formatos que provengan de las instituciones de salud, tanto públicas como privadas, lo cual significa que vigilará que los lineamientos de la Ley-V.A. se observen en los dos ámbitos [artículo 42, párrafo 4]. También recibe aviso del cambio de institución de salud y médico tratante, que haga el enfermo terminal o su representante [Lineamiento Quinto].

Al recibir estos instrumentos, la Coordinación debe dar aviso al Ministerio Público, lo cual, aunque no lo señala la Ley-V.A., se hace para garantizar mayor seguridad para los que participan en el proceso, en cuanto a deslindarlos de responsabilidad civil, penal o administrativa [artículo 6]. Asimismo, supervisa que se dé cumplimiento a las disposiciones de los Documentos y Formatos. También coadyuva y coordina sus actividades con el Centro Nacional y Local de Trasplantes para la donación de órganos y tejidos.

La regulación sanitaria en materia de donación de órganos y trasplante, está conformada por la L.G.S.,⁵³ por el anteriormente mencionado, Regl.-Órganos y por la Ley de Salud para el Distrito Federal.

⁵³ Título Décimo Cuarto: Donación, Trasplantes y Pérdida de la Vida.

Al disponente que tácita o expresamente consiente la disposición de su cuerpo o componentes para su utilización en trasplantes, ya sea en vida o en estado cadavérico, la L.G.S. lo denomina *Donador o donante* [artículos 314, frac. VI y 321 L.G.S.]. Correlativamente, el *Receptor* es la persona a quien se trasplantará o se le ha trasplantado un órgano o tejido o transfundido sangre mediante procedimientos terapéuticos [artículos 314, frac. XII y 6, frac. XX Regl.-Órganos] y quien se convierte, por ese hecho, en disponente originario del órgano o tejido recibido.

Al hablar de *disposición*, la legislación se refiere tanto a los órganos, tejidos, productos, como a los cadáveres humanos, por lo cual, de conformidad con el artículo 314 de la L.G.S. incluye los siguientes conceptos:

- (i) Tejido: entidad morfológica compuesta por la agrupación de células de la misma naturaleza, ordenadas con regularidad y que desempeñen una misma función [artículo 314, frac. XIII, y artículo 6, frac. XXIII, Regl.-Órganos].
- (ii) Órgano: entidad morfológica compuesta por la agrupación de tejidos diferentes que concurren al desempeño de los mismos trabajos fisiológicos [artículo 314, frac. X. y artículo 6, frac. XIII, Regl.-Órganos].
- (iii) Producto: todo tejido o sustancia extruida, excretada o expelida por el cuerpo humano como resultante de procesos fisiológicos normales. Serán considerados productos, para efectos de este Título, la placenta y los anexos de la piel [artículo 314, frac. XI, y artículo 6, frac. XV, Regl.-Órganos].
- (iv) Cadáver: el cuerpo humano en el que se haya comprobado la pérdida de la vida [artículo 314, frac. II y artículo 6, frac. V, Regl.-Órganos].

En cuanto al destino que se puede dar a los órganos, tejidos, productos o cadáveres están:

- a) Trasplante: transferencia de un órgano, tejido o células de una parte del cuerpo a otra, o de un individuo a otro y que se integren al organismo [artículo 314, frac. XIV, L.G.S.].
- b) Investigación o docencia.

- c) Destino final: que puede ser tanto la conservación como la desintegración [artículo 314, frac. V, L.G.S y artículo 6, frac. VIII y artículo 7, Regl.-Órganos].
- (i) Conservación permanente de órganos y tejidos mediante sustancias fijadoras, como la inclusión en acrílico y otras sustancias plásticas, tratamiento a base de parafina o el embalsamamiento; así como la conservación de cadáveres o esqueletos con fines de docencia;
- (ii) Inhumación, incineración, desintegración e inactivación de órganos, tejidos, células y derivados, productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los de embriones y fetos, en condiciones sanitarias permitidas por esta Ley y demás disposiciones aplicables.

La Ley-V.A. no especifica tan puntualmente como lo hace la legislación sanitaria, el destino que se le den a los órganos, pero por tratarse de una materia federal, se atenderá a lo dispuesto en la legislación vigente y a la autoridad federal correspondiente: Secretaría de Salud, a través del Centro Nacional de Trasplantes.

9. Historia clínica e información

Aunque en la Ley-V.A. ya se habían mencionado, en diversas partes del articulado, los efectos del cumplimiento de la voluntad anticipada, el Reglamento-V.A. es más esquemático en cuanto a los efectos que produce, que según el artículo 4 son:

- a) No someter al enfermo en etapa terminal a medios, tratamientos o procedimientos médicos que pretendan prolongar su vida, protegiendo en todo momento su dignidad.
- b) Cumplir con lo establecido en el plan de manejo médico respecto a cuidados paliativos y en su caso sedación controlada.
- c) Dar asistencia psicológica o tanatológica al paciente y sus familiares.

Una vez que se inicie el cumplimiento de la voluntad anticipada, todos estos efectos señalados, además de las notas de evolución,

actualización del cuadro clínico, signos vitales, resultados de estudios, indicaciones médicas y acciones realizadas, serán registrados por el médico tratante en el expediente clínico del enfermo en etapa terminal. El manejo del expediente o historial clínico debe apegarse a la Norma Oficial Mexicana NOM-168-SSA1-1998 *del Expediente Clínico* [artículo 35].⁵⁴ Esta NOM es de observancia general, nacional y obligatoria para los sectores público, social y privado del Sistema Nacional de Salud. El expediente clínico se refiere al conjunto de documentos escritos, gráficos e imagenológicos o de cualquier otra índole, en los cuales el personal de salud, deberá hacer los registros, anotaciones y certificaciones correspondientes a su intervención [Numeral 4.4 de la NOM].

Además de la historia clínica y las notas médicas⁵⁵ que debe contener el expediente, la NOM hace referencia a otros documentos, tanto del ámbito ambulatorio u hospitalario, entre los que sobresalen las Cartas de Consentimiento Bajo Información [Numeral 10.1.1 de la NOM], en las que quedará asentada la aceptación del tratamiento por parte del paciente. En esta tesitura, el Documento o Formato de voluntad anticipada tendrá el mismo efecto que las Cartas de Consentimiento, ya que dejan constancia del conocimiento que el paciente tiene de su condición física y de la aceptación del procedimiento ortotánico que llevará a cabo el personal médico.

De acuerdo con el artículo 10, los instrumentos de voluntad anticipada (Documento o Formato), más aparte la información que se genere y el historial clínico, se sujetarán a la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Distrito Federal (en lo sucesivo "Ley-Transparencia D. F."),⁵⁶ según la cual, hay dos fuentes que generan la información:

- a) La que genera el personal médico sobre el diagnóstico. De esta información siempre hay un tipo de datos que sí brinda al pa-

⁵⁴ Norma Oficial Mexicana NOM-168-SSA1-1998 *del Expediente Clínico*, fue emitida el 14 de septiembre de 1999 y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el día 30 del mismo mes y año.

⁵⁵ Tipos de Notas que señala la NOM: Notas Médicas en Urgencias y Notas Médicas en Hospitalización; dentro de ellas habrá notas de evolución, de interconsulta, de referencia/traslado, pre-operatoria, pre-anestésica, post-operatoria.

⁵⁶ Publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 28 de marzo de 2008.

ciente sobre su estado de salud, pero también puede haber información, que el personal se reserve. Según la Ley de Salud para el D. F. [artículo 16 bis], el usuario de servicios de salud podrá recibir: I. Información apropiada a su condición de género, educativa, cultural e identidad étnica sobre su historial médico y a estar totalmente informado sobre su salud, inclusive sobre los aspectos médicos de su condición. II. Excepcionalmente, se le negará información cuando exista el pleno conocimiento que dicha información representa un peligro para su vida o su salud.

- b) La que genera el paciente al proporcionar sus datos personales: domicilio, números telefónicos, vida familiar, íntima. Estos dos tipos de información son considerados como información confidencial, ya que contiene datos personales que son susceptibles de ser tutelados por el derecho fundamental a la privacidad, intimidad, honor y dignidad [artículo 4, frac. VII, Ley-Transparencia D. F.].⁵⁷

También, de acuerdo con el mismo artículo 16 bis de la Ley de Salud para el D. F., el usuario deberá recibir la seguridad de que la información sobre su estado de salud, será confidencial y protegida [frac. III]. Sólo podrán tener acceso a la información de cualquier tipo de paciente, los titulares de la misma y los servidores públicos que requieran conocerla o la han conocido, por motivos del ejercicio de sus funciones [artículo 38, Ley-Transparencia D. F.]. La forma de guardar, custodiar y clasificar la información por parte de la institución, así como la forma de solicitarla a los órganos públicos, está regida por la Ley-Transparencia D. F.

En cuanto a la información que se genere con respecto a las disposiciones de la voluntad anticipada y su cumplimiento, obviamente el personal de salud y el personal administrativo, están obligados a guardar confidencialidad y reserva [artículo 11, Reglamento-V.A.]. El

⁵⁷ Ley-Transparencia D. F. Artículo 4, fracción VII. *Información Confidencial*. La que contiene datos personales relativos a las características físicas, morales o emocionales, origen étnico o racial, domicilio, vida familiar, privada, íntima y afectiva, número telefónico privado, correo electrónico, ideología, preferencias sexuales y toda aquella información que se encuentra en posesión de los entes públicos, susceptible de ser tutelada por el derecho fundamental a la privacidad, intimidad, honor y dignidad.

médico tratante de una institución privada de salud, en observancia del secreto profesional, se abstendrá de divulgar datos o circunstancias del enfermo terminal; aunque si éste decide cambiar de institución y de médico, el médico anterior deberá proporcionar las facilidades para el cambio y brindar al nuevo médico tratante, la información necesaria sobre su diagnóstico y plan de manejo médico [Lineamientos Séptimo, Quinto y Sexto].

10. Atención domiciliaria

La Ley-V.A. también señala que se brindará atención médica domiciliaria a los enfermos en etapa terminal, dependiendo de las posibilidades financieras de la Secretaría de Salud, asunto por demás complejo en una ciudad con tantas necesidades y carencias.

Mientras la Ley-V.A. únicamente enuncia este tipo de atención [artículo 42, párrafo 3], el Reglamento-V.A. especifica cómo se llevará a cabo. El Reglamento-V.A. ya no aclara de dónde provienen los recursos que se emplearán para este tipo de atención, pero señala cuestiones más puntuales en los artículos 37 y 38:

- (i) La atención médica domiciliaria sólo se otorgará dentro del territorio del Distrito Federal.
- (ii) Será otorgada vía telefónica o a través de visita domiciliaria.
- (iii) Aunque será solicitada por el enfermo en etapa terminal, representante o familiares a través del área de trabajo social de la Unidad Médica Hospitalaria que le atiende, a su vez, deberá ser indicada por el médico tratante, de acuerdo con la condición médica del enfermo en etapa terminal y programada por la Unidad Médica Hospitalaria correspondiente.
- (iv) El personal de salud que asista, le proporcionará al enfermo en etapa terminal los cuidados paliativos, en su caso sedación controlada, así como tratamiento psicológico o tanatológico para el enfermo y sus familiares.
- (v) El personal de salud instruirá al familiar o persona encargada de atender al enfermo en etapa terminal, respecto al procedimiento para proporcionar los cuidados paliativos.

- (vi) Las Unidades Médicas Hospitalarias proporcionarán los medicamentos y material de curación, de acuerdo con el Cuadro Básico de Insumos del Sector Salud.

Así como todas las acciones efectuadas deben ser anotadas por el personal de salud en el historial clínico, obviamente con respecto a este tipo de atención domiciliaria, se incorporará la información al expediente clínico, bajo el cumplimiento del plan de manejo médico del enfermo en etapa terminal.

11. Comité Hospitalario de Ética Médica

En el Reglamento-V.A. existe una incongruencia que llama la atención, no sólo en un sentido técnico-terminológico, sino también en el aspecto de desactualización de las normas relativas. En el artículo 2 se define el concepto de *Comité Hospitalario de Ética Médica*, como el grupo consultor interdisciplinario que se ocupa de verificar, avalar y hacer recomendaciones sobre el diagnóstico del enfermo en etapa terminal y la aplicación de la voluntad anticipada [frac. I]. Lo extraño es que este tipo de instancia no está contemplada en la Ley de Salud para el Distrito Federal, ni en la Ley-V.A.

La L.G.S. tampoco es consistente en el uso del término.⁵⁸ El artículo 98 señala que las instituciones de salud, contarán con una "comisión de investigación"; una "comisión de ética", y en el caso de que se realicen investigaciones en seres humanos, una "comisión de bioseguridad", encargada de regular el uso de radiaciones ionizantes o de técnicas de ingeniería genética. El artículo 316, por su parte,

⁵⁸ Artículo 98. En las instituciones de salud, bajo la responsabilidad de los directores o titulares respectivos y de conformidad con las disposiciones aplicables, se constituirán: una comisión de investigación; una comisión de ética, en el caso de que se realicen investigaciones en seres humanos, y una comisión de bioseguridad, encargada de regular el uso de radiaciones ionizantes o de técnicas de ingeniería genética. El Consejo de Salubridad General emitirá las disposiciones complementarias sobre áreas o modalidades de la investigación en las que considere que es necesario.

Artículo 316. Los establecimientos a que se refiere el artículo anterior contarán con un responsable sanitario, quien deberá presentar aviso ante la Secretaría de Salud.

Los establecimientos en los que se extraigan órganos y tejidos o se realicen trasplantes, adicionalmente, deberán contar con un comité interno de trasplantes y con un coordinador de estas acciones, que serán supervisadas por el comité institucional de bioética respectivo.

se refiere a los establecimientos en los que se extraigan órganos y tejidos o se realicen trasplantes, se prevé que este tipo de instituciones cuenten con un "comité interno de trasplantes" y con un coordinador de estas acciones, que serán supervisadas por el "comité institucional de bioética" respectivo.

Por supuesto que lo más recomendable sería uniformar los términos dentro de la propia L.G.S. y emitir la legislación local en concordancia. Más que las palabras "comisiones", debería usarse el término de "comités de bioética" o el de "comités de ética" ya que internacionalmente es el que se está adoptando. La *Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos*,⁵⁹ insta a que se apoye y promueva la formación de comités de ética, pluridisciplinarios y pluralistas. Estos comités servirían para evaluar los problemas éticos, jurídicos, científicos y sociales con respecto a: (i) los proyectos de investigación relativos a los seres humanos; (ii) la atención clínica; y (iii) brindar asesoría a instancias políticas, educativas y sociales para sensibilizar al público y fomentar el debate sobre cuestiones bioéticas.⁶⁰

El Reglamento-V.A. sí incorpora la idea de que el Comité debe tratarse de un grupo de consultores de formación multidisciplinaria. Lo que queda confuso es que señala que este grupo se ocupará de evaluar el caso del enfermo terminal, para la aplicación de las disposiciones de los instrumentos de voluntad anticipada, como si fuera la única función del Comité. Debería quedar claro que un Comité institucional u hospitalario tiene bajo su responsabilidad la evaluación de diversos casos y problemáticas del hospital, y no sólo las que tienen que ver con los asuntos de enfermedades terminales.

⁵⁹ Proclamada por la Conferencia General de la UNESCO, el 19 de octubre de 2005.

⁶⁰ En la versión original en inglés, son denominados "Ethics committees".

Artículo 19. *Comités de Ética*. Se deberían crear, promover y apoyar, al nivel que corresponda, comités de ética independientes, pluridisciplinarios y pluralistas con miras a:

- a) evaluar los problemas éticos, jurídicos, científicos y sociales pertinentes suscitados por los proyectos de investigación relativos a los seres humanos;
- b) prestar asesoramiento sobre problemas éticos en contextos clínicos;
- c) evaluar los adelantos de la ciencia y la tecnología, formular recomendaciones y contribuir a la preparación de orientaciones sobre las cuestiones que entren en el ámbito de la presente Declaración;
- d) fomentar el debate, la educación y la sensibilización del público sobre la bioética, así como su participación al respecto.

IV. CONCEPTO DE MUERTE EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

El Reglamento-V.A. señala que una vez que el enfermo en etapa terminal fallezca, sea en su casa o en el hospital, el personal de salud expedirá el certificado de defunción correspondiente [a. 37, fracc. VII.]. Pero no hace ninguna otra referencia explícita al concepto de "muerte".

La Ley-V.A se refiere a la *muerte* en las definiciones de los conceptos de Ortotanasia, Sedación Controlada y Tanatología,⁶¹ así como una de las causas para que termine el cargo de representante del enfermo en fase terminal, sea por muerte del representante o del representado. Pero no abunda sobre el concepto de "muerte" en la legislación vigente, ni sobre los efectos que la muerte produce.

El artículo 343 de la L.G.S. establece dos estadios en los que se considera que hay pérdida de la vida:

I. Cuando se presente la muerte cerebral:⁶² para lo cual se requiere:

- a) Pérdida permanente e irreversible de conciencia y de respuesta a estímulos cerebrales.
- b) Ausencia de automatismo respiratorio.
- c) Evidencia de daño irreversible del tallo cerebral, manifestado por arreflexia pupilar, ausencia de movimientos oculares en pruebas vestibulares y ausencia de respuesta a estímulos nociceptivos.

o

II. Se conjunten los signos de la muerte que se enumeran expresamente:

- a) La ausencia completa y permanente de conciencia.
- b) La ausencia permanente de respiración espontánea.
- c) La ausencia de los reflejos del tallo cerebral.
- d) El paro cardíaco irreversible.

La conjunción disyuntiva "o" entre ambas fracciones, me hace afirmar que para la legislación mexicana basta la muerte cerebral para considerar que una persona ha perdido la vida.

La L.G.S. recomienda que la obtención de órganos o tejidos para trasplantes se haga preferiblemente de sujetos en los que se haya

comprobado la pérdida de la vida⁶³ más que de donadores vivos, por lo que considero que la legislación sanitaria estableció el criterio de muerte cerebral para determinar el momento en que se puede disponer del cuerpo para extraer los órganos y tejidos útiles para trasplantes. Esto último, con base en el artículo 334 de la misma L.G.S., el cual dispone que para realizar trasplantes de donantes que hayan perdido la vida, deberán cumplirse requisitos tales como el de consentimiento, el de asegurarse que no exista riesgo sanitario y el de comprobar, previamente a la extracción de los órganos y tejidos, la pérdida de la vida del donante en los términos que precisa la ley, de acuerdo con el citado artículo 343.⁶⁴

Cabe hacer notar que, mientras la doctrina jurídica o bioética señalan categóricamente que los trasplantes de órganos pueden ser con donante cadavérico, la legislación señala que se debe comprobar que el donante haya "perdido la vida" y luego, la propia L.G.S. hace la distinción entre un sujeto que ha perdido la vida y un cadáver. El sujeto que ha perdido la vida es aquel en el que se actualiza cualquiera de los dos supuestos del artículo 343 de la L.G.S.: o solamente tiene muerte cerebral o sólo presenta los signos de la muerte; mientras que cadáver, de acuerdo con el artículo 314 de la misma Ley, es el cuerpo humano en el que se comprueba la presencia de los signos de muerte, haciendo alusión exclusivamente al segundo supuesto del multicitado artículo 343.⁶⁵

Tanto el Regl.-Órganos, como el *Reglamento de Cementerios del Distrito Federal*, equiparan al cadáver con el sujeto que ha perdido la vida.⁶⁶ Pero para efectos de los trasplantes, basta cualquiera de los dos tipos de muerte: la cerebral o la corporal; mientras que para los demás efectos de la disposición del cadáver, se deben corroborar necesariamente los signos de la muerte.

Este punto es en extremo delicado porque el no determinar el momento exacto de la muerte o manipularlo puede ser con la finalidad, no de ayudar al moribundo, sino de satisfacer intereses ajenos. El énfasis en la importancia de la determinación del momento de la

⁶³ Artículo 331 de la L.G.S.

⁶⁴ Artículo 334 de la L.G.S.

⁶⁵ Artículos 314, fracción II y 343, fracción II de la L.G.S.

⁶⁶ Artículo 6, fracción V del Regl.-Órganos y artículo 11, fracción II del Reglamento de Cementerios del Distrito Federal.

⁶¹ Ley-V.A., Artículo 3, fracciones XIII, XVIII y XIX respectivamente.

⁶² Artículo 344 de la L.G.S.

muerte, también radica en que éste conlleva otros efectos señalados en la legislación civil y penal.

1. En la esfera del difunto

- (i) Extinción de la personalidad jurídica, la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio, a las que alude el artículo 22 del Código Civil Federal y del Código Civil para el Distrito Federal.
- (ii) La consiguiente pérdida de los atributos de la personalidad, derechos personalísimos y garantías individuales.
- (iii) Extinción de los derechos reales no transmisibles por herencia como el usufructo, uso y habitación.⁶⁷
- (iv) Extinción de las obligaciones y contratos *intuito personae*, tanto dentro de los ámbitos civil, mercantil, como laboral.
- (v) Fin del matrimonio, la patria potestad, adopción, tutela o curatela. Aunque parecería lógico afirmar que se establece también el fin de una póstuma filiación y reconocimiento de hijos (paternidad/maternidad), con las técnicas de reproducción asistida y la crioconservación de gametos, percibir la muerte como una imposibilidad para la procreación ya no resulta tan claro.

2. En la esfera de los demás sujetos⁶⁸

- (i) Para los disponentes secundarios:⁶⁹ la disposición y destino final del cadáver⁷⁰ en cuanto a la donación, desintegración o inactivación de sus órganos, tejidos y células; a la inhumación; exhumación; incineración; práctica de necropsias; traslado; depósito; manejo; conservación permanente y embalsama-

⁶⁷ Artículos 1038, fracción I y 1053 del C.C.F. y del C.C.D.F.

⁶⁸ Cfr. Diego VALADÉS y Miguel CARBONELL (coords.), *op. cit.*, t. II (D-H), p. 1015, voz: *Defunción*. Autor: Carmen GARCÍA MENDIETA.

⁶⁹ Artículos 13 y 15 del Regl.-Órganos.

Disponentes secundarios: cónyuge, concubinario, concubina, ascendientes, descendientes, parientes colaterales hasta el segundo grado del disponente originario; autoridad sanitaria competente; el Ministerio Público; la autoridad judicial; los representantes legales; instituciones educativas.

⁷⁰ Cadáver entendido en los términos de los artículos 314, fracción II y 343, fracción II de la L.G.S.

- miento o destino con fines de docencia o investigación, en las condiciones permitidas por la legislación sanitaria y prohibidas por la legislación penal, tanto a nivel federal como local.⁷¹
- (ii) Para los médicos o autoridades sanitarias competentes: expedición del certificado de defunción en donde se determinan las causas de la muerte.⁷² El médico tratante que expida el certificado de defunción del enfermo terminal, que haya suscrito los instrumentos de voluntad anticipada, deberá dar aviso por escrito a la Coordinación Especializada del fallecimiento, en un plazo de 48 horas [Lineamiento Décimo Primero].
- (iii) Para el funcionario del Registro Civil: asiento del acta de defunción la cual posee un carácter declarativo y probatorio.
- (iv) Para el Ministerio Público o autoridad judicial: intervención en caso de muerte violenta o presuntamente vinculada a la comisión de hechos ilícitos y ordenar la práctica de necropsias.⁷³
- (v) Para los herederos: apertura de la sucesión del *de cujus*, ya sea por testamento o sucesión legítima y la determinación para los herederos de su capacidad para adquirir por herencia o legado.⁷⁴
- (vi) Para los beneficiarios de un contrato de seguro: nace el derecho al cobro del seguro de vida.
- (vii) Para la familia: pago de una indemnización si la muerte es causada por accidente o negligencia.
- (viii) Para el cónyuge, concubino o conviviente: disolución del vínculo matrimonial, de la relación y de la sociedad de convivencia.

⁷¹ Artículo 314, fracción V y Capítulo V del Título Decimocuarto [artículos 346 al 350 bis] de la L.G.S.

Artículos 6, fracciones IX y XI; 7 y 62 del Regl.-Órganos.

Artículo 59 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud.

Artículos 280 y 281 del C.P.F.

Artículos 207 y 208 del C.P.D.F.

⁷² Artículos 91 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica y 62 del Regl.-Órganos.

⁷³ Artículos 92 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica y 70 del Regl.-Órganos.

⁷⁴ Artículos 1281, 1649 del C.C.F. y del C.C.D.F.

(ix) Para el Estado en el ámbito penal: extinción de la pretensión punitiva en el caso del inculpado y, de las sanciones, penas o medidas de seguridad impuestas al sentenciado, a excepción de la reparación del daño y el decomiso de instrumentos.⁷⁵

IV. CONCLUSIÓN

Vale la pena reconocer como virtud, que a diferencia de lo que sucede en otras ocasiones, en las que se emite una ley pero –por deficiente técnica legislativa– no se adecuan las normas correlativas sobre la materia, con la Ley-V.A. efectivamente se hicieron las modificaciones pertinentes a la legislación local: el Código Penal y la Ley de Salud. Siguiendo la crítica que se hizo, sería deseable la inserción de una aclaración en la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal, para especificar la facultad que tienen los convivientes con respecto a las decisiones de salud y tratamientos médicos. Así como debería revisarse el Código Civil local para dar una mayor congruencia global al concepto de la Sociedad de Convivencia.

Lo que resulta una total incongruencia es el título mismo y cierto contenido de la Ley-V.A. y del Reglamento-V.A. Si sólo la Ley-V.A. regulara la decisión de pacientes capaces, que pueden por sí mismos tomar decisiones autónomas, tendría sentido; pero desde el momento en que se permite que otra persona, distinta al paciente, pueda suscribir el documento, es absurdo. Los disponentes –estipulados en la L.G.S.– debieron quedarse para cuestiones de órganos y cadáveres, pero no para autorizarlos a suscribir en nombre de otra persona las decisiones vitales. La figura del suscriptor de los instrumentos de los enfermos incapaces y menores, debería tratarse por separado, en otra normatividad específica. En consecuencia, deberían omitirse las fracciones III y IV del artículo 7 de la Ley-V.A.

En los Lineamientos debería agregarse al representante como una figura actuante dentro del escenario de la voluntad anticipada, ya que este documento sólo hace referencia al enfermo terminal y al suscriptor. Ambas figuras: enfermo y suscriptor, pueden ser una misma persona, mientras que el representante de voluntad anticipada está contemplado en la normatividad y en los Formatos, como otra

persona que vela para que se cumplan las disposiciones del enfermo. El representante puede también ser el que suscribe los instrumentos de voluntad anticipada, sea que el enfermo esté consciente o no, sea capaz o incapaz, lo cual, debería revisarse. El concepto de *Voluntad Anticipada*, instaurado ahora en México, fue inventado tomando en cuenta la experiencia de otros países, pero haciendo su propia figura híbrida, no eficiente; sobre todo en este punto delicado, en el que las disposiciones de voluntad anticipada, deberían considerarse actos personalísimos, como el del testamento en el ámbito civil. Es más, tan resulta jurídicamente incongruente, que el término “*Voluntad*” siempre se ha utilizado para actos unilaterales, mientras que “*Consentimiento*” implica bilateralidad.

La gran crítica –y no me refiero al texto de las normatividades de voluntad anticipada– sino al sistema de salud, es la carencia de pabellones de cuidados prolongados y cuidados paliativos. Con la lectura de la Ley-V.A. y el Reglamento-V.A. podría pensarse que México está avanzado en el cuidado de pacientes terminales, cuando en la realidad se sabe de la falta de insumos, de personal e instalaciones, no sólo en los pequeños poblados sino también en las grandes ciudades; y no sólo para padecimientos que requieren alta especialidad, sino también para los básicos de la atención primaria. Resulta un poco iluso prometer atención domiciliaria a los enfermos terminales, cuando no se han podido cubrir otras necesidades.

Ha habido discusión en cuanto a la aprobación de las normativas de voluntad anticipada. No es que exista una polarización entre la legislación federal y la local, en el sentido de que la primera sea conservadora y la segunda liberal, sino que más bien, la legislación federal está quedando desactualizada. La muerte cerebral es un criterio válido para la declaración de la muerte, mas no es la condición exclusiva para la suspensión de medios fútiles [como señala el artículo 345, L.G.S.]. El estado de salud terminal pone a la consideración de los médicos y de la sociedad, si existe o no, la obligatoriedad de agotar todos los recursos técnicos disponibles para prolongar una vida o, más bien, para retrasar artificialmente el advenimiento de una muerte ya anunciada.

Aunque el Reglamento-V.A. tiene la función evidente de hacer ejecutable la Ley-V.A., también tiene la función de llamar la atención sobre el tema del trato hacia el enfermo en etapa terminal. El que se

⁷⁵ Artículos 91 del C.P.F. y 94, fracción II y 98 del C.P.D.F., respectivamente.

diga que hay que respetar la dignidad del enfermo, es parte de un discurso políticamente correcto; lo importante sería llevar el discurso al plano de la práctica. La Ley-V.A. y el Reglamento-V.A. pueden ser instrumentos útiles, no sólo para hacer conciencia, sino para que prácticas médicas correctas como la ortotanasia, sean instauradas como procedimientos obligatorios. Claro, que desde el plano conceptual, resulta absurdo suponer que aún existe el encarnizamiento terapéutico, pero por desgracia, es un hecho que se sigue presentando en la práctica clínica cotidiana.

Los instrumentos de derechos humanos tienen la misma función: conmovier para lograr cambios, promover prácticas de respeto e instrumentar las reformas jurídicas y sociales. Este binomio conformado por la Ley-V.A. y el Reglamento-V.A., podría constituirse en los cimientos de una nueva percepción sobre el derecho a la protección y atención a la salud, en la esfera administrativa y legal; aunque faltará ver cómo cambiará la percepción de la sociedad a nivel cultural, con respecto al ejercicio de mayor autonomía en la toma de decisiones de salud. Faltará también estar revisando constantemente la Ley-V.A. y el Reglamento-V.A., para poder irlos perfeccionando, ya que aún presentan carencias, incongruencias y deficiencias en las definiciones, como la de Enfermo en Etapa Terminal, que parece enfocarse exclusivamente a los pacientes oncológicos, que pueden ser diagnosticados certeramente con los criterios de la fracción VI del artículo 3, pero no necesariamente para otro tipo de enfermos terminales con enfermedad avanzada.

La experiencia en el derecho civil, con respecto a la elaboración de testamentos, demuestra que no es fácil hablar de la muerte y menos, cuando se está sano; no es fácil ordenar los asuntos y, peor si se trata de disponer sobre el propio cuerpo o vida. Es un ejercicio de responsabilidad y autocontrol, el no dejar decisiones de tal envergadura sólo a los parientes o representantes.

La toma de decisiones autónoma, la determinación del fin de la vida, la responsabilidad del gobierno en cuanto a la atención de salud, la objeción de conciencia, son todos, temas de derechos humanos y bioética. Defender la vida, también implica reconocer la muerte: no provocarla, ni trivializarla; pero sí percatarse de que los avances técnicos y científicos, así como positivamente han servido para aliviar

y curar, también han provocado confusión y tratado de engañar a la muerte, pero muchas veces a costa y por encima del paciente.

Nota final. Se adjuntan al final de este comentario, los dos tipos de Formatos emitidos por la Secretaría de Salud del Distrito Federal, tanto el que debe ser suscrito por el enfermo terminal, como el que es suscrito por el representante del enfermo cuando éste sea incapaz, menor de edad o se encuentre en una situación o estado de salud que le imposibilite hacerlo por sí mismo.

V. ANEXO. FORMATOS DE VOLUNTAD ANTICIPADA



FORMATO DE VOLUNTAD ANTICIPADA DEL ENFERMO EN ETAPA TERMINAL

FORMATO NÚMERO CEVA/ /20

Unidad Médica Hospitalaria			
Nombre _____			
Domicilio _____			
Área de atención _____			
Datos del enfermo en etapa terminal			
Nombre _____			No. de Expediente _____
Domicilio _____			
Edad: _____	Sexo: _____	Estado Civil: _____	Identificación: _____
			Folio: _____
Nacionalidad: _____		Ocupación: _____	Teléfono: _____
Dx. Terminal: _____			

El que suscribe, por mi propio derecho y con plena capacidad de ejercicio, manifiesto que se me ha explicado la enfermedad que padezco, la cual a sido médicamente diagnosticada como terminal de conformidad con lo establecido en el artículo 3, fracción VI, de la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal; y artículo 2, fracción III, del Reglamento de la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal por lo que actuando de manera libre de coacción, consiente, seria, enequivoca, y reiterada expreso mi decisión para no ser sometido a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos obstinados e innecesarios, encamidados a prolongar mi vida, protegiendo en todo momento mi dignidad.

Manifestación para Donación de Órganos	si	no	*Con fundamento en el artículo 8, fracción IV, de la Ley de Voluntad Anticipada
--	----	----	---

Designo como mi representante, para la verificación del cumplimiento exacto de lo antes dispuesto a:

Datos del Representante			
Nombre _____			
Domicilio _____			
			Teléfono _____
Edad: _____	Sexo: _____	Estado Civil: _____	Identificación: _____



FORMATO DE VOLUNTAD ANTICIPADA DEL ENFERMO EN ETAPA TERMINAL

Nacionalidad	Ocupación	Folio
--------------	-----------	-------

Designo como testigos, que concurrieron a la celebración del presente acto y verificaron que mi voluntad fue Manifiesta a:

Datos del Testigos			
Nombre	Nombre	Nombre	Nombre
Domicilio	Domicilio	Domicilio	Domicilio
Teléfono	Edad	Teléfono	Edad
Sexo	Estado Civil	Sexo	Estado Civil
Identificación	Folio	Identificación	Folio
Nacionalidad	Nacionalidad	Nacionalidad	Nacionalidad
Ocupación	Ocupación	Ocupación	Ocupación

Observaciones:

La aplicación de las disposiciones establecidas en el presente Formato exime de responsabilidad, sea de naturaleza civil, penal o administrativa, a quien interviene en su realización, si actúa con concordancia con las disposiciones establecidas en la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal, su Reglamento y demás legislación aplicable.

En México, Distrito Federal, siendo las _____ horas con _____ minutos, del día _____ del mes _____ del año 20____

ENFERMO EN ETAPA TERMINAL

REPRESENTANTE

TESTIGO

TESTIGO



FORMATO DE VOLUNTAD ANTICIPADA PARA EL SUSCRIPTOR Y REPRESENTANTE DEL ENFERMO EN ETAPA TERMINAL

FORMATO NUMERO CEVAJ /20

Unidad Médica Hospitalaria	
Nombre:	
Domicilio:	
Área de atención:	

Datos del enfermo en etapa terminal			
Nombre:	No. de Expediente:		
Domicilio:			
Edad:	Sexo:	Estado Civil:	Identificación:
			Folio:
Nacionalidad:	Ocupación:	Teléfono:	
Dx. Terminal:			

Datos del Suscriptor y Representante			
<i>(Cuando el enfermo se encuentre impedido para manifestar su voluntad, sea menor de edad, o incapaz legalmente declarado, según lo establecido en el artículo 7, fracciones III y IV, 19 y 20 de la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal)</i>			
Nombre:			
Domicilio:			
Teléfono:			
Edad:	Sexo:	Estado Civil:	Identificación:
			Folio:
Nacionalidad:	Ocupación:	Parentesco:	

El que actúa en calidad de suscriptor y representante con plena capacidad de ejercicio, manifiesto que se me ha explicado la enfermedad que padece por quien suscribo, la cual ha sido médicamente diagnosticada como terminal de conformidad con lo establecido en los artículos 3, fracción VI, de la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal; y el artículo 2, fracción III, del Reglamento para la Ley de voluntad Anticipada del Distrito Federal por lo que actuando de manera libre de coacción, consciente, seria, inequívoca y reiterada expreso la decisión de que no sea sometido a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos obstinados e innecesarios, encaminados a prolongar su vida, protegiendo así en todo momento su dignidad.

Manifestación para Donación de Órganos	si	no	*Con fundamento en el artículo 8, fracción IV, de la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal.
--	----	----	---



FORMATO DE VOLUNTAD ANTICIPADA PARA EL SUSCRIPTOR Y REPRESENTANTE DEL ENFERMO EN ETAPA TERMINAL

Nombre como testigos, que concurren al acto y verificación que mi voluntad fue manifestada a:

Datos del los Testigos			
Nombre: _____		Nombre: _____	
Domicilio: _____		Domicilio: _____	
Teléfono: _____	Edad: _____	Teléfono: _____	Edad: _____
Sexo: _____	Estado Civil: _____	Sexo: _____	Estado Civil: _____
Identificación: _____	Folio: _____	Identificación: _____	Folio: _____
Nacionalidad: _____		Nacionalidad: _____	
Ocupación: _____		Ocupación: _____	

Observaciones:

La aplicación de las disposiciones establecidas en el presente Formato exime de responsabilidad, sea de naturaleza civil, penal o administrativa, a quien interviene en su realización, si actúa en concordancia con las disposiciones establecidas en la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal, su Reglamento y demás legislación aplicable.

En México, Distrito Federal, siendo las _____ horas, con _____ minutos, del día _____ del mes _____ del año 20____.

SUSCRIPTOR Y REPRESENTANTE

TESTIGO

TESTIGO

LA FILOSOFÍA JURÍDICA Y POLÍTICA DE AVERROES. UNA RECUPERACIÓN PARA LA ACTUALIDAD

Emilio SUÑÉ LLINÁS

SUMARIO: I. *Ibn Rushd, un filósofo del al-Andalus*. II. *Política, moral y derecho en Averroes*. III. *El averroísmo en la actualidad*.

I. IBN RUSHD, FILÓSOFO DEL AL-ANDALUS

El presente ensayo tiene por objeto presentar a sus lectores, algunas de las principales aportaciones de mi libro *Averroes / Ibn Rushd. Senda de Occidente. Esperanza del Islam*, publicado recientemente por la Universidad Complutense de Madrid.

La intención de dicho libro, así como la del presente artículo de divulgación científica, fue reivindicar la personalidad y el pensamiento de Averroes, observando también la influencia que tuvo en la conformación de la filosofía jurídica y política de Occidente, así como la conveniencia de que la reflexión islámica retome algunas de sus principales aportaciones.

Averroes, Abu-l-Walid Muhammad b. Ahmad b. Muhammad Ibn Rushd, llamado *al-hafid* (el nieto), para distinguirlo de su abuelo del mismo nombre, nació en Córdoba en 1126 (año 520 de la Hégira) y murió en Marraquesh, en 1198 (año 595). Posteriormente, sus restos fueron trasladados al panteón familiar del cementerio cordobés de Ibn Abbas. De hecho, toda su vida está marcada por la conexión entre ambos lados del estrecho, que conectaba, más que separaba,

un Imperio Almohade que se extendía desde Al-Andalus al norte de África, señaladamente Al-Magrib.

Su libro más importante sobre filosofía jurídica y política es su *Exposición de la República de Platón*, escrito en 1194, si bien tiene una importante obra jurídica que, en lo sustancial, se concentra en las aproximadamente 1 200 páginas —de la moderna edición en inglés— de su *Bidayat al Mujtahid*,¹ escrito en 1168.

El hecho de que Ibn Rushd escribiera sobre política y fuese desterrado, fue todo uno. De hecho su destierro fue inducido por el odio que le profesaban los alfaquíes (canonistas) y ulemas (teólogos) más radicales, que consiguieron su condena en 1195, misma que se prolongó hasta poco antes de su muerte.²

Para comprender el destierro de Ibn Rushd, hay que situarse en el contexto político de la España musulmana (al-Andalus). La conquista por el Islam de la mayor parte de la península, que se produce en poco más de cinco años a partir del 711, se llevó a cabo por súbditos del Imperio Omeya, es decir, por los sirios, entroncados con las milenarias culturas orientales.³

La independencia de al-Andalus con respecto a Bagdad se produjo, en la práctica, bajo la égida de Abderramán I (756-788), quien sin embargo no se atribuyó la dignidad de Califa. A partir del año 788, con Hisham I, ganan una influencia determinante en el gobierno los alfaquíes (juristas religiosos) de la Escuela Maliquí; pero la época es de profunda inestabilidad, hasta que Abderramán III consigue un férreo control militar y político, que culmina con su proclamación como Califa de Córdoba, en el año 929. A su muerte, en el año 961, Córdoba era una gran capital cultural, que contaba con una biblioteca de casi 400 000 volúmenes.

Después de esta época, que fue la de máximo esplendor de al-Andalus, regresó la inestabilidad política, que sólo se vio algo paliada en tiempos del caudillo Almanzor; pero no se pudo evitar la profunda decadencia del Califato, que degeneró en los Reinos de Taifas (1031-1090). El avance de los príncipes cristianos, empujó a los musulmanes de al-Andalus, a pedir ayuda a las etnias bereberes del norte de

¹ IBN RUSHD, *The distinguished jurist's primer*, vol. I, trad. I. A. Khan Nyazee, Ed. Garnet, Reino Unido, 1994.

² R. DE MENDIZÁBAL ALLENDE, *Averroes. Un andaluz para Europa*, Ed. Idea, Madrid, 1971.

³ C. CID y M. RIU, *Historia de las religiones*, Ed. Ramón Sopena, Barcelona, 1965, p. 484.

África; primero llegaron los almorávides, que fueron sustituidos en breve tiempo por los almohades. Este al-Andalus Almohade y a fin de cuentas dominado por los magrebíes, tan lejos ya de los primigenios conquistadores sirios, es el al-Andalus de Averroes. Se trata pues de una época ciertamente dura y convulsa.

Dentro del anterior contexto, nos encontramos con la personalidad de Ibn Rushd, hijo de una ilustre familia de juristas cordobeses, los Banu Rushd. De hecho, su abuelo del mismo nombre, fue Gran Cadí de Córdoba, como también lo sería su padre y el propio Averroes. Pero más allá de su familia, Averroes contó con muy ilustres maestros, pero el más importante y decisivo de todos fue Ibn Tufail (Abentofail), quien le presentó al Sultán almohade Abu Yaqub Yusuf b. Abd al-Mumin, cuando Ibn Rushd vivía en la Mauritania, donde desempeñó el cargo de Cadí.

Yaqub al-Mumin se convirtió en protector de Ibn Rushd, al que nombró Cadí mayor de Sevilla y de la Mauritania (1169), Médico de Cámara, cargo en el que sucedió a Ibn Tufail y posteriormente Cadí mayor de Córdoba (1182).⁴ Asimismo fue al-Mumin quien le encomendó la tarea de convertirse en *comentador* de Aristóteles.

El sucesor de Yaqub al-Mumin, Yaqub al-Mansur, confirmó inicialmente en sus cargos a Averroes (1184), aunque un año después accedería —ante las presiones de sus adversarios políticos— a prohibir las obras de Ibn Rushd y desterrarle a Lucena (Elisena), de donde se trasladaría a Fez, por razones de seguridad personal.

Ibn Rushd fue indultado por al-Mansur en 1197 y regresó a Córdoba, ya muy lejos de su antigua posición. El Sultán tuvo a bien nombrarle de nuevo, casi al final de su vida, Cadí de la Mauritania, por lo que murió en Marrakesh a finales de 1198, desde donde su cadáver fue trasladado a su Córdoba natal.

Averroes escribió la mayor parte de su obra a partir de 1169. El reconocido especialista, Miguel Cruz Hernández, señala que 83 textos son atribuibles a Averroes, de los que 62 se conservan, en todo o en parte. Pero fue el Sultán Yaqub al-Mumin quien le sugirió, a través de Ibn Tufail, hacer comentarios aclaratorios que suavizasen la oscuridad

⁴ Conforme precisa Quadri, hacia 1182, Ibn Tufail declinó a favor de Averroes el cargo de médico del Sultán, pero conservó el puesto de Visir hasta su muerte, que se produjo en 1185. G. QUADRI, *La philosophie arabe dans l'Europe Médiévale. Des origines a Averroès*, Ed. Payot, París, 1960, p. 165.

de Aristóteles, comentarios que normalmente se dividen en *grandes*, *medianos* y *paráfrasis* o análisis.⁵

Ahora bien, dicha labor de comentarista no impide que Ibn Rushd, como antes lo había hecho Avicena (Ibn Sina), intercale bastantes ideas originales, lo más habitual es que sin proponérselo y a fuerza de aclarar los puntos oscuros de Aristóteles.

El hecho de que Averroes fuese a la vez Cadí mayor y Médico principal, habla por sí solo de su gran erudición. De hecho estudió derecho, medicina y filosofía. Ha sido, ciertamente, un hombre importante en la historia del pensamiento, particularmente en la historia de la filosofía. En este sentido, se suele aludir a él con expresiones tales como el *más importante pensador nacido en la Península Ibérica y el más grande de los filósofos islámicos*.⁶ Ibn Rushd, como todos los pensadores de auténtico relieve, ha sido un estudioso infatigable. De él se cuenta que sólo había dejado de estudiar dos días, el de la muerte de su padre y el de su boda.

La enorme influencia del filósofo Ibn Rushd, que por desgracia ha sido poca o nula en el Islam, dio lugar al denominado *Averroísmo*, muy extendido entre los pensadores judíos y con gran influencia también en muchos filósofos cristianos.

El mayor florecimiento del averroísmo se produjo en el siglo XIII, hasta el punto de que se convirtió en la corriente más importante de la filosofía, con gran arraigo en la universidad de París, hasta que en 1210 la Iglesia de Roma condenó las doctrinas de Averroes y Santo Tomás de Aquino se encargó de abordar el intento de refutarlas, principalmente en su *Summa contra gentiles*, lo que no impidió que el pensamiento de Averroes se siguiera difundiendo con fuerza por

⁵ Como dice el propio Léon Gauthier, en los *grandes* comentarios, cada uno de los párrafos sucesivos del texto se reproduce *in extenso*, y acto seguido se explican, paso a paso y profundizando en ellos, los detalles, teorías, intenciones y expresiones; este tipo de comentarios son característicos de los escritores árabes, que al comentar el Corán, distinguían cuidadosamente la palabra de Dios, de los comentarios del intérprete. En los comentarios *Medios*, también se sigue el original párrafo a párrafo, con explicaciones menos detalladas que en los *grandes*. Por lo que se refiere a las *paráfrasis*, el comentador habla en su propio nombre, porque se limita a resumir las doctrinas del libro comentado, en el orden que le parece más conveniente. La *Exposición de la República de Platón*, a la que me referiré constantemente en este trabajo, es una *paráfrasis*, León GUATIRE, *Ibn Rochd (Averroès)*, Ed Presses Universitaires de France, París, 1948, p. 16.

⁶ Estas expresiones figuran en el estudio preliminar de Miguel CRUZ HERNÁNDEZ a la *Exposición de la "República" de Platón*, de AVERROES (p. XVI).

la Europa cristiana. La condena de su pensamiento hizo que desaparecieran muchos ejemplares en lengua árabe de su magna obra, que afortunadamente se conserva en la parte más importante, en buena medida gracias a las traducciones al latín, y sobre todo al hebreo, en las que tuvo decisiva importancia la magna Escuela de Traductores de Toledo.

En el mundo de hoy es de justicia reivindicar a Ibn Rushd como el más importante filósofo andalusí —por lo tanto español— y magrebí, y uno de los más grandes pensadores —paradójicamente— de la cultura occidental.

Averroes es el más importante filósofo musulmán y, en consecuencia, la cultura islámica —que lo hace todavía menos que la occidental— debiera fomentar su conocimiento en el mundo musulmán, no sólo por su carácter de puente entre culturas, sino como el gran filósofo musulmán, de la mano de cuyas enseñanzas, el Islam no tendrá ningún problema en integrarse con Occidente.

Este es precisamente el legado pendiente de Averroes, el legado que, conforme veremos en su momento, puede y debe ser recogido por los musulmanes magrebíes, legítimos descendientes del Imperio Almohade, en la actualidad.

II. POLÍTICA, MORAL Y DERECHO EN AVERROES

Mientras que la República de Platón parte de una disertación acerca de la justicia, la *Exposición* que de ella hace Averroes, no arranca de Platón, sino de la aristotélica *Ética a Nicómaco*. Es ya un tópico afirmar que Averroes quería glosar a Aristóteles y no a Platón, pero al no poder disponer de un ejemplar de la *Política*⁷ de Aristóteles, decidió comentar la *República* de Platón. No obstante, y salvo en el estricto inicio, inspirado en la *Ética a Nicómaco*, los planteamientos

⁷ Como dice el propio AVERROES, "...la primera parte de este arte se contiene en el libro de Aristóteles llamado *Ética nicomaquea*, así también como en esta obra de Platón, la *República*, que intentamos exponer, ya que el Tratado de Aristóteles sobre la *Política* no ha llegado a nuestras manos", ABU-L-WALID MUHAMMAD B. AHMAD B. MUHAMMAD IBN RUSHD AL-HAFID (AVERROES), *Exposición de la República de Platón*, trad. M. Cruz, Tecnos, Madrid, 1996, p. 5.

de Ibn Rushd, tanto en el plano de la ética, como también en el de la política,⁸ seguirán el discurso de Platón, y no el de Aristóteles.

Pese a las afirmaciones del propio Averroes en este sentido, no estoy muy seguro de que fuese efectivamente la necesidad y no su propia voluntad, lo que le impulsase a glosar *La República* de Platón, frente a la *Política* de Aristóteles. Si ello fue producto del azar, el azar acertó plenamente, pues la voluntad de Ibn Rushd de transformar las estructuras políticas del Imperio Almohade, podía arrancar con más facilidad —permítaseme la licencia histórica— del *despotismo ilustrado* de Platón, que del riguroso mecanicismo de Aristóteles.⁹

No se olvide que el *Comentario a la República de Platón* fue escrito por Averroes en 1194 y constituyó el detonante de la feroz intriga cortesana que condujo a su caída en desgracia y destierro, en 1195. En efecto, la *República* de Platón proporcionaba a Ibn Rushd el pretexto ideal para propugnar una *res publica* basada en la alianza de los guerreros y del propio Sultán almohade con los filósofos, que sustituiría al viejo estatus político fundamentado en la alianza vigente con los ulemas (teólogos) y alfaquíes (canonistas).

Sin embargo, a mi juicio, la batalla que perdió Ibn Rushd en 1195, casi al final de su vida, es la misma que está planteada hoy en día en el mundo islámico ocho siglos después. Si alguno de los países que integran el Magreb, sabe hacer germinar las ideas de este buen musulmán que fue Ibn Rushd ganará, mucho después de su muerte, la mayor y más importante de sus batallas, la de la conducción del Islam hacia la modernidad. La modernidad: he ahí el gran préstamo del Islam a Occidente a través de Averroes. Es hora de que el Islam reclame los derechos de autor de los fundamentos de la modernidad,

⁸ Así por ejemplo, es conocido que la división aristotélica de formas de gobierno, entre tres puras y otras tres impuras, no sólo figura en su *Política*, sino también en la *Ética a Nicómaco* (1160 b). Veremos en esta misma obra que esta división, tan clásica y sin duda sobradamente conocida por nuestro autor, no fue ni siquiera citada por Averroes, que siguió los esquemas menos diáfanos que figuran en la *República* de Platón, quien parte de una división pentapartita entre monarquía, timocracia, oligarquía, democracia y tiranía (448 c-d y 580 b), si bien admite que las formas viciosas pueden llegar a ser *innumerables*.

⁹ Sobre esta cuestión, véase también a J. FERREIRO ALEMPARTE, "Recepción de las éticas y de la *Política* de Aristóteles en las *Siete Partidas del Rey Sabio*", en *Glosase. Revista de Historia del Derecho Europeo*, núm. 1, Murcia, 1988, p. 129. También, tangencialmente puede verse A. RUCQUOI y H. O. BIZARRE, "Los espejos de príncipes de Castilla: entre Oriente y Occidente", en *Cuadernos de Historia de España*, vol. 79, núm. 1, Buenos Aires, 2005.

que llegaron al mundo desde la Grecia clásica, a través de su hijo insigne Ibn Rushd.

Pero, de vuelta al *Comentario a La República de Platón*, corresponde decir que Ibn Rushd glosa a Platón con mucha fidelidad; pero no dejan de aparecer en su comentario algunas —cuantitativamente pocas, aunque cualitativamente significativas— discrepancias con su pensamiento. Ello me induce a pensar que algunos de los elementos del pensamiento platónico, sobre todo los de inequívoco carácter totalitario,¹⁰ no eran compartidos plenamente por Averroes, que los expone, sí, pero en su obra se observa una preocupación por la libertad humana —por ejemplo cuando se pronuncia claramente por la libertad, frente al determinismo—, que me ha llevado a la convicción de que los elementos totalitarios puestos de manifiesto en su *Exposición* reflejan el pensamiento de Platón, más que el del propio Averroes, quien siempre tuvo a gala el respeto fiel —con pocas, y por lo tanto significativas excepciones— por los textos originales.

Cierto es que la defensa de la libertad en el plano moral, demostrada por la oposición de Ibn Rushd al determinismo, no tiene por qué tener consecuencias directas en el plano de lo político; pero permite albergar bastantes reservas sobre la coincidencia de sus ideas políticas con las de Platón, que tan acertadamente acierta a sintetizar.

Al modo de la *Ética Nicomaquea*, Ibn Rushd comienza con la distinción entre las *ciencias teóricas*, cuyo fin es el estricto saber, y la *sabiduría práctica*, cuyo fin es el pensar volitivo, y a fin de cuentas la acción. La sabiduría práctica es, en definitiva, la *ética*, que se ocupa de la perfección humana, para lo que se requiere de cuatro tipos de virtudes: teóricas, dianoéticas, éticas y pericia en las artes prácticas. Acto seguido, y ya al estricto modo platónico, señala que al ser imposible para un solo hombre la realización de todas estas virtudes, el ser humano habrá de conseguir el supremo fin de la perfección

¹⁰ Popper es "fulminante" a este respecto. De Platón dice cosas tales como la siguiente: "Sócrates sólo tuvo un sucesor digno, su viejo amigo Antístenes, el último de la Gran Generación. Platón, su discípulo mejor dotado, no tardaría en demostrar que era el menos fiel. Al igual que sus tíos, él también traicionó a Sócrates. Éstos, además de traicionarlo, habían intentado implicarlo en sus actos terroristas, pero jamás lo lograron, puesto que aquél se opuso terminantemente. Platón, a su vez, trató de implicar a Sócrates en su grandiosa tentativa de construir la 'teoría de la sociedad detenida' y en esta ocasión no hubo ninguna dificultad para lograrlo, pues Sócrates ya estaba muerto", K. POPPER, *La sociedad abierta y sus enemigos*, Paidós, Barcelona, 1991, p. 189.

por medio de la agrupación con otros hombres en una colectividad social; de ahí el carácter de *animal político*, que tiene por naturaleza el ser humano.

A partir de la afirmación de la necesidad de lo político y de nuevo al igual que Platón, Averroes propugna el principio de especialización de las funciones humanas y prácticamente la incompatibilidad de ejercicio entre las mismas, de acuerdo con una visión organicista y estática de la sociedad, que ve en las diferencias —que en el fondo son de casta— el fundamento de la perfección humana, y de la que se desprenden algunos hilos conductores importantes, como la división del trabajo social, que va a ser materia de consideración fundamental, muchos siglos más tarde, tanto para el desarrollo de la sociología, como de la ciencia económica, que no en vano, al menos la segunda, fue configurada por la Escuela Escocesa, a la que pertenecía Adam Smith, como rama desgajada de la ética.

De regreso a los planos que aquí nos ocupan: ético, jurídico y político, veremos que Ibn Rushd coincide con lo expuesto por Platón en la *República*, en el sentido de que la primacía entre todas las virtudes corresponde a la justicia, a la cual define con arreglo a una perspectiva organicista, con la que llega a conceptualizar la sociedad como un sistema de *castas*, más que de clases sociales, siguiendo fielmente la doctrina de Platón. Según Averroes, justicia significa que *en la sociedad cada hombre debe trabajar en aquello que en virtud de su naturaleza pueda hacer del mejor modo posible*.¹¹

Es conocido que en el planteamiento platónico, reiterado por Ibn Rushd, de la misma forma que en el alma humana, la parte teórica, que es la razón, debe gobernar la parte irascible y la concupiscible, también en la sociedad, los filósofos, como poseedores de la ciencia teórica, son los que han de tener la autoridad y el propio poder. No es fácil distinguir en Averroes qué ideas son un mero trasunto de Platón, de aquellas otras perfectamente originales, pues no en vano Ibn Rushd presenta su obra como una mera exposición del clásico; pero hay matices —y más que matices— de gran importancia, como el nacionalismo andalusí de Averroes, así como su concepción de la ética y del propio derecho, que se alejan mucho de Platón.

¹¹ ABU-L-WALID IBN RUSHD (AVERROES), *Exposición...*, *op. cit.*, p. 8.

Sí es plenamente platónico Ibn Rushd en cuanto al esquema de la relación fundamental entre ética y política y a la más secundaria entre ética y derecho, pues conforme veremos, tanto en Platón como en Averroes se produce un reduccionismo ético de la realidad jurídica, que no puede llegar a ser total, pero probablemente les gustaría que así fuese. Todo el esquema parte de las virtudes, a la vez sociales y personales.

Aparentemente el papel señero corresponde a la *justicia*, pues no en vano la sociedad ideal se construye para la realización de la misma; pero el punto de partida para el diseño de la república está en la *prudencia* o *sabiduría*, que se atribuye a la más minoritaria de sus castas, la de los filósofos, que por ello deben regir dicha sociedad ideal.

La *fortaleza* es la virtud de los guardianes, necesaria para el mantenimiento de la república y la *templanza* es indispensable para que la prudencia prevalezca sobre la concupiscencia y, en consecuencia, es también una virtud para la estabilidad social.

De todo lo que se ha expuesto resulta lo que Ibn Rushd denomina *equilibrio social e individual*, al que se refiere con detalle en uno de los epígrafes de su obra.¹²

Por lo que respecta a la organización política, puede decirse que Averroes parte —con Platón— de la estructura social como sistema de castas. De aquí se parte para afirmar que la sociedad debe ser gobernada por los filósofos, que es la casta definida por la virtud de la sabiduría, al igual que existen otras castas con virtudes específicas, como la de los *guardianes* —que no debe identificarse sin más con una casta militar—, marcada por la virtud de la fortaleza. A mi juicio, tanto en Ibn Rushd como en Platón, la casta de los guardianes es la que se ocupa de la Administración de los asuntos comunes a la colectividad, y en el fondo es una casta burocrática, que, en el marco de las sociedades de la época, habría de tener un fuerte, aunque no exclusivo, componente militar. Los mejores —por más sabios— de entre los guardianes, llegados a una cierta edad, serían los filósofos que se encargarían de regir los destinos de la colectividad ideal. Contra una creencia bastante extendida, Platón —y por ende Averroes—, no necesariamente propugnan el filósofo-rey, en cuanto monarquía, sino

¹² *Ibidem*, pp. 54-56.

que encuentran igualmente aceptable que la sociedad sea regida por una aristocracia de filósofos.¹³

Sin perjuicio de lo anterior y como quiera que las castas se definen en razón de las virtudes de los individuos, no deja de existir una cierta movilidad social, más teórica que práctica, puesto que, en principio, la pertenencia a determinada casta viene dada por la posesión de la correspondiente virtud, lo que no impide que algunas virtudes, como la justicia y la templanza, deban impregnar el entero tejido social. No obstante, la relación entre las castas y las virtudes que les son características, implica que se destaque el papel fundamental de la educación. No en vano tanto Platón como el propio Averroes ven perfectamente clara la relación entre el carácter de los seres humanos y la educación que se les haya dado. Habría que observar, sin embargo, que debido a esta vinculación de la correspondiente virtud con la educación recibida, las oportunidades reales de movilidad social, por mucho que teóricamente existan, habrían de ser muy escasas en la práctica. Ello llega a ser reconocido explícitamente por Ibn Rushd:

Al igual que es posible que alguno de los hijos de los guardianes carezca de la disposición natural para ser guerrero, aunque esto sea poco frecuente, puede ser que el vástago de cualquier otra clase de ciudadanos pueda ser guardián, aunque suela ser muy raro. Esto es debido a que cada una de las clases sólo mantiene relaciones sexuales dentro de su grupo, o sea: los guardianes con otros guerreros e igualmente los agricultores con otros labradores.¹⁴

Pese a esta afirmación, no deja de aseverar que “la más importante de las causas de la destrucción de la sociedad, es que alguien realice una labor para la cual no está naturalmente capacitado”.¹⁵

El sistema de castas se justifica o legitima por razones de especialización de funciones en el cuerpo social; pero en realidad encubre una sociedad estática, sujeta a un rígido dominio de las castas superiores sobre las inferiores. Aquéllas, en determinados casos pueden ser literalmente *degradadas*, lo que revela que lo que realmente se persigue es una idea de jerarquía, más que de especialización funcional.¹⁶

¹³ *Ibidem*, p. 50.

¹⁴ *Ibidem*, p. 35.

¹⁵ *Ibidem*, p. 36.

¹⁶ *Ibidem*, p. 67.

La referencia que se hace a una estructura social basada en *castas*, más que en *clases propiamente* dichas, se debe a las enormes dificultades de la movilidad social, que incluso se rechaza explícitamente, sobre la base del mito de los metales, propuesto por Platón y recogido por Averroes.

Según dicho mito, Dios creó a los gobernantes con oro y con plata a sus ayudantes, mientras que empleó hierro para forjar a los labradores y bronce para los artesanos. “Por lo común, la prole de cada uno se os parecerá en el tipo; sin embargo, a veces nacerá plata del oro y oro de la plata y lo mismo en todas las demás clases”.¹⁷ En este caso, corresponde a los gobernantes apreciar la excepción y darle la educación que corresponda a su naturaleza; y advierte de nuevo que “la ruina de esta sociedad sólo sobrevendría cuando el jefe que la rigiese fuese de las clases de hierro o de bronce”.¹⁸ Esta afirmación pone de manifiesto algo que más adelante se analizará, como es la escasa simpatía de Averroes —que sigue plenamente en este punto la línea platónica— por la democracia.

Tan es de castas la sociedad ideal platónico-averroísta, que en determinados supuestos llega a propugnar el *marcaje* de las personas, al estilo de las tristemente subsistentes castas hindúes.¹⁹

En relación con lo que antes se decía, del carácter de los guardianes de casta burocrática, más que estrictamente militar, Ibn Rushd presenta al gobernante como *jefe de los guardianes*. Para llegar a esta condición hace falta ser virtuoso, lo que supone firmeza en las ideas. Esta misma idea de los guardianes como casta burocrática, matriz de la clase gobernante, implica la instauración artificial de limitaciones a su poder, establecidas sobre todo en el plano económico, a fin de que no tiranicen a la entera sociedad, de modo que se les prohíbe tener vivienda, así como la adquisición de bienes.²⁰

Más allá de la prohibición de disponer de propiedades, establecida para los guardianes, la aversión hacia la propiedad privada es total, al igual que sucede en todas las doctrinas con fuertes resabios totalitarios, como es el caso de Platón —al que no olvidemos que

¹⁷ *Ibidem*, p. 36.

¹⁸ *Ibidem*, p. 37.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 46 y 47.

²⁰ *Ibidem*, pp. 38 y 39.

Averroes glosa con fidelidad—, Rousseau²¹ —tal como lo demuestra su *Proyecto de Constitución para Córcega*— y, por supuesto, Carlos Marx y Federico Engels, que establecen el comunismo ni más ni menos que como modelo y destino de las sociedades humanas. La razón profunda de la aversión de los totalitarismos a la propiedad privada es —en mi opinión— que no se desea que existan fuentes de poder social capaces de contrapesar la omnipotencia decisoria de la clase gobernante —en este caso de los reyes-filósofos—. Por esta razón, conforme rotula Ibn Rushd un epígrafe de su obra, “*nadie debe poseer bienes privados*”,²² y por supuesto, tampoco los artesanos. “Por tanto, no se efectuarán transacciones con oro y plata, ni serán necesarios en dicha sociedad”.²³ Asimismo propugna, en lo posible, una sociedad desmonetarizada. Ibn Rushd cree que “la comunidad de ventajas e inconvenientes conducirá a defender la sociedad y a ampararse en ella”.²⁴

En la sociedad ideal de Averroes, hay lugar para las mujeres, en igualdad de condiciones con el que ocupan los hombres, con lo que de nuevo sigue a Platón; pero no hay lugar para los menos dotados por la naturaleza, lo cual demuestra, una vez más, la extrema crueldad de que son capaces todos aquellos que anteponen cualquier sociedad, y señaladamente la que se supone perfecta, a las imperfecciones de los individuos concretos. Ahí es donde en mi opinión fracasan, en mayor o menor grado, muchas utopías, llámense nacionalistas, comunistas, o se emplee otra denominación cualquiera. El fracaso más radical se da en aquellas que, al estilo de lo que luego sería mucho más tarde la aberración nazi —que no en vano también decía perseguir una sociedad perfecta— llegan a propugnar la eliminación física de determinados tipos humanos.

El carácter cruel de la utopía de la *República* platónica pasa desapercibido, porque nunca se ha hecho un intento serio de llevarla

²¹ Incluso hay un párrafo que parece inspirar a ROUSSEAU, en su conocido *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*. Así, cuando IBN RUSHD —siguiendo a Platón— plantea el siguiente concepto negativista de la propiedad privada: *Por esto se dice que la unión de los hombres tiene sus ventajas, y que nada hay que produzca mayores males y confusión en la sociedad que cuando un ciudadano dice de algo concreto: “esto es mío y esto no lo es”*. *Ibidem*, p. 65.

²² *Ibidem*, p. 40.

²³ *Ibidem*, p. 41.

²⁴ *Ibidem*, p. 64.

a la práctica. De hecho, si no hubieran existido Lenin, Mao y otros varios revolucionarios iluminados que —siempre con idéntica falta de éxito— han pretendido establecer sobre la faz de la tierra el *paraíso*, en este caso comunista, la humanidad difícilmente hubiera sido consciente de las indeseables consecuencias, en el fondo inherentes a las ideas de Marx.

El triste destino de la eliminación física se reserva para los enfermos incurables y los discapacitados. Averroes no supera, en su *Exposición*, la absoluta falta de sentimientos de Platón sobre este particular.

Al igual que harían posteriormente los nazis, todos los argumentos, incluso los biológicos, son válidos para justificar la aniquilación de determinados grupos sociales. Así, por ejemplo, dice de los discapacitados psíquicos que *probablemente causarían el nacimiento de otros deficientes*.²⁵

En Platón, y de forma más significativa en Averroes, dado el contexto de la sociedad islámica en que se mueve, existe una visión que se podría denominar *avanzada* del papel social de la mujer, a la que se trata en pie de igualdad con el varón.²⁶

Con independencia de sus motivaciones, cualquier consideración de la mujer, y mucho más en el marco de una sociedad *ideal*, en pie de igualdad con el hombre, debe ser considerado como un factor revolucionario, especialmente intenso en el marco de una sociedad de las características de la islámica, máxime cuando en este punto, Ibn Rushd va más allá que el propio Platón. Ello se debe, probablemente, a que en al-Andalus existían precedentes intelectuales de una consideración igualitaria de la mujer —lo que permite pensar en peculiaridades de organización social, dentro de las sociedades islámicas—, como en el caso de Ibn Hazam de Córdoba, citado por Abdel Magid

²⁵ *Ibidem*, p. 32.

²⁶ No quisiera echar un jarro de agua fría sobre una cuestión en la que, por razones muy comprensibles y que personalmente comparto, la sensibilidad suele estar a flor de piel; pero probablemente si se tiene en cuenta que en el fondo se está organizando un *pesebre* o una *granja*, para el recreo de filósofos-reyes, que juegan a ser dioses, no sorprende tanto que los *animalitos* o las *figuritas* de ambos sexos puedan ser tratados en pie de igualdad. Bien es cierto, que esta consideración puede ser correcta en el caso de Platón; pero no en el de Averroes que, conforme veremos, de verdad está convencido de la igualdad natural entre los sexos.

Turki.²⁷ Ello hace todavía más importante y urgente para el mundo islámico recuperar no sólo su antigua y señera filosofía histórica, sino muy especialmente el pensamiento desarrollado a partir de la realidad social de al-Andalus, en el que, más allá todavía de Ibn Rushd, se encuentran muchas de las raíces profundas que pueden conducir al Islam a la modernidad plena, de la mano de su propia tradición, por mucho que dicha tradición haya sido históricamente capturada por demasiados fanáticos y radicales, que llegaron a conseguir su propósito de condenar la sensatez a la heterodoxia, cuando no al fuego destructor del pensamiento. Ello es especialmente triste en la que, en época de Averroes, era todavía la sociedad intelectualmente más avanzada del mundo y que, si sabe hallar sus auténticas raíces, también podrá ser una de las culturas emblemáticas de la sociedad postcontemporánea.

Por lo demás, no cabe olvidar que, en el fondo, la definición de una sociedad ideal, también se lleva a cabo para dar pautas de modernización o mejora a la sociedad real. Hay unos párrafos tan claros sobre la igualdad de la mujer con el varón, que merecen una reproducción literal:

“Sabemos que la mujer, en tanto que es semejante al varón, debe participar necesariamente del fin último del hombre, aunque existan diferencias en más o en menos (...).

Si la naturaleza del varón y de la mujer es la misma y toda constitución que es de un mismo tipo debe dirigirse a una concreta actividad social, resulta evidente que en dicha sociedad la mujer debe realizar las mismas labores que el varón, salvedad hecha de que son en general más débiles que él. Sin embargo, la mayor parte de las mujeres son más hábiles que los varones en actividades como el tejer, coser y otras artes, así como por su forma de organizar, tanto en el arte de la guerra como en el resto, y así se ha compro-

²⁷ “En la primera parte de este estudio, veremos que la condición inferior de la mujer, en relación con el hombre y en toda sociedad musulmana, está admitida, legalizada, incluso justificada y legitimada, desde el punto de vista de la Tradición y de la razón a la vez, tanto en el doble plano teológico y jurídico, como en el de la práctica presente y pasada. En una segunda parte. Ibn Hazam (456/1063) de Córdoba nos ofrecerá un ejemplo, casi único en la historia del pensamiento islámico llamado sunnita, de un teólogo-jurista, movido por una concepción, si no totalmente igualitarista, sí al menos libre, en gran parte y en la medida de lo posible, del pesado prejuicio discriminatorio que afecta a la feminidad, en cuanto que tal”, A. M. TURKI, *Théologiens et jurists de l’Espagne musulmane. Aspects polémiques*, Ed. Maisonneuve & Larousse, París, 1982, p. 102.

bado entre los habitantes del desierto y en la “ciudad de las mujeres”. Del mismo modo que cuando algunas mujeres han sido muy bien educadas y poseían distinciones sobresalientes, no ha resultado imposible que lleguen a ser filósofos y gobernantes. Pero se cree que pocas veces se da este tipo en ellas, y algunas leyes religiosas impiden que las mujeres puedan tener acceso al sacerdocio; otras, por el contrario, sí reconocen que pueda existir, pero lo prohíben”.²⁸

Sencillamente impresionante. El planteamiento –y valga la expresión– es estrictamente racionalista, e incluso ilustrado, hasta el punto que Averroes apela a las verdades *evidentes por sí mismas*. Varones y mujeres no son biológicamente iguales, lo que incide en sus aptitudes respectivas, pero esto –siendo verdad– es prácticamente indiferente, si se considera que comparten idéntica naturaleza.

La sociedad ideal está, pues, basada en una rigurosa igualdad entre los sexos, pero las inclinaciones sexuales deben ser severamente reprimidas, a fin de orientarlas hacia una procreación circunscrita al seno de cada una de las castas y en el tiempo y forma necesarios para la estabilidad demográfica de la sociedad ideal. La manipulación es tan extrema que debe hacerse lo posible para procurar *que se crucen los de buena raza entre sí*.²⁹

Por lo demás, las relaciones sexuales estarían rigurosamente reglamentadas con normas de todo tipo, incluidas las que se refieren a la edad de la copulación, “pero a quienes han sobrepasado los años de procreación en esta sociedad virtuosa, se les autoriza a cohabitar para que puedan eyacular el semen superfluo”.³⁰ Igualmente se propugna la promiscuidad, con el retorcido propósito de diluir la familia en el Estado.

Ahora bien, dentro de la sociedad perfecta y estratificada, tanto para Averroes como en Platón, la importancia de la educación es fundamental para el desarrollo y consolidación de determinadas virtudes, pues no en vano existe una correspondencia entre las virtudes y determinados hábitos, en cuya adquisición resulta básica una determinada orientación educativa, desde la más temprana juventud.

²⁸ *Ibidem*, pp. 57-59.

²⁹ *Ibidem*, p. 61.

³⁰ *Ibidem*, p. 63.

Ambos diferencian claramente la educación a impartir, en función de la casta de referencia. Así Ibn Rushd propugna que la educación de las masas debe basarse en la retórica y en la poética, cuya textura argumental es de carácter persuasivo y emotivo, de manera que la formación en los argumentos demostrativos queda reservada para la clase dirigente de su sociedad ideal, que además de recibir formación retórica y poética, debe ser educada en la dialéctica, la cual permite tener acceso a la verdad especulativa, por medio de los referidos argumentos demostrativos. Ibn Rushd entiende que la música y la poesía son artes complementarias, pues la música es concebida como la melodía que acompaña a la narración poética, para mejor conmover las almas, fundamentalmente de los jóvenes, mientras que la formación en los argumentos demostrativos, se reserva para aquellos jóvenes que destaquen en el aprendizaje, a fin de iniciar el camino que les conduzca a la sabiduría.

Pese a prever para las masas una formación esencialmente emotiva, al igual que Platón rechaza que se les enseñen a los niños historias falsas y supersticiosas, cosa que puede parecer chocante en quienes a su vez son manipuladores de las masas, pero no debe olvidarse que Platón y Averroes pretenden ser reformadores sociales y por lo tanto intentan evitar que las masas sean la víctima propiciatoria de antiguas supersticiones.

La casta de los guardianes es objeto principal de las preocupaciones tanto de Averroes como de Platón y en su educación son materias fundamentales la gimnasia y la música. La gimnasia, obviamente, en la condición no exclusiva, pero sí muy importante de guerreros, que se atribuye a los guardianes, e implica la necesidad de cultivar el cuerpo, mientras que la música reforzará su alma y más en concreto el sentido de la disciplina. Con la misma idea Ibn Rushd propugna que las composiciones destinadas a los guardianes sean preferiblemente épicas, a fin de despertar en ellos el valor y la disciplina, al tiempo que se les debe imbuir del género moral, para cultivar en su alma el sosiego y la tranquilidad.

De nuevo en relación con los guardianes, Ibn Rushd, acaso por su condición de médico, insiste más que Platón en aspectos como la alimentación, que se basa en los alimentos naturales, al entender que son más aptos para el fortalecimiento del cuerpo; de la misma manera propugna la gimnasia natural, al tratarse de la más adecuada

para el combate. Averroes se extiende en la dietética de los guardianes y además aconseja que aquéllos no se acostumbren a la comida, puesto que, si no la encontrasen en campaña, “de llegar a faltarles hiciera que se encontraran mal”.³¹

Conforme habrá podido observarse, la educación no se concibe desde una perspectiva intelectualista, sino que se da mucha importancia a la metodología de *aprender haciendo*, casi al modo de lo que hoy es más habitual en las culturas orientales que en las sociedades occidentales, imbuidas de planteamientos acaso excesivamente racionalistas, lo que pone de relieve algo en lo que, aunque no deja de ser sabido, nunca se insiste suficientemente, como es la gran semejanza entre las raíces culturales más profundas de las grandes civilizaciones del orbe.

En buena medida debido a la educación, en la cúspide de la clase dirigente están los filósofos, que ya formados en los argumentos demostrativos pueden tener acceso a la verdad especulativa. La formación matemática es, precisamente, la que prepara la inteligencia para el estudio de la física y la metafísica. No obstante, Ibn Rushd recuerda que en la época de Platón no existía la lógica como disciplina, por lo que él postula que una vez existente, la formación lógica debe ser previa a la aritmética.

En relación con el *timing*, no debe olvidarse, que los reyes-filósofos son la *crema* de la clase gobernante, que a su vez es la elite de entre los guardianes:

Quando alcancen los treinta y cinco serán encargados del mando del ejército, que ejercerán durante quince años. Al cumplir cincuenta años se encuentran ya preparados para gobernar dicha comunidad virtuosa y mandarán sobre ella. Cuando en razón de la edad sean demasiado débiles para aquéllo, como dice Platón, volverán a las “Islas Afortunadas”; pero por “Islas Afortunadas” quiere decir, a mi entender, consagrarse a estudiar la idea del bien, en cuya existencia creía Platón.³²

Averroes es perfectamente consciente de que el complemento de la educación está en la coerción y el castigo, que si bien en la sociedad ideal apenas serán necesarios, en la sociedad real sí deben ser

³¹ *Ibidem*, p. 30.

³² *Ibidem*, pp. 98 y 99.

empleados. Ibn Rushd tiene una idea platónica de la educación, que en este caso guarda claras concomitancias con los planteamientos racionalistas, los cuales buscan sobre todo el estímulo positivo y rechazan, en lo humanamente factible, tanto la violencia como la mentira. De esta última afirma que es “incompatible con los gobernantes (...) pero si los gobernantes mintiesen a la masa, respecto a lo que les conviene lo presenta —se refiere a Platón—³³ como una droga apropiada a la enfermedades”.³⁴

Pasando de la política al gran tema de la moral en Averroes, conviene situarlo preliminarmente en el contexto de la reflexión teológico-filosófica de los pensadores musulmanes de su época, a cuyo efecto me limitaré a resumir algunas de las ideas aportadas en la clásica obra que sobre la filosofía judía y árabe, escribiera S. Munk³⁵ en 1857.

Según Munk, la polémica entre determinismo y libre arbitrio de la persona —que más tarde se repetiría entre los pensadores cristianos— está en la raíz de las primeras posturas tenidas por heterodoxas, en relación con la ortodoxia teológica islámica. Sobre todo por lo que se refiere a las consideraciones acerca del libre arbitrio del ser humano, que nunca han sido bien vistas entre los musulmanes supuestamente ortodoxos. Es más, la cuestión del libre arbitrio está en la raíz de la primera de las herejías islámicas, la de los partidarios de Kadr, que consiste en atribuir a la exclusiva voluntad del ser humano la determinación de sus buenas o malas acciones. El punto de vista contrario, el del absoluto determinismo o fatalismo, se suele entender como *ortodoxo* y sus más célebres representantes son, precisamente, los Mutakallimun, cuyas doctrinas combate Averroes.

Los Mutakallimun creen en la existencia de un Dios creador, único e incorpóreo, cuya providencia lo determina constantemente todo, por lo que a su entender, sencillamente no existen leyes de la naturaleza. A tales efectos, parten de una teoría atomista que, a diferencia de la de Demócrito, no se extiende sólo a la materia, sino que afecta también al tiempo, que a su vez estaría formado por átomos. Tales átomos, de materia y de tiempo, serían creados permanentemente por Dios. Nada

³³ Es cierto que Platón dice: “Sólo a los magistrados supremos pertenece el poder mentir a fin de engañar al enemigo o a los ciudadanos para bien de la república”, Platón, *La República o el Estado*, ed. de M. Candel, 25a. ed., Espasa-Calpe, col. Austral, Madrid, 1995, p. 140.

³⁴ ABU-L-WALID IBN RUSHD (AVERROES), *Exposición...*, op. cit., p. 23.

³⁵ S. MUNK, *Mélanges de Philosophie juive et arabe*, Ed. J. Vrin, París, 1988, pp. 309-338.

nace ni muere por ley de la naturaleza, sino por la libérrima voluntad de Dios; de manera que tanto lo positivo como lo negativo, lo bueno y lo malo se relacionan directamente con la Divina Providencia. Sobre el bien y el mal en las acciones humanas, a lo sumo admiten un “cierto concurso” del ser humano en la producción de la acción “creada”, lo que marca el mérito o el demérito de la conducta.

Que tales ideas, radicalmente voluntaristas y hasta *irracionalistas*, hayan podido ser tenidas como *ortodoxas* entre los musulmanes da cuenta, bien a las claras, de las dificultades que ha tenido la filosofía, y por ende la racionalidad, también la de tipo científico, en abrirse paso en un ambiente que demasiadas veces le ha sido hostil.

No debe pues extrañarnos que estas soflamas de *impiedad* y hasta de *herejía* se aplicaran en el mundo musulmán a los peripatéticos árabes, entre los que había *buenos musulmanes*, como el propio Ibn Rushd, lo que no impedía que como buenos seguidores de Aristóteles, que eran a su vez, pusieran en primer plano el papel de la razón. Desde Al-Farabi, en el siglo X, hasta Ibn Sina (o Avicena) en el XI, o el propio Averroes y su maestro Ibn Tufail (Abentofail o Abubacher) en el XII, sin por ello hacer de menos a otras figuras señeras del peripatetismo árabe, como Al-Kendi, Al-Gazali o Ibn Badja. Ibn Rushd, que se reitera una vez más, era un musulmán devoto, llegó a considerar a Aristóteles como un enviado de Dios, con la misión de iluminar la razón de los hombres.

Los peripatéticos árabes, comparten los siguientes principios fundamentales que enumera el propio Munk:

- Eternidad de la materia, por lo que, en consecuencia, no podrían considerar la creación como un *acto temporal*. Se trata más de una idea metafórica que afirma la centralidad de Dios como principio de todo lo que existe y no de un hecho real y propiamente histórico, como suelen concebirlo los supuestos *ortodoxos* no sólo musulmanes, sino de las tres *religiones del Libro*, también judíos y cristianos.
- Providencia matizada de Dios, que afecta más a las grandes Leyes del Universo, que a una constante intervención en el desenvolvimiento de las cosas particulares y concretas.
- Concepto intelectual y no tanto existencial del alma humana, a la que se concibe como una potencia o facultad, como un

intelecto pasivo, que nos permite integrarnos y diluirmos en el intelecto activo, que sería la mismísima Divinidad.

Averroes rechaza la idea, predicada en su tiempo por los Mutakallimun, de que la distinción entre el bien y el mal deriva de la caprichosa voluntad de Dios, que asignaría tales características a actos que no serían intrínsecamente buenos o malos. En concreto, dice que *es una opinión sofisticada cuyo absurdo es evidente, pues en ese caso nada sería bueno o malo por su propia naturaleza, sino por un mandato*.³⁶ Nuestro autor tercia, pues, en la polémica entre razón y voluntad, que tan arraigada estuvo entre los pensadores de la Cristiandad medieval, y se decanta claramente en favor de la razón frente a la voluntad. Ello demuestra que determinados planteamientos forman parte del ambiente cultural de la época, que no presentaría grandes diferencias entre cristianos y musulmanes³⁷. Dios todopoderoso, no puede querer el mal. El bien y el mal no son *decididos* por la voluntad de Dios, sino que están en la naturaleza de las cosas.³⁸

Nótese que la postura de Ibn Rushd, contraria al determinismo, y en la que apenas abunda, contribuye a abonar el terreno para la fértil semilla de la libertad. De hecho, la bondad y la maldad residen

³⁶ ABU-L-WALID IBN RUSHD (AVERROES), *Exposición...*, *op. cit.*, p. 20.

³⁷ En el ámbito del pensamiento cristiano se reprodujo después una polémica parecida entre dominicos y franciscanos, fundamentalmente. Se suele decir que los primeros, con base en el *intelectualismo* filosófico de raíz aristotélica, cuya figura señera fue Tomás de Aquino, defendieron la predominancia de la razón frente a la voluntad y la idea objetiva del bien, frente a la crudeza de la potestad. En cambio en autores señeros del pensamiento filosófico franciscano, como Juan Duns Escoto y, sobre todo, en el radical Guillermo de Ockham, era la voluntad y el estricto decisionismo el que marcaría la pauta, frente a la *secundaria* razón. Véase, por ejemplo, A. FERNÁNDEZ-GALIANO, *Derecho natural. Introducción filosófica al derecho*, Facultad de Derecho, UCM, Madrid, 1974, capítulo XV, epígrafe V. De todas formas he de matizar que, en esta materia, en Tomás de Aquino, no hay tanto intelectualismo, como la defensa del atributo de bondad, como característico de la Divinidad. A ni entender, si bien Santo Tomás ve la bondad como esencia de Dios, no por ello adopta una postura tan intelectualista como se suele creer, antes bien la voluntad es el atributo de Dios que más destaca, como causa de la existencia misma de las criaturas. Así, en la *Suma contra Gentes, Libro II, Capítulo XXXI*, bajo el rólulo que *no es necesario que las criaturas hayan existido siempre*, dice: *Pero la finalidad de la voluntad divina, gracias a la cual las cosas llegaron a existir, no puede ser otra cosa más que su bondad*. Igualmente, en el Capítulo XXXV, precisa: *Pero el fin de la voluntad divina no puede ser sino su bondad*. En términos semejantes, en la *Suma Teológica I, Cuestión 46, Artículo 1, epígrafe 10*, dice: *la voluntad de Dios es la causa de las cosas*.

³⁸ ABU-L-WALID IBN RUSHD (AVERROES), *Exposición...*, *op. cit.*, p. 81.

en las acciones, que parten de la voluntad radicalmente libre del ser humano. En el *Compendio de metafísica*, Ibn Rushd llega a hacer un canto a la libertad del ser humano, al que acompaña con un decidido rechazo del dogmatismo.³⁹

La opinión de Averroes, contraria al determinismo, se manifiesta también en su expresa negación del ciclo histórico entre las formas de gobierno, según una secuencia predefinida, a diferencia de lo que opinaban, por ejemplo, Polibio, Cicerón y el propio Platón. En general, Ibn Rushd muestra planteamientos muy sensatos y equilibrados y a diferencia de autores muy posteriores como Carlos Marx —con el que comparte algunos planteamientos, como la desaparición del derecho en la sociedad perfecta—, se muestra contrario a la profecía histórica, con un canto a la libertad, que aleja en mucho su pensamiento propio y original, del de Platón, de quien es forzosamente tributario en su *Exposición*.⁴⁰

Para Averroes —que también concuerda en este punto con Platón—,⁴¹ el bien es la esencia de Dios, que es absolutamente bueno y por lo tanto rechaza la doctrina vulgar, que comparten y fomentan los Mutakallimun, según la cual, tanto el bien como el mal tendrían su causa y su origen en Dios. Niega, a su vez, que el origen del mal pueda ser atribuido a Satanás, príncipe de los demonios, y a los demonios en general. Cree que el mal habría de ser atribuido, más bien, *a una condición de la materia, lo mismo que se atribuye al no ser y a la privación*.⁴²

Además, ve con toda claridad que las posiciones intelectuales que se adopten sobre estas materias, tienen importantes repercusiones sociales, al difundirse a través de las supersticiones, por cuya erradicación aboga,⁴³ como se ha visto en el epígrafe relativo a la

³⁹ ABU-L-WALID IBN RUSHD (AVERROES), *Compendio de metafísica*, trad. Carlos Quirós, universidades de Córdoba, Málaga y Sevilla y Fundación El Monte, 1998, Libro III.13, pp. 139 y 140.

⁴⁰ ABU-L-WALID IBN RUSHD (AVERROES), *Exposición...*, *op. cit.*, p. 143.

⁴¹ Decía Platón: "Nuestra primera ley y nuestra primera regla tocante a los dioses será obligar a nuestros ciudadanos a reconocer, lo mismo cuando hablen que cuando escriban, que Dios no es el autor de todas las cosas, sino sólo de las buenas", PLATÓN, *op. cit.*, 380 c, p. 130.

⁴² ABU-L-WALID IBN RUSHD (AVERROES), *Exposición...*, *op. cit.*, p. 21.

⁴³ El carácter de Averroes, poco proclive a supersticiones, mitos y fábulas comúnmente creídas, le ocasionó bastantes problemas, e incluso acusaciones de herejía.

educación. Piensa que la creencia de que el origen del mal está en los demonios graba el miedo en el corazón de los jóvenes, por lo que es incompatible con la formación de los guardianes, aparte de que promueve la irresponsabilidad, pues no en vano el mal se hace por causas exógenas que escapan al control de los hombres.

En otra obra de Ibn Rushd, el *Compendio de Metafísica*, se insiste en la idea de que sólo el bien proviene de Dios, pero no el mal.⁴⁴ Se da, además, una idea de Providencia, que es abstracta y genérica, muy lejos de la percepción vulgar, concreta e individualizada, acerca de una presunta intervención de Dios en todos los asuntos del mundo; porque ello supondría predicar de Dios la capacidad de querer el mal. Dios no puede querer el mal y la injusticia. Vemos, pues, de nuevo, que la divina omnipotencia está en un segundo plano, frente a la primordial objetividad del bien, la verdad⁴⁵ y la justicia.

Ahora bien, lo más característico de Averroes en esta materia es que funda su idea de la ética —que no está directamente inspirada por Platón—, de forma no vinculada a castigos y recompensas en el *más allá*, a partir de la idea según la cual *la moral no se apoya en la espera de recompensas sensuales*.⁴⁶

Pero, a diferencia de Platón, Averroes se mueve en un contexto en el que la moral era completamente dependiente de la religión y por lo tanto, debía entrar en consideraciones al respecto. En ellas se percibe que Ibn Rushd no se sentía en absoluto cómodo con el tópico de una moral de inspiración religiosa. Averroes, dado lo que significaba la supuesta *ortodoxia* de los Mutakallimun, ulemas (teólogos) y alfaquíes (canonistas), no podía ser sino un heterodoxo moderado, pero heterodoxo a fin de cuentas. Por ello resultó muy fácil para sus

Munk relata que en una discusión sobre el origen de un huracán, ante el argumento de que era un castigo de Dios, que hizo perecer de esta manera al pueblo de Aad, no pudo evitar decir que la existencia misma de este pueblo, así como la causa de su destrucción, no era más que una fábula, lo que acarrió un profundo escándalo salpicado de acusaciones de herejía, al tratarse de un relato recogido en el Corán. S. MUNK, *Mélanges...*, *op. cit.*, p. 424.

⁴⁴ "Todo bien puro, que aquí exista, procede de Él y es querido por su voluntad; en cuanto a los males, como son (por ejemplo) la corrupción, la decrepitud, las enfermedades y otras [cosas por el estilo], están motivados por la necesidad de la materia", ABU-L-WALID IBN RUSHD (AVERROES), *Compendio...*, *op. cit.*, Libro IV.78, p. 269.

⁴⁵ En algún momento llega a afirmar Averroes que el bien no es más que la verdad, e igualmente insinúa una definición negativa del mal, en cuanto privación del bien. *Ibidem*, pp. 154 y 155.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 21.

enemigos ponerle en una situación incómoda ante su viejo amigo y protector, el Sultán almohade; pero sus ideas acerca de la religión no fueron sino el pretexto esgrimido por sus adversarios políticos, no en vano, la polémica estalló poco después de que viera la luz su *Exposición de la República de Platón*, que iba claramente encaminada a sugerir al Sultán que aparte de apoyarse en los *guerreros*, lo hiciera también en los *filósofos* y no tanto en los clérigos. Es bien sabido que la intriga de los *afectados*, Ulemas y Alfaquíes, le acarrió una pena de destierro, para la que se buscaron pretextos de índole religiosa, y una más sibilina pena de ostracismo intelectual en su propia cultura, lo que acaso permita entender cómo es posible que hayan llegado a nuestros tiempos traducciones al hebreo y al latín de las obras de Ibn Rushd, pero no los originales en lengua árabe.

Ibn Rushd rechaza de raíz la identificación del cielo en cuanto felicidad eterna, y la del infierno como eterno tormento, retributivos ambos de las acciones realizadas en esta vida. Para él tales planteamientos exaltan como virtudes lo que no son sino vicios, pues no en vano el creyente *es moderado ante el placer, para obtener un gozo más alto; y del mismo modo cuando el fuerte no es valiente porque juzgue a la muerte como buena, sino porque es algo que prefiere a lo que considera como temeroso y como el mayor mal*.

En Averroes existe un racionalismo ético, que debe conducir a hacer el bien por el bien y a evitar el mal, por ser, en sí mismo, indeseable. Conforme Ibn Rushd, al identificar a Dios con el bien y con la propia razón, hace un planteamiento que puede confundirse con el que permitiría a algunos pensadores racionalistas, muchos siglos después, prescindir del papel nuclear que, tanto el Cristianismo como el Islam, han reservado tradicionalmente a Dios, del que se ha destacado en demasía su atributo de la omnipotencia y su implacable capacidad justiciera de premiar a los buenos y castigar a los malos. Ibn Rushd *abre las puertas del racionalismo*, que no es constitutivamente deísta, pero tampoco constitutivamente ateo. Es más, el racionalismo de Ibn Rushd era constitutivamente deísta. Se puede ser racionalista y creyente, como lo era el propio Ibn Rushd, o no; pero en todo caso la rectitud moral no depende de ello —tema que además ni siquiera planteó Ibn Rushd, al no formar parte de los debates de su época—, sino de la capacidad humana para percibir la idea del bien y atenerse a ella.

Me parece evidente que Averroes tiene la estructura mental de un racionalista. El deber de hacer el bien porque es bien, y de evitar el mal porque es mal, de forma completamente ajena a cualesquiera recompensas o castigos, es algo tan claro en Ibn Rushd, que permite desarrollos –no conformes a mi juicio con el pensamiento de Averroes– en el sentido de prescindir de la necesidad moral de Dios, incluso para el bien, lo que dejaría la propia existencia de un ser superior en algo indiferente para la moral. De hecho, estas facetas, que según entiendo van de acuerdo con el pensamiento de Ibn Rushd, daban sin embargo pretextos a sus enemigos para perseguirle, incluso bajo la acusación de ateísmo.

Una interpretación de Averroes en el sentido de lo que siglos más tarde se haría explícito en el pensamiento de Grocio, a saber, que la ley natural existiría aun en el supuesto de que Dios no existiese,⁴⁷ es una interpretación posible de su pensamiento; pero ni mucho menos la única y ni siquiera la más fiel. Personalmente entiendo que si ello se hubiera planteado en su época como *debate* intelectual, tales hipotéticas consecuencias hubieran sido rechazadas expresamente por un creyente como Ibn Rushd, puesto que si en Averroes el bien y la propia razón están en la esencia de Dios, de ello también puede colegirse que el bien y la razón existen por causa de Dios. Es más, el planteamiento de Ibn Rushd es tan sutil, que la imposibilidad para Dios de querer el mal, ni siquiera pone en tela de juicio la divina omnipotencia, pues no tendría sentido que Dios quisiese o prescribiese la antítesis de su propia esencia, que es el bien. Espero que con esto se entienda que el *racionalismo* de Averroes; pese a serlo en sentido propio y plantearse con muchos siglos de antelación a su florecimiento en Occidente, es un racionalismo *esencialmente deísta*, que jamás pudo dar seriamente pie a las injustas acusaciones que se le hicieron, por razones diáfananamente políticas.

Sea como fuere, lo realmente importante es que Averroes no es sólo el gran puente entre las tres grandes culturas, basadas en las religiones del Libro, mahometana, judía y cristiana, sino probablemente el mayor puente entre las grandes culturas de la humanidad, incluidas las asiáticas de más largo recorrido histórico, como el propio budismo.

⁴⁷ Grocio, pese a escribir cuatro siglos más tarde, tampoco negó nunca la existencia de Dios. Es más, su propio *supuesto* de que Dios no existiese, lo definió como *impensable*.

Ahora bien, las formas de tener acceso a la verdad, no son en Ibn Rushd dos sino tres, la filosófica, que es la más pura y auténtica, la religiosa y la teológica.

La fundamentalidad de la verdad filosófica, incluso sobre la religiosa –precisamente porque no puede estar en contradicción con ella– que no está presente sólo en Averroes, sino en la mayoría de los peripatéticos árabes, junto con la tolerancia para los filósofos propia del renacimiento cultural almohade, aunque no sólo permitió, según Quadri, que pudieran darse cenáculos entre filósofos musulmanes, cristianos e incluso judíos y que en ellos se relativizase el dogmatismo religioso, con una apuesta decidida por la tolerancia, manifestada en la idea de que todas las religiones son símbolos de la verdad.⁴⁸

Para terminar con la cuestión moral y ya cambiando de tercio, diré que aun cuando el planteamiento de Averroes es harto original, no deja de tener fuertes raíces platónicas, pues la moral deriva, en el fondo, del gobierno de la razón en el alma humana, el ya aludido dominio de la parte intelectual frente a la parte irascible y a la concupiscible. Ello se traduce en el autodomínio, que tanto en Ibn Rushd, como en Platón, *sólo se alcanza con la moderación y la abstinencia de los placeres sensuales*.⁴⁹ Ambos autores son partidarios de una intensa represión sexual, aunque también de los demás placeres, y vinculan esta represión con el *dominio de sí mismo, valor, fortaleza de ánimo, gusto por la belleza, buenos pensamientos, amor por la justicia en todas sus formas*. Según ellos, *los placeres arrastran a la perplejidad, casi a la locura, al hombre de inteligencia aguda, sobre todo si se entrega a ellos en exceso; por ejemplo, el placer sexual, más que ningún otro, conduce al hombre a la enajenación*.⁵⁰

En la sociedad ideal está omnipresente la represión, pues no en vano es la obra perfecta de grandes manipuladores. Por reprimir, se propugna incluso la represión de las formas musicales, debiendo cuidarse mucho las innovaciones en esta materia, debido a lo que influye en las actitudes del alma de las gentes, con un resultado final previsible en la *destrucción de la ley y de las normas*.⁵¹

⁴⁸ Cfr. G. QUADRI, *La philosophie...*, op. cit., p. 62.

⁴⁹ ABU-L-WALID IBN RUSHD (AVERROES), *Exposición...*, op. cit., p. 23.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 29.

⁵¹ *Ibidem*, p. 47.

Por lo demás, terminaré diciendo que comprendo que pueda resultar sorprendente que me atreva a hablar de racionalismo en sentido propio en Averroes; pues bien, lo hago a plena conciencia de lo que estoy diciendo y me ratifico en ello.

Munk decía, con toda la razón que *la filosofía árabe, lejos de ceñirse al peripatetismo puro, atravesó casi todas las fases que se han planteado en el mundo cristiano. En ella encontramos el dogmatismo, el escepticismo, la teoría de la emanación, e incluso doctrinas análogas al espinosismo y al panteísmo moderno.*⁵² Esta última afirmación da una cierta idea que no sólo se adelantan entre los musulmanes planteamientos que a los occidentales nos resultan familiares a través de las disputas entre las distintas familias de escolásticos, sobre todo *nominalistas* y *realistas*, sino que la influencia va más allá y por eso añadido expresamente que la influencia de Ibn Rushd, trascendiendo del *intelectualismo* aristotélico, llega al *racionalismo* propiamente dicho.

Pero en fin, adentrándonos en tercer lugar al derecho y comenzando por el derecho natural, vale retener de lo anteriormente expuesto, en primer lugar, que la moral racional propuesta por Ibn Rushd no requiere necesariamente de un aval religioso. A diferencia de lo que sucede con los pensadores iusnaturalistas cristianos del Medioevo, en lugar de ser el derecho natural el que resulta capturado por la Ley de Dios, llámese Ley Divina, como en San Agustín, o Ley Eterna, como en Tomás de Aquino, lo que se produce es más bien el fenómeno contrario, en el sentido de que la Ley religiosa no puede ser incoherente con la Ley natural. En el fondo estamos ante un problema de primacía entre las diversas formas de Ley, que en Averroes se decanta instintivamente del lado de la Ley Natural, de una forma insólita en su época y directamente precursora del iusnaturalismo racionalista; mas no olvidemos que la cuestión de la prevalencia entre ambos tipos de leyes, es algo que no tiene sentido que Ibn Rushd plantee abiertamente como tal problema, toda vez que ambas leyes responden directamente a una verdad que es única.

La visión averroísta de la Ley Natural aparece apenas en un destello, que deja entrever un enfoque de *ius naturalis* como *ius gentium*, en una visión de la cuestión semejante al estoicismo y que, muy sig-

⁵² S. MUNK, *Mélanges...*, op. cit., pp. 332 y 333.

nificativamente, sería recuperada después por el racionalista Hugo Grocio, que al igual que Averroes, aunque en este caso de forma más explícita, la extrajo del limbo en que había sido envuelta por la supuesta *ortodoxia* teológica.

He de matizar, no obstante, que Ibn Rushd apenas si se refiere directamente, más que en unos escasos párrafos a la idea del derecho natural o de la Ley Natural. Ello se debe, no lo olvidemos, a que se trata de una idea extraña al derecho islámico, que al ser de radical inspiración religiosa, hasta el punto en que se halla confundido y hasta *fundido*, al igual que la moral, con la religión misma, tendría poco sentido la apelación a un criterio metafísico de justicia ajeno al derecho positivo, puesto que el derecho islámico es, a fin de cuentas, la voluntad de Alá, bien se exprese directamente en el Corán, bien por los hechos del Profeta, o el consenso de la Ummah o comunidad islámica, entre otras posibles fuentes de dicho derecho, que no son compartidas unánimemente por las distintas escuelas jurídicas del mundo islámico.⁵³

El pensamiento de Averroes conduce directamente a un iusnaturalismo racionalista en sentido propio que, por las peculiares circunstancias del derecho islámico, que él mismo aplicó como Cadí, así como por lo delicado y hasta peligroso —de hecho lo fue para él— de apuntar, aun cuando fuera de refilón, este tipo de cuestiones en su época; no conlleva un desarrollo en profundidad y apenas ni siquiera mínimo de su idea del derecho natural, cuyos grandes postulados metafísicos sí están, sin embargo, presentes en la obra de Ibn Rushd.

Ibn Rushd no para de reiterar, en párrafos que, en su contexto social, lógicamente intenta esconder en las más diversas partes de su dis-

⁵³ No se trata aquí de profundizar sobre el derecho islámico, baste con señalar que entre las principales escuelas del mismo, las más próximas a sus orígenes, están la *Hanefita* que se expandió sobre todo en el Imperio Otomano, la *Malikita*, a la que pertenecía Averroes, cuya difusión se produce sobre todo en el Magreb, aunque también en la India musulmana, la *Safita*, extendida en Egipto y diversos países de Oriente y la *Zahirita*. Para no abundar en exceso en las fuentes del derecho islámico, diré que para el *Malik*, la Escuela de Averroes, se consideran como tales el propio Corán, la Tradición (*hadit*, *sunnah* y costumbre del Profeta), la Analogía (*qiyas*), la opinión de los jurisconsultos (*ra'j*), cuya importancia los *Malikitas* disminuyen ampliando el *igma* o consentimiento unánime, que el *Malik* refiere a los jurisconsultos de Medina. Además, frente a los criterios de preferencia (*istihsan*) propios de otras escuelas y que son una especie de *derecho libre*, el *Malik* acentúa el papel de la utilidad pública (*istislah*) y da gran peso práctico a las decisiones judiciales (*fatwa*).

curso, que la razón prevalece sobre la voluntad y la naturaleza frente a la convención, con lo que es claro su iusnaturalismo racionalista, que trasciende con mucho de la filosofía aristotélica y se adelanta a su época. Ciertamente es que su racionalismo naturalista, no es incompatible con compartir —como comparte— la visión de una ética como la aristotélica, basada en la indagación acerca de los grandes fines del ser humano. Todo ello lo podemos ver en un epígrafe relativo al *fin último del hombre y del sabio*,⁵⁴ en el que después de afirmar que las leyes religiosas *existentes en nuestro tiempo*,⁵⁵ mantienen que el fin último del hombre está establecido por la voluntad de Dios, se opone de forma velada a la idea comúnmente aceptada en su época, según la cual *el único camino para saber de este asunto de la voluntad de Dios es la profecía*.⁵⁶ Frente a dicha idea opone que *estas leyes religiosas siguen la antigua sabiduría*,⁵⁷ con lo que, en la práctica, reafirma la primacía de la razón, a la que, como ya sabemos, se acomoda la propia revelación.⁵⁸ Entiendo que, una vez establecida la primacía —cuanto menos práctica— de la razón, nada impide construir la moral y el propio derecho natural, a partir del fin del hombre, pues sabemos que es el fin propio de una criatura racional.

Averroes, en su *Exposición de la República Platónica*, incluye un epígrafe en el cual alude a sus dos profesiones, el derecho y la medicina y en el que se pone de manifiesto cómo el derecho no es sino un remedio que la sociedad ha de poner a la falta de virtud. En concreto, rotula el epígrafe de la siguiente forma: *El derecho y la medicina señalan de la imperfección social*.⁵⁹

De la anterior concepción puede deducirse, en primer lugar, que el derecho y las leyes plantean la imposibilidad de la realización

⁵⁴ ABU-L-WALID IBN RUSHD (AVERROES), *Exposición...*, op. cit., p. 78.

⁵⁵ Un auténtico creyente difícilmente puede ver las leyes religiosas, como relativas a determinada época.

⁵⁶ ABU-L-WALID IBN RUSHD (AVERROES), *Exposición...*, op. cit. p. 80.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 81.

⁵⁸ Esta idea la comparten otros estudiosos de Averroes, como Léon Gauthier, cuando dice: *Todas las verdades cognoscibles por el hombre derivan, sin excepción, de la razón y pueden, en principio, ser establecidas por los argumentos demostrativos de la filosofía. La religión no aporta ninguna verdad nueva. La revelación no tiene ninguna verdad que enseñar a la razón que ésta no haya podido descubrir por sí misma*, Léon GAUTHIER, *Ibn...*, op. cit., p. 35.

⁵⁹ ABU-L-WALID IBN RUSHD (AVERROES), *Exposición...*, op. cit., p. 31.

social de obedecer la moral. Al igual que en Platón, se trasluce en tal planteamiento una idea moral del propio derecho, poco proclive e incluso contraria al exceso de reglamentismo, tan en boga hoy en día. Para Platón y Averroes, cuando existen sociedades como la actual, en las que la legislación, en afortunada expresión de Forsthoff, está *motorizada*, no se pone de manifiesto tanto la complejidad de las mismas —que sería lo aseverado por el tópico—, como la profunda y radical inmoralidad que se asienta en las mismas.

En Averroes, al igual que en Platón, la relación del derecho con la justicia no se plantea, ni mucho menos, con la intensidad que se hace en nuestra época. La justicia se entiende más bien desde un punto de vista político, en cuanto estabilidad social, siendo su relación con el derecho mucho más secundaria. La justicia no es tanto dar a cada uno lo suyo, como que *cada uno se dedique a lo suyo*, que todos los seres humanos se limiten a ocupar el lugar que les corresponde en la sociedad. La justicia, o la *equidad* —como en ocasiones la llama—, en una clara confusión entre ambos conceptos, se halla en estricta correspondencia con la sociedad de castas, que tan grata como *ideal* resulta a Platón.

En referencia a las normas, Ibn Rushd, al igual que Platón, distingue entre leyes generales —con un nivel de abstracción no lejano de las normas morales— y las normas particulares, cuya abundancia desaconseja, entre otras cosas, porque cabe deducirlas de las leyes generales. De nuevo se observa, en este punto, un claro elemento racionalista: siempre va primero aquello que es conceptual y general; lo demás es pura deducción. Averroes, quien como vemos propugna una sociedad con pocas leyes, quiere una sociedad *moral* y por lo tanto basada en las *mores* o costumbres, a las cuales ni siquiera aconseja elevar a leyes.

Por lo que respecta al derecho positivo, Averroes estudia especialmente sus fuentes. Al principio de su magna obra sobre derecho, *Bidayat al-Mujtahid* —conocida en español como *La Bidaya*—, comienza con la descripción de los vehículos a través de los cuales se reciben tales fuentes que tienen su origen en el Profeta, Mahoma, y que son la palabra, los actos y la aprobación. Inmediatamente acepta la analogía (*qiyas*) de acuerdo con el sentir de la mayoría de los juristas, para aquellos supuestos en que el legislador guarda silencio, si bien

matiza que esta postura no es compartida por los Zahiritas,⁶⁰ que en tales casos aceptan, sin más, el vacío legal.

Lo que tiene más valor *universal* de *La Bidaya*, no son tanto las instituciones civiles que en ella se estudian —de las que las opiniones de Ibn Rushd siguen siendo tomadas en consideración en el mundo islámico al día de hoy—, como los grandes principios del derecho que se ubican al principio de dicha obra y que, al igual que sucedía con la analogía, tienen un valor propiamente *universal*. De ahí que me ciña a ellos en el presente estudio.

Ibn Rushd, con un estilo analítico impecable, pasa a analizar las formas en que las palabras expresan derecho, y pasa a distinguir cuatro supuestos:

- Palabras generales aplicadas a todas sus categorías.
- Palabras particulares aplicadas a su categoría singular.
- Palabras generales con aplicación particularizada.
- Palabras particulares con sentido general.

Obvio es decir que lo primero que hay que hacer para comprender al Averroes jurista es salvar, en lo posible, las distancias conceptuales que un sistema jurídico de raíz religioso-tradicional, tiene con la forma de comprender el derecho característica de las sociedades con un sistema jurídico de raíz romano-germánica-ilustrada. No hay que olvidar que la expresión normativa de un derecho de las características del islámico, no es necesariamente general y abstracta al estilo de los antedichos sistemas jurídicos característicos del *occidente* no británico, sino que el derecho islámico se construye sobre las palabras del Profeta, que pueden, perfectamente, referirse a hechos singulares, sobre los que se crea derecho. En términos más actuales, las fuentes de expresión lingüística, a las que se refiere Ibn Rushd son, respectivamente:

- El supuesto general-deductivo, al modo de la norma jurídica general y abstracta, tal como la entendemos al día de hoy.

⁶⁰ Averroes es un jurista de la Escuela del Malik; pero como precisa Abdel Magid, Turki, acepta sin pestañear los postulados de otras escuelas, cuando le parecen los más adecuados. Cfr. A. M. TURKI, *Théologiens...*, op. cit., pp. 286 y 289.

- Palabras singulares con un sentido declarativo.
- Palabras generales con aplicación restrictiva.
- Palabras particulares que se interpretan de forma extensiva.

Lo que Ibn Rushd describe es, por una parte, el concepto moderno de norma jurídica, imbuido de la característica de generalidad, que no es ni mucho menos esencial a la norma jurídica en los sistemas de raíz religioso-tradicional, y las tres grandes posibilidades hermenéuticas de interpretar las palabras en derecho o, lo que es lo mismo, las tres grandes categorías de la interpretación literal, que son la declarativa, la restrictiva y la extensiva.

Tan es así que se ve en la obligación de distinguir la analogía de la interpretación extensiva —en su propio léxico, el *qiyas* de las *palabras particulares con sentido general*—, cosa que hace perfectamente, a diferencia de buena parte —me temo que incluso la mayoría— de los modernos tratadistas occidentales, que parecen no saber lo que es una cosa, ni la otra. Literalmente dice:⁶¹

La legítima analogía (*qiyas*) es la asignación de la regla de conducta (*hukm*) obligatoria para una cosa, a otra cosa, sobre la que la Ley guarda silencio, con base en su semejanza con la cosa para la cual la Ley establece una conducta obligatoria o debido a una causa (*C/illa*) común subyacente a ambas. Por esta razón, la analogía legal puede ser de dos clases: *qiyas al-shabah* y *qiyas al-C/illa*. La diferencia entre la analogía legal y la palabra particular con sentido general es que la analogía puede ser empleada sólo en el caso de una palabra particular que se aplica sólo a su categoría singular. Los otros casos similares son luego unidos con el primero, es decir, los casos que no están cubiertos por el texto se juntan con el que lo está, con base en la semejanza entre ellos, no a través de lo que la palabra implica. Esta es la razón por la cual la extensión de la regla de conducta a una categoría no enunciada pero implícita no es analogía, sino una indicación (connotación) de la palabra (*dalalat al-lafz*)⁶². Estas dos clases (de extensiones de la regla de conducta

⁶¹ Ibn RUSHD, *The distinguished jurist's primer*, vol. I, trad. I. A. Khan Nyazee, Ed. Garnet, Reino Unido, 1994, p. XLVI.

⁶² La traducción del texto al francés, que también he manejado, pero que no uso como referencia, porque se percibe bastante menos cuidada —acaso por ser más antigua— que la versión al inglés, traduce este párrafo como: *es un procedimiento puramente literal*. AVERROES, *La Bidaya. Manuel de l'interprète des lois et traité complet du juriste. Du mariage et de sa dissolution*, trad. Ahmed Laïmèche, Argel, 1926, p. 17.

a una entidad no enunciada) están muy próximas puesto que en ambas se da una unión de los casos explícito e implícito, lo que a menudo es motivo de confusión entre los juristas.

A pesar de las distancias históricas y categoriales, su exposición no puede ser más clara. Hasta el punto de que frustra que algo que expresaba con tan meridiana claridad Ibn Rushd, en el siglo XII, sea tan borroso e intrincado entre los juristas de nuestros días.

En Ibn Rushd se ve claro que el criterio diferenciador más nítido entre analogía e interpretación extensiva, estriba en que la analogía se basa en extraer los principios que informan la regulación de uno o varios supuestos normados, para aplicarlos después a casos que guardan identidad de razón con los previstos en aquellas normas. La interpretación extensiva, en cambio –y por referirnos a ella en términos modernos– afecta más a la disposición que a la norma propiamente dicha; pues no trata de alumbrar una nueva norma a través de la inducción de principios generales del derecho, a partir de otra u otras normas expresas, sino de rebasar una interpretación de tipo estrictamente declarativo de una norma expresa. La interpretación extensiva no deja de ser una variedad de la literal, con el matiz de que los términos en que está redactada la correspondiente disposición se interpretan en sentido amplio y no meramente declarativo.

En otras palabras, la interpretación extensiva forma parte de la interpretación literal, mientras que la analogía se inscribe entre los diversos tipos de argumentación que integran el criterio lógico de interpretación.

Sorprendentemente la tan común dificultad en cuanto a la distinción entre analogía e interpretación extensiva, que se suele atribuir a una supuesta confusión de Savigny que reduce la analogía a la analogía *iuris*, mientras que a la analogía *legis*, la denomina interpretación extensiva, no sería dificultad alguna si muchos de los actuales juristas de Occidente volvieran los ojos, ni más ni menos que al siglo XII y siguieran aprendiendo del imperecedero y universal Magisterio de Averroes, cuya distinción entre analogía (*quiyas*) e interpretación extensiva se recoge en una admirable síntesis que, en este caso ha sido el autor de la presente obra, quien ha asumido el rol de *comentador*.

Vale la pena observar que Ibn Rushd estudia también las causas del conflicto de opinión sobre las normas, que incluyen supuestos

de conflictos de normas, cuya existencia no se puede admitir abiertamente en un sistema religioso-tradicional, puesto que *la verdad* no es más que una y, en consecuencia, no puede admitir conflictos. La mayoría de tales causas tiene que ver con algunas de las principales dificultades de la interpretación literal. En concreto apunta Averroes seis causas de conflicto interpretativo, que son las siguientes:

1. La vacilación entre los cuatro supuestos anteriormente vistos, en que las palabras expresan derecho: palabras generales aplicadas a todas sus categorías...
2. Equivocidad de las palabras.
3. La tercera causa descansa en las distintas posibilidades de la estructura gramatical.
4. La posibilidad de que las palabras no tengan un sentido literal, sino alegórico o metafórico.
5. Cabe también que la palabra tenga un sentido absoluto (no cualificado) o, por el contrario, uno cualificado.
6. El conflicto entre dos textos.

Ibn Rushd centra su atención en los criterios literal y lógico de interpretación. De este último forma parte la analogía; pero también otras formas de argumentación lógica.

Por último, Averroes también entra en cuestiones que hoy llamaríamos de lógica deóntica; no en vano ésta, sobre todo cuando se la construye como una *lógica especial*, parte de la *lógica modal* aristotélica, que por supuesto Ibn Rushd conocía a la perfección. Donde modernamente se suele distinguir entre lo permitido, lo prohibido y lo obligatorio,⁶³ Averroes profundiza todavía más en las distinciones. En concreto, a lo obligatorio, prohibido y permitido, añade otras dos categorías, lo recomendado y lo reprehensible o desaprobado. Así, dice que cuando la no actuación en cumplimiento de un mandato da lugar a un castigo, estamos ante un acto obligatorio. Cuando existe una recompensa para la actuación, pero no se da en ningún caso castigo, se dice que el acto está recomendado. Cuando una acción está proscrita y cometerla da lugar a un castigo, estamos ante un acto prohibido. Cuando existe compulsión a abstenerse de determinado acto, sin que

⁶³ G. H. VON WRIGHT, *Lógica deóntica*, Universidad de Valencia, 1979.

corresponda castigo alguno para su comisión, estamos ante un acto reprobable. Por último, cuando se puede escoger entre la comisión y la omisión del acto, estamos ante un acto permitido.

Lo más sugestivo de lo expuesto por Ibn Rushd en su *Tratado completo del jurista (La Bidaya)*, al menos desde la perspectiva que hoy puede interesar en mayor medida al mundo occidental y sobre todo a los países que tenemos un derecho de inspiración europea continental, está en la Introducción, donde se aprecia a un jurista de extraordinaria calidad; pero esto es sólo un plano muy parcial de la obra, en sí misma considerada, cuya versión completa al inglés, promovida por el Centro para la Contribución Musulmana a la Civilización, tiene dos volúmenes y más de 1 200 páginas. No obstante, no tendría mucho sentido, para el presente estudio, elaborado a fin de cuentas por un jurista europeo, entrar en un análisis particularizado de las grandes cuestiones del derecho islámico, que Averroes desarrolla en profundidad, con una admirable sistemática. A los juristas musulmanes difícilmente podría aportarles nada relevante, acerca de las instituciones que les son propias y a los juristas occidentales les interesan las cuestiones más *universales*, más propias de la teoría general del derecho, aquellas en las que se centra el presente estudio.

Me limito a dar unas breves indicaciones sobre la estructura de la obra, que tiene 49 capítulos, de los cuales los 17 primeros —que en volumen representan la mitad del trabajo— se ocupan de cuestiones que podríamos denominar de derecho canónico (religioso). El resto se dedica casi totalmente al derecho civil, con dos capítulos finales consagrados, respectivamente, al derecho penal y al derecho procesal.

Con arreglo a lo anteriormente expuesto, del derecho como remedio a la falta de virtud y la importancia fundamental de las leyes terciarias, de carácter moral, en la sociedad perfecta, el juez desempeña, en lo esencial, un papel de policía moral y no tanto de órgano del Estado sujeto al derecho.

Es muy interesante, incluso para los tiempos actuales, la idea, presente en Ibn Rushd, de que las principales cualidades para la función judicial, son muy distintas de las intelectuales. Junto con la necesidad de experiencia, Averroes pone de manifiesto la ineludible exigencia de virtud, hasta el punto de introducir, por esta causa, la música en su formación. En todo caso la esencial importancia de la dimensión moral del juez, queda de lo más patente, en las propias palabras de

Ibn Rushd: *el juez no puede ser un probo jurisconsulto si su espíritu es malvado*.⁶⁴

III. EL AVERROÍSMO EN LA ACTUALIDAD

El primer Averroísmo se da entre los judíos, no en vano la filosofía, en el Islam, pese a las notables creaciones del peripatetismo árabe, siempre tuvo un lugar marginal, debido a las especiales dificultades del Islam, para conciliar fe y razón. Por lo que se refiere a la influencia de Ibn Rushd en el mundo judío, está ya descartado que tenga que ver con una presunta, pero inexistente, relación personal con Maimónides, como ya demostrara Munk en 1842. Cuestión distinta es que existan, como existen, grandes coincidencias filosóficas entre Maimónides y Averroes, por el aristotelismo que profesan ambos.

Es a mi juicio muy significativo, en relación con la enorme relevancia intelectual de personas de etnia judía en el mundo de la cultura en general y de la filosofía y la ciencia en particular, percibir que es en el pueblo judío en el que más claramente triunfa el racionalismo aristotélico, hasta el punto de que es su portaestandarte en la baja Edad Media. Ello, por supuesto, no ha dejado de tener repercusiones a lo largo de la historia y, en consecuencia, también en el mundo presente. En el Islam, como antes se decía, el racionalismo sufrió un rechazo radical y una auténtica lapidación religiosa, que coincidió con el final del siglo XII y la muerte de Averroes y cuyas consecuencias sigue pagando la cultura islámica en el mundo contemporáneo. Entre los cristianos, en cambio, se procedió, sobre todo a partir de Santo Tomás de Aquino, a una domesticación teológica de la razón filosófica. Cada una de estas actitudes tiene una significativa correlación con el mayor o menor desarrollo filosófico y científico, desde el siglo XII, hasta nuestros días, de las tres grandes culturas, denominadas del *Libro*.

Esta es una cuestión particularmente interesante, que pone de manifiesto la trascendental importancia de los fenómenos culturales —entre los que tienen un lugar muy destacado los religiosos—, en cuanto a la capacidad que tiene una determinada cultura para producir ciencia y, por lo tanto, para ubicarse adecuadamente en la poscontemporánea sociedad de la información y del conocimiento.

⁶⁴ ABU-L-WALID IBN RUSHD (AVERROES), *Exposición...*, op. cit., p. 34.

Pero, de vuelta al hilo conductor de la exposición, a la muerte de Ibn Rushd, los mismos que obtuvieron del Sultán el destierro de Averroes consiguieron ahogar cualquier atisbo de filosofía en el mundo islámico, que paradójicamente fue el que la introdujo en el medioevo; de forma que los Comentarios de Averroes constituyeron el basamento sobre el que se construyó una filosofía judaica, sólidamente enraizada en el pensamiento del Estagirita.

De hecho fue la que más fielmente lo siguió, pues en el lado cristiano, los dominicos y muy señaladamente Tomás de Aquino, intentaron *domesticar* la filosofía aristotélica, con el fin de ponerla al servicio de la verdad revelada teológica.

La entrada de los textos aristotélicos y sobre todo de los del Comentarista, entre los judíos, se produce, principalmente, a través de la preponderancia de los hebreos entre los traductores, que es muy clara hasta el año 1300, época en la que el filósofo judío de referencia es Levi Ben Gerson de Bagnols, conocido como Messer León, cuya doctrina admite plenamente la eternidad del mundo, tesis que a su vez entiende como contradictoria con la idea de Creación. A partir de esta época se produce una cierta decadencia de la filosofía judaica, que no obstante seguirá dando frutos notables. Así por ejemplo, en la teoría del alma, el Averroísmo es manifiesto en pensadores judíos del siglo XIV, como Ahron Ben Elia de Nicomedia, autor de *El Árbol de la Vida* (1356).⁶⁵

A partir del siglo XIV la influencia del Averroísmo tiene su centro de gravedad en la Escolástica cristiana. Con anterioridad, Raimundo, arzobispo de Toledo, crea en dicha ciudad una escuela de traductores, entre los que los judíos tienen asimismo una gran importancia.

A Ibn Rushd lo introduce entre los cristianos Miguel Escoto —quien estuvo en Toledo—, hacia el año 1217, y el propio Roger Bacon dispone de sus traducciones hacia el año 1230. A través de Miguel Escoto llegan también las obras de Averroes a la Corte de Federico II, y de ahí a Italia. Otro traductor de Averroes de mediados del siglo XIII, que es puente entre Toledo y la Corte de los Hohenstaufen, es Hermann el Alemán. En esta época, la mayoría de las obras de Averroes estaban ya traducidas al latín.

⁶⁵ Cfr. E. RENAN, *Averroes y el Averroísmo*, trad. Héctor Pacheco, Ed. Hiperion, Madrid, 1992.

Tristemente, la filosofía de Averroes es conocida en el mundo cristiano, sobre todo a raíz de las *condenas* que sobre la misma recayeron. La primera *condena*, no incide tanto sobre Ibn Rushd en particular, como sobre el peripatetismo árabe en general y fue hecha por el Concilio de París, de 1209. Varias condenas generales precedieron la que hizo la Asamblea de Teólogos que congregó el obispo Tempier en 1277, que ya condenó expresamente al Averroísmo.

A partir de ahí surge una auténtica legión de *refutadores* de Averroes, que dada la fidelidad de éste con los textos del Estagirita, no dejaban a menudo de serlo del propio Aristóteles. El primero de toda la saga es Guillermo de Auvernia, en una obra repleta de groseros errores de la más elemental cronología histórica. A los animosos refutadores les molesta especialmente la teoría de la unidad del intelecto, de la unidad de las almas y también el carácter mítico y hasta supersticioso, que atribuye Ibn Rushd a la doctrina, presente tanto en el Islam, como en el mundo cristiano, de la inmortalidad del alma individual. La doctrina de Averroes que más desconcertado tuvo al mundo cristiano fue la de la unidad del intelecto, porque no llegaban a superar una visión un tanto burda, por *aritmética*, de un tema con demasiada profundidad espiritual como para tratarlo en términos de correspondencia entre el número de almas y el de individuos. Ellos, sin embargo, estaban aferrados a la idea de la necesidad de que Dios crease un alma para cada cuerpo. Esta incomprensión de la profunda espiritualidad que late en la teoría de la unidad de las almas, hace que se refieran directamente a ella como una blasfemia, al asimilar —según dicen— el alma de Judas Iscariote, con la de San Pedro (el ejemplo es de Gerardo de Siena).

El papa Alejandro IV ordenó expresamente, hacia el año 1255, combatir estas teorías, de ahí que San Alberto Magno también intentase refutarlas, cuando en su obra *Sobre la unidad del pensamiento contra los averroístas*, se percibe que, paradójicamente, no está él mismo demasiado lejos de los postulados averroístas. Otros refutadores de Averroes fueron Ramon Llull, Pétrarca y, sobre todo, Dante y Santo Tomás de Aquino.

Santo Tomás se centra en combatir de forma sistemática los enunciados del peripatetismo árabe, de más difícil digestión para la fe cristiana. Pero, a mi juicio, Santo Tomás se encuentra ante la enorme dificultad de intentar poner al servicio de la teología cristiana

el método racional de Aristóteles, en un tan bienintencionado como auténtico *raptó teológico* y consiguiente transformación de la filosofía del Estagirita, que chocan con la fidelidad de los Comentarios, menos condicionados, de Ibn Rushd. En mi particular opinión, Averroes es el espejo en que Santo Tomás ve reflejada su transformación de la filosofía aristotélica; de ahí que intente argumentar de forma recurrente que quienes deforman a Aristóteles son Ibn Rushd y los peripatéticos árabes que, sin embargo, no tenían ningún interés, ni menos condicionamiento, en hacerlo. De ahí el empeño de Santo Tomás, por ejemplo, en demostrar que Aristóteles creía en la inmortalidad del alma, en cuanto alma individual y que, en general, su filosofía era conforme con el dogma de la fe.

A partir de la condena del Averroísmo del obispo Tempier, en 1277, Averroes deja de ser combatido seriamente, para pasar ya al plano de la descalificación más burda, que entra en el terreno de la imaginaria, a veces incluso grotesca. Dante mete a Averroes en el infierno y el agustino Gil de Roma lo convierte en diablo. Al pobre Averroes se le atribuyen casi todos los pecados y blasfemias, como la *doctrina de los tres impostores*, supuestamente acuñada por Ibn Rushd y referida a la falsedad de las tres religiones del *Libro*. A ello ayudó, como diría Renan, que las tendencias heterodoxas que invadieron la Europa del siglo XIII, tendieron a ser asociadas al arabismo y se encubrieron bajo el manto de un Averroes al que en muy buena medida desconocían quienes le demonizaban.⁶⁶

Frente a la cruzada antiaverroísta de dominicos y agustinos, y frente, sobre todo, al daño que, desde otro lado, la ignorancia más malintencionada y vulgar hizo a la imagen de Averroes, los franciscanos tienen el mérito de haber sido más mesurados en su consideración de Ibn Rushd, aunque y quizás en parte por ello, muchos de los mejores hijos de la Orden de San Francisco, no fueron gratos a la Curia de Roma. La filosofía árabe estuvo presente entre los franciscanos desde el principio, incluidos su fundador, Alejandro de Hales y su sucesor, Juan de la Rochela, aunque también hubo franciscanos antiaverroístas, como el propio Juan Duns Escoto, que combate decididamente la doctrina de la unidad de las almas.

Entre los franciscanos, el Averroísmo, tuvo un papel central en su tendencia a la separación, en mayor o menor grado, entre razón y fe, o en los planteamientos de la Escuela de Oxford, uno de cuyos más insignes representantes, Roger Bacon, defendió abiertamente la doctrina del intelecto activo, que es en esencia Dios mismo, frente al carácter de “parte del alma” a que lo reducen los pensadores dominicos. La idea del intelecto activo y de la propia filosofía como iluminación de Dios, es a mi juicio especialmente cautivadora, porque entronca el racionalismo occidental, con las viejas tradiciones orientales, la budista incluida, en un gran poso cultural que se hace común a las corrientes más fecundas del pensamiento universal, mucho más allá de las tres grandes religiones del *Libro*. Ello tiene mucho que ver con la evidente relación entre el misticismo y la escuela franciscana. En este contexto, Averroes es, a mi entender, uno de los pensadores clave, acaso el que más, para un sincretismo cultural que reclama a gritos el mundo de hoy, y que las instituciones que dominan las grandes culturas –más allá de algunas apariencias– se empeñan en negarle.

Junto a la Escuela Franciscana, otro núcleo de irradiación del Averroísmo se halla en la Universidad de París, La Sorbonne, durante el siglo XIII; pero poca obra de la allí producida ha sido legada a la posteridad. El fuego al que los ulemas y alfaquíes redujeron buena parte de la obra filosófico-política de Averroes –sin contar lo que contribuyó el propio cardenal Cisneros, en la toma de Granada–, se cebó también en la obra de sus seguidores cristianos.

No obstante la controversia sobre Averroes llega a épocas mucho más tardías. El propio Concilio de Letrán condenó de nuevo al Averroísmo, en nombre de la defensa de la inmortalidad e individualidad del alma; pero también los tenidos como adalides del mundo moderno, los humanistas del Renacimiento, declararon la guerra por “oscuros” a Averroes y al propio Aristóteles. Sin duda era mucho más fácil el platonismo, o lo que es lo mismo, sucumbir al encanto esteticista, frente al rigor árido del Estagirita y su Gran Comentador.

Por su parte, el Averroísmo tardío tiene tanta influencia que logra llegar al siglo XVI, e incluso al XVII, como núcleo intelectual de la Universidad de Padua, que en el fondo es la misma que la de Bolonia. Como muy bien ha dicho Renan, la Escuela de Padua, demasiado lejos ya de la época fértil de Marsilio, no es sino *escolástica que se sobrevive a sí misma* y dura hasta la muerte de Cremonini, en 1631,

⁶⁶ Ernest RENAN, *Averroes...*, op. cit., pp. 198 y ss.

al que Renan considera *el último escolástico*,⁶⁷ y cuyas menciones de Averroes en las lecciones de Cátedra, aunque no fuese más que *para exponer el error*, le causaron no pocos problemas con la Inquisición.

Al iniciarse el siglo XVIII, ya prácticamente no quedaba ni resto de Averroísmo, pérdida lamentable, sobre todo para el Islam.

En efecto, hoy por hoy, el Islam es un sistema integral de convivencia social de raíz religiosa y tradicional, en una Modernidad muy marcada por el laicismo y una idea de progreso decididamente enfrentada con la tradición, que deriva de una Revolución Francesa ideológicamente conducida por el racionalismo fuertemente politizado y rupturista de la Ilustración.

En la Modernidad también se insertó otro fenómeno tan rupturista como *irrupturista* —permítaseme el neologismo—, el del marxismo revolucionario —conocido popularmente como *comunismo*—, que ciertamente *irrumpió* y en un corto ciclo histórico desapareció como fenómeno político-social relevante, pese a sus *coletazos* en China y en otros países con peso específico de índole *menor*.

Para nosotros, los occidentales, aquellos pueblos de culturas con raíces cristianas, judías o ilustradas, los países marcados por el marxismo revolucionario tienen una impronta clara y hasta radicalmente diferenciada; pero es comprensible que, para el Islam, los países occidentales y los comunistas, no se perciban como absolutamente distintos. Frente a la cultura religiosa del Islam chocan tanto el laicismo de Occidente, como el materialismo histórico-dialéctico y radicalmente ateo del comunismo. Igualmente el tradicionalismo musulmán colisiona tanto con el progresismo de la Ilustración, como con el evolucionismo determinista, antiilustrado y antiburgués del materialismo histórico.

También la economía de mercado y la de planificación central, que tan opuestas resultan, desde la visión occidental, no son vistas exactamente así desde el Islam; puesto que el *productivismo* que las imbuye a ambas, es un factor *extraño* a la cultura islámica; igual que, en el fondo, lo es a la cultura cristiana tradicional, por mucho que en Occidente se haya perdido prácticamente conciencia del fenómeno; pero no se puede olvidar que la usura (*el dinero no puede producir*

dinero) y hasta el liberalismo, fueron en su momento condenados por la Iglesia Católica.

Es lógico, pues, que los musulmanes tiendan a percibir como *uno*, o al menos como no muy distinto, lo que para la mentalidad occidental es ciertamente diverso, muy diverso, e incluso opuesto. La dialéctica, para los occidentales de radical oposición, entre liberalismo capitalista y socialismo comunista, se planteó entre países occidentales y países del Este, básicamente; e incluso el concepto *Occidente*, por mí empleado, no es nada uniforme. Aduzco, en mi descargo, en cuanto a la utilización de conceptos en los que, en el fondo, ni siquiera creo del todo, que o se acepta en cierta medida la tópica para expresarse, o casi no se podría hablar; pues el propio lenguaje no deja de ser convención, y no voy a seguir, puesto que una convención impuesta, o al menos que viene dada, tampoco es propiamente convención.

Al supuesto Occidente, que es en lo que ahora estamos, pertenecen tanto Alemania como Israel, Inglaterra y Francia, Estados Unidos, México y Colombia. El mosaico no puede ser más heterogéneo ni dispar: un país de raíz sustancialmente judía y muchos otros de raíz cristiana; pero en su mayoría laicos. La cuna de la Ilustración (Francia) y la de Edmund Burke (Reino Unido); el fundamentalismo W.A.S.P.⁶⁸ de Estados Unidos y el mestizaje de Colombia.

No voy a extenderme mucho más en las contradicciones del concepto Occidente, porque acabaríamos perdiendo de vista que, más que nada, aquí de lo que se trata es de hablar del Islam; pero en buena medida, detrás de Occidente y de los Gobineau, Spengler, Toynbee, hay mucha disparidad de conceptos; a partir de un núcleo cristiano-centrista y eurocentrista, se acaban insertando a Israel y a Estados Unidos, y hasta hay *voces*, me temo que marcadas por un abyecto racismo, que intentan excluir a los muchos países de la comunidad iberoamericana de naciones, por el peso que en ellos tiene el elemento *indígena*, y sigo preguntándome muchas más cosas: ¿por qué si un solo país no mayoritariamente cristiano —Israel— y no otro de la relevancia y peso específico de Japón?, ¿y qué sucede con Turquía si consigue su propósito de ingresar en la Unión Europea?

Los musulmanes tienden a percibir como *uno* a este Occidente diverso, disperso y hasta contradictorio y los occidentales suelen

⁶⁷ Ernest RENAN, *Averroes...*, op. cit., p. 219.

⁶⁸ White, Anglo-Saxon and Protestant.

percibir como *una* la *Umma* musulmana, integrada por países que tampoco tienen mucho que ver entre sí, salvo en la comunión religiosa; pero incluso dentro de ella se producen oposiciones tan fuertes como la que se da entre la mayoría sunnita (90%) y la minoría chiíta (10%), o diversidades tan palmarias como la existente entre Turquía y Arabia Saudita; Irán e Irak; Siria —de donde procedían en buena parte los omeyas que llegaron a España— y el Magreb, señaladamente Marruecos, de donde sustancialmente provenían los almogávares y los almohades.

La *Umma*, la gran nación musulmana, es ciertamente muy diversa, probablemente tanto como Occidente; desde países más *occidentalizados*, a otros con sistemas productivos de tipo comunista; pero siempre, absolutamente siempre, está presente la enorme fortaleza del Islam. Es más, la imposición de patrones occidentales y más todavía comunistas, es tanto como correr el riesgo de alimentar un islamismo radical. Observemos varios supuestos, que no son ni pretenden ser exhaustivos.

En la Turquía supuestamente laica de Atatürk, creada en la década de 1920, se produce una votación mayoritaria, en nuestros tiempos, a favor del AKP, un partido islamista, por mucho que se le suela calificar de *moderado*; en el Irán de corte supuestamente *occidental* del sha Reza Pahlevi, irrumpe la República Islámica, fundamentada en el radicalismo chiíta del ayatolá Rujolá Jomeini; en el Afganistán *soviético* entran con inusitada fuerza los talibanes y hasta los salafistas, de raíz wahhabista saudita, entre los que se cuenta el propio Osama Bin Laden.

Es cierto que hay movimientos geoestratégicos mezclados con todos estos acontecimientos, como el apoyo a los talibanes por parte de Estados Unidos, a fin de proseguir en otras tierras la batalla que mantenía con su enemigo soviético por el control del mundo, y muchos otros factores, entre los cuales destaca, sobre todo, la pobreza. No hay pobreza prolongada sin desesperanza y por ello la pobreza se agarra a cualquier bandera que pueda proporcionar una esperanza, que ni siquiera ha de ser para este mundo.

Vaya por delante que el autor de estas líneas no cree que pueda existir estabilidad social si no se lucha contra la pobreza, que a mi juicio debe ser el primero de todos los problemas de Estado. Moral y políticamente ha de serlo, y no es fácil luchar contra la pobreza, tanto

por el egoísmo y la visión cortoplacista de la mayoría de los humanos, como porque las recetas aparentemente bienintencionadas no suelen ser precisamente las más eficaces y eficientes, personalmente me conformaría con que no fuesen contraproducentes.

La pobreza —y la consiguiente desesperación— de amplias capas sociales, no deja de ser uno de los principales problemas del mundo islámico, lo que sin duda abona banderías radicales, también en Occidente, como se ha visto en los extrarradios parisinos, en una nación, como Francia, de la que forman parte cuatro millones de musulmanes. Esta es una cuestión muy compleja, en la que se mezclan hasta elementos de rebeldía juvenil y que no corresponde aquí dar pautas de resolución, por más que su estudio y consiguientes propuestas de política social son perfectamente abordables.

Lo que ahora corresponde es entrar en *el otro* gran problema del Islam, el de la conciliación entre tradición y modernidad y esa no es una cuestión exclusiva del Islam. Sin entender este tema, nada se puede comprender tampoco acerca de las profundas diferencias en el desarrollo sociopolítico británico y francés, dentro de Occidente; o por qué, lejos de razones geográficas y hasta religiosas, Japón, pese a ser un país homologable a los occidentales en desarrollo económico, tecnológico y hasta en la forma política, no es, sin embargo, considerado un país *occidental*.

En relación con lo anterior, el Reino Unido no estuvo sometido al disolvente corrosivo de la tradición, que la Ilustración significó en Francia. Precisamente por eso, los países occidentales cuyos procesos de cambio han sido conducidos en un marco ideológico ilustrado, han padecido también gravísimos conflictos entre tradición y modernidad, que no se han producido —al menos no en términos significativos— en aquellos otros en los que la modernidad no ha supuesto una ruptura con la tradición, de los que el ejemplo paradigmático, dentro de Occidente, es Inglaterra.

No hay que pensar, por ello, que toda forma de racionalismo sea rupturista con la tradición. Ni mucho menos. Sin ir más lejos, el racionalismo de Descartes se abstiene de entrar en cuestiones políticas y su *duda metódica* se aplica a proposiciones fácticas, pero en ningún caso al mundo de los valores y menos todavía al ámbito de la religión. Cuestión distinta es lo que sucede en el racionalismo específicamente

ilustrado, al menos en aquel que postula lo que Russell Kirk denomina el *credo radical*.⁶⁹

Dentro de los países occidentales en los que la entrada en la modernidad no supuso una ruptura con la tradición se ha destacado el caso del Reino Unido (supuesto distinto del de Estados Unidos, donde sí existió una decisiva influencia de la Ilustración, vinculada a su proceso mismo de independencia). Corresponde ahora poner de manifiesto que en algún país no considerado occidental, como Japón, la modernidad tampoco ha supuesto la ruptura con su tradición.

Es de sobra conocido y por lo tanto ocioso sería abundar en demasía sobre ello, que la modernización de Japón se produce en la era Meiji, a partir de 1868. Se pretendió y se consiguió construir un país próspero y fuerte, en el que se implantó incluso un sistema parlamentario, cuya inspiración liberal era ajena a la cultura japonesa; pero al que los reformadores consiguieron acomodar a sus tradiciones, dinámica social y hasta dinámica de poder. Se hicieron reformas de todo tipo, señaladamente las educativas; pero siempre dentro del respeto a la tradición, incluidos el culto al emperador y a los antepasados. En idéntico sentido, los japoneses permanecieron fieles a sus tradiciones religiosas sintoístas, aderezadas con amplísimos elementos budistas y confucionistas.

Los resultados están a la vista. El Japón contemporáneo combina el respeto a la tradición, con una economía puntera, un sistema político homologable al de los países occidentales, si bien inserto en sus propias tradiciones socioculturales y un altísimo desarrollo científico y tecnológico, que no hubiera sido posible —y eso hay que remarcarlo—, de haber existido cortapisas al libre desarrollo del pensamiento.

A mi juicio Japón es el ejemplo perfecto de que se puede ser un país emblemático en la Modernidad, y hasta en la poscontemporaneidad, con un respeto reverencial por las propias tradiciones, hasta el punto de que incluso las modas occidentales adquieren en Japón un modo de ser específico. El autor de estas líneas es perfectamente consciente de que la impronta religiosa del Islam es muy distinta del sincretismo religioso japonés; pero, con todos los matices que se quiera, en Japón está el modelo a seguir por los países musulmanes,

en el objetivo de compaginar modernidad y tradición, por lo que habría que estudiarlo atentamente, actualizarlo e imitarlo.

En el punto acaso menos parecido entre la tradición japonesa y la islámica, el religioso, hay que decir con claridad que, si se vuelve la vista a las enseñanzas de este buen musulmán que, los que le hemos leído sin prejuicios, sabemos a ciencia cierta que fue Ibn Rushd, nada hay en los planteamientos que hace sobre la religión que sea incompatible con la modernidad. Todo lo contrario. Ibn Rushd da muchas de las pistas intelectuales —por no decir todas—, que permiten la plena inserción del Islam en la cultura poscontemporánea. En consecuencia, entiendo que el mundo islámico y muy especialmente las grandes naciones del Magreb —como herederas del Imperio Almohade, que a mi modesto entender pueden y deben liderar un movimiento en este sentido—, harían muy bien en volver los ojos hacia su hijo insigne Ibn Rushd que, por andalusí, fue súbdito del Imperio Almohade, en el que desempeñó importantes cargos, no sólo en la Península, sino también en África, tanto en la Corte del Sultán, como en la condición que asimismo tuvo el insigne Ibn Rushd, de Cadí de la Mauritania.

También como lo afirmé con anterioridad, judíos y cristianos deben mucho a Ibn Rushd, al que en demasiadas ocasiones —sobre todo los cristianos— llegaron a demonizar, cuando su profundidad teológica es equiparable a la del mismísimo Tomás de Aquino y muy probablemente sus planteamientos sean más adecuados, incluso dentro del cristianismo, que los del aquinatense, para dar las respuestas que necesita el ser humano de hoy.

Los fundamentos de la Modernidad son, en muy buena medida, un préstamo que le llega a Occidente de la Grecia clásica a través del Islam y muy señaladamente de la mano de uno de sus hijos más insignes: Ibn Rushd.

Reitero que ya es hora de que el actual mundo islámico, liderado por fuerzas vivas magrebíes, sucesoras del antiguo Imperio Almohade, asuma los derechos de autor de los fundamentos de la modernidad y cobre los intereses de su préstamo a Occidente.

Ojalá Ibn Rushd sea recordado como algo más que un jurista —que lo fue y de los más grandes—, de forma que su filosofía y teología, que le hicieron más colosal todavía y le han dado un lugar, propio y merecido, entre los más importantes pensadores de todos los tiempos, estén presentes en las escuelas, tanto civiles como religiosas.

⁶⁹ R. KIRK, *The Conservative Mind*, Faber & Faber, Londres, 1954, pp. 42 y 43.

LA OBJETIVACIÓN DEL ACTO DE COMERCIO EN EL CÓDIGO DE COMERCIO DE NAPOLEÓN

Alfredo TRUJILLO BETANZOS

"El derecho mercantil es el centro del universo".

Elvia Arcelia Quintana Adriano

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Origen del derecho mercantil.* III. *Derecho romano.* IV. *Edad Media.* V. *Código de Comercio de Napoleón.*

I. INTRODUCCIÓN

Para Salvat, el derecho siempre va a designar un fenómeno social, ya que el derecho supone la vida del hombre en sociedad, reglamenta las relaciones de los individuos entre sí y frente al Estado, y al establecer las reglas fundamentales que rigen esas relaciones, señala los principios que permitirán resolver los conflictos que surjan entre ellos, haciendo posible así, la vida en sociedad; sin el derecho lo único que reinaría sería la fuerza, es decir, la anarquía.¹

Debido a lo anterior, el derecho tiene una relación próxima con el ser social del hombre, es, según la opinión general, un conjunto de reglas conforme a las cuales, los hombres ordenan entre sí su conducta y con base en ellas, se puede medir la actuación de los individuos.

El derecho es una condición fundamental de existencia para todas las formas más desarrolladas de sociedad, en cuanto posibilita la

¹ *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Driskill, t. VII, p. 17.

prevención de conflictos o brinda los mecanismos para dirimirlos de modo pacífico.²

El derecho aparece ante nosotros como un fenómeno social cuando nos preguntamos por su papel en el curso de los procesos sociales, por las condiciones sociales de su nacimiento y prevalencia, por su eficacia, por su poder o por su impotencia y es bajo este punto de vista, objeto de la sociología del derecho.³

Además, el derecho tiene también la estructura temporal de la historicidad; se mantiene vigente durante más o menos tiempo y se encuentra en un proceso continuo de adaptación a las variaciones del tiempo histórico, es decir, del tiempo acuñado por el hombre.

Quien quiera comprender el derecho del presente en su estado actual, tiene que contemplar también su devenir histórico, su apertura hacia el futuro, la persistencia del pasado en el derecho y esto es el tema fundamental de la historia del derecho.⁴

Así, podemos concluir que el derecho no es una ciencia vacía o abstracta, ya que debe estudiarse como fenómeno social, y también como fenómeno histórico; sólo de esta manera podremos comprender las instituciones jurídicas, su regulación y su evolución a lo largo de la historia.

Esto que es válido en el resto del ordenamiento legal, lo es aún más en el derecho mercantil.

El derecho mercantil no puede comprenderse, sin entender al mismo tiempo los fenómenos sociales e históricos que han nutrido su existencia y que hacen que día a día evolucione o deba evolucionar al paso de la realidad.

El derecho mercantil no debe estudiarse como un ente frío y estático, sino que deben extraerse de él, los principios y aplicarlos a las situaciones de hecho que cambian en todo momento.

II. ORIGEN DEL DERECHO MERCANTIL

La evolución del derecho mercantil es más difícil de determinar que la del derecho civil, ya que aquél no es un derecho formalista, ni su

² LARENZ, Kart, *Metodología de la ciencia del derecho*, trad. Marcelino Rodríguez Molinero, 4a. ed., Barcelona, Ariel, 1994, p. 177.

³ *Idem.*

⁴ *Idem.*

camino se dio a través de la forma escrita; es un derecho en transformación constante, de naturaleza internacionalista, donde predomina como fuente la costumbre.⁵

Recordemos que el derecho brinda las herramientas que las necesidades sociales van planteando, y por consiguiente, al ser el comercio el motor de la civilización, el derecho mercantil evoluciona a ese ritmo.

La concepción y desarrollo del derecho mercantil, y actualmente del derecho empresarial y su autonomía frente al resto de las materias que integran la ciencia jurídica, sólo puede entenderse si previamente se analiza la evolución del derecho mercantil, y ésta sólo se puede estudiar, partiendo de la mención de tres situaciones fundamentales que ocurrieron a lo largo de la historia:⁶

a) En primer lugar, se debe hacer especial énfasis en el hecho de que hubo un tiempo en que el comercio se ejercía por individuos especializados, los cuales constituían una clase social determinada, que se encontraba subordinada a reglamentaciones particulares.

Al ser el comercio monopolio de corporaciones, surge el concepto de "comerciante".

b) Las exigencias mercantiles dieron como resultado que numerosos actos jurídicos practicados para fines comerciales, ya no podían regirse por el viejo derecho civil; no obstante lo anterior, esta situación no fue la que les dio el carácter de mercantiles a tales actos, ya que desde hacía mucho tiempo se hallaban revestidos de ese carácter, merced al estatuto profesional de sus autores.

c) Un breve análisis de la evolución del derecho mercantil nos demuestra que éste se formó en primera instancia como un derecho internacional para luego pasar a ser derecho interno; sin embargo, la principal característica que tiene y que lo hace distinto al resto del ordenamiento jurídico es que encontramos su fuente más importante en la costumbre y no en la vía legislativa.

⁵ RIPERT, G., ROBLLOT, R., *Traité de droit commercial*, 17a. ed., París, L.G.D.J., 1998, p. 10.

⁶ *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Driskill, 1991, t. VII, p. 18.

Las mismas necesidades económicas que dieron origen y sentaron las bases para la aparición de la clase de los comerciantes, y más tarde, la categoría de los actos de comercio, favorecieron el nacimiento y la vitalidad de los usos y costumbres que son propios del comercio con características particulares que tienen como común denominador la celeridad y la simplicidad.

La antigüedad no conoció un derecho mercantil como tal, que fuera independiente del derecho común, no obstante que desde mucho tiempo atrás eran comunes numerosas transacciones cuyo carácter comercial es innegable.

Podemos encontrar disposiciones aisladas relativas a determinados negocios y operaciones, y así, se puede mencionar que ya en el Código de Hammurabi (aproximadamente 2080 antes de Cristo), se hallan disposiciones relativas al préstamo con interés, al contrato de depósito, al de comisión, gestión de negocios y otras varias figuras jurídicas. Cabe mencionar que es en esta legislación donde encontramos una regulación específica de la *commenda*, la forma comercial más antigua de sociedad conocida.⁷

No obstante lo anterior, esto no nos autoriza para afirmar la existencia de una rama de derecho con autonomía propia, pues eran disposiciones aisladas en ordenamientos legales vigentes en épocas determinadas.⁸

Otras normas que hacen referencia a la actividad comercial, podemos hallarlas en las costumbres mercantiles de los fenicios que fueron continuadas por los griegos, para posteriormente pasar a la isla de Rodas donde se hacen famosas y finalmente son incorporadas al derecho romano.

Como se recordará, la isla de Rodas fue habitada por un pueblo heleno, cuya legislación referente al comercio marítimo alcanzó tal perfección que el emperador romano Antonino, hubo de declarar que así como a él le correspondía el imperio sobre la tierra, a la ley de la isla de Rodas incumbía la jurisdicción marítima.⁹

⁷ QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia, *Ciencia del derecho mercantil*, México, Porrúa, 2002, p. 47.

⁸ FONTANARROSA, Rodolfo O., *Derecho comercial argentino*, primera parte, 9a. ed., Zavalia, Buenos Aires, 1997, p. 20; LANBGLÉ Y RUBIO, citado en QUINTANA..., *op. cit.*, p. 47.

⁹ MANTILLA MOLINA, Roberto, *Derecho mercantil*, 28a. ed., México, Porrúa, 1992, p. 4.

A través de su incorporación en el derecho romano,¹⁰ las leyes de Rodas han ejercido un influjo que perdura hasta nuestros días. Podemos citar como ejemplo, la figura de la echazón (el reparto proporcional, entre todos los interesados en la suerte de un buque, del valor de los objetos que se echan al mar para salvarlo), la cual está incluida en la regulación que casi todas las leyes mercantiles hacen de las averías comunes, y conserva los caracteres con que la establecieron las leyes de Rodas.¹¹

III. DERECHO ROMANO

El derecho mercantil como tal surge al mundo jurídico en forma tardía, ya que en Roma no se conocieron sus instituciones como ramas separadas y diferentes del derecho privado común (*ius civile*), y es sólo a través de la actividad del pretor¹² que es posible adaptar este derecho a las necesidades del tráfico comercial.¹³

A pesar del florecimiento de los negocios y de la riqueza que en cierto momento alcanzó la urbe, los romanos no sintieron la necesidad de sistematizar un conjunto de normas específicamente aplicables al comercio; de hecho, los romanos se caracterizan por resolver los casos conforme se presentaban y casi nunca realizaron abstracciones.

Independientemente de que en Roma se da un avance en el desarrollo y reglamentación del comercio; ésta no llegó a elaborar un derecho específico para reglamentar las relaciones comerciales. Hay normas aplicables al comercio, pero no una distinción formal entre derecho civil y derecho mercantil.

Es tan claro el hecho de que los romanos no distinguían al derecho comercial, que ni siquiera había una palabra que designara al comercio.

¹⁰ En el Digesto es conocida como *Ley común del mar*.

¹¹ *Idem*.

¹² La pretura fue creada en 367 a. C. Los pretores, gozando de *imperium*, aunque con una forma de *imperium* inferior a la de los cónsules, se encargaban de la administración de la justicia civil. Al lado del original *praetor urbanus*, para pleitos entre romanos, encontramos, desde el año 242, un *praetor peregrinus*, para administrar justicia en pleitos en que una de las partes o ambas era extranjeros. FLORIS MARGADANT, Guillermo, *El derecho privado romano*, 18a. ed., México, Porrúa, 1992, p. 31.

¹³ *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004, t. II, p. 314.

Lo anterior es debido, en primer lugar, a que las relaciones del propio comercio eran desarrolladas en gran medida por los esclavos, y éstas se entendían como simples relaciones de hecho, pero no jurídicas; y en segundo, porque la excelente adaptabilidad y flexibilidad del derecho privado general romano y su carácter mismo, hizo innecesario un derecho particular para el comercio.¹⁴

Si a lo antes expuesto, agregamos que en el Imperio Romano existió una gran preferencia por la *bona fides*, el reconocimiento general de los usos comerciales, el excelente procedimiento declarativo (*cognizione*), la ejecución rigurosa por deudas fundada en el principio de la universalidad y de la generalidad (*concurso*) como anteriormente lo era, el procedimiento de quiebra, y actualmente el concurso mercantil, y las facultades casi legislativas reconocidas al pretor, de las que usaba precisamente para adecuar las instituciones jurídicas a las necesidades de la vida, podemos comprender el hecho que dentro del derecho romano se siguiera utilizando el derecho común para regular además las relaciones comerciales.¹⁵

Para Berthold Goldman, el otorgamiento posterior de la ciudadanía romana a todos los miembros del Imperio, dio por concluida esta etapa, y desde este momento, hasta la Edad Media, el derecho comercial deja de estar en manos del Estado.¹⁶

IV. EDAD MEDIA

La desaparición de la estructura estatal romana da lugar a un gran vacío político. No hay Estado, entendiendo por tal no tanto la estricta noción que surgirá a partir de la edad moderna, sino la existencia de un poder político que abarque a toda la sociedad, de un microcosmos unitario que se imponga como estructura global provista de una voluntad omnicompreensiva. El poder político medieval será incapaz de imponer esa voluntad totalizante sobre los gobernados.¹⁷

¹⁴ QUINTANA..., *op. cit.*, p. 55.

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ ALBERTO SILVA, Jorge, "Resurgimiento de la *lex mercatoria*", en *Estudios sobre lex mercatoria*, Jorge ALBERTO SILVA (coord.), UNAM, 2006, p. 227.

¹⁷ TOMÁS Y VALIENTE..., en GROSSI, Paolo, *El orden jurídico medieval*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 21.

Cada región, y hasta cada ciudad, tuvo que hacer frente a la situación que lo rodeaba con sus propios recursos y en muchas de estas ciudades, el gobierno o la dirección de la *res pública* quedó en manos de corporaciones gremiales a que se hará mención más adelante.

Al perder vigencia el *Corpus Iuris Civile* romano, cada pueblo, cada gremio, van elaborando en forma espontánea sus costumbres carentes de sanción estatal y de aplicación exclusiva al grupo de personas que se sujetan a él.¹⁸

Se fracturan los elementos cohesivos del mosaico social y la realidad se nos aparece como una increíble muestra de un particularismo político, económico y jurídico.

El derecho no se presenta como monopolio del poder, ni de un ente en particular, sino que constituye la forma en que se expresa la sociedad.¹⁹

No obstante lo anterior, en este mundo fragmentado hay una soberanía, una sola soberanía reconocida: la de Dios, que otorga unidad de sentido al universo medieval.

Ante la relativa indiferencia del poder político respecto al derecho, éste aumenta en autonomía, en espontaneidad y en facilidad.

El mundo de los hechos, a través del conducto de la costumbre y más específicamente de los múltiples usos locales, también informó y moldeó la práctica negocial. Existen obviamente, variaciones que impiden excesivas generalizaciones y solamente nos permiten enunciar algunas tendencias que constituyen un común denominador a lo largo de toda la experiencia medieval.²⁰

La línea tendencial que transforma toda la práctica negocial es la de la atipicidad. El mundo jurídico no encuentra sus instrumentos de desarrollo en los rígidos esquemas ejemplificativos por modelos precedentes, o codificados en nuevos modelos recién elaborados.

El uso aborrece el encasillamiento rígido; el resultado es que se asiste en muchas ocasiones a la deformación y desnaturalización de negocios que tradicionalmente habían sido destinados a desempeñar

¹⁸ QUINTANA, Adriano, *Legislación mercantil. Evolución histórica*, México, Porrúa, 2005, p. 5.

¹⁹ TOMÁS Y VALIENTE..., en GROSSI..., *op. cit.*, p. 21.

²⁰ *Ibidem*, p. 116.

una específica función y ahora se veían obligados a realizar otra profundamente diferente.²¹

En múltiples momentos, la atipicidad prescinde de las remisiones a los esquemas tradicionales, y da paso entonces al gran y libre territorio de las *convenientiae*. Este término equivale a convención genérica, equivale a pacto, es decir, significa el acuerdo bajo el signo de la buena fe con contenidos que varían de un lugar a otro y de un tiempo a otro tiempo, que el uso, siguiendo los lineamientos existentes en cada tiempo y lugar, se apresura a precisar.²²

La voluntad de las partes jamás se encuentra aquí completamente libre, sino más bien muy condicionada por la omnipresencia y la invasión de los usos.

La pretensión de trasplantar a la mentalidad protomedieval una noción anticipadora del consenso demasiado próxima a la nuestra y completamente extraña a aquella mentalidad y a aquella visión de las relaciones contractuales, no sólo es un error histórico, sino que pone de manifiesto un grave defecto de comprensión.²³ Y en este contexto histórico, ¿cómo se desarrolla el derecho mercantil?

Al inicio de la Edad Media, el derecho mercantil no tenía vida propia, éste nace cuando las normas de derecho común vigentes para entonces, son incapaces para regular adecuadamente el comercio, impulsado éste por cambios profundos en la economía.²⁴

Aunque se citan precedentes remotos del origen del comercio, se admite generalmente que el nacimiento del derecho mercantil, como rama jurídica autónoma se da en Europa al iniciarse el medioevo, en el corazón de las corporaciones de los mercaderes, basado en los usos y prácticas que esos comerciantes observaban en el ejercicio de su profesión, en las negociaciones que celebraban y en la justicia que esas mismas corporaciones administraban, a través de sus *concelis* y *sopra consuli*, aplicándolas de forma exclusiva al grupo de personas que se sujetaba a cada gremio.²⁵

El derecho mercantil tuvo desde sus orígenes, un alto grado de autonomía y de especialidad. Se puede considerar autónomo, debido

a que sus normas se crearon con relativa independencia, respecto a los poderes establecidos, en especial porque sus instituciones se distinguieron de otras semejantes, propias del derecho real.²⁶

Al desarrollarse el comercio con tintes internacionalistas, principalmente como consecuencia de las cruzadas, la primera dificultad que tuvo fue la desigualdad de legislaciones, costumbres, usos, etcétera.²⁷

Subsistía el derecho romano, pero ya no es un derecho vigente, capaz de adaptarse a las cambiantes necesidades de la sociedad, sino una legislación petrificada, inerte. Tampoco el derecho germano daba soluciones a los nuevos retos que la evolución de la sociedad planteaba.²⁸

Faltaba un poder suficientemente fuerte e ilustrado que pudiese dar leyes con validez general y que resolviera de modo adecuado los problemas creados por el auge mercantil.

Esta misma debilidad del poder público dio lugar a que las personas dedicadas a una misma actividad se agruparan para la protección y agruparan para la protección y defensa de sus intereses comunes, ya que pronto descubrieron que existían problemas e intereses similares, según la actividad a la que se dedicaran los individuos.

Ante la situación imperante, las clases humildes estaban desamparadas y era necesario algo como remedio contra la explotación feudal. Así, surgen asociaciones que eran cofradías religiosas, asociaciones de comerciantes, corporaciones de artes y oficios, etcétera.²⁹

En todas ellas dominaba el espíritu mercantil de la actividad económica y de la libertad individual. Todos aquellos con intereses comunes se reunían en vastas y organizadas corporaciones, sujetas a rigurosa disciplina.

Estas organizaciones se hicieron poderosas y se dieron a sí mismas el derecho de regular en forma autónoma su interés y de sus componentes llegando a ejercitar poderes y facultades que normalmente eran del Estado.

²⁶ CRUZ BARNEY, Óscar, "El derecho mercantil y el surgimiento de la organización y jurisdicción consular en el mundo hispánico", en *Estudios sobre lex mercatoria*, Jorge Alberto SILVA (coord.), UNAM, 2006, p. 1.

²⁷ *Enciclopedia...*, op. cit., p. 314.

²⁸ MANTILLA MOLINA, op. cit., p. 5.

²⁹ *Enciclopedia Jurídica Omeba*, op. cit., p. 21.

²¹ *Ibidem*, p. 117.

²² *Idem*.

²³ *Ibidem*, p. 118.

²⁴ QUINTANA..., *Ciencia...*, op. cit., p. 56.

²⁵ *Idem*.

Se constituían uniones voluntarias de hombres del mismo oficio o profesión, a las que éstos se subordinaban y sometían sus relaciones recíprocas a sus leyes internas no escritas, como era el caso de todo el derecho de la época.³⁰

El nacimiento de los gremios ocasiona la aparición de un nuevo grupo social, la burguesía, caracterizada por tener una mentalidad de carácter más liberal cuyo origen lo encontramos en la cultura laica que surge frente o al margen de la eclesiástica que había dominado la Edad Media.³¹

Debido al crecimiento de los gremios y a la dispersión de relaciones económico-jurídicas derivadas de las prácticas consuetudinarias aceptadas por todos los participantes de las corporaciones, fueron los mercaderes marítimos, los primeros en elaborar y plasmar por escrito sus costumbres; además crearon sus propios tribunales consulares, recibiendo este nombre en atención a que los antiguos magistrados romanos se denominaban cónsules.³²

Estos tribunales se encargaban de dirimir las controversias entre sus agremiados sin las formalidades del procedimiento convencional y sin aplicar las normas del derecho común, sino los usos y costumbres de los mercaderes. Así, fue creándose un derecho de origen consuetudinario e inspirado en la satisfacción de las peculiares necesidades del comercio.³³

Las resoluciones de los tribunales comerciales fueron recopiladas, en algunas ocasiones conservando su forma original, otras redactadas en términos generales y ordenadas sistemáticamente, formando estatutos u ordenanzas que con base en la manera en que se originaron, diferían de una a otra ciudad.³⁴

La característica más importante de estos tribunales era que los jueces o cónsules se elegían anualmente entre dos o tres de los miembros del consulado. No intervenían juristas ni jueces profesionales, sino mercaderes conocedores del tráfico mercantil y sus problemas y

³⁰ *Ibidem*, p. 22.

³¹ QUINTANA..., *Ciencia...*, *op. cit.*, p. 57.

³² *Idem*.

³³ MANTILLA..., *op. cit.*, p. 5.

³⁴ *Idem*.

costumbres. Los litigios se resolvían con base en el *usus mercatorum* y en las normas escritas privadas de cada consulado.³⁵

Como sostiene Galgano, la *lex mercatoria* que surge, es tal no sólo porque regula la actividad de los comerciantes, sino también, y sobre todo, porque es un derecho creado por los comerciantes, que se origina de los estatutos de las corporaciones mercantiles, de las costumbres mercantiles, de la jurisprudencia de la curia de los mercaderes.³⁶

Este derecho nace como resultado de la necesidad práctica de regular transacciones de naturaleza mercantil que la producción y la distribución manufacturera habían determinado; y también se trata de un derecho que nace al margen del derecho comúnmente reconocido y aplicado, que no contiene los instrumentos normativos necesarios para afrontar los nuevos retos que el comercio "internacional" empieza a originar.³⁷

No pasó mucho tiempo sin que se recogieran por escrito las decisiones de los tribunales consulares, naciendo así, merced a esa doble práctica estatutaria y jurisdiccional de las corporaciones, las primeras colecciones de normas de derecho mercantil, en las que está el origen de éste como sistema autónomo y separado del derecho civil.³⁸

Este derecho mercantil expresado en las sentencias de los jueces de las corporaciones y en los estatutos que cumplían esos fallos, así como en los contratos, obligaciones, usos y costumbres comerciales que se aplican exclusivamente a los comerciantes y para los comerciantes, es un derecho excepcional, un derecho de clase, el derecho profesional de los mercaderes.

Estamos ante un momento histórico fundamental, pues nos encontramos en el nacimiento del derecho mercantil desde un punto de vista subjetivo.

No se regula determinada materia, cualquiera que sea quien realice actos o actividades a ella correspondientes, sino que se aplica a quienes se dedican profesionalmente al tráfico mercantil y figuran inscritos como comerciantes en la *univesitas mercatorum*.³⁹

³⁵ CRUZ..., *op. cit.*, p. 3.

³⁶ Citado en RENTARÍA DÍAZ, Adrián, "Nueva Lex mercatoria y globalización", en *Estudios sobre lex mercatoria*, Jorge Alberto SILVA (coord.), UNAM, 2006, p. 203.

³⁷ *Idem*.

³⁸ URÍA, Rodrigo, *Derecho mercantil*, 24a. ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 4.

³⁹ QUINTANA..., *Ciencia...*, *op. cit.*, p. 57.

La génesis del derecho mercantil explica que fuera predominantemente un derecho subjetivo que se aplicaba sólo a los comerciantes.⁴⁰

Es en esta época cuando encontramos el origen de muchas instituciones comerciales contemporáneas, como son, el registro público de comercio, las sociedades mercantiles, letra de cambio, etcétera.

No obstante el carácter subjetivo a que se ha hecho referencia, desde un principio se introdujo un elemento objetivo, el cual fue la referencia al comercio, pues a la jurisdicción mercantil no se sometían sino los casos que tenían conexión con el comercio; así, ni los tribunales mercantiles eran competentes, ni aplicable el derecho comercial por la mera circunstancia de tratarse de un agremiado, sino que contemplaba también el dato de la mercantilidad de la relación contemplada.⁴¹

También se amplió el derecho mercantil al ampliar el concepto de comercio, pues si en un principio sólo se consideraba la compra de mercancía para revenderla, más tarde se llegó a considerar como mercaderes a quienes organizaban la producción de mercancías para llevarlas a naciones extranjeras.⁴²

Este paso, de la simple consideración del carácter mercantil como la "compra y venta de mercancías" a incluir también "la producción", nos demuestra cómo, desde aquellos tiempos, el derecho mercantil evolucionaba a pasos agigantados y nos explica cómo, hoy en día, el derecho mercantil va ampliando su campo de acción y día tras día se incluyen figuras que antes no fueron consideradas como mercantiles.

Sin embargo, hay que hacer énfasis en que toda esta legislación, tanto en su aspecto sustancial como en el procesal al principio se aplicó a la clase de los comerciantes, es decir, tuvo un carácter esencialmente profesional.⁴³

Posteriormente, la jurisdicción de estos tribunales se extendió a los que contrataban con los miembros de las corporaciones, generalizándose finalmente y pasando a desempeñar un papel más amplio

que el de órgano decisorio de los casos concretos e invistiéndose de un poder normativo.⁴⁴

Se establece el registro de los comerciantes y de las sociedades formadas por éstos, particularmente, las colectivas y las en comandita, las que adquirieron estructura y personalidad; asimismo, los libros de comercio asumieron relevancia probatoria.⁴⁵

De esta manera, el derecho comercial es el derecho profesional más antiguo, y se formó con el fin de asegurar el ejercicio regular y honesto de la profesión; surgido en el ámbito de los comerciantes, fue esencialmente profesional.

El problema de la aplicación de ese derecho se resumía, como derecho especial, en problema de competencia. Muchos años la autoridad del derecho mercantil tuvo sus confines demarcados por los de la competencia de los jueces consulares.⁴⁶

Todavía no se puede encontrar en esta época un criterio científico en la estructura del derecho mercantil, sino que éste lo empezamos a ver hasta la literatura de derecho comercial en el siglo XVI, las ordenanzas francesas y el advenimiento del periodo legislativo, y finalmente en el Código de Comercio francés de 1807.⁴⁷

En virtud de lo anterior, resultó la movilidad de las leyes, que los estatutos corporativos procuraban estabilizar por lo mucho de uniforme y universal que había en ellas. Esto sólo fue posible cuando el derecho pasó a ser escrito y consolidado por las decisiones de los tribunales.⁴⁸

La sistematización, por consiguiente, tenía que ser, y lo fue, tarea de los jurisconsultos. Éstos completaron, por la ciencia, la obra que los comerciantes formaron por la experiencia.⁴⁹

Al ser la reglamentación del comercio una creación italiana, a través del pensamiento jurídico de brillantes estudiosos del derecho mercantil, se puede afirmar que a Italia corresponde el honor de haber creado y difundido este nuevo conjunto orgánico de instituciones ju-

⁴⁴ Enciclopedia Jurídica Omeba, *op. cit.*, p. 23.

⁴⁵ *Idem.*

⁴⁶ *Idem.*

⁴⁷ *Ibidem*, p. 24.

⁴⁸ *Idem.*

⁴⁹ *Idem.*

⁴⁰ MANTILLA..., *op. cit.*, p. 6.

⁴¹ *Idem.*

⁴² *Idem.*

⁴³ FONTANARROSA..., *op. cit.*, p. 22.

rídicas y por ello merece en el campo de la jurisprudencia comercial, el nombre de cuna y difundidora del derecho.⁵⁰

El carácter ya normativo del hecho consuetudinario y su connatural disponibilidad para transformarse en ley, está ampliamente grabado en la conciencia popular y se acoge sin pestañear en los comportamientos oficiales.⁵¹

A fines del siglo XVI y en el siglo XVII, floreció abundante literatura del derecho comercial, la cual ejerció influencia en la sistematización del derecho comercial, trazando los principios cardinales recogidos de la práctica del comercio y en consonancia con los principios generales de derecho predominantes en esa época.⁵²

Algunos de los autores de estas obras, además de jurisconsultos, fueron estadistas y así se explica la universalidad de las enseñanzas que impartieron y que todavía se les invoque en la doctrina comercial, a fin de resolver casos concretos.⁵³

Entre los grandes juristas de esa época podemos mencionar a Benvenuto Stracca, Segismundo Scaccia, Ansaldo de Ansaldis, Casaregui, Carlos Targa y Francesco Rocco, y en España podemos hablar, entre otros, de Juan de Hevia Bolaños, autor de la *Curia Philippica* y Joseph de Veitia Linaje y Francisco Salgado de Somoza.⁵⁴

El derecho de los comerciantes, luego del nacimiento del Estado nacional, sufre una profunda transformación en lo que respecta a su formación.

En efecto, con la aparición de los Estados nacionales (a partir del siglo XVII) la clase mercantil cesa de ser artífice de su propio derecho, pues el derecho comercial ahora ya no es, como antes, el derecho una clase, sino el derecho del Estado, y tampoco es, como antes, derecho universal utilizado en forma indiscriminada en un espacio sin fronteras, sino derecho nacional.⁵⁵

Las ideas sobre soberanía estatal no sólo llevaron a las autoridades estatales a independizarse de la Iglesia, sino también a ejercer

su autoridad sobre los comerciantes, negándoles la posibilidad de autorregularse.⁵⁶

De lo que fue inactividad del Estado en un principio, se pasó a una creciente intervención del mismo, no sólo para legislar o juzgar, sino también para ejercer el comercio, mediante las empresas de participación estatal.⁵⁷

Aunque el surgimiento del Estado moderno propició el cambio, la codificación fue un instrumento destacado para que el Estado sometiera a los comerciantes. Mediante la codificación, los legisladores estatales se hicieron cargo de la regulación comercial, con la que pretendieron ser exhaustivos; además, declarando a los tribunales estatales como los competentes para conocer de la actividad comercial. Lo que antes conocían los consulados, pasó a los tribunales estatales. Con esto, los fueros y tribunales para comerciantes se extinguieron.⁵⁸

Se reconoce con toda certeza, que los estatutos de las corporaciones y de las ciudades comerciales italianas y españolas vigentes en toda la Europa meridional, prepararon la iniciación del periodo legislativo, consecuente con los cambios políticos sobrevenidos.⁵⁹

De la época antes mencionada, sobresale Colbert, quien en el reinado de Luis XIV encontró en lo anterior, el material para la gran obra legislativa que realizó, y así, existen una serie de legislaciones previas al Código de Napoleón.⁶⁰

La primera de las ordenanzas de Colbert es sobre el comercio terrestre (1673) y hay una posterior respecto al comercio marítimo (1681).⁶¹

El primer ordenamiento tiene vital importancia porque atenúa el carácter predominantemente subjetivo que hasta entonces había tenido el derecho mercantil, al someter a la competencia de los tribunales de comercio los conflictos relativos a letras de cambio, fuesen quienes fueren las personas que en tal conflicto figuraran.⁶²

⁵⁶ ALBERTO..., *op. cit.*, p. 239.

⁵⁷ *Idem.*

⁵⁸ *Idem.*

⁵⁹ *Enciclopedia...*, *op. cit.*, p. 25.

⁶⁰ *Idem.*

⁶¹ MANTILLA..., *op. cit.*, p. 7.

⁶² *Idem.*

⁵⁰ QUINTANA..., *Legislación...*, *op. cit.*, p. 6.

⁵¹ GROSSI..., *op. cit.*, p. 104.

⁵² *Enciclopedia Jurídica Omeba*, *op. cit.*, p. 25.

⁵³ *Idem.*

⁵⁴ CRUZ, *op. cit.*, p. 3.

⁵⁵ RENTARÍA..., *op. cit.*, p. 206.

De conformidad con lo dispuesto por los artículos 2 y 7 del título XII de dicha Ordenanza, correspondía a los tribunales mercantiles conocer de las controversias que se suscitaban entre cualesquiera personas con motivo de la suscripción de letras de cambio, remesas de dinero hechas de una plaza a otra, fletamentos y seguros.⁶³

Con ello se sentó el principio, que tan importante desarrollo habría de tener en las leyes contemporáneas, de que un acto aislado, por sí solo, prescindiendo de la profesión de quien lo ejecuta, es bastante para determinar la aplicación del derecho mercantil, con lo cual se alcanzó un nuevo aumento en el campo de vigencia del derecho comercial, y consecuentemente, se amplió la noción jurídica de comercio.⁶⁴

Esto es interesante hoy en día, cuando hay quienes buscan restringir sin criterio científico alguno, el concepto de acto de comercio, pues ya desde el siglo XVII era evidente la necesidad de ir ampliando el contenido del acto de comercio.

Derivado de lo anterior, nació el derecho mercantil con un doble carácter: consuetudinario y profesional. Era el derecho creado por los propios comerciantes para regular las diferencias o cuestiones regidas en razón del trato o comercio que profesionalmente realizaban.⁶⁵

Al pasar de los años, cuando el comercio, el trabajo y la economía, a quienes estrangulaba el régimen rígido y hermético de la corporación medieval, buscan la libertad de contratación, el sistema comienza a cambiar, y así, en 1776, el Decreto de Turgot hace ilegal la organización corporativa; y en 1791, en plena efervescencia de la Revolución Francesa, surge la ley que la aniquila definitivamente, en nombre de la libertad de trabajo, de la libertad del comercio y de la libre competencia.⁶⁶

A raíz de estos trascendentales acontecimientos, brota la necesidad de regular al comercio, no como ocupación profesional de un gremio cerrado, sino como actividad abierta, accesible a todos, comerciantes o no comerciantes.

Así, el derecho mercantil se transforma de derecho excepcional, de derecho profesional de los mercaderes, en derecho especial o particu-

⁶³ VÁZQUEZ ARMIÑO, Fernando, *Derecho mercantil, fundamentos e historia*, México, Porrúa, 1977, p. 29.

⁶⁴ MANTILLA..., *op. cit.*, p. 7.

⁶⁵ URÍA..., *op. cit.*, p. 5.

⁶⁶ *Idem.*

lar, que encuadra y regula determinadas actividades económicas que tienen por sí mismas carácter comercial, cualquiera que sea quien las realice; de derecho subjetivo, que modela sobre la figura del mercader, a derecho objetivo, sobre los actos del comercio.⁶⁷

Este doble carácter perdura hasta principios del siglo XIX, en que se inicia la codificación mercantil bajo el influjo de los principios de la Revolución Francesa que proclamó la libertad de ejercicio del comercio y terminó con el monopolio de los gremios y corporaciones. A la ideología revolucionaria, que preconizaba la igualdad ante la ley, le repugnaba el mantenimiento de un derecho de clase (derecho de los comerciantes) y de ahí que el primer código de comercio, el francés de 1807 debilita la tradicional fisonomía profesional del derecho mercantil, para intentar ofrecer la imagen de un derecho regulador de actos de comercio objetivos, mercantiles por sí, con independencia de que el sujeto que los realice tenga o no la condición de comerciante.⁶⁸

El hecho de que la jurisdicción mercantil saliera del seno de las corporaciones, aunado al de que la legislación se unificara, encasillando y delimitando en forma precisa los actos considerados como de comercio, aunque dichas jurisdicción y legislación estuvieran teóricamente restringidas a los comerciantes, provocaron una sensible disminución de la influencia subjetiva que las impregnaba y una objetivación de los actos de comercio, que trajo como consecuencia el que la aplicación de las disposiciones mercantiles a los no comerciantes, que hasta entonces se venía haciendo mediante la ficción de atribuirles dicho carácter, se continuara haciendo, pero no ya recurriendo a tal ficción, sino en virtud de que se consideró que estaban efectuando actos de comercio aislados.⁶⁹

V. CÓDIGO DE COMERCIO DE NAPOLEÓN

Con la labor legislativa napoleónica se cumple finalmente el diseño de estatización del derecho por parte de la naciente clase burguesa, que ve coronado de esta forma la aspiración de incorporar en la estructura

⁶⁷ *Idem.*

⁶⁸ *Idem.*

⁶⁹ VÁZQUEZ..., *op. cit.*, p. 29.

del Estado las modalidades de regulación que garantizan, mediante el reconocimiento de los derechos naturales de los hombres, tanto la autonomía de la sociedad civil frente al Estado, como la independencia de la economía en relación con la política.⁷⁰

La codificación napoleónica se dio en conexión con la reforma revolucionaria que se realizó tanto en la estructura política como en la social.

Con la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), y con los postulados iusnaturalistas que constituyen su fundamento, no sólo tiene inicio el largo camino que ha conducido a la edad de los derechos fundamentales; sino que también se afirma con fuerza el ideal burgués, político, jurídico y económico, de la consolidación de la propiedad y de la iniciativa económica, que de esta manera pasan de ser privilegios a ser derecho.⁷¹

Es en este contexto histórico de profundos cambios sociales, culturales y filosóficos, donde ve la luz el Código de Comercio de Napoleón. Este Código fue precedido, en 1778, por un proyecto del ministro de justicia Mirosmenil, el cual se consideró en su momento que no tenía la calidad técnica necesaria.⁷²

Posterior a este intento, ya vio la luz el Código de Comercio de Napoleón, el cual es de vital importancia, porque entre muchas cosas, cristaliza la objetivación del acto de comercio.

La confección de este código fue retardada por las crisis políticas que se presentaron en Francia a la caída de la monarquía, lo que provocó que la idea fuera retomada hasta 1801.⁷³

Una comisión de siete miembros fue la encargada, por decreto consular, de la redacción de este código. El anteproyecto de esta comisión fue sometido al examen de los consejos y de los tribunales de comercio, de los tribunales de apelación y de casación, para después ser transmitidos con las observaciones, al Consejo de Estado.⁷⁴

Luego de haberlo dejado en el olvido por varios años, Napoleón I, presionado por los escándalos producidos por numerosas quiebras en 1806, ordenó al Consejo de Estado retomar su estudio, que fue concluido rápidamente.⁷⁵

En la 61 reunión del Consejo de Estado del 4 de noviembre de 1806 al 29 de agosto de 1807, se concluyó la consideración del proyecto en el que Napoleón impuso algunos de sus preceptos y ejerció alta influencia, sobre todo en el capítulo de las falencias (quiebras).⁷⁶

Enviado al parlamento fue votado rápidamente, en pocos días; promulgado y convertido en ley el 15 de septiembre de 1807, entró en vigor el 1 de enero de 1808.

Como consecuencia de fenómenos materiales e intelectuales que ocurrieron a fines del siglo XVII y durante el siglo XVIII, como lo fueron, por una parte, la revolución industrial y el considerable aumento en el comercio que ello implicó, y por la otra, la difusión de las ideas liberales contrarias al establecimiento de barreras y privilegios a toda actividad humana, la influencia de los regímenes y privilegios de los comerciantes decae sensiblemente hasta ser suprimidos, lo que permitió a cualquier persona participar en actividades mercantiles. Con este paso el derecho mercantil deja de ser un derecho subjetivo y de clase, y se transforma en objetivo y general.⁷⁷

La Revolución Francesa propició ese cambio y el Código de Comercio de 1807 lo consagró en sus artículos 631, 632 y 633, en virtud de los cuales se ampliaba la jurisdicción mercantil para conocer no sólo de las controversias que versaran sobre obligaciones entre negociantes, comerciantes y banqueros, sino también de aquellas que surgieron entre cualquier persona con motivo de la celebración de actos considerados como de comercio, los que enumeró y agrupó en las siguientes categorías:

- a) Las adquisiciones de géneros y mercaderías para revenderlas o arrendarlas, sea en estado natural, sea después de trabajadas o incorporadas a una obra.

⁷⁵ RODIERE y HOUIN, citados en *Idem*.

⁷⁶ *Enciclopedia Jurídica Omeba*, op. cit., p. 26.

⁷⁷ VÁZQUEZ..., op. cit., p. 29.

⁷⁰ RENTARÍA..., op. cit., p. 207.

⁷¹ *Idem*.

⁷² ASCARELLI, Tullio, *Iniciación al estudio del derecho mercantil*, Bosch, Barcelona, p. 65.

⁷³ GARRONE, José Alberto y CASTRO SAMMARTINO, Mario, *Manual de derecho comercial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 19.

⁷⁴ *Idem*.

- b) Las empresas de manufacturas, de comisiones y de transportes terrestres y acuáticos.
- c) Las empresas de suministros, de agencias, de oficinas de negocios, de ventas en subasta y de espectáculos públicos.
- d) Las operaciones de cambio, banca y corretaje.
- e) Las operaciones de banca pública.
- f) Las obligaciones entre negociantes, comerciantes y banqueros.
- g) Las letras de cambio, o remesas de dinero hechas de una plaza a otra, entre toda clase de personas.
- h) Las empresas de construcción de embarcaciones para la navegación interior y exterior, así como la compra, venta y reventa de ellas.
- i) Las expediciones marítimas.
- j) Las adquisiciones y ventas de aparejos, y avituallamiento de embarcaciones.
- k) Los fletamentos o arrendamientos de embarcaciones, los empréstitos sobre ellas y los préstamos a la gruesa.
- l) Los seguros y demás contratos concernientes al comercio del mar.
- m) Los acuerdos y convenios respecto al pago de salarios y demás prestaciones a los marinos y tripulantes.
- n) Las obligaciones de los marinos para el servicio de las embarcaciones dedicadas al comercio.

Es verdad que, de conformidad con el artículo 631, los tribunales mercantiles continuaron conociendo de las controversias surgidas entre comerciantes, pero ello no fue en atención a su carácter de tales, sino debido a la presunción de que esas controversias se suscitaban con motivo de la realización de actos de comercio, pues para aquellas que surgían por causas ajenas a dichos actos, se aplicaba la legislación civil, al igual que en el anterior sistema.⁷⁸

La estructura del Código de Napoleón es la siguiente: se divide en cuatro libros: el del comercio en general (comerciantes, libros de comercio, sociedades, bolsa, comisarios, compra y venta, letras de cambio, billetes a la orden); el del comercio marítimo; el de la falencia y el de la jurisdicción consular o comercial.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 31.

La edición oficial del Código actualmente en vigor fue hecha mediante Ordenanza del 31 de enero de 1841.⁷⁹

Se afirma que no se trataba simplemente del primer código mercantil moderno, ya que, surgido en momento histórico oportuno, en que el comercio, debido a los descubrimientos científicos y a la rapidez de los medios de comunicación, se había transformado muchísimo y ampliado el volumen de sus operaciones, constituyendo el marco legislativo lindero de la nueva época del derecho comercial.

Solidificó las relaciones jurídicas inciertas, consolidó las antiguas normas de derecho consuetudinario, alcanzando popularidad propicia e influencia decisiva en toda la legislación mercantil contemporánea.⁸⁰

No era avanzado en las ideas, ni revolucionario en las directrices; sin embargo, hallándose impregnado del sentido de universalidad, vino a ser el código modelo, reproducido, imitado y adoptado en el viejo y en el nuevo mundo.

Al Código de Napoleón se le reprocha, en términos generales, el haberse referido a una sociedad y a una economía en transición, ya que el Código de Comercio francés y luego los códigos europeos se elaboran y promulgan mientras, en el terreno de los hechos, se está produciendo un fenómeno perfectamente analizado por la ciencia económica: el tránsito del capitalismo comercial al capitalismo industrial y financiero. Desde un punto de vista cuantitativo, la urgencia de la legislación para un cambio tan profundo irá dejando ya, casi inmediatamente, vacío al código.⁸¹

El más grave defecto del Código francés ha sido reproducir el derecho del pasado, mientras que, ya en 1807, se podía prever la verdadera revolución que se había de producir en la industria y el comercio.

En verdad, los redactores del Código Civil no han sido en este punto más previsores, pero las transformaciones de la vida comercial han sido más rápidas y más profundas que las de la vida civil.⁸²

⁷⁹ RIPERT, G., *op. cit.*, p. 15.

⁸⁰ *Enciclopedia Jurídica Omeba*, *op. cit.*, p. 26.

⁸¹ GIRÓN TENA, José, "El concepto del derecho mercantil: desenvolvimiento histórico y derecho comparado", en *Anuario de Derecho Civil*, t. VII, fascículo III, julio-septiembre, 1954, p. 33.

⁸² *Idem*.

Esto trae como consecuencia que el verdadero derecho comercial, obra lenta y sucesiva de los comerciantes y cuyas fuentes se hallan en los monumentos esparcidos por las costumbres, ha sido dividido y separado en pedazos por los legisladores de las diversas naciones.⁸³

El Código de Comercio fue el código de los actos de comercio, y el sistema que introdujo, independientemente del adelanto y la perfección técnica que presentaron en su época, fue adoptado, tanto por los países que debido a las conquistas napoleónicas vinieron a formar parte o a depender del Imperio Francés, como por aquellos otros que no sufrieron su dominio o se libraron de él, pasando a América Latina a través de la legislación de los colonizadores, donde se aceptó en forma unánime, y es, hoy por hoy, el sistema que impera en la mayoría de los países, sobre todo en aquéllos de tradición latina.⁸⁴

La concepción objetivista del derecho mercantil se extendió rápidamente por todos los países que al codificar su derecho tomaron como modelo el código francés; y ello explica que la doctrina se lanzase afanosa a buscar el concepto del acto de comercio objetivo que habría de servir de base al nuevo derecho mercantil de cuño liberal.⁸⁵

Sin embargo, la búsqueda resultó infructuosa por la dificultad de determinar los rasgos comunes de los distintos actos de comercio regulados en los códigos o, si se quiere, por la dificultad insuperable de fijar la esencia de los diversos actos sometidos al imperio de la ley mercantil, y al no encontrar un concepto unitario del acto de comercio objetivo, tampoco se pudo ofrecer un concepto del derecho mercantil como disciplina reguladora de esos actos, cuya íntima naturaleza se desconocía.⁸⁶

Hoy en día, el derecho mercantil se enfrenta a nuevos retos. Si a principios del siglo XIX, la legislación mercantil le costaba trabajo ir a la velocidad de los cambios de la realidad, en la actualidad, y principalmente en la experiencia mexicana, la normativa comercial se encuentra bastante rezagada y desactualizada y no responde ya a las exigencias que el tráfico comercial y financiero plantean.⁸⁷

⁸³ *Enciclopedia Jurídica Omeba*, op. cit., p. 26.

⁸⁴ VÁZQUEZ..., op. cit., p. 31.

⁸⁵ URÍA..., op. cit., p. 5.

⁸⁶ *Idem*.

⁸⁷ CASTRILLÓN Y LUNA, Víctor Manuel, "El derecho mercantil ante los retos de la globalización", en *Panorama internacional del derecho mercantil*, Elvia Arcelia QUINTANA ADRIANO (coord.), t. I, UNAM, 2006, p. 301.

Este vacío legislativo ha provocado que las prácticas comerciales, sobre todo las que tienen un carácter internacional se realicen al amparo de tratados de libre comercio y se otorguen convenciones derivadas de prácticas comerciales que la globalización no ha brindado, alejándose cada vez más las transacciones mercantiles de las normas jurídicas que, por las razones antes señaladas, no dan respuesta a las necesidades existentes.⁸⁸

Además de lo anterior, al igual que en otras materias, como son los Derechos Reales, falta una teoría general de las obligaciones mercantiles. Esta ausencia ha pretendido ser solucionada mediante la aplicación de normas del derecho común, pero que en ocasiones resulta no muy adecuada a la naturaleza de la obligación mercantil como tal, provocándose así una dependencia de carácter legislativo en donde la insuficiencia e inadecuada regulación de las normas mercantiles hace necesaria la utilización supletoria frecuentemente del derecho civil.⁸⁹

⁸⁸ *Ibidem*, p. 302.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 303.

CUENTO DE CUENTOS
UN ENSAYO SOBRE LAS FANTASÍAS
CONSTITUCIONALES

Clemente VALDÉS S.

SUMARIO: I. Prefacio. II. De la apropiación de los Poderes Públicos.
III. De cómo los representantes de la población y otros empleados se
hicieron dueños del poder de los reyes.

I. PREFACIO

El tema de este ensayo se refiere al uso que hacen los gobernantes de ciertos entes abstractos como *El Estado, la nación y la soberanía*; a la apropiación de *los poderes públicos* y a la manera en que se hace que tales poderes encarnen en la persona de los empleados, así como a la utilización y la distorsión del significado de las palabras en las constituciones y las leyes que llevan a cabo esos empleados gobernantes para justificar sus acciones personales y para dominar a la población.

Mis primeras inquietudes sobre estas cuestiones surgieron durante unas conferencias que di en Inglaterra y en Escocia en 1971 y 1972, cuando se estaba iniciando ahí la discusión sobre la conveniencia de tener una constitución escrita para Gran Bretaña que, aunque fue rechazada por la *Royal Commission on the Constitution* en el año de 1973, continuó siendo tema de debate por algunos de los más notables tratadistas¹ y finalmente después de la victoria del Partido Conserva-

¹ Entre quienes propugnaban por una constitución escrita para Gran Bretaña destacaban Lord SCARMAN, en su obra *English Law. The New Dimension* (1974) y Lord HAILSHAM en

dor en las elecciones generales de 1992 el interés en la cuestión de una constitución escrita se desvaneció y hasta ahora no ha vuelto a discutirse de manera importante.

En 2001 presenté por primera vez algunas de estas ideas en una conferencia que ofrecí en la Escuela Libre de Derecho en la ciudad de México y más tarde en otra conferencia en el ITESO en la ciudad de Guadalajara, en México, y en una más en la misma ciudad, bajo los auspicios del gobierno del estado de Jalisco.

A quienes se han educado en un sistema jurídico determinado, sin conocimiento de otros sistemas diferentes, siempre les resulta difícil imaginar otras formas de concebir las estructuras políticas y el derecho, distintas de las que conocen, y mucho más difícil dudar de los dogmas del propio sistema aprendidos y repetidos una y otra vez. El sistema inglés es quizás el más diferente o el más opuesto a los sistemas de derecho civil continentales europeos. Tengo muy claro que las motivaciones que me llevaron por primera vez a plantearme estos temas fueron los cuestionamientos sobre los dogmas y los principios en los que yo creía, provocados por el conocimiento directo de un sistema jurídico y político totalmente diferente como es el sistema inglés, no porque éste se halle exento de dogmas, ambigüedades e incoherencias, sino simplemente porque éstas son diferentes a las nuestras.

Mi propósito es escribir algo comprensible no únicamente para los profesionales y los estudiantes de derecho sino para la mayoría de las personas que no tienen una formación jurídica, evitando en lo posible el lenguaje técnico y, antes que todo, los términos abstractos y las vaguedades de las que están llenos muchos de los libros que tratan estos temas.

Creo que una de las maneras más efectivas para impedir la participación activa de la sociedad en las cuestiones que tienen que ver con el gobierno, la política y el orden jurídico, y uno de los mejores medios de implantar y mantener el dominio de los gobernantes sobre la población, es conservar y fomentar la ignorancia general sobre

The Dilemma of Democracy (1978) Entre los defensores de la constitución no escrita como expresión de la cultura política inglesa, algunos de los más brillantes argumentos fueron los de E. P. THOMPSON en *Writing by Candlelight* (1980) y P. NORTON, *The Constitution in Flux* (1982). Véase WADE y BRADLEY, *Constitutional and Administrative Law*, Longman, Londres y Nueva York (1993), p. 8.

las cuestiones relacionadas con la razón de ser del derecho, de las instituciones, de las constituciones y de las leyes.

A su vez, uno de los medios, el más refinado y el mejor para conservar la ignorancia general y evitar el conocimiento de estas cuestiones es el uso de todo un lenguaje ficticio fundado en abstracciones y entes imaginarios como el *Estado* y la *Soberanía* que, como palabras de prestigio, sirven para llenar de orgullo y al mismo tiempo de temor a la población. Es un lenguaje deformado repleto de confusiones y ambigüedades como las que se establecen, sin duda intencionalmente, en las leyes y en las constituciones entre ese *Estado* imaginario y la *nación* o el *pueblo* y en la presentación engañosa del *gobierno* como *El Estado*. Es un lenguaje basado en el uso de palabras y expresiones distorsionadas para designar a las personas, a las funciones y a las entidades, que empieza por llamar a nuestros empleados públicos, a quienes les pagamos precisamente para que nos sirvan, "*las autoridades*"; después designa a los departamentos o dependencias del gobierno como "*los poderes*" y concluye en un gran acto de prestidigitación con las palabras en el cual hace de los empleados que dirigen los diferentes órganos de gobierno, es decir, los presidentes, los legisladores y los jueces, la encarnación personal de esos *poderes*.

El tema general de este ensayo no se refiere a ningún país en particular, pues desgraciadamente la apropiación que han hecho en su favor los empleados públicos de los poderes de la población, se presenta, de una manera o de otra, en todos los países del mundo. Como puede verse, en varios puntos tomo como referencia o como ejemplo al sistema mexicano, simplemente porque es el que mejor conozco.

II. DE LA APROPIACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS

Este ensayo trata de algunas cosas muy conocidas. De hecho todo lo que aquí digo son ideas elementales y bien conocidas. Lo que sucede es que quienes nos dedicamos al derecho estamos tan ocupados recordando teorías y repitiendo dogmas y definiciones que, muchas veces, nos olvidamos de cosas elementales.

A partir de ese olvido, trabajamos para que los problemas que se nos presentan encajen en las teorías y las ficciones aprendidas y nos

dedicamos a rebatir teorías con otras teorías, a refutar principios con otros principios, y a construir definiciones a base de abstracciones. Todo lo cual nos ayuda a olvidarnos de la realidad que a veces resulta muy incómoda para el derecho.

Si el tema de este ensayo lo dividiéramos en capítulos y esos capítulos los tituláramos como se usaba en las novelas y los relatos de otros tiempos, uno de los primeros sería una relación histórica que se llamaría “De cómo algunos hombres a los que escogimos como nuestros empleados para que nos sirvieran en ciertas funciones públicas, se adueñaron de nuestros poderes y nos convirtieron en sus súbditos”.

La primera Constitución francesa, una vez que se consolidó el poder de la Asamblea Nacional sobre el rey en 1791, empieza con una reflexión trascendental que apareció primero en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y que todavía se repite en la Constitución actual de 1958: “Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de los males públicos y la corrupción de los gobiernos...”²

La primera de las cosas evidentes que quiero comentar es algo muy elemental que repito con frecuencia precisamente para que —como decía la Constitución francesa de 1791— no se nos olvide: las constituciones; los gobiernos; el llamado Estado, que nadie sabe qué cosa es; todas las instituciones y todas las leyes; no son fines en sí mismas. La única razón de ser, lo único que las justifica, su única finalidad y el único propósito de su existencia, son la seguridad como protección contra los ataques en la vida diaria, las libertades fundamentales de los seres humanos, y eso que los socialistas clásicos llamaban el bienestar del pueblo y los escolásticos llamaban el bien común, es decir, el bienestar de la sociedad.

Francisco de Quevedo, ese genio dedicado a retratar la falsedad de las costumbres, los valores y las creencias aparentes de la sociedad de su tiempo, encarcelado seis años antes de morir por haber escrito un

² *Les représentants du peuple français, constitués en Assemblée nationale, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des gouvernements.* Preámbulo a la Constitución Francesa de 1791.

memorial poético anónimo dedicado “A su católica, sacra y real majestad”, en el que denunciaba los abusos, la hipocresía del rey Felipe IV, y la falsedad de su derecho y su justicia, llegó a la cúspide de su fama con la publicación de unos diálogos supuestamente imaginarios titulados *Sueños*, en los que, en el estilo de los clásicos griegos, hacía una sátira sobre la decadencia y la corrupción de la monarquía y la corte que la rodeaba. Ese mismo Quevedo, ingenioso, desilusionado, ambicioso, contradictorio, festivo, grave, profundo y soñador —como dice Salaverría en el estudio que sirve de introducción a algunas de sus obras— al tratar de la vida pública deja el chiste burlón y salta al primer término el hombre que enfrenta los problemas de la vida social de manera derecha, total y vehemente, escribe, poco después, una rapsodia sobre la pedantería legal y la simulación de las palabras a la que titula “*Cuento de cuentos*”.

Si se reunieran en un gran libro la mayor parte de los llamados “principios” del derecho público y no pocos del derecho privado, esto resultaría en una recopilación que podría tener como título precisamente ese: *Cuento de cuentos*.

Ahí, en esa obra, tendrían un lugar destacado los llamados “principios generales del derecho” que nadie sabe lo que son, pero a los cuales se refieren casi todos los códigos modernos, pues para algunos —como dice García Máynez— se trata de los principios del derecho romano, para otros de ciertas cosas universalmente admitidas por la ciencia (nadie sabe de qué ciencia se trata), para algunos más esos principios se refieren al derecho justo, que nadie sabe tampoco qué cosa es, pues no existe el menor acuerdo sobre qué es la justicia, y no faltan otros que sostienen que esos “principios” son los del derecho natural o, con más precisión, los que surgen o se descubren por “la razón natural” con lo cual habría que contrastarlos con la “razón artificial” que, según el fantasioso juez Coke, es la que aplican los abogados.³

³ La invocación que hizo Coke de “la razón artificial” como fuente del derecho es uno de sus inventos más ingeniosos y más incoherentes para defender su posición política en la Inglaterra de su tiempo. Esta invocación de la razón artificial viene del relato de un diálogo, que quizás, como tantas mentiras en la historia, fue imaginado o creado por la leyenda. Se trata de un diálogo de Coke con el rey Jaime I (también conocido en español como Jacobo y Santiago, lo cual hace pensar que se trata de tres personas distintas) en una disputa entre los tribunales eclesiásticos y los tribunales civiles. Según el relato del mismo Coke, el asunto se

Junto a esos principios inexplicables, imprecisos y contradictorios, sería necesario incluir el alabado principio de la separación de poderes que sirvió bien en sus orígenes hace más de doscientos años como un medio para evitar el despotismo de un solo hombre o de un grupo sobre el resto de la población y que, aunque sigue sirviendo para impedir la dominación abierta total de un solo individuo o de un grupo, desgraciadamente, una vez que se establece el dogma que las funciones públicas eran tres y sólo tres y que los órganos para desempeñar esas funciones debían ser sólo tres, porque alguien había dicho en 1748 que así se hacía en Inglaterra,⁴ ha servido también para que los empleados encargados de esas funciones se conviertan en dueños de los poderes que se les confían y de todos los demás que por las necesidades sociales se vayan requiriendo.

En esa recopilación de cuentos sería indispensable incluir la creación en los últimos doscientos años de entes abstractos nuevos totalmente imaginarios como el *Estado* y de otros cuyo significado cambió para adaptarse a la conveniencia de los nuevos gobernantes como *la soberanía*; la apropiación de los poderes que se dice pertenecen a la sociedad por los empleados que ésta designa para que le sirvan en las funciones públicas y la encarnación de esos "*poderes*" en los individuos a quienes se les prestan de manera limitada y transitoria.

También sería conveniente agregar en esa colección la superposición de diferentes *soberanías* y la existencia de leyes diferentes para individuos iguales en algunos sistemas federales, lo cual trae

había originado en una controversia sobre el alcance del poder de las dos diferentes jurisdicciones que el rey intentaba resolver. En la controversia, el arzobispo Bancroft sostenía que era el rey quien debía resolver los conflictos entre las distintas jurisdicciones, en tanto que los jueces civiles, de *common law*, encabezados por Coke, si bien aceptaban que la autoridad de ambas cortes la eclesiástica y la secular derivaban su autoridad del rey, el mantener a cada jurisdicción en sus límites debidos era una cuestión de derecho que no podía ser decidida por el rey sino por los tribunales que Coke presidía, a lo cual el rey contestó, como lo hace notar el historiador Roger Lockyer, con "la pertinente observación" que él entendía que el derecho estaba fundado en la razón y que el uso de la razón no estaba reservada a los jueces, y a esto Coke replicó que, aunque sin duda el rey estaba dotado de muy buen juicio, los casos que afectan a la vida o la herencia de bienes y fortunas de sus súbditos no deben resolverse por la razón natural sino por la razón artificial y el juicio del derecho, lo cual es una de las invenciones de Coke que han pasado a la historia por su total incoherencia. Roger LOCKYER, *The early Stuarts*, Longman, Essex (1989), pp. 54 y 55.

⁴ MONTESQUIEU, *El Espíritu de las Leyes*, libro XI, cap. VI, titulado "De la Constitution d'Angleterre".

como consecuencia que dichos individuos que supuestamente son ciudadanos del mismo país tengan derechos distintos, y algunos simplemente no los tengan, dependiendo de los empleados del gobierno del pequeño "Estado local" en que residan, y la distorsión de las palabras por la cual se ha logrado transformar a los empleados públicos en "*autoridades*" y a los habitantes en súbditos de sus propios empleados.

Además, entre otras muchas trampas y engaños diseñados por los nuevos empleados que se apropiaron de los poderes de la población, tendría que mencionarse en esos cuentos la invocación de entes indefinidos, como *la Nación*, que son utilizados por los empleados gobernantes, por una parte, para revestirse de prestigio presentándose ellos como sus representantes y, por otra, para justificar o reforzar sus decisiones personales presentándolas como decisiones tomadas supuestamente en *interés de la nación*; la utilización de otros entes evidentemente impersonales como *el gobierno* a fin de presentarlo como el autor responsable de los actos de los empleados y la glorificación y la exigencia de respeto a *instituciones*, como el Ministerio Público que dice representar a la sociedad, aun cuando los individuos que forman la sociedad jamás lo hayan elegido como su representante, y otras muchas de esas instituciones en las cuales se escudan con frecuencia los empleados que las manejan para legitimar sus decisiones personales o justificar sus acciones en contra de sus enemigos políticos.

Por último, en esos cuentos, no hay que olvidar el uso de fórmulas y expresiones de poder ambiguas, de las cuales están llenas las leyes, por ejemplo, "el orden público", que se le agrega a todo tipo de leyes y reglamentos, no sólo para referirse al orden como algo necesario y opuesto al caos, sino como un "interés público" en el cual frecuentemente "lo público" es únicamente el deseo y los intereses de los empleados gobernantes; igual que se crean delitos "para proteger a las instituciones" o para evitar supuestamente la disolución social y se clasifican, sin razón, como "graves" ciertos delitos únicamente por el interés político de los altos empleados.

Salvo unas cuantas, las ideas que quiero presentarles ni son nuevas ni son mías; lo que pasa es que quizás, como dice Borges, doscientos años de olvido equivalen a la novedad.

Desde siempre y hasta hace relativamente poco tiempo, si tomamos como referencia la historia completa de la humanidad, casi todos los pueblos de la tierra vivieron bajo el poder y el dominio de unos cuantos. Los jefes y los reyes de las comunidades y los países tenían la idea de que ellos eran por sí mismos el poder y que los miembros de la población eran simplemente sus súbditos.

La monarquía tradicional se basaba en el monopolio del soberano sobre todos los poderes públicos que incluían también, generalmente, todos los asuntos privados. La historia del mundo occidental, hasta antes de 1775, es la historia de la supremacía de los reyes sobre los pueblos que mantenían sometidos en los territorios que dominaban puesto que eran los representantes de Dios sobre la Tierra.

Jaime I, el rey de Inglaterra, lo expresaba muy claramente en su discurso de la apertura del Parlamento en marzo de 1604, al referirse a la unión de Inglaterra y Escocia: “¿No nos ha puesto Dios a todos en una sola isla? Lo que Dios ha unido no lo separe el hombre. Yo me he casado y toda la isla es mi legítima esposa: yo soy la cabeza y ella es parte de mi cuerpo”.⁵ Y seis años después, en 1610, en otro discurso ante el Parlamento: “El estado de la monarquía es la supremacía sobre la tierra, pues los reyes no solamente son los lugartenientes de Dios en la tierra y se sientan en el trono de Dios, sino que hasta el mismo Dios los llama dioses”.

En las viejas estructuras de dominio antes del siglo XVIII casi no existen documentos que se llamen “constituciones”. La palabra “constitución”, en los asuntos que tenían que ver con las cuestiones políticas y sociales, se usaba simplemente para describir la situación real de conjunto de una unidad política y la ordenación social de una cierta comunidad o bien la forma de gobierno existente: monarquía, aristocracia o democracia, sin que la palabra constitución implicara la existencia de reglas o preceptos políticos ni mucho menos un conjunto de preceptos jurídicos escritos.⁶ En la monarquía tradicional, en los pocos casos en que existe algún documento al que se le llame constitución o que se le considere como un documento básico del reino, se

⁵ *Select Statutes and Other Constitutional Documents*, G. W. PROTHERO (ed.), Oxford, Clarendon Press, 1906, p. 283.

⁶ Véase Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución*. Sección primera, Capítulo I. Concepto absoluto de Constitución, Constitución como situación total de la unidad y ordenación concreta o como forma de gobierno.

trata simplemente de alguna *Carta* del rey en la que éste les informa a sus súbditos cuál es su lugar en la composición social del reino y cuáles son sus obligaciones y sus derechos según el estatus al que pertenecieran, o bien se trata de pactos, convenios, o estipulaciones (*stabilimentum*) entre el rey y los señores feudales (como es el caso de la llamada *Carta Magna* inglesa, originalmente llamada *Carta Baronum*) en las que se establecían los distintos poderes que tenían el rey y los señores sobre los pueblos que dominaban y los privilegios de los vasallos principales de uno y de los otros.

Este tipo de pactos que servían para establecer por escrito los poderes del rey como monarca del reino y los poderes de los señores feudales y sus vasallos principales en los territorios que éstos dominaban dentro del mismo territorio del reino, era algo muy parecido a lo que se hace actualmente en algunos “Estados” nacionales con sistemas federales, en donde el dominio se distribuye entre el gobierno de la Unión, frecuentemente llamado gobierno federal, y los gobiernos de los “Estados” regionales o, en términos más reales, entre los hombres —presidentes, primeros ministros, legisladores y jueces— que tienen el control o la *Soberanía* de ciertos aspectos de la vida social en todo el territorio de lo que se llama la *Nación* y los que sólo tienen el control o la *Soberanía* en una parte de ese mismo territorio.

En la monarquía tradicional las leyes del reino las hace el rey con la ayuda de sus ministros y sus consejeros, respetando las jurisdicciones y los privilegios de los señores que dominan sus propios feudos y de los vasallos de tales señores así como los privilegios de las corporaciones más poderosas, de manera muy parecida a lo que, como lo estoy señalando, sucede en algunos de los modernos sistemas federales, en donde las leyes generales las hacen los empleados del gobierno llamado nacional o federal y las leyes regionales las hacen los hombres que gobiernan los “Estados” locales, sobre cuyos territorios sobrepuestos, dicen unos y otros, ejercen al mismo tiempo sus respectivas “soberanías”.

En el régimen monárquico tradicional la justicia también surge del rey, quien es en sí mismo la fuente de la justicia y del poder de los jueces, como lo reconocería según su propio relato el famoso juez Coke, a pesar de su disidencia. La justicia del rey está, teóricamente, por encima de las jurisdicciones de los condes, los barones y otros

señores feudales. Los jueces que aplican la justicia del rey son *sus* jueces, quienes en condiciones normales dependen del rey pues sus poderes existen y se extinguen por la voluntad del “soberano”. La justicia del rey es suprema porque siendo él el soberano el poder de los jueces proviene de él y se ejerce en su nombre. La gran excepción se dio en Francia en donde los jueces agrupados en gremios muy poderosos formaron cuerpos independientes del poder del rey llamados *parlements*, trece en total en todo el reino, se convirtieron en dueños de sus juzgados que, como cualquier otro bien patrimonial, podían vender o ceder y a partir de 1604 podían transferir por herencia y en los que, como en cualquier otro negocio, cobraban por hacer justicia.

El rey era el dueño del poder de castigar a sus súbditos, sin que esto le impidiera permitir, de vez en cuando, que los grandes señores en sus respectivos feudos juzgaran y castigaran a sus súbditos. Igual que los presidentes actuales en muchos países con sistemas llamados presidencialistas, los reyes, en los territorios que controlaban, tenían el monopolio de la investigación de los delitos, de la acción penal, del seguimiento o la cancelación de los procesos penales y de la ejecución de las penas, aun cuando existían y existen importantes diferencias, pues en algunos reinos los agraviados y otras personas podían ejercitar lo que llamamos la acción penal, como sucede todavía en Inglaterra; todo lo cual, sin embargo, no impedía que los señores feudales en sus respectivos dominios, dentro del reino, fueran los dueños del poder del castigo e hicieran lo que quisieran con los habitantes en sus feudos, igual que lo hacen hoy día los gobernadores de los llamados Estados, en algunos sistemas federales y algunos jefes municipales en los pueblos y ciudades que controlan.

Es particularmente interesante ver que cuando escribo esto, todavía algunos gobernantes de los feudos modernos en los sistemas federales contemporáneos no solamente se ríen de las peticiones de los empleados gobernantes de “la Unión”, sino que declaran orgullosamente que las resoluciones de los tribunales internacionales a las que han prometido obediencia los gobiernos federales de la unión a la que pertenecen, no tienen poder alguno en sus respectivos territorios. Los diarios de muchos países del mundo informan el 7 de agosto de 2008 que el gobernador de Texas, apoyado en la opinión de la mayoría de los

jueces que forman la Suprema Corte de los Estados Unidos,⁷ rechazó una resolución de la Corte Internacional de Justicia, cuya jurisdicción había reconocido el gobierno federal de ese país, manifestando que en el caso del juicio y la ejecución de un asesino mexicano cuya historia había sido bien conocida en todas partes: “la Corte Internacional de Justicia de La Haya no tiene jurisdicción en Texas”.

En la época de la monarquía tradicional las finanzas públicas eran las finanzas del rey que se manejan por sus empleados de acuerdo con las órdenes que él les da. Sin embargo, igual que sucedía con el poder del castigo e igual que sucede en algunos sistemas federales contemporáneos, el poder de imponer gravámenes sobre la población sin el consentimiento de los habitantes, frecuentemente, lo compartía con los señores feudales en los dominios de éstos.

En esa concepción el pueblo sólo existía por estar unido al monarca y los intereses de la nación eran simplemente los intereses del rey. Al conjunto de los seres humanos y al territorio en que vivían se le llamaba el reino, y a esa dominación se le llamó “soberanía”, precisamente porque era la expresión directa del poder del soberano.

Todavía en 1766, veintitrés años antes de la toma de la Bastilla, el rey Luis XV en su respuesta a los jueces agrupados en el Parlamento de París, que era el nombre que para entonces tenía el gremio judicial más grande de Francia, declaraba: “Sólo en mi persona reside la autoridad soberana. Sólo a mí me pertenece el poder legislativo, sin participación o dependencia alguna. Todo el orden público deriva de mí; soy su guardián supremo. Mi pueblo sólo existe gracias a su unión conmigo; los derechos e intereses de la nación, que alguien osara separar de los del monarca, están necesariamente unidos a los míos y únicamente se hallan depositados en mis manos”.⁸

En la escuela primaria, en la secundaria y en la preparatoria, nos enseñan que esa vieja concepción se acabó. Nos enseñan también que la monarquía y el despotismo terminaron hace muchos años, nos dicen que eso es cosa del pasado y, para detallar cómo fue que

⁷ *Medellin v. Texas, certiorari to the court of criminal appeals of Texas*, Argued October 10, 2007. Decided March 25, núm. 06-984. 2008.

⁸ “*Réponse de Louis XV au Parlement de Paris, le 3 mars, 1766, dans un Lit de Justice*”, citado por H. TAINE en *Les Origines de la France contemporaine: l'ancien régime*, 14a. ed., París, Hachette, 1885, p. 16. Citado por Hans KOHN, *Historia del nacionalismo*, Fondo de Cultura Económica, México, 1949, p. 175.

esa concepción obsoleta del derecho y de la política concluyó, nos mencionan los hechos principales, las revoluciones, por las cuales la monarquía y los privilegios se extinguieron en el mundo. Incluso en la mayor parte de las escuelas católicas ha dejado de enseñarse la vieja idea de que el poder de los reyes deriva de Dios. Jacques Leclerq, el gran profesor de la Universidad de Lovaina, uno de los más notables expositores del escolasticismo moderno, en su obra *Lecons de droit naturel*, señalaba hace más de sesenta años, que: “puesto que nunca se ha manifestado la voluntad divina para que un hombre gobierne a los demás, el título de legitimidad de los gobernantes sólo puede apoyarse en el consenso popular”.⁹

Entre los hechos con los que se acabó el despotismo, nos cuentan cómo a principios de 1649, por órdenes del Parlamento inglés, se inicia el proceso contra el rey Carlos I. La resolución dictada por la Cámara de los Comunes decía: “Los comunes de Inglaterra, reunidos en el Parlamento declaran que por debajo de Dios, el pueblo es el origen de todo poder justo”. El sábado 27 de enero se da a conocer la sentencia en la que lo condenan a muerte y el martes 30 le cortan la cabeza afuera del palacio de Whitehall, se trata de ese Carlos I al que Van Dyck retrató en uno de sus cuadros más famosos, con un báculo en una mano, el sombrero de lado y un aire de soberbia inolvidable.

En ese conjunto de hechos e ideas nos cuentan también que la derrota de la tiranía en el mundo se hizo aún más evidente con la lucha por la independencia y la democracia en la Declaración de 1776 en las colonias inglesas en Norteamérica, en donde, según el texto de Jefferson, se dice que los hombres nacen iguales (aunque, poco después, en casi todos los nuevos Estados el derecho a votar únicamente se les reconocía a los propietarios y rentistas de los niveles económicos altos), y en esa Declaración se dice también que los hombres están dotados de ciertos derechos inalienables entre los cuales están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad, y que “para asegurar estos derechos los hombres instituyen gobiernos, los cuales derivan sus justos poderes del consentimiento de los gobernados” y que cuando un gobierno pretenda imponer el despotismo, es obligación de los hombres arrojarlo y procurarse nuevos guardianes

para su seguridad futura. Igualmente nos cuentan que en Francia el ocaso de los privilegios se inició con la Revolución y que en el artículo II de la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”, que surge de esa revolución se estableció: “*el fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre*”.

En síntesis, en la escuela nos enseñan que la monarquía tradicional se acabó porque —como decía la Constitución de Apatzingán—: “La íntegra conservación de esos derechos es el objeto de la institución de los gobiernos y el único fin de las asociaciones políticas”.¹⁰

Ah, pero cuando entramos a las escuelas de derecho comenzamos a entender que las cosas son bien diferentes. Ahí nos aclaran que si bien la soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo y que todo poder público dimana del pueblo, como dice la Constitución mexicana en su artículo 39, un poco más adelante, en otro artículo mucho más efectivo, se dice que los poderes reales, los verdaderos, los tienen nuestros empleados en los órganos legislativos, ejecutivos y judiciales. De ahí en adelante los encabezados de los títulos hablan de los Poderes identificándolos con aquellos que los ejercen, ellos son los verdaderos titulares de los poderes de la población. Entonces nos damos cuenta que si bien el poder público con minúsculas corresponde esencial y originalmente al pueblo, ese poder público no juega ningún papel, ni tiene ninguna importancia. En la realidad, por encima de las vaguedades de los adjetivos decorativos de un poder intangible “esencial” y “original”, están *los Poderes* con mayúsculas. Nos damos cuenta que una cosa es ese poder teórico legendario e inútil que ostenta la población, como un título honorífico en los discursos, y otra cosa son los Poderes que tienen nuestros empleados y que esos empleados no sólo tienen los poderes que nosotros les prestamos sino que ellos *son* los poderes.

Y ahí se presenta ante nuestros ojos, abiertamente, una encarnación más incomprensible aun que el misterio de la encarnación en el cristianismo: De ser servidores públicos, por un acto de prestidigitación con las palabras, nuestros empleados se han convertido de golpe en nuestras *autoridades* —tal como les llama la sección B del artículo 102,

¹⁰ Artículo 24 del *Decreto Constitucional para la Libertad de la América Latina*, también conocido como la Constitución de Apatzingán de 1814.

⁹ Jacques LECLERQ, *Lecons de droit naturel*, Lovaina, 1947, t. II, p. 17.

las tres fracciones del artículo 103, el artículo 107 de la Constitución mexicana y como reiteradamente los reconoce la Ley de Amparo mexicana— los cuales, según dice el artículo 80. de la misma Constitución, deben responder con un acuerdo a las “peticiones respetuosas” de los ciudadanos. El lenguaje para referirse a la obligación de los empleados públicos de responder a las exigencias y a las preguntas de los habitantes es muy parecido en otros países: el artículo 14 de la Constitución argentina hablaba de “*peticionar a las autoridades*”; el artículo 45 de la Constitución de Colombia hablaba del “*derecho de presentar peticiones respetuosas a las autoridades*”.

De estas incongruencias hay algunas que serían graciosas por absurdas si no fueran en realidad un terrible instrumento de dominio. Así, por ejemplo, son los empleados que elegimos para que nos representen los que hacen las leyes, las cuales, según nos enseñan en la escuela, deben apegarse a lo que diga el texto constitucional; ese texto (aparte de las reglas viejas que se hicieron hace casi cien años, muchas de ellas obsoletas) lo hacen y lo deshacen los mismos empleados que hacen las leyes, pero disfrazados de “*poder constituyente permanente*”, sin que la población que según la misma Constitución es de quien “*dimana*” el poder público y en quien “*reside esencial y originalmente la soberanía*” tenga nada que ver en la tarea de hacer la Constitución. Así se hacen también las reglas para *el amparo*, cuya ley, que hacen y modifican de vez en cuando algunos de nuestros empleados, tiene como objetivo protegernos —con muchas limitaciones— de *nuestras autoridades* que resultan ser esos mismos empleados.

¿Qué es lo que ha pasado con las palabras de las constituciones y las leyes? Sabemos, por experiencia, que las palabras de las constituciones como las de los textos sagrados significan lo que aquellos que se adjudican el poder de interpretarlas quieren que signifiquen. Esto ha sucedido con los textos de la ley en todos los tiempos. Los empleados gobernantes en la actualidad, los reyes anteriormente, y antes de ellos los sacerdotes de las diferentes religiones, no han tenido grandes problemas para que las leyes hechas anteriormente o las reveladas por los dioses, digan lo que ellos quieren que digan. Es muy conocida la frase de Charles Evans Hughes, quien fuera gobernador del estado de Nueva York, juez de la Suprema Corte de Estados Unidos y después Jefe de justicia de la misma: “Vivimos bajo una Constitución —decía Hughes— pero la Constitución es lo que los

jueces dicen que es”.¹¹ En el fondo —como decía Humpty Dumpty en el diálogo con Alicia en la obra de Lewis Carroll titulada *A través del espejo*— “La cuestión es quién es el que manda. Eso es todo”.

III. DE CÓMO LOS REPRESENTANTES DE LA POBLACIÓN Y OTROS EMPLEADOS SE HICIERON DUEÑOS DEL PODER DE LOS REYES

El dominio de los reyes y los príncipes termina cuando los pueblos descubren una de esas cosas evidentes y elementales a las que me refería al principio de este ensayo: no existe ninguna razón por la cual los seres humanos que forman una sociedad deban estar sometidos a un hombre o a un grupo que se ha impuesto sobre ellos por la fuerza, por la tradición, o por el miedo.

Es el descubrimiento de la libertad de los seres humanos en la connotación que le da Stuart Mill a esa palabra, cuando explica su primer significado “como protección contra la tiranía de los gobernantes políticos”: “Se consideraba —dice Stuart Mill en su famoso libro *Sobre la libertad*— el poder de los gobernantes como necesario, pero también como altamente peligroso; como un arma que intentarían emplear tanto contra sus súbditos como contra los enemigos exteriores. Para impedir que los miembros más débiles de la comunidad fuesen devorados por los buitres, era indispensable que un animal de presa, más fuerte que los demás, estuviera encargado de contener a estos voraces animales. Pero como el rey de los buitres no estaría menos dispuesto que cualquiera de las arpias menores a devorar el rebaño, hacía falta estar constantemente a la defensiva contra su pico y sus garras. Por esto, el fin de los patriotas era fijar los límites del poder que al gobernante le estaba consentido ejercer sobre la comunidad, y esta limitación era lo que entendían por libertad”.¹²

¹¹ “We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is”. La famosa frase de HUGHES, no aparece en ninguna de sus obras, proviene de un discurso que dio en la ciudad de Elmira, en el estado de Nueva York. Al respecto se puede consultar la biografía escrita por Merlo J. PUSEY titulada *Charles Evans Hughes*, vol. I, pp. 204 y 205, The Macmillan Company, Nueva York, 1952.

¹² “Their power was regarded as necessary, but also as highly dangerous; as a weapon which they would attempt to use against their subjects, no less than against external enemies. To prevent the weaker members of the community from being preyed upon by innumerable vultures, it was needful that there should be an animal of prey stronger than the rest.

Es, por otra parte, la idea de que no existe nadie por encima de una sociedad de seres humanos que desean vivir unidos. Ellos, todos juntos, son la nación. El reino como coto privado del rey, ha muerto, en su lugar vive la nación que es todo el pueblo. Nadie, ni los gobiernos, ni las constituciones, ni las instituciones políticas, ni las tradiciones, ni las leyes, están sobre los seres humanos que forman la población. “Las leyes —decía John Locke en su Segundo Tratado de Gobierno, publicado cien años antes de la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano— si no cuentan con el consentimiento de la sociedad, sobre el cual no está ningún cuerpo y ninguna persona, no son leyes. El poder de hacer leyes surge del consentimiento de la misma sociedad y de la Autoridad de la misma; y por lo tanto toda la obediencia impuesta a los hombres por los vínculos más solemnes termina en ese Supremo Poder que la sociedad dirige y las leyes que ella decreta”.¹³ Así, parecería que la tiranía sobre los pueblos es cosa del pasado. Las palabras de Locke son la aseveración de que el despotismo no puede subsistir una vez que se conoce que la sociedad y los derechos fundamentales de los seres que la componen son los únicos fines de la organización política.

La teoría de la democracia, como la forma de gobierno para acabar con el despotismo de los monarcas, es muy sencilla: la opresión sobre los pueblos es imposible cuando los pueblos se gobiernan a sí mismos. Pero —y aquí está el gran pero— el gobierno directo de la población sobre sí misma es también casi imposible. La democracia directa, salvo en comunidades muy pequeñas y muy bien informadas, no puede funcionar, y entonces las sociedades deciden implantar la democracia a través de sus representantes, haciendo de éstos y de todos aquellos que ejercen funciones públicas, servidores suyos, que, organizados en tres ramas distintas y separadas dentro de un solo gobierno, debían ocuparse cada uno de sus tareas sin entrometerse en las funciones de las otras dos ni invadir sus facultades exclusivas,

commissioned to keep them down. But as the king of vultures would be no less bent upon preying on the flock than any of the minor harpies, it was indispensable to be in a perpetual attitude of defence against his beak and claws. The aim, therefore, of patriots was to set limits to the power which the ruler should be suffered to exercise over the community; and this limitation was what they meant by liberty”. John STUART MILL, *On Liberty*, Cambridge University Press, 1994, p. 6.

¹³ John LOCKE, *The Second Treatise of Government*, Cap. XI, líneas 11 a 21.

sin darse cuenta que estaban creando una fuerza terrible que podía esclavizarlos de una manera mucho más refinada y mucho menos ostentosa que como lo hacían los viejos monarcas.

Los hombres que desde el siglo XVII y después a finales del siglo XVIII querían evitar la tiranía se proponían inventar un nuevo sistema que los salvaría del absolutismo de los reyes despóticos. Con ese propósito empezaron por crear un ente que debía sustituir a los conceptos abstractos venerados como *la corona* inglesa en las colonias de América del Norte y el *reino* en Francia, por otro concepto igualmente abstracto que, además, es totalmente imaginario llamado “el estado” para el cual, casi un siglo después, se crea como un producto de la filosofía y de la doctrina política en Alemania, una teoría general del mismo. Es “el Estado” que muy pronto se empieza a escribir con mayúscula para distinguirlo de la voz latina *status*, del participio pasivo del verbo *estar* en español y del derivado del verbo *être* en la lengua francesa, como una manera de ser física o moral. Es ese Estado moderno, abstracto e imaginario, que había nacido legítimo por haber sido concebido con el respaldo del nuevo sistema democrático, en el cual, desgraciadamente, aquellos que se presentan como sus jefes o sus representantes son individuos tan corruptibles y tan temibles como los déspotas del pasado. Así, al consumarse la independencia de las colonias inglesas en América del Norte, las nuevas entidades liberadas de la monarquía recogen e introducen el nombre de “Estado” para designar a las nuevas formas de organización política. Unos años después, en Francia, los miembros de la Convención después de derribar a Robespierre aprueban una nueva Constitución en 1795 en la cual se empieza a hablar de una manera muy poco clara del “Estado político de los ciudadanos”. Después, en 1799, estando ya totalmente extinguida la Revolución francesa, el nombre del Estado empieza a introducirse en la terminología política más allá del lenguaje de las obras académicas, concretamente en el texto constitucional, en el cual a la manera de lo que era el Consejo del rey (*le conseil du roi*) del antiguo régimen, se implanta en la Constitución del 13 de diciembre de 1799 el Consejo de Estado (*Conseil d'État*) el cual Sieyès imaginaba como el poder de “gobierno”.¹⁴

¹⁴ Yves ROBINEAU y Didier TRUCHET, *Le Conseil d'État*, Presses Universitaires de France, 2002, París, p. 7.

Dos días después, el 15 de diciembre, los cónsules en el nuevo sistema político, presididos por Napoleón, en su Proclamación de esa fecha, dicen que “La Constitución está fundada sobre los verdaderos principios del Gobierno representativo” y que los poderes que esa Constitución instituye serán fuertes y estables para garantizar, entre otras cosas, “los intereses del Estado”.¹⁵

A partir de esos reconocimientos al Estado imaginario, éste se convierte en la organización entera, incluye a todos, es, al mismo tiempo, la sociedad, la nación y la población, pero además comprende a la asamblea representativa electa por la población, a los órganos legislativos, ejecutivos y judiciales. El Estado, de manera misteriosa e inexplicable, según la doctrina alemana, que es la más aceptada, es el único absoluto, está por encima de todo, pero, cuando los hombres que presiden el gobierno lo requieren, ellos hablan con la voz del Estado, es decir, ellos son el Estado. Una vez que se incorpora en la Constitución la fantasía del Estado, el cual pueden usar como quieran los hombres que tienen el poder que son simplemente los empleados que elegimos para ciertas funciones y los que ellos a su vez designan para otras, sustituirán sin ningún problema a la población. Es ese sistema en el que aquellos que ejercen los poderes y la autoridad que les prestamos se han transformado personalmente en “los poderes” del Estado y en lugar de ejercer la autoridad derivada y limitada que les prestamos para servirnos, se convierten de golpe y sin problema en “la autoridad”. Así se entiende que los presidentes y los gobernadores que elegimos, los supuestos representantes legislativos de una nación o de un Estado inconmensurable y etéreo, y los jueces de todos los tamaños, insistan en sus deseos de fortalecer sus poderes prestados, limitados y transitorios, a fin de convertirse en los nuevos señores de la tierra.

En esa obra extraordinaria de Paul de Saint-Victor sobre las dos caras del teatro, la tragedia y la comedia, titulada originalmente *Les Deux Masques*,¹⁶ al referirse el gran crítico francés a los mitos de Prometeo y las tragedias que sobre ese mito escribió Esquilo, empieza por hablar del fuego y de lo que significó su descubrimiento en la

¹⁵ *Proclamation des Consuls de la République du 24 frimaire an VIII* (15 de diciembre de 1799).

¹⁶ En la traducción de la gran obra de Paul de SAINT-VICTOR al español se le puso como título *Las dos carátulas*, Librería “El Ateneo” editorial, Buenos Aires, 1952.

vida del hombre primitivo. Aquel habitante de una caverna vacía o de una choza, se quedaba inmóvil al llegar la noche que lo envolvía por completo, con el oído alerta a las amenazas de alientos y rumores de las bestias terribles. Carnívoros gigantesos frecuentaban aún, junto con él, las oscuras selvas de arces y coníferas. Y el hombre estaba desnudo a merced de aquellas enormidades devoradoras, el mamut velludo, el oso de once pies de altura y todos los grandes felinos de los cuales sólo son menguados bastardos los tigres y los leones de hoy. Pequeñísimo al lado de esos colosos, incapaz de atacarlos y defenderse, el hombre huía de ellos, confundiendo con la multitud de animales inferiores.

Surgió el fuego y una mutación prodigiosa se operó en el drama de la creación. El hombre que era su esclavo se convierte en su amo. Ya las fieras no se atreven a aproximarse a su hogar; el fuego lo defiende como un dragón flamígero. El hombre que bebía, tumbado de bruces en la ribera de los ríos ya puede acarrear el agua en las ánforas de arcilla endurecida por el fuego. A su vez el fuego le ofrece la posibilidad de fundir los metales, proveerse de instrumentos de trabajo y forjar armas con las que podrá vencer a las bestias aterradoras, pero también podrá matar más fácilmente a otros hombres.

¿Qué es lo que sucedió en ese cambio de las viejas monarquías a las democracias representativas?

El proceso por el que los representantes de la población y otros empleados que debían estar dedicados a servir a la población se hacen dueños del poder de la sociedad y después se lo reparten, es, en primer lugar y antes que otra cosa, un proceso de apropiación de las palabras, de invención de otras y de distorsión de todas, con lo cual se consigue —como decía en el inicio de este ensayo— que los hombres se olviden, se alejen o se desconecten de la realidad y, como consecuencia, sustituyan la observación y el análisis del comportamiento humano y la búsqueda de soluciones por el estudio de teorías, por la implantación de principios que se pueden usar de la manera que mejor convenga a los intereses de quien los invoca y por la utilización de ficciones jurídicas. Todo lo cual puede hacerse gracias a la ignorancia y a la credulidad que surge de aquella.

Hace casi 400 años, Thomas Hobbes, ese pensador excepcional, admirado y criticado en todo el mundo, hacía notar algo que complementa ese proceso de enajenación a través del derecho: la ignorancia

sobre las cuestiones relacionadas con la significación de las palabras y las causas y las razones de ser del derecho, de las constituciones y de las leyes; esa ignorancia que, a su vez, fomenta la credulidad¹⁷ y “dispone al hombre a convertir la costumbre y el ejemplo en norma de sus acciones, de tal modo que se considera injusto lo que por costumbre se ha visto castigar, y justo aquello de cuya impunidad y aprobación se puede dar algún ejemplo o precedente como lo hacen –según escribía Hobbes– de una manera bárbara los juristas, que usan solamente esta falsa medida de justicia y que son, agrega, como los niños pequeños, que no tienen otra norma de las buenas y de las malas maneras, sino los correctivos que les imponen sus padres y maestros, con la diferencia de que los niños son fieles a su norma, mientras que los hombres no lo son, porque a medida que se hacen viejos y tercios, apelan de la costumbre a la razón, y de la razón a la costumbre, según lo requiere su interés, apartándose de la costumbre cuando su interés lo exige, y situándose contra la razón cuando la razón está contra ellos”.¹⁸

El apoderamiento del poder empieza con las palabras y antes que todo con la apropiación de la palabra “poder”. Hobbes decía que el poder se manifestaba, en primer lugar, por la reputación de la palabra. “La reputación de poder es poder, porque con ella se consigue la ad-

¹⁷ La ignorancia, decía Thomas Hobbes, provoca “la credulidad, hasta hacer creer a menudo en cosas imposibles” y ésta “dispone a los hombres a mentir. Así la ignorancia sin malicia es susceptible de hacer que un hombre crea en los embustes y los diga, e incluso en ocasiones los invente”. Thomas HOBBS, *Leviathan, or The Matter, Forme, & Power of a Common-Wealth Ecclesiasticall and Civill*, Edición facsimilar, Londres, 1651, Parte I, Chapter XI, pp. 166-167.

¹⁸ “Ignorance of the causes, and originall constitution of Right, Equity, Law, and Justice, disposeth a man to make Custome and Example the rule of his actions; in such manner, as to think that Unjust which it hath been the custome to punish; and that Just, of the impunity and approbation whereof they can produce an Example, or (as the Lawyers which onely use the false measure of Justice barbarously call it) a Precedent; like little children, that have no other rule of good and evill manners, but the correction they receive from their Parents, and Masters; save that children are constant to their rule, whereas men are not so; because grown strong, and stubborn, they appeale from custome to reason, and from reason to custome, as it serves their turn; receding from custome when their interest requires it, and setting themselves against reason, as oft as reason is against them”, Thomas HOBBS, *Leviathan, or The Matter, Forme, & Power of a Common-Wealth Ecclesiasticall and Civill*. Edición facsimilar, Londres, 1651, Parte I, Chapter XI, *Del Hombre*, pp. 165 y 166. La transcripción se hace del texto original, con la ortografía y la manera de escribir las palabras propias de Hobbes y de la época. La traducción al español es mía.

hesión y afecto de quienes necesitan ser protegidos”;¹⁹ Jung ampliaría y modernizaría la idea muchos años después como base para entender la psicología humana en su obra *El hombre y sus símbolos*. ¿Qué fue lo que sucedió? Dos cosas; una, que aquellos que tenían el poder prestado se hicieron dueños de las palabras y como Humpty Dumpty les dieron el significado que quisieron. La otra, que los hombres, como en el relato de Paul de Saint-Victor, gracias al fuego lograron liberarse de la indefensión y del miedo a las grandes criaturas de la naturaleza, pero implantaron el terror y la sumisión de otros hombres hacia aquellos que se habían apoderado del fuego.

El poder empieza con las palabras y así sucedió también con la palabra soberanía. La soberanía, como supremacía del rey, les sirvió muy bien a los monarcas antiguos para explotar y dominar a sus pueblos; después, al extinguirse las monarquías efectivas, les siguió sirviendo de la misma manera a los empleados que formaban los nuevos gobiernos para someter a la población de los territorios que gobernaban.

El paso de la monarquía a la democracia representativa, en lo que se refiere a la soberanía, no significó un gran cambio para la población en la mayoría de los países. En muchos casos lo que sucedió al final de cuentas es que los empleados del rey habían sido sustituidos por los altos empleados de la población.

Dejando a un lado las declaraciones engañosas en las constituciones, como las que afirman la soberanía del pueblo sin medios de hacerla efectiva en las decisiones importantes que afectan a la población, la verdad es que *la soberanía del pueblo* se transformó muy pronto en *la soberanía del Estado* y ésta se convirtió en muchos países en el derecho supremo de los empleados principales a hacer lo que quisieran con los individuos que vivían en esos territorios, empezando con las leyes que fueran necesarias para dominar a la población.

Para esto, en algunos países, una de las primeras reglas que establecieron los supuestos representantes de la población fue que la designación que la población había hecho de un individuo como su representante no podía ser derogada por los mismos ciudadanos que lo habían elegido, durante el periodo para el cual se le había desig-

¹⁹ Thomas HOBBS, *Leviatan*, Parte I, Cap. X, que tiene como encabezado precisamente: “Del Poder, de la Estimación, de la Dignidad, del Honor y del Título de las cosas.

nado; a esto, en otros países, como sucede en México, se agregó el derecho de los supuestos representantes a no rendir cuentas a nadie de su actuación y, antes que todo, el derecho a no informar ni rendir cuentas a sus propios electores; el derecho de tales representantes a no ser juzgado por ningún delito que pudieran cometer sin que sus compañeros, representantes también de esa población indefensa, diéran su permiso para hacerlo; el derecho de ellos y de otros empleados a otorgarse a ellos mismos las cantidades del dinero de la población que ellos mismos quieran fijar, sin perjuicio de que se den también a sí mismos las cantidades adicionales que de vez en cuando quieran darse; el derecho a castigar a quienes se expresen mal de ellos o de las dependencias que ellos dirigen.

Junto con eso, en ciertos países, los empleados principales se otorgaron el derecho a impedir que los habitantes salgan del territorio, quitándoles sus pasaportes por haber visitado algún otro país que no tenían autorización de los gobernantes para visitar, como se ha hecho en Estados Unidos, y el derecho de prohibir que los individuos saquen su dinero fuera del país castigando con multas —llamadas impuestos— a quienes lo hagan, tal como se ha hecho selectivamente en México. Entre las demostraciones que los empleados gobernantes hacen de la soberanía, que en realidad es *su soberanía*, una de las más importantes es el rechazo airado a cualquier crítica que pueda hacer cualquiera que no esté bajo el control de ellos y el rechazo a la simple observación de su actuación por organismos humanitarios a los que no puedan reprimir o castigar de alguna forma, por ejemplo, los organismos internacionales.

EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO

María ZARAGOZA SIGLER

SUMARIO: I. *Iniciativa*. II. *Discusión*. III. *Aprobación*. IV. *Sanción*. V. *Promulgación*. VI. *Publicación*. VII. *Entrada en vigor*. VIII. *Comentarios finales*.

Uno de los elementos esenciales del Estado es el orden jurídico, siendo la ley una parte fundamental del mismo. Por medio de la ley, se reflejan diversas políticas de gobierno, se atienden necesidades sociales o económicas y se expiden mandatos obligatorios que rigen la vida en sociedad.

La ley como manifestación de un proceso intelectual se expresa por medio de palabras escritas contenidas en su texto. Los textos legales constituyen el derecho legislado o derecho escrito, sin embargo, la fuente del derecho legislado no es la ley sino la autoridad del legislador, porque en las palabras de la ley se encuentra la expresión de la norma, por ello, la fuerza obligatoria de la ley descansa en el hecho de que la voluntad del legislador ha pasado a través del procedimiento legislativo.

El acto de producción normativa, llamado ley formal, suele identificarse no con un acto aislado, sino con un procedimiento que está reglamentado y cuya realización se confía, tanto en México, como en la gran mayoría de los países, en el órgano legislativo del Estado, ya se denomine parlamento, congreso o asamblea.

Se ha definido al procedimiento legislativo como el conjunto de actos que deben realizar los órganos competentes para crear una ley que, como todo procedimiento jurídico, es un conjunto de actos

metódicamente articulados con un propósito específico consistente en la elaboración y expedición de las normas jurídicas, tales actos no se realizan de manera simultánea sino por etapas o fases. De ahí que la ley formal se presenta como un acto complejo que tiene carácter vinculatorio en el número y sucesión de sus fases.

Grosso modo, pueden distinguirse tres grandes fases de producción normativa: a) introductoria, que es la llamada iniciativa legislativa en sus varias formas; b) constitutiva, que es la aprobación de las Cámaras, a la cual a veces se añade la sanción del jefe del Estado, y c) la integración de la eficacia, constituida esencialmente por la promulgación y la publicación, sólo después de la cual aparece la ley ya perfecta con eficacia *erga omnes*, es decir, obligatoria para todos.¹

En México, la ley, formal y materialmente hablando, tiene tal carácter cuando es una resolución del Congreso, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 71 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y considerando que el artículo 133 constitucional, les reconoce el carácter de Ley Suprema. Tratándose de resoluciones expedidas por cada Cámara en ejercicio de facultades exclusivas se les dará el carácter de decretos.

El Procedimiento legislativo consta de varias fases o instancias: iniciativa, discusión, aprobación, sanción, publicación y entrada en vigor. En el sistema constitucional mexicano se encuentra regulado por los artículos 71 y 72 constitucionales y por las disposiciones de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos (Ley Orgánica) y del Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos (Reglamento).

I. INICIATIVA

La *iniciativa* es la primera de las fases, da comienzo a todo el procedimiento legislativo sometiendo a la consideración del Congreso un proyecto de ley o decreto. Mediante la iniciativa se concretan las prioridades legales, se definen intereses sobre determinados asuntos, se ponen en evidencia las necesidades y se proporcionan las soluciones a las mismas; igualmente, a través de las iniciativas se concretan

políticas públicas y el diseño de uno de los elementos esenciales del Estado: el orden jurídico.

En sentido jurídico amplio, se ha definido a la iniciativa como la facultad o el derecho que la constitución otorga y reconoce a ciertos servidores públicos, entes oficiales y a particulares a proponer, denunciar o solicitar al órgano legislativo colegiado un asunto, hacer de su conocimiento hechos o formular una petición, en relación con materias que son de su competencia, de lo que puede derivar una ley o un decreto.²

Dentro de nuestro sistema constitucional, la iniciativa legislativa se encuentra prevista por el artículo 71 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que dispone que tienen derecho de iniciativa el Presidente de la República, los diputados y senadores al Congreso de la Unión y las legislaturas de los estados, por lo que en el caso mexicano, la Suprema Corte de Justicia de la Nación no tiene derecho de iniciativa ni aun si se tratare de la propia Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Por su parte, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal tiene la facultad de iniciativa pero sólo en lo que concierne a materias relativas al Distrito Federal, diferente al resto de las legislaturas estatales en las cuales no hay una restricción a la materia.

La Constitución no otorga el derecho de iniciativa a los particulares, sin embargo, lo que acontece en la práctica es que promueven las iniciativas de su interés a través de los propios legisladores como sus representantes populares; es decir, es válido y común que en una determinada materia una cámara de comercio o un sindicato o un grupo de personas con un interés afín se acerquen con un legislador y le planteen un proyecto determinado para que pueda ser presentado con el carácter formal de iniciativa.

Cuando los particulares envían sus propuestas directamente al Congreso se catalogan en un apartado denominado "memoriales de particulares" pero, salvo determinados casos, el Congreso no está obligado a dictaminar. Por ejemplo, en el caso de permisos para usar condecoraciones otorgadas por gobiernos extranjeros, sí debe el Congreso deliberar si otorga o no el permiso correspondiente, mas no su-

² ARTEAGA NAVA, Elisur, *Derecho constitucional*, México, Oxford University Press, 1998, p. 290.

BISCARETTI DI RUFIA, Paolo, *Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 1973, p. 388.

cede si una persona presenta un proyecto de Ley de Impuesto sobre la Renta, ya que en el primer caso, la obligación para pronunciarse sobre el permiso se encuentra en el artículo 37, inciso c), fracción III de la propia Constitución, pero tratándose del proyecto de Ley, el artículo 72 sólo hace referencia a las iniciativas que se presentan por aquéllos enunciados limitativamente en el artículo 71 constitucional.

Por su parte, el Reglamento señala en su artículo 61 que toda petición de particulares, corporaciones o autoridades que no tengan derecho de iniciativa —derecho que sólo le reconoce a los enunciados en el citado artículo 71 constitucional— se mandará pasar directamente a la Comisión que corresponda según el asunto de que se trate y la Comisión dictaminará si es de tomarse o no en consideración. Por lo que puede concluirse que de acuerdo con las normas que rigen el procedimiento legislativo mexicano no se reconoce como tal el derecho de iniciativa para los particulares y, en dado caso, dicha petición no propicia el desarrollo del procedimiento legislativo regulado por el artículo 72 constitucional.

Si bien el propio artículo 71, en su segundo párrafo expresa que las iniciativas presentadas por el Presidente de la República, por las legislaturas de los estados o por las diputaciones de los mismos pasarán a comisión y las que presenten los diputados y senadores se sujetarán a los trámites que designe el Reglamento de Debates, la norma secundaria establece el mismo tratamiento para ambos supuestos.

Ello es así, dado que el Reglamento dispone en su artículo 57 que pasarán inmediatamente a comisión las iniciativas de ley presentadas por uno o por varios miembros de las cámaras.

La distinción es una reminiscencia de la Constitución de 1857, su artículo 66 prescribía prácticamente lo mismo. Por su parte, el Reglamento de 1825,³ que estuvo vigente en esa época señalaba un tratamiento específico para las iniciativas presentadas por los dipu-

³ El Reglamento de 1825 fue objeto de reforma para expedir la Constitución de 1857, sin embargo, continuó aplicándose hasta el 31 de agosto de 1898, ya que fue el 1 de septiembre de 1898 cuando entró en vigor el Reglamento para el gobierno interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial* del Supremo Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos el 20 de diciembre de 1897. El dictamen de la Comisión de Reglamento publicado en el *Diario de los Debates* de la Cámara de Senadores de la sesión del 11 de noviembre de 1896, reconoce que "...el Reglamento de 1825 que, salvo ligeras modificaciones, puede aún considerarse en vigor, es actualmente inaceptable, pues no está en armonía con la Constitución de 1857..."

tados y senadores consistente en que debían ser presentadas por escrito y firmadas por sus autores a los presidentes de las cámaras, se les mandaba dar dos lecturas, una en la sesión en que eran presentadas y la otra al cuarto día de su presentación. El día de la segunda lectura, después de efectuada ésta, podía alguno de sus autores exponer los fundamentos en que se apoyara e igualmente, algún integrante de la Cámara tenía el derecho de hablar en contra. Posteriormente se preguntaba a la Asamblea si se admitía a discusión y si la resolución era afirmativa la iniciativa se turnaba a la Comisión correspondiente; en caso de negativa, se tenía por desechada.

Este procedimiento, con una variante en el término de la segunda lectura (ésta se daba al tercer día y no al cuarto), también lo previó el Reglamento de 1898, pero al expedirse el Reglamento vigente, en 1936, el tratamiento para las iniciativas presentadas por diputados y senadores se homologó al que se da a las iniciativas provenientes del Presidente de la República o de las legislaturas de los estados.

La Constitución señala que las iniciativas se presentan ante el Congreso de la Unión. Concretamente, por regla general se presentan ante la propia Cámara de la que el legislador forma parte, es decir, las de los diputados ante la Cámara de Diputados y las de los senadores ante el Senado⁴ y tratándose de las iniciativas del Ejecutivo Federal o de las legislaturas de los estados pueden presentarse indistintamente en cualquiera de las cámaras.

Generalmente, se ha sustentado por la doctrina que los casos de excepción a la presentación de iniciativas se encuentran señalados en el inciso h) del artículo 72 constitucional. En lo personal, no comparto plenamente la salvedad de presentación de iniciativas, ya que el inciso h) hace referencia a que las iniciativas relativas a determinadas materias serán discutidas en la Cámara de Diputados, pero no obliga o limita a que la presentación se lleve a cabo en dicha Cámara.

En la práctica, cuando un senador presenta una iniciativa relativa a contribuciones puede hacerlo ante el Senado de la República, pero el trámite que se le da es turnarla a la Cámara de Diputados para sus efectos constitucionales, con lo que se da pleno cumplimiento al mandato del inciso h) del artículo 72 constitucional.

⁴ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Poder Legislativo*, México, Porrúa, UNAM, 2003, p. 430.

El Reglamento también es omiso en señalar dónde deben presentarse las iniciativas, pero lo más lógico es que el iniciante haga la presentación en la Cámara de la que es integrante.

En cuanto al plazo, en términos generales, la facultad de iniciar puede realizarse en cualquier momento, puede versar sobre cualquier materia y termina con el mandato del servidor público facultado para ello.⁵ La propia Constitución señala la excepción a la regla general, en su artículo 74, fracción IV, expresa que la Iniciativa de Ley de Ingresos y el proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación será enviado por el Ejecutivo Federal a la Cámara de Diputados a más tardar el 8 de septiembre de cada año, y si es el año en que el Presidente inicia su encargo, la presentación se hará a más tardar el 15 de diciembre.

Si bien el mismo precepto señala que el Ejecutivo Federal presentará la Cuenta Pública dentro de los 10 primeros días del mes de junio, no debe entenderse que en este caso se trata de una iniciativa ya que rendir la Cuenta Pública es un acto de control del Congreso sobre el Ejecutivo que no tiene las características de una ley.

Consecuentemente, las demás iniciativas pueden presentarse en cualquier tiempo.

Las iniciativas han sido clasificadas siguiendo diversos criterios, por quien las presenta, se clasifican en iniciativas gubernativas y parlamentarias. Las gubernativas son presentadas por el Ejecutivo Federal. De acuerdo con el tratadista Paolo Biscaretti di Rufia, son las más importantes y comunes toda vez que el Gabinete es el órgano más capacitado para valorar las necesidades y procurar la emanación de leyes adecuadas. La iniciativa parlamentaria es la que presenta cualquier miembro de las cámaras.

En la práctica no se presentan iniciativas conjuntas del Ejecutivo Federal y de legisladores,⁶ lo cual es posible, dado que tanto los

⁵ ARTEAGA NAVA, Elisur, *op. cit.*, p. 297.

⁶ El único caso que se ha registrado de una iniciativa conjuntamente suscrita por los coordinadores de los grupos parlamentarios de los partidos políticos representados en la Cámara de Diputados y en la Cámara de Senadores y el Presidente de la República fue el decreto por el cual se declararon reformados los artículos 35, 36, 41, 54, 60, 73, 74, 94, 98, 99, 101, 105, 108, 110, 111, 116 y 122 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, presentada el 26 de julio de 1996 ante la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, cuyo Decreto fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 22 de agosto de 1996.

legisladores federales como el Presidente de la República se encuentran facultados para ejercer el derecho de iniciativa. Sin embargo, cabe la posibilidad de que en el marco de la Reforma del Estado que actualmente se encuentra en discusión, el producto de los acuerdos y las propuestas que deban traducirse en iniciativas puedan ser suscritas conjuntamente por legisladores federales y el Presidente de la República, acto que garantizaría un procedimiento legislativo ágil y eficiente al anticipar consensos y acuerdos.

También se las ha clasificado en auténticas, como aquéllas que se formulan ante el cuerpo legislativo competente por entes autorizados para hacerlo y provocan la acción del órgano legislativo y, las no auténticas, que son las que se formulan por quienes no tienen el derecho o la facultad o se presentan ante un órgano legislativo que no es competente o fuera del término que la ley establece.

En función de la forma en que son presentadas se clasifican en propias e impropias. Las primeras son formuladas por los funcionarios acreditados por el artículo 71 constitucional y, las segundas, por entes oficiales o privados que no se mencionan en el precepto constitucional, en este caso, tratándose de las iniciativas impropias lo más frecuente es que las propuestas son remitidas o acordadas con un legislador o grupo de legisladores para que pueda concretarse su presentación formal ante la Cámara respectiva.

Por último, se las ha clasificado en exclusivas y comunes. Las exclusivas son aquéllas cuya presentación reserva la Constitución a determinado servidor público, por ejemplo, el Presidente de la República es el único que puede iniciar el decreto de suspensión de garantías, presentar la iniciativa de Ley de Ingresos, el Proyecto de Presupuesto de Egresos. Las comunes versan sobre materias que no se encuentran reservadas a que se presenten por un servidor público determinado.⁷

Considero que además de las clasificaciones anteriores, las iniciativas también deben clasificarse en simples y complejas, ya sea que su objeto de reforma sea una sola ley o bien, que consideren crear, reformar o adicionar un conjunto de leyes.

A diferencia de lo dispuesto en el Reglamento de 1898, en el que se exigía que las iniciativas fueran presentadas por escrito y firma-

⁷ ARTEAGA NAVA, *op. cit.*, pp. 291, 292 y 297.

das por sus autores, actualmente no existe una forma determinada o requisitos que obligatoriamente deban cumplir las iniciativas de ley, el Reglamento vigente señala dichos requisitos solamente para las proposiciones que no sean iniciativas de ley. En la práctica, las iniciativas se presentan por escrito y firmadas por sus autores, contienen una exposición de motivos, el fundamento constitucional en que se basan y el proyecto de ley o decreto correspondiente y, derivado de los acuerdos parlamentarios que en los últimos años se han expedido para el funcionamiento de ambas cámaras, se exige que las iniciativas sean remitidas también por medio electrónico y sean publicadas en la Gaceta Parlamentaria correspondiente, lo que permite a los congresistas y, al público en general, conocerlas oportunamente.

La excepción a la regla general de los requisitos que deben observar o contener las iniciativas se encuentra en la Ley de Ingresos de la Federación y del Presupuesto de Egresos de la Federación, dado que la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria señala en sus artículos 40 y 41, el contenido que deberán observar los proyectos respectivos.

Teóricamente, y derivado de que la Constitución no distingue, todas las iniciativas tienen igual valor, por tanto, se les debe dar el mismo tratamiento, sin embargo, en la práctica la importancia de los asuntos varía según su contenido, su impacto social y la circunstancia en que se presentan.

Sobre este aspecto, hay una propuesta que se ha presentado en el marco de la Reforma del Estado encaminada a diferenciar la importancia de las iniciativas estableciendo que el Ejecutivo Federal puede presentar iniciativas para trámite legislativo preferente, respecto de las cuales, si el Congreso no resuelve en determinado plazo se entienden por aprobadas y se publican en el *Diario Oficial de la Federación*.⁸

En efecto, se propone que la iniciativa señale expresamente su carácter de prioritaria, estableciéndose un plazo de 40 días para que la Cámara de origen la discuta y apruebe y, de 40 para la revisora;

⁸ Iniciativa con proyecto de Decreto por el que se adiciona un párrafo último al artículo 71, y se incorpora el texto actual del artículo 72 en una fracción I y se adiciona una nueva fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, presentada por los senadores Santiago Creel Miranda y Humberto Aguilar Coronado, Gaceta Parlamentaria del Senado de la República, núm. 14, año 2007. Primer año de ejercicio, segundo receso, Comisión Permanente, 6 de junio de 2007.

de no resolver en este plazo, se entiende por aprobada, a menos que en cualquiera de ambos supuestos, el Congreso cierre o suspenda sus sesiones, caso en el cual el plazo se extenderá hasta el primer día útil en que el Congreso esté reunido.

Sin embargo, si la Cámara revisora desecha o modifica el proyecto se establece un plazo adicional de 20 días para que la Cámara de origen se pronuncie de nuevo sobre las observaciones de la revisora y de otros 20 para la revisora si la de origen insiste en su primer proyecto, con lo cual el trámite legislativo preferente se extiende otros 40 días, que, sumados a los 80 originales, dan un total de 120 días (4 meses aproximadamente).

Asimismo, se dispone que ni las reformas o adiciones a la Constitución ni el presupuesto de Egresos de la Federación pueden ser objeto de iniciativas para trámite legislativo preferente.

Sobre esta propuesta habría que determinar si los supuestos para trámite legislativo preferente deben señalar su carácter de urgentes o prioritarios y, en tal caso, si se dejará a la norma secundaria determinar qué deberá entenderse por urgencia o prioridad o bien, si será discrecional para las cámaras.

Otra observación es que, en principio y si no hay complicaciones en la discusión, el Congreso tiene un plazo de 80 días para aprobar la iniciativa de trámite legislativo preferente, sin especificar si son días hábiles o naturales. Suponiendo que sean naturales, el plazo es de dos meses y 20 días, considerando que por alguna razón la iniciativa es calificada para el trámite de "preferente" el plazo fijado es muy prolongado.

Sería conveniente justificar bajo qué criterios una iniciativa debe de ser preferente y otra no, dado que en la forma como la propuesta se encuentra redactada no se distingue si debe motivarse un caso de urgencia y prioridad para seguir el trámite preferente o se deja a la discrecionalidad del propio Ejecutivo tal calificación. En todo caso, para salvar este aspecto, por mandato del propio texto constitucional podría disponerse que en la norma secundaria se establecerán los criterios de urgencia y prioridad.

Asimismo, se limita al Ejecutivo para que solamente pueda presentar este tipo de iniciativas dos veces al año, con lo que surge otra pregunta, ¿por qué dos y no tres o una o cuatro?, ¿bajo qué criterio se establece la limitante?

La propuesta señala que tratándose de reformas y adiciones a la Constitución no procede el trámite legislativo preferente pero, entonces, al no ser expreso ¿sí procede tratándose de una iniciativa que derogue un precepto constitucional?, y ¿por qué solamente el Presupuesto de Egresos y no también la Ley de Ingresos?

Ahora, si la iniciativa en el trámite preferente se presenta ante la Comisión Permanente, no hay la obligación de convocar inmediatamente a periodo extraordinario; por lo que se entiende que la Cámara de origen deberá resolver el primer día útil en que el Congreso vuelva a reunirse o reanudar las sesiones. Y cabría la pregunta ¿debe entenderse el primer día del periodo ordinario de sesiones inmediato siguiente o bien, en caso de que se abra un periodo extraordinario debe resolver el primer día de éste, aun cuando el asunto no esté en la convocatoria?

Por último, la propuesta que se ha presentado simplemente repite los supuestos que el artículo 72 constitucional establece para el procedimiento legislativo ordinario.

II. DISCUSIÓN

La discusión se ha definido como el acto por el cual las cámaras deliberan acerca de las iniciativas con la finalidad de determinar si deben o no ser aprobadas.

En los congresos o parlamentos bicamarales, como acontece con el Congreso de la Unión en México, la cámara donde se presenta el proyecto de ley para iniciar su discusión se denomina "Cámara de origen" y la otra "Cámara revisora"; es decir, se designa Cámara revisora, aquélla que conoce de la iniciativa después de haber sido aprobada en la Cámara de origen.

El artículo 72 constitucional señala en su párrafo primero, como regla general, que "todo proyecto de ley o decreto cuya resolución no sea exclusiva de alguna de las Cámaras se discutirá sucesivamente en ambas", sin embargo, en el inciso h) establece las excepciones al disponer que deberán discutirse primero en la Cámara de Diputados los proyectos que versaren sobre empréstitos, contribuciones o impuestos, o sobre reclutamiento de tropas. De ahí que es válido el aforismo: "En asuntos de sangre y dinero, la Cámara de Diputados es primero".

En consecuencia, salvo las materias que la propia Constitución reserva para ser discutidas en primera instancia por la Cámara de Diputados, en las cuales el Senado de la República conocerá solamente como Cámara revisora; el resto puede ser materia de discusión en ambas Cámaras de forma indistinta.

La fase de la discusión es una de las más complejas dentro del procedimiento legislativo, dado que tiene múltiples variantes que enseguida serán comentadas.

Presentada la iniciativa, pasa a Comisión, en cumplimiento de los dispuesto por los artículos 71 constitucional y 56, 57 y 58 del Reglamento, en donde será objeto de análisis, deliberación y, en su caso, aprobación.

Las iniciativas se turnan a la o las comisiones del ramo o área relacionada con la materia sobre la que versaren. Tratándose de la Cámara de Senadores, deberán turnarse además a la Comisión de Estudios Legislativos.

Las comisiones son órganos internos de las cámaras que contribuyen al cumplimiento de las atribuciones constitucionales y legales de la propia Cámara, mediante la elaboración de dictámenes, informes, opiniones o resoluciones.

Doctrinalmente el sistema de análisis de las iniciativas por parte de grupos más pequeños conformados por integrantes de la propia Cámara, se conoce como sistema de los *uffici*. En este sistema se antepone el examen de un proyecto en el pleno de la asamblea a una primera deliberación por parte de grupos más restringidos, y para ello, todos los parlamentarios se dividen para integrar comisiones permanentes⁹ que, en nuestro sistema, se denominan comisiones ordinarias.

Para que exista dictamen, el documento debe de ser aprobado y firmado por la mayoría de integrantes de la comisión o comisiones respectivas (artículos 45, numeral 7 y 94 de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos).

Una vez firmado el dictamen, se remiten a la Mesa Directiva de la Cámara correspondiente, a fin de que se incluya en el orden del día de la sesión respectiva para su consideración en el Pleno de la Asamblea.

⁹ BISCARETTI DI RUFFIA, *op. cit.*, p. 392.

El Reglamento dispone que los dictámenes que contengan proyectos de ley o decreto deberán sufrir una lectura antes del día señalado para su discusión (artículo 30, fracción IV), de ahí que, en el caso mexicano, se aplica el sistema de dos lecturas, el cual data desde el Reglamento de 1825 y, posteriormente, el de 1898 señalaba que el orden del día se integraba, entre otros apartados, por dictámenes de primera lectura y dictámenes de segunda lectura.¹⁰

Existe también un procedimiento abreviado cuando se está ante un caso de urgente u obvia resolución, en el cual, se concretan los términos y la asamblea resuelve el mismo día de la presentación del dictamen. En la práctica, básicamente este procedimiento se aplica cuando se trata de proposiciones con puntos de acuerdo y, por excepción, en la discusión de leyes.

Para determinar que existe urgente u obvia resolución se requiere que así lo considere la propia Asamblea por el voto calificado de dos terceras partes de los individuos presentes, y decretada la urgente resolución se procede a la discusión y votación del dictamen inmediatamente después de la primera lectura (artículo 59 del Reglamento). De ahí que los casos de urgencia varían según la circunstancia prevaleciente en el momento de la presentación del dictamen.

En el derecho español, cuando la iniciativa se remite a comisión y se abre la fase de análisis del texto, concediéndose un plazo de presentación de enmiendas y expirado el mismo, la Comisión elabora un informe sobre el proyecto y las enmiendas que se hubieren presentado, además, si la ponencia de la comisión estima que el proyecto supone un aumento de los créditos o disminución de los ingresos, remite la iniciativa al gobierno para que manifieste si está o no conforme con la tramitación. Recibido el informe, la ponencia de la Comisión elabora un dictamen.

En nuestro sistema, el trámite es distinto, no existe una fase de enmiendas, sino que éstas se realizan propiamente al elaborar el dictamen y, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 18 de la

¹⁰ El sistema de las lecturas, originalmente denominado sistema de las tres lecturas, nació en el medioevo inglés, cuando un alto porcentaje de los miembros del Parlamento era analfabeto, por lo que se aconsejaba desarrollar el examen de las leyes de forma oral en plena asamblea. La primera lectura servía para deliberar sobre la toma en consideración del proyecto, la segunda para una discusión más detallada sobre diversos artículos y, la tercera, para una revisión y aprobación final del texto. *Idem.*

Ley de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, las comisiones correspondientes del Congreso de la Unión, al elaborar los dictámenes respectivos, están obligadas a realizar una valoración del impacto presupuestario de las iniciativas de ley o decreto, con el apoyo del Centro de Estudios de las Finanzas Públicas de la Cámara de Diputados, para lo cual, pueden solicitar opinión a la Secretaría sobre el proyecto de dictamen correspondiente.

Por su parte, el mismo precepto expresa que el Ejecutivo Federal realizará una evaluación del impacto presupuestario de las iniciativas de ley o decreto que presente a la consideración del Congreso de la Unión.

No obstante, la obligación contenida en el citado artículo 18 de la Ley de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria no se cumple, ya que es frecuente que las comisiones legislativas no cuenten con la información necesaria para elaborar dicha manifestación de impacto presupuestario y muchas de las iniciativas presentadas por el propio Ejecutivo Federal tampoco se acompañan de la misma.

En este aspecto, cabe apuntar que elaborar un impacto presupuestario de las iniciativas implica la elaboración de cálculos actuariales que permitan identificar el costo de la instrumentación de la medida legislativa, pero la información necesaria es a veces insuficiente y el tiempo de dictamen apremiante, lo que hace, en la gran mayoría de los casos, imposible cumplir con la obligación mencionada.

Cuando una iniciativa es desechada por la comisión dictaminadora en la Cámara de origen, se elabora un dictamen en sentido negativo, el cual, una vez firmado por la mayoría de los integrantes, se remite a la Mesa Directiva para que se dé cuenta de él al Pleno y se descargue del registro parlamentario correspondiente.

Tratándose de iniciativas presentadas por el Ejecutivo Federal es interesante observar que el sistema constitucional mexicano permite que los choques y enfrentamientos entre poderes puedan ser amortiguados por diversas formas, por ejemplo, ni el Presidente de la República, ni los secretarios de Estado están obligados a renunciar por el hecho de que una o varias iniciativas suyas sean rechazadas desde la Cámara de origen.¹¹

¹¹ ARTEAGA NAVA, Elisur, *op. cit.*, p. 294

La discusión en el pleno de la asamblea se encuentra regulada por el Reglamento y se efectúa respecto de dictámenes que resuelven sobre una iniciativa que se convertirá en proyecto de ley o decreto.

Ya en el Pleno, se dispone que leído el dictamen, se procede a la discusión en lo general y se integra una lista de oradores. Cuando el asunto se considera suficientemente discutido, es decir, después de agotada la lista de tres oradores en contra y tres a favor o los que se hubieren inscrito, se vota en lo general y, en caso de ser aprobado, comienza la discusión en lo particular; pero si el resultado de la votación es negativo, en votación económica se determina si el proyecto vuelve en su totalidad a la Comisión para un nuevo examen o si se tiene por desechado.

En la votación en lo particular se discuten cada uno de los artículos y posteriormente se votan. Si el resultado de la votación del artículo en lo particular es negativo, el Reglamento dispone que ese artículo considerado desechado "regresa" a la Comisión para una nueva deliberación. Sin embargo, aun cuando este supuesto de regresar un solo artículo a la Comisión no se ha presentado en la práctica, el Reglamento no determina qué sucede con el resto del proyecto que en la discusión en lo general sí fue aprobado, por lo que en la lógica procesal, lo que sí fue aprobado seguiría su curso.

De ser así, es decir, si se desecha un solo artículo del proyecto y el resto es aprobado, en tratándose de un artículo fundamental puede originarse una laguna grave o crear una inseguridad jurídica severa al afectar indirectamente al resto de la reforma, por lo que sería aconsejable distinguir si se trata de un artículo fundamental, entonces el proyecto en su totalidad regresa a comisión y, si no es fundamental, que el resto del proyecto siga con el trámite parlamentario. Ahora bien, también se ha dado la interpretación de que en tanto el artículo no sea devuelto al Pleno por la comisión, el resto del proyecto que sí fue aprobado se queda a disposición de la Mesa Directiva hasta que llegue la propuesta de la comisión dictaminadora.¹²

Ahora bien, si el dictamen ha sido desechado totalmente o alguno de sus artículos en lo particular, se procede, en caso de haberse presentado, a la discusión del voto particular o de los votos particulares que hubieren.

¹² FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *op. cit.*, p. 435.

El Reglamento, como una medida de protección ante los abusos en los que pudiera incurrir el Congreso, señala en su artículo 128 que antes de comenzar la discusión, algunos servidores públicos como los secretarios de despacho, jefes de departamentos administrativos, los directores de organismos descentralizados o empresas de participación estatal mayoritaria, pueden informar a la Cámara lo que estimen conveniente y exponer los fundamentos que deseen en apoyo de la opinión que pretenden sostener; no obstante, la opinión no es vinculativa para el Congreso, por lo que de no considerarse lo expuesto por el servidor público de que se trate, de todas formas el proyecto puede ser aprobado, independientemente de la probable presentación posterior de un veto por parte del Ejecutivo.

Una vez aprobado el dictamen, en tratándose de la cámara de origen, pasa a la cámara revisora con el carácter de minuta.

En la revisión de las minutas con proyecto de ley o decreto, los trámites parlamentarios son prácticamente los mismos que en la cámara de origen, es decir, se da cuenta de la minuta correspondiente se turna a comisión para su análisis y dictamen y, posteriormente, se remite para su consideración en el Pleno de la cámara revisora.

La Cámara revisora puede aprobar la minuta que dictamina, modificarla o desecharla. Si se aprueba, se remite al Ejecutivo para los efectos constitucionales. Si la desecha o modifica, la minuta se devuelve a la cámara de origen.

Cuando el proyecto de ley o decreto se desecha en su totalidad, se devuelve a la Cámara de origen con las observaciones que la revisora hubiere formulado; en este supuesto, la Cámara de origen puede volver a examinar el proyecto desechado y si lo aprueba con la mayoría de los miembros presentes, nuevamente lo remite a la revisora para que vuelva a tomarlo en consideración. Si en este nuevo examen la Cámara revisora lo aprueba, el proyecto se envía al Ejecutivo, pero si lo desecha otra vez, el proyecto no puede volver a presentarse en el mismo periodo de sesiones (inciso d del artículo 72 constitucional).

En el caso anterior, cuando un proyecto es desechado en su totalidad por la Cámara revisora y devuelto a la de origen para un segundo análisis, aun cuando el texto constitucional no lo mencione expresamente, sería cuestionable que la Cámara de origen introduzca modificaciones al proyecto, por lo que se interpreta que en el supuesto del inciso d), solamente puede insistir en el documento originalmente

aprobado, o bien, si decide acatar las observaciones que motivaron el desechamiento de la colegisladora, entonces lo que procede es un nuevo dictamen, pero en el sentido de desechar el asunto para tenerlo como definitivamente concluido.

El artículo 72 constitucional, inciso e), prevé el caso de que un proyecto de ley fuese desechado en parte o modificado o adicionado por la Cámara revisora, se devuelve a la Cámara de origen para una nueva discusión, pero esta segunda discusión solamente versará sobre lo desechado o sobre las reformas o adiciones, y no podrán alterarse, por ningún motivo, los artículos que sí fueron aprobados por la revisora.¹³

En este segundo análisis, si la cámara de origen aprueba las modificaciones realizadas por la cámara revisora, el proyecto modificado se remite al Ejecutivo Federal, pero si no fueren aprobados, es decir, si se desechan las adiciones o reformas hechas por la revisora, la cámara de origen devuelve la minuta a la revisora para que ésta tome en cuenta las consideraciones que se hicieron respecto de dichas modificaciones.

Es importante tener en cuenta que el procedimiento legislativo mexicano es un procedimiento rígido, por lo que en el supuesto del inciso e), cuando la cámara revisora modifica el proyecto, lo devuelve a la de origen, y ésta desecha los cambios, la cámara de origen no puede proponer a la revisora una tercera redacción, es decir, puede

¹³ Dentro del proceso legislativo en congresos bicamarales el tema de la resolución de diferencias entre las colegisladoras es de vital importancia. Tsebelis y Money proponen en su obra *Bicameralism*, una clasificación de los métodos vigentes para resolver las diferencias en las cámaras a la hora de legislar. Según los autores, existen diversos sistemas para lograr acuerdos, siendo los más utilizados el *navette* o navegación entre ellas, el de Comité o Comisión de Conferencia, el de sesión conjunta, el de asignar a una de las cámaras el poder de la decisión terminal y el de llamar a nuevas elecciones legislativas. Los dos primeros son los más usuales. El del *navette* o navegación, de origen francés, y que es el más socorrido en los congresos modernos, es el que adoptó México en el inciso e) del artículo 72 constitucional y consiste en que el proyecto de ley o reforma va y viene (navega) en varias ocasiones entre las cámaras hasta que hay acuerdo. El de Comité o Comisión de Conferencia es el aplicado por el congreso norteamericano, en el que el proyecto legislativo recorre su camino por ambas cámaras simultánea o sucesivamente pero las diferencias se resuelven en una reunión de legisladores delegados de los dos cuerpos hasta que arriban a una única versión del texto que luego regresa a los respectivos plenos. Los otros tres métodos son verdaderamente excepcionales. TSEBELIS, George y Jannette MONEY, *Bicameralism*, Cambridge University Press, Reino Unido, 1997, pp. 54 y ss.

insistir enviando de nuevo el proyecto a la revisora pero con la redacción que originalmente había aprobado.

Ahora bien, la cámara revisora, en el segundo análisis, también se concretará a las modificaciones y el resto del proyecto permanecerá intocado toda vez que ya fue aprobado por ambas cámaras.

En la segunda vuelta, la cámara revisora puede, a su vez, aprobar las observaciones de la cámara de origen, hecho lo cual el proyecto se remite al Ejecutivo Federal, pero también puede desecharlas e insistir en las modificaciones que aprobó la primera ocasión, sin variarlas en forma alguna. Si la cámara revisora insiste en las modificaciones o adiciones, todo el proyecto no podrá volver a presentarse sino hasta el siguiente periodo de sesiones, a menos que ambas cámaras acuerden que se expida la ley o decreto sólo en los artículos aprobados dejando pendiente el examen y la aprobación los artículos desechados, modificados o adicionados.

En cada análisis de los supuestos previstos en los incisos d) y e) antes mencionados, la minuta respectiva se turna a la comisión que originalmente dictaminó el proyecto, es decir, a la comisión que conoció de la iniciativa presentada.

Vale la pena explorar un poco hasta qué punto una iniciativa puede ser modificada en la fase de discusión. Si bien las iniciativas van acompañadas de una exposición de motivos, ésta no es plenamente vinculante para las comisiones al momento de elaborar el dictamen, sino que solamente la iniciativa como tal es un documento que sirve de base para definir la materia y el objeto que al final del propio procedimiento legislativo se convertirá en el texto legal y que centra el debate parlamentario respecto de una propuesta determinada. De ahí que las comisiones dictaminadoras pueden adicionar o modificar la iniciativa acatando el único límite de la materia fijada por la misma y pueden atender otros temas que se encuentren íntimamente vinculados con el proyecto presentado aun cuando éste no los observe.

Ello es así, dado que el texto constitucional en ninguna de sus disposiciones limita o prohíbe al Congreso de la Unión que, en ejercicio de la potestad legislativa, modifique o cambie las razones que dieron origen a una iniciativa. Muy por el contrario, la verdadera función de legislar radica en esa posibilidad de modificar los proyectos de ley con la única salvedad de observar siempre que la norma producida acate los preceptos de la propia Constitución.

Por ello, debe afirmarse que la potestad legislativa es soberana; los legisladores pueden aprobar, rechazar, modificar o adicionar el proyecto de ley o decreto propuesto en la iniciativa con independencia de que actúen como Cámara de origen o como Cámara revisora y pueden diferir y apartarse de las razones o motivos considerados en la iniciativa formulando una propuesta distinta o, incluso contraria a la expresada en la misma.

En esta fase de discusión, incluso puede el legislador abordar un ordenamiento diverso que se encuentre vinculado con la iniciativa objeto del dictamen. Pongamos un ejemplo: si una iniciativa propone reformar una disposición de la Ley del Impuesto sobre la Renta, pero al elaborar el dictamen la Comisión se percata de que esa modificación crea una antinomia con una disposición del Código Fiscal de la Federación puede o bien, desechar la iniciativa o bien, en el mismo dictamen, reformar también el Código a fin de que exista plena congruencia entre ambas disposiciones; o bien, si se adiciona un párrafo a un artículo determinado y resulta que en otra ley distinta hay una referencia o correlación a los párrafos que subsecuentemente se ven afectados por la dicha reforma, entonces es válido hacer la corrección necesaria.

Otro caso es cuando se propone la creación de una nueva Ley y la Comisión considera que no es necesario expedir un nuevo ordenamiento sino que debe retomarse la propuesta como un capítulo o apartado de una Ley ya existente, entonces mediante el dictamen correspondiente puede efectuarse la reforma que se considere apropiada a la Ley que ya existe sin necesidad de una nueva iniciativa.

Tratándose de las materias que la Constitución reserva para ser discutidas en primera instancia por la Cámara de Diputados (empréstitos, contribuciones o impuestos y reclutamiento de tropas), la Cámara revisora tiene, en igualdad de condiciones a la de origen, la facultad conferida para legislar libremente, dado que la propia norma constitucional les permite una actuación con total autonomía y en un plano de igualdad. Ello es así dado que solamente se restringe la discusión inicial en la Cámara de Diputados pero de ninguna manera se expresa que el Senado se encuentre restringido a ser un simple aprobador o desechador del proyecto en cuestión.

El propio artículo 73 Constitucional establece las materias respecto de las cuales el Congreso de la Unión tiene facultades, siendo que

las materias reservadas para su discusión inicial por la Cámara de Diputados se encuentran previstas en las fracciones VII, VIII, XII, XIV, XXIX. Dado que el Congreso de la Unión está integrado por dos cámaras, y siendo que ni el artículo 72 ni el 73 hacen distinción sobre su potestad legislativa, debe entenderse que el Senado de la República en su carácter de Cámara revisora puede modificar, adicionar o rechazar las minutas que le envíe la de Diputados aun cuando se trate de las materias a que se ha hecho referencia, pues no existe precepto alguno que la limite en el ejercicio de sus facultades legislativas.

A mayor abundamiento, el primer párrafo del artículo 72 señala que las facultades de las cámaras en el procedimiento legislativo se ejercen de manera separada y sucesiva, por lo que cada Cámara actúa de forma completamente autónoma una de la otra y en caso contrario, de interpretarse que no puede introducir cambio alguno a las minutas que en las materias de mérito le remita la Cámara de Diputados, se harían nugatorias las facultades del Senado como Cámara revisora.

El procedimiento legislativo regulado en nuestro sistema jurídico no especifica plazos o términos para cada una de las fases, pero la Constitución señala en el inciso i) del artículo 72 que las iniciativas de leyes o decretos se discutirán preferentemente en la cámara en que se presenten, a menos de que transcurra un mes desde que pasen a la comisión dictaminadora sin que ésta rinda dictamen, y dado el caso, el proyecto podrá presentarse y discutirse en la otra cámara.

No obstante, el precepto constitucional no obliga a las comisiones a presentar el dictamen dentro del mes que se prescribe. La falta de plazo provoca que el procedimiento legislativo, en la gran mayoría de los casos sea muy prolongado.

Por su parte, la Ley Orgánica, para el caso de la Cámara de Senadores, establece un plazo de 20 días hábiles para que la comisión rinda el dictamen correspondiente, transcurrido el cual puede emitir una excitativa para que dictamine sobre determinado asunto dentro de un plazo de diez días. Si transcurre este nuevo plazo y no hay dictamen sin que medie causa justificada, entonces, el proponente puede solicitar que el asunto se turne a otra comisión.

Por lo que se refiere a la Cámara de Diputados, la Ley Orgánica no especifica un plazo para la emisión del dictamen, por lo que se puede aplicar supletoriamente el artículo 60 que regula el funcionamiento de la Cámara de Senadores.

Por otra parte, ¿qué sucede si el dictamen que aprueba el Pleno es presentado por una Comisión distinta a la que la iniciativa fue turnada? Si bien podría alegarse que existe una irregularidad en el procedimiento legislativo, la propia Constitución, la Ley Orgánica y el reglamento no contemplan dicha hipótesis, por lo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado que tal situación queda subsanada en el momento en el que el Pleno de la Cámara de que se trate aprueba el dictamen y ha sentado jurisprudencia en este sentido:

VIOLACIONES DE CARÁCTER FORMAL EN EL PROCESO LEGISLATIVO. SON IRRELEVANTES SI NO TRASCIENDEN DE MANERA FUNDAMENTAL A LA NORMA. Dentro del procedimiento legislativo pueden darse violaciones de carácter formal que trascienden de manera fundamental a la norma misma, de tal manera que provoquen su invalidez o inconstitucionalidad y violaciones de la misma naturaleza que no trascienden al contenido mismo de la norma y, por ende, no afectan su validez. Lo primero sucede, por ejemplo, cuando una norma se aprueba sin el quórum necesario o sin el número de votos requeridos por la ley, en cuyo caso la violación formal trascendería de modo fundamental, provocando su invalidez. En cambio cuando, por ejemplo, las comisiones no siguieron el trámite para el estudio de las iniciativas, no se hayan remitido los debates que la hubieran provocado, o la iniciativa no fue dictaminada por la comisión a la que le correspondía su estudio, sino por otra, ello carece de relevancia jurídica si se cumple con el fin último buscado por la iniciativa, esto es, que haya sido aprobada por el Pleno del órgano legislativo y publicada oficialmente. En este supuesto los vicios cometidos no trascienden de modo fundamental a la norma con la que culminó el procedimiento legislativo, pues este tipo de requisitos tiende a facilitar el análisis, discusión y aprobación de los proyectos de ley por el Pleno del Congreso, por lo que si éste aprueba la ley, cumpliéndose con las formalidades trascendentes para ello, su determinación no podrá verse alterada por irregularidades de carácter secundario.

Novena época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. XIV, agosto de 2001, p. 438. Tesis: P./J. 94/2001. Jurisprudencia.

Acción de inconstitucionalidad 25/2001. Diputados integrantes de la Quincuagésima Séptima Legislatura del Estado de Hidalgo. 7 de agosto de 2001. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente:

Mariano Azuela Güitrón. Secretarios: Pedro Alberto Nava Malagón y Martín Adolfo Santos Pérez.

PROCESO LEGISLATIVO. LOS VICIOS DERIVADOS DEL TRABAJO DE LAS COMISIONES ENCARGADAS DEL DICTAMEN SON SUSCEPTIBLES DE PURGARSE POR EL CONGRESO RESPECTIVO. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las constituciones locales establecen, en relación con los procesos legislativos, dos etapas: la primera corre a cargo de una Comisión que después de estudiar el tema correspondiente, formula un dictamen, y la segunda corresponde al Pleno de la Cámara o del Congreso, que sobre la base del dictamen delibera y decide. El trabajo parlamentario en cada una de dichas etapas tiene finalidades concretas, pues la Comisión analiza la iniciativa de ley y formula una propuesta para ser presentada mediante el dictamen correspondiente al Pleno, y éste tiene como función principal discutir la iniciativa partiendo del dictamen y tomar la decisión que en derecho corresponda, de manera que dicho sistema cumple una imprescindible función legitimadora de la ley, en razón de los mecanismos y etapas que lo integran. En ese tenor, la posible violación al proceso legislativo en el trabajo de la Comisión, que es básicamente preparatorio, puede purgarse por la actuación posterior del Congreso respectivo, que es al que le corresponde la facultad decisoria.

Novena época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. XX, diciembre de 2004, p. 1111. Tesis: P./J. 117/2004. Jurisprudencia.

Acción de inconstitucionalidad 25/2002. Diputados integrantes de la Quincuagésima Tercera Legislatura del Congreso del Estado de Querétaro. 31 de agosto de 2004. Unanimidad de diez votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretarios: Javier Arnaud Viñas y Marat Paredes Montiel.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy veintidós de noviembre en curso, aprobó, con el número 117/2004, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a veintidós de noviembre de dos mil cuatro.

En la fase de discusión, el procedimiento legislativo presenta diversas lagunas que se traducen en deficiencias. Por ejemplo, si la cámara de origen aprueba y remite el proyecto a la revisora, ésta no resuelve y “congela” el asunto, puede decirse que se está ante un veto interno pero no hay norma que la obligue a resolver de una u otra manera y el asunto en cuestión puede quedarse estancado años, literalmente hablando. Por ello, como una solución al veto interno, en tratándose de minutas que han sido aprobadas por una de las cámaras

debería estipularse la afirmativa ficta, es decir, si la cámara revisora no resuelve en un plazo determinado que podría ser en el siguiente periodo ordinario, el asunto se entiende por aprobado y la cámara de origen puede remitir el decreto al Ejecutivo Federal.

Tampoco se dispone alguna consecuencia para el caso de que una iniciativa no se dictamine, la Constitución solamente establece que si el dictamen no se presenta dentro de un mes, el proyecto puede ser presentado en la otra cámara, pero no se establece sanción alguna por no resolver y queda la interrogante de qué sucede tratándose de las materias que se reservan para su discusión inicial en la Cámara de Diputados, a mi parecer, en este caso, el asunto aun cuando se volviera a presentar en la otra cámara volvería a quedar sin resolver o se acumularía a los asuntos pendientes, dado que en cumplimiento del propio inciso h) se turnaría de nuevo a la Cámara de Diputados.

Si bien el artículo 91 del Reglamento señala el supuesto de que cuando alguna Comisión juzgue necesario demorar o suspender el despacho de algún negocio lo manifestará a la cámara en sesión secreta, en la práctica sólo se hace una comunicación en términos sencillos y generales. Por otra parte, aplicar la disposición en los términos en los que está redactada tiene varias dificultades ya que no se especifica si debe recaer una resolución del Pleno a la comunicación realizada por la Comisión; si por este simple aviso, la demora en resolver el asunto queda autorizada; ni por cuánto tiempo puede dejar de resolver, si es indefinido o sólo se trata de una prórroga, entre otros.

Indudablemente que al no haber reglamentación se fomenta el rezago legislativo, la falta de plazos deja al libre arbitrio de las Comisiones cuándo deberá abordarse un asunto y, a la vez, les permite no abordarlo y dejarlo pendiente indefinidamente.

Para evitar el rezago legislativo y conminar a las comisiones a producir el dictamen, sería recomendable una reforma constitucional a fin de que si en un plazo determinado, que puede ser de uno o dos meses, la Comisión o comisiones responsables no emiten el dictamen la iniciativa se considera aprobada y pasa para su discusión inmediatamente al Pleno; es decir, operaría la afirmativa ficta y sería un mecanismo que permitirá efficientar el trabajo en comisiones.

Otro aspecto que no se reglamenta es un procedimiento sumario para depurar asuntos que son notoriamente improcedentes ya sea por que son violatorios de la Constitución o simplemente, son producto

de una coyuntura política del momento pero que su improcedencia es notoria. Para estos casos, valdría la pena establecer un procedimiento más sencillo que permita desechar los asuntos rápidamente y, que a la vez, sirve como un instrumento que evite la acumulación de mayor rezago legislativo, o bien para asuntos que no tienen la importancia de una ley como lo son las proposiciones con puntos de acuerdo en las que, una vez aprobado el dictamen por la Comisión directamente pasen al Ejecutivo Federal o se tengan por desechados, según sea el caso, sin tener que pasar a su discusión y aprobación en el Pleno.

Igualmente, en otros negocios que en la jerga parlamentaria se les conoce como "corcholatazos", como los relativos al permiso para prestar servicios en representaciones diplomáticas del extranjero o usar condecoraciones, por ejemplo, lo idóneo sería reformar el artículo 37 constitucional, pero si ello no ocurriera, para este tipo de asuntos igual debiera aplicarse un procedimiento más sencillo.

III. APROBACIÓN

La aprobación es la fase del procedimiento legislativo en la que un proyecto de ley es aceptado por las cámaras, y dicha aprobación puede ser parcial o total.

La aprobación se da inmediatamente después de concluida la discusión en cada una de las cámaras, cuando el dictamen respectivo se somete a la votación correspondiente.

En el procedimiento legislativo ordinario, por regla general, para que un proyecto de ley o decreto sea aprobado se requiere una votación de mayoría absoluta de los miembros presentes, además de que las votaciones de ley o decreto siempre serán nominales.

La mayoría en una votación es la adhesión del mayor número a una determinada proposición. Puede ser absoluta, cuando el número sobrepasa al de la mitad de los votantes, o relativa cuando el número es inferior a esa cifra pero superior al de los votos emitidos a favor de cualquiera de las otras proposiciones sometidas a la misma votación.¹⁴

¹⁴ HERRERA Y LASSO, Manuel, *Estudios políticos y constitucionales*. Recopilación de Raquel Herrera y Lasso y Jaime del Arrenal Fenochio, México, Escuela Libre de Derecho, 1986, p. 145.

Es importante aclarar que para considerar la mayoría absoluta ésta se refiere a la mitad más uno de los presentes y no del total de integrantes de la Cámara, en otras palabras, para que la Cámara pueda sesionar se requiere un quórum de la mitad más uno, y la mayoría absoluta es respecto del número de legisladores que integra el quórum. Por ejemplo, si el quórum en la Cámara de Diputados es de 251 legisladores, para que haya mayoría absoluta se necesitan 126 votos. En el caso del Senado, el quórum se integra con 65 senadores y la mayoría absoluta implica 33 votos, es decir, en ambas cámaras se requiere de un voto más de la cuarta parte del total de diputados y senadores, respectivamente.

La propia Constitución establece, de forma expresa, los casos en los que se requiere una mayoría calificada, entendiendo por ésta al número mínimo de votos que en determinados supuestos se requieren para considerar la aprobación y que expresamente está señalado en el precepto normativo correspondiente, siendo los siguientes:

- a) Para la elección de los Consejeros Presidente y electorales del Consejo General del IFE, se requieren dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Diputados o en sus recesos de la Comisión Permanente (artículo 41, segundo párrafo, fracción III).
- b) Para superar el veto del Ejecutivo, son necesarias dos terceras partes del número total de votos en ambas cámaras (artículo 72, inciso c).
- c) Para la erección de un nuevo Estado dentro de los límites de los existentes, se requieren dos terceras partes de los diputados y senadores presentes en sus respectivas cámaras (artículo 73, fracción III, numeral 5).
- d) Para el nombramiento de Gobernador provisional cuando se ha declarado la desaparición de poderes de un Estado, son necesarias dos terceras partes de los miembros presentes del Senado (artículo 76, fracción V).
- e) Para la convocatoria para sesiones extraordinarias del Congreso o de alguna de sus Cámaras, se requieren dos terceras partes de los presentes de la Comisión Permanente. (artículo 78, fracción IV).
- f) Para el nombramiento y remoción del titular de la entidad de fiscalización de la Federación, son necesarias dos terceras

partes de los miembros presentes de la Cámara de Diputados (artículo 79, fracción IV, segundo párrafo).

- g) Para la integración de comisiones investigadoras, se necesita el 25% votos del total de diputados y 50% del total de senadores (artículo 93, último párrafo), aunque este caso no es absoluto.
- h) Para la designación de ministros de la Suprema Corte de Justicia, debe reunirse una votación de dos terceras partes de los miembros presentes del Senado (artículo 96).
- i) Para la elección de magistrados electorales de la Sala Superior y de las Salas regionales del Tribunal Federal Electoral, se requieren dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores o de la Comisión Permanente (artículo 99, octavo párrafo).
- j) Para la designación del Presidente y Consejeros del Consejo Consultivo de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, son necesarias dos terceras partes de los presentes de la Cámara de Senadores o, en sus recesos por la Comisión Permanente (artículo 102, apartado B).
- k) Para emitir la Resolución de la Cámara de Senadores erigida como jurado de sentencia en juicio político, se requieren dos terceras partes de los miembros presentes (artículo 110).
- l) Para llevar a cabo las reformas a la Constitución son necesarias dos terceras partes de los individuos presentes en ambas cámaras (artículo 136).

Ahora bien, también será necesaria la mayoría calificada cuando así lo exija expresamente alguna disposición contenida en una ley ordinaria, por lo que, fuera de dichos casos, la aprobación se hace por mayoría absoluta. Tal es el caso de la aprobación de los vocales de la Junta de Gobierno del Instituto para la Protección al Ahorro Bancario, cuyo requisito es de dos terceras partes de los miembros de la Cámara de Senadores.¹⁵

En nuestro sistema existen tres clases de votaciones, nominales, económicas y por cédula.

¹⁵ Artículo 75 de la Ley de Protección al Ahorro Bancario, *Diario Oficial de la Federación*, 19 de enero de 1999.

Por su parte, el Reglamento señala los casos en que las votaciones deban darse de forma económica, es decir, no son nominales, sino que se define cuando la mayoría de los presentes en la asamblea se manifiestan a favor de una propuesta simplemente levantando la mano o poniéndose de pie, como la decisión de dispensar la lectura de algún asunto, la aprobación de proposiciones distintas a iniciativas de ley o decreto, la aprobación del orden del día, entre otros, o bien, por cédula.

Es menester aclarar que la fase de la aprobación se refiere a la aprobación que se realiza en el Pleno de la Cámara y no de la Comisión que elabora el dictamen.

IV. SANCIÓN

La sanción es la aceptación que hace el Poder Ejecutivo respecto de un proyecto de Ley o Decreto aprobado por el Congreso.

La sanción es una fase que implica el control del gobierno sobre la ley aprobada por el parlamento o congreso, que tiene su antecedente más remoto en el *royal assent* –sanción y promulgación– proveniente desde el medioevo inglés.

El inciso a) del artículo 72 constitucional expresa que aprobado un proyecto en la Cámara de su origen pasará para su discusión a la otra y si ésta lo aprueba, pasará al Ejecutivo, quien, si no tuviese observaciones que hacer lo publicará inmediatamente; por lo que propiamente hablando, en nuestro sistema constitucional el Ejecutivo no sanciona o, mejor dicho, no emite un acto que implique la sanción de la ley o decreto, sino que se ha interpretado que el acto por medio del cual lo manda publicar es la sanción.

De ahí que se sustente que cuando dicha sanción es negada se habla del derecho de veto que tiene el titular del Poder Ejecutivo, dicho en otras palabras, si el Presidente de la República formula observaciones a un proyecto aprobado por el Congreso ejerce su derecho de veto.

La institución del veto ha sido creada con la finalidad de lograr un equilibrio entre los poderes Ejecutivo y Legislativo, se ha expresado que tal facultad del Ejecutivo es un instrumento que lo capacita para defenderse de las agresiones de las cámaras y en un momento determinado puede funcionar como un arma constitucional frente a los actos del Legislativo.

El veto puede adquirir una nueva dimensión funcional como un instrumento eficaz de control, convirtiéndose en uno de los más complejos instrumentos de control que involucra tanto al Congreso, como al Presidente,¹⁶ pero además posee una utilidad suplementaria, ya que no es solamente un escudo del Ejecutivo, sino que proporciona una garantía más contra la expedición de leyes indebidas.

De actualizarse la hipótesis del veto, el proyecto regresa a la Cámara de origen para un nuevo análisis, requiriéndose para superarlo una mayoría calificada de dos terceras partes de los miembros presentes en cada una de las Cámaras.

Por su parte, el Poder Ejecutivo cuenta con un plazo de 10 días útiles para presentar sus observaciones, a menos que corriendo dicho término hubiere el Congreso cerrado o suspendido sus sesiones, caso en el cual deberá ser devuelto el proyecto con sus observaciones el primer día útil en que el Congreso esté reunido (incisos a y b del artículo 72 constitucional).

El veto es uno de los controles que en el sistema de pesos y contrapesos le ha sido otorgado al Ejecutivo Federal ya que mediante su interposición puede anularse la labor legislativa en un determinado asunto.

En la actualidad, el veto es una herramienta que ha cobrado importancia y que ha sido ejercido en los últimos años derivado del cambio en la composición de las fuerzas políticas representadas en el Congreso.

En relación con la facultad de veto, mucho se ha discutido su procedencia respecto de resoluciones relacionadas con facultades exclusivas de cada una de las cámaras, encontrando dos posturas antagónicas. Una de ellas se pronuncia a favor y la otra en contra.

Herrera y Lasso, al analizar este tema, concluye que ante las facultades exclusivas de las cámaras resulta evidente la imposibilidad técnica del veto, ya que el artículo 72 constitucional, en su párrafo inicial excluye expresamente al veto de las resoluciones exclusivas dado que solamente regula la formación de leyes y decretos del Congreso.¹⁷

¹⁶ VALADÉS, Diego, *El control del poder*, México, UNAM, 1998, pp. 302 y 374.

¹⁷ HERRERA Y LASSO, *op. cit.*, pp. 144, 145.

Este criterio es compartido por varios tratadistas mexicanos como lo son Tena Ramírez, Jorge Carpizo y Elisur Arteaga, quienes sostienen que no es posible ejercer el veto sobre resoluciones exclusivas de cada una de las cámaras, ni de resoluciones del Congreso como asamblea única, ni de la Comisión Permanente, por no ser resoluciones del Congreso en los términos que expresa el artículo 72, inciso b), de la Constitución Política, sino simplemente sólo son susceptibles de ser objetados mediante el veto los actos del Congreso de la Unión cuando actúa como legislador ordinario.

En el artículo 72, inciso j, se expresa que el Ejecutivo Federal no podrá hacer observaciones a las resoluciones del Congreso o de alguna de las cámaras cuando ejerzan funciones de cuerpo electoral o de jurado, o cuando la Cámara de Diputados declare que debe acusarse a uno de los altos funcionarios de la federación por delitos oficiales ni al decreto de convocatoria a sesiones extraordinarias que expida la Comisión Permanente; pero éstos no sólo son los únicos supuestos en los que no procede el veto, ya que el artículo 70 menciona que la Ley orgánica del Congreso no podrá ser vetada ni necesitará de promulgación del Ejecutivo Federal para tener vigencia.

La discusión anterior ha tomado importancia en nuestro país en época reciente, derivado de las observaciones presentadas por el Ejecutivo Federal al Decreto de Presupuesto de Egresos de la Federación del ejercicio de 2005 y respecto de tales observaciones la Cámara de Diputados interpuso controversia constitucional ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Desafortunadamente, la resolución emitida por la Suprema Corte no resolvió la interpretación que debe darse al texto constitucional al no sentar jurisprudencia, pero en su momento determinó que la Cámara de Diputados debía dictaminar las observaciones presentadas por el Ejecutivo Federal y someter el dictamen respectivo a votación conforme las normas que rigen el procedimiento legislativo.

Aunado a ello, en tratándose del veto, la norma constitucional deja varias interrogantes sin resolver. Por un lado no se define si procede el veto cuando se trata de resoluciones emitidas por una sola de las cámaras en ejercicio de sus facultades exclusivas, igualmente, cuando el Congreso está en sesiones y el proyecto debe ser devuelto el primer día útil en que vuelva a reunirse, no se especifica si se

trata sólo de periodo ordinario o si es posible tratándose de periodo extraordinario.

Ello porque la propia Constitución establece en su artículo 67 que en periodo extraordinario sólo se ocupará de los asuntos que se expresan en la convocatoria respectiva y puede darse el caso de que la mencionada convocatoria no contenga el asunto objeto de veto.

Ahora bien, tampoco se dispone qué sucede si reunido nuevamente el Congreso y pasado el primer día útil el Presidente no publica la Ley, no hay posibilidad de ordenar la publicación y solamente queda esperar que al Ejecutivo le dé la gana cumplir con tal obligación.

El texto constitucional también es confuso si se permite o no el veto parcial, si el Ejecutivo Federal sólo observa una parte del proyecto, ¿puede publicar la que no fue observada o debe devolver todo? En la práctica se devuelve el proyecto completo, aun cuando la deliberación de las cámaras sólo se concrete a las observaciones presentadas.

De ahí que sería conveniente una adecuación constitucional para atender estas y otras interrogantes.

Existen, además, otros dos medios de control que tiene el Ejecutivo Federal para interferir con la expedición de una ley que le es inconveniente, que son la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad. Ambos medios de impugnación se presentan ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación y, de acuerdo con la sentencia que al efecto se emita, se determinará si la ley habrá o no de aplicarse y, si en dado caso, el Congreso tiene la obligación de modificar la ley expedida.

Sobre este punto, cabe mencionar que en tratándose de leyes que han sido observadas por parte del Ejecutivo Federal, en las que el Congreso de la Unión ha superado el veto correspondiente, no debe haber posibilidad de que, posteriormente, el Ejecutivo Federal, interponga una controversia constitucional, pues en este supuesto, sería el propio Ejecutivo Federal el que, haciendo uso de un mecanismo de control que pudiera tornarse exacerbado, nulifique totalmente la labor del Congreso, rompiendo el sano sistema de pesos y contrapesos que debe prevalecer en un Estado de derecho.

En consecuencia, sería conveniente realizar una reforma a la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

V. PROMULGACIÓN

La promulgación es el reconocimiento formal o solemne que el titular del Ejecutivo Federal realiza respecto de la ley o del decreto aprobado y sancionado y, por tanto debe de ser obedecida, es decir, le dota de la fuerza obligatoria necesaria para que sea cumplida y, al mismo tiempo, ordena su publicación.

Consecuentemente, se ha sustentado que para que la ley tenga obligatoriedad, entendida ésta como una propiedad indispensable de la ley, es precisa su aplicación a aquellos individuos para quienes se prescribe, aplicación que se da por el mero hecho de ponerla en conocimiento de dichos individuos, es decir, mediante el acto de promulgación.¹⁸

En el lenguaje jurídico suele decirse que con la promulgación la ley se hace ejecutoria en el sentido de que surge la obligación para todos los servidores públicos de observarla y hacerla cumplir, además de que por virtud de dicho acto, el Ejecutivo interpone su autoridad para que la ley se tenga por disposición obligatoria y la da a conocer a quienes deban cumplirla.¹⁹

Ahora, ¿qué sucede si el Presidente no promulga? Para responder a esto, es menester mencionar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado los términos de promulgación y publicación como sinónimos, sin embargo, esto no es del todo correcto ya que son dos actos distintos jurídicamente hablando y el hecho de que exista la práctica de no promulgar adecuadamente no quiere decir que ello sea correcto.

En fecha reciente, el único caso en que el Ejecutivo Federal ha expedido un verdadero decreto promulgatorio se registra el 20 de diciembre de 2004, cuando promulgó el Presupuesto de Egresos de la Federación para el ejercicio fiscal de 2005 y que posteriormente fue objeto de una controversia constitucional, en el cual expresó las razones y motivos de la promulgación.

¹⁸ AQUINO, Santo Tomás DE, "La Ley", Barcelona, Labor, 1935, p. 25, citado en FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *op. cit.*, p. 438.

¹⁹ BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *op. cit.*, p. 398. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 42a. ed., México, Porrúa, 1991, p. 61.

Supongamos el caso en que el Presidente publica una ley sin la fórmula de la promulgación, en este caso, ¿la ley carece de fuerza obligatoria?

El criterio emitido sobre la promulgación constata que no hay obligación de cumplir una ley no promulgada, pero si el término se utiliza como sinónimo de publicación pudiera entenderse que aplica para que los particulares tengan la posibilidad de conocer la norma. No obstante, tal criterio a la letra dice:

LEYES NO PROMULGADAS. No hay obligación de cumplir las prevenciones de una ley o reglamento no promulgados.

Quinta época, t. VI, p. 871. Landa y Escandón, Guillermo de, t. X, p. 640. Guerra, Higinio, t. XIII, p. 448. "Hijas de Remus", Sucesoras, t. XVI, p. 262. Baranda, Esther, t. XVI, p. 336. Aguilar, José Guadalupe y Coags. Tesis jurisprudencial núm. 123, Apéndice 1917-1975, Octava Parte, p. 216.

De ahí que el Ejecutivo Federal, en cumplimiento a la obligación de promulgar, debiera hacerlo debidamente en todos los casos expidiendo el decreto promulgatorio correspondiente.

En nuestro sistema jurídico, cuando se expide una ley y se publica en el *Diario Oficial de la Federación*, al inicio y al final del documento se publica un texto que obedece a la promulgación y al refrendo, que, por lo general, se encuentra redactado en los siguientes términos:

"Al margen un sello con el Escudo Nacional, que dice: Estados Unidos Mexicanos. Presidencia de la República.

(Nombre), Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, a sus habitantes sabed:

Que el Honorable Congreso de la Unión, se ha servido dirigirme el siguiente

DECRETO

EL CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DECRETA:"

"En cumplimiento de lo dispuesto por la fracción I del Artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y para su debida publicación y observancia, expido el presente Decreto en (lugar, que puede ser la Residencia del Poder Ejecutivo Federal o Palacio Nacional), en la

Ciudad de México, Distrito Federal, a (fecha). (Nombre del Presidente de la República). Rúbrica. El Secretario de Gobernación (Nombre del Secretario). Rúbrica”.

VI. PUBLICACIÓN

La publicación es el acto por el cual, la ley aprobada y sancionada por el Ejecutivo se da a conocer a los destinatarios que estarán obligados a cumplirla y se realiza en el órgano oficial correspondiente.

Para el caso mexicano, la publicación se realiza en el *Diario Oficial de la Federación* que es el órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, de carácter permanente e interés público, cuya función consiste en publicar en el territorio nacional, las leyes, decretos, reglamentos, acuerdos, circulares, órdenes y demás actos, expedidos por los Poderes de la Federación en sus respectivos ámbitos de competencia, a fin de que éstos sean aplicados y observados debidamente.

La publicación es una de las etapas más importantes del procedimiento legislativo, dado que de ella depende que la ley pueda ser efectivamente aplicada, además de que por medio de ella se logra que las leyes sean conocidas por aquellos a quienes obligan, es decir, los particulares no están obligados a cumplir lo prevenido en disposiciones que no han sido publicadas, por lo que la publicación tiene los efectos de una verdadera notificación.

Una ley no puede iniciar su vigencia si no ha sido previamente publicada y la solemnidad de la publicación se encuentra implícita en la fórmula que debe encabezarla y que se encuentra prevista en el artículo 70 constitucional, por lo que no puede ser omitida ni sustituida por otra:

“EL CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DECRETA:

(texto de la ley o decreto)”

La publicación tiene ciertas características, como son, identificar al órgano que emite el documento; transcribir íntegro el texto de la

ley o decreto, incluyendo desde el título hasta las firmas de quienes actuaron como directivos de cada una de las cámaras; debe haber total coincidencia entre el texto enviado por el órgano legislativo y el publicado en el *Diario Oficial de la Federación* sin que haya alteración alguna entre ambos; en caso de divergencia entre los textos, se ha sostenido que mientras no haya una declaración de autoridad competente que reconozca tal circunstancia, debe tomarse como válido el texto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* y, por último, debe contener el refrendo del secretario responsable de la publicación del diario o periódico oficial.

En el caso de México, al momento de publicarse una ley o decreto, solamente se publica la parte relativa al Decreto o Ley propiamente dichos, es decir, el texto que corresponde a los artículos, disposiciones o normas, más no así el contenido del dictamen correspondiente. Sobre este punto, sería pertinente que también se publicara la parte considerativa de los dictámenes aprobados por las cámaras, dado que es en ellos donde radica la *ratio legis* o los motivos que tuvo el legislador para realizar tal o cual reforma o para expedir determinada ley, aunado a que esta medida obligará al legislador, de forma inmediata, a poner más cuidado en los argumentos que tiene para la toma de decisiones en el procedimiento legislativo mexicano.

Ahora bien, el inciso a) del artículo 72 constitucional señala que si el Ejecutivo Federal no tuviere observaciones que hacer a la ley o decreto aprobada por el Congreso, la publicará inmediatamente; por su parte, el artículo 89 fracción I, establece como una obligación del Presidente promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia. Pero en ninguna disposición se establece una sanción si el Presidente no cumple con su obligación de publicar habiendo expirado el plazo que tiene para presentar observaciones, es decir, si ejecuta lo que comúnmente se conoce como veto de bolsillo.

En algunos países, si el Presidente o el Jefe del Estado no publica la ley, puede hacerlo el Presidente del Congreso, como acontece en Bolivia, El Salvador, Nicaragua, Panamá, Uruguay. Esta medida puede ser oportuna como un medio de control sobre el Ejecutivo y evita una laguna ante el supuesto de que el Presidente no publique.

VII. ENTRADA EN VIGOR

La entrada en vigor o iniciación de vigencia tiene como principal característica que a partir de ella la fuerza imperativa de la ley por la cual sus órdenes o mandatos deben de ser obedecidos cobra vida en el mundo jurídico, de tal manera que de no ser observadas tales órdenes legales pueden ser aplicadas coactivamente; es decir, es el momento en el cual la ley debidamente publicada comienza a surtir efectos, o dicho en otras palabras, el carácter imperativo de la ley y su fuerza coactiva por medio de los que sus órdenes o mandatos deben de ser obedecidos o, en caso contrario, aplicados coactivamente, requieren necesariamente de que se conozca con toda precisión el momento a partir del cual adquiere fuerza de obligar, es decir, cuando se inicia el periodo de su vigencia.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 3o. del Código Civil Federal, las leyes, reglamentos, circulares o cualesquiera otras disposiciones de observancia general, obligan y surten sus efectos tres días después de su publicación en el periódico oficial.

En los lugares distintos del en que se publique el periódico oficial, para que las leyes, reglamentos, etc., se reputen publicados y sean obligatorios, se necesita que además del plazo que fija el párrafo anterior, transcurra un día más por cada cuarenta kilómetros de distancia o fracción que exceda de la mitad.

Y en el artículo 4o., señala que si la ley, reglamento, circular o disposición de observancia general, fija el día en que debe comenzar a regir, obliga desde ese día, con tal de que su publicación haya sido anterior.

En tal contexto, el Código Civil Federal dispone dos sistemas para la iniciación de la vigencia, el sincrónico y el sucesivo.

El sistema sincrónico es aquél conforme al cual la ley entra en vigor de manera simultánea en todo el territorio en donde será aplicada, a partir de la fecha exacta que señala el decreto que la promulga.

El sistema sucesivo, que dispone el artículo 3o. del Código Civil Federal, es aquél en el que, si la ley de que se trata no señala una fecha para entrar en vigor, la vigencia iniciará transcurridos tres días contados a partir de su publicación y un día más por cada cuarenta kilómetros de distancia o fracción que exceda de la mitad, entre el

lugar en que se hizo la publicación en el periódico oficial y el lugar en donde entrará en vigor.

En el sistema sucesivo, la *vacatio legis* no es uniforme, sino distinta para cada lugar, según la distancia geográfica en que se encuentre respecto del lugar en donde se publica el periódico oficial.

Ahora, dada la extensión del territorio mexicano, incluyendo las islas, la aplicación del sistema sucesivo da origen a problemas de difícil solución, bien lo reconocía el ilustre jurista mexicano Eduardo García Máynez, al preguntarse de qué manera ha de calcularse la distancia comprendida entre el lugar en que el *Diario Oficial de la Federación* se publica y aquél en que la disposición tiene que cumplirse, si bastaba con trazar una línea recta sobre el mapa o habría que tomar como base las vías de comunicación y, si este último fuera el caso, si hubiera varias vías de comunicación cuál era la que serviría para el cálculo de la distancia.

En mi opinión debe tomarse en consideración que las disposiciones del Código Civil Federal sobre la entrada en vigor de una ley datan desde la expedición del Código en 1928, época en la cual no existía el desarrollo tecnológico actual, y por tanto habría que tomar medidas necesarias para hacer llegar, materialmente hablando, el texto de la ley impreso en la publicación del *Diario Oficial de la Federación* a lugares remotos o alejados de la capital del país, situación que ha quedado completamente rebasada y que, por tanto, da como resultado que el sistema sucesivo no se aplique por sus diversos inconvenientes, el más importante de ellos, la falta de certeza y seguridad jurídicas para determinar el momento en que una ley ha entrado en vigor.

Sin embargo, aun cuando el Código Civil Federal establece reglas para la entrada en vigor de las leyes, el artículo 72 constitucional es omiso en el tema, por lo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sentado jurisprudencia en el sentido de que el legislador ordinario puede establecer libremente la entrada en vigor de la ley, aun cuando la norma comience a surtir efectos el mismo día de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*, y que a la letra reza lo siguiente:

LEYES. EL LEGISLADOR TIENE FACULTAD PARA FIJAR EL DÍA EN QUE INICIA SU VIGENCIA, PUDIENDO SER, INCLUSO, EL DÍA DE SU PUBLICACIÓN.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en sus artículos 71 y 72, señala a quiénes compete el derecho de emitir leyes y el procedimiento que se sigue para su formación, pero no prevé regla alguna sobre el momento en que deban iniciar su vigencia, por lo que es incuestionable que esta materia puede ser regulada libremente por el legislador ordinario. En consecuencia, el hecho de que una ley haya entrado en vigor el mismo día de su promulgación, no vulnera disposición constitucional alguna, pues debe tomarse en consideración que la promulgación de una ley, no es otra cosa que su publicación formal, esto es, su finalidad consiste en lograr que las leyes sean conocidas por aquellos a quienes obligan y, naturalmente, los particulares no están obligados a cumplir lo prevenido en disposiciones que no han sido publicadas, por ende, el legislador ordinario cuenta con la libertad para establecer el momento en que inicia la vigencia de una ley, al no existir disposiciones constitucionales que le impidan establecer que el ordenamiento jurídico estará vigente a partir del día de su publicación oficial, aun cuando lo deseable es que una ley sea conocida por todos sus destinatarios antes de que cobre vigencia.

Amparo en revisión 241/2002. Ricardo García de Quevedo Ponce. 31 de octubre de 2002. Mayoría de ocho votos. Ausentes: Genaro David Góngora Pimentel y José Vicente Aguinaco Alemán. Disidente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretarías: Guadalupe Margarita Ortiz Blanco y Lourdes Margarita García Galicia.

Amparo en revisión 297/2002. Fernando Perfecto Cruz. 31 de octubre de 2002. Mayoría de ocho votos. Ausentes: Genaro David Góngora Pimentel y José Vicente Aguinaco Alemán. Disidente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretarías: Guadalupe Margarita Ortiz Blanco y Lourdes Margarita García Galicia.

Amparo en revisión 442/2002. Luis Ángel Villa Piñera. 31 de octubre de 2002. Mayoría de ocho votos. Ausentes: Genaro David Góngora Pimentel y José Vicente Aguinaco Alemán. Disidente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretarías: Guadalupe Margarita Ortiz Blanco y Lourdes Margarita García Galicia.

Amparo en revisión 713/2002. Televisión Azteca, S. A. de C. V. 5 de agosto de 2003. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: José Vicente Aguinaco Alemán y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretaria: Alma Delia Aguilar Chávez Nava.

Amparo en revisión 261/2003. Lend Lease México, S. A. de C. V. y coag. 5 de agosto de 2003. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: José Vicente Aguinaco Alemán y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretaria: Maura Angélica Sanabria Martínez.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy veintiocho de agosto en curso, aprobó, con el número 50/2003, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de agosto de dos mil tres.

Registro núm. 183261. Localización: Novena época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XVIII, septiembre de 2003, p. 29. Tesis: P./J. 50/2003. Jurisprudencia. Materia(s): Constitucional.

Ahora bien, el plazo existente entre la publicación de la ley y su entrada en vigor se denomina *vacatio legis*, y ésta variará dependiendo del sistema de iniciación de vigencia que señale la propia ley.

Lo recomendable es que la *vacatio legis* no sea demasiado breve para que los destinatarios cuenten con un plazo suficiente para conocerla y adaptarse a las nuevas disposiciones. Si bien esta recomendación no se aplica como una regla general, en la práctica, bajo ciertas circunstancias sí es observada por el legislador al conceder, en algunos casos, un plazo prudente para cuando debe expedirse regulación y normatividad secundarias o la instrumentación de nuevos procedimientos que hagan posible una adecuada aplicación de la ley.

Normalmente, en el capítulo relativo a "artículos transitorios" es en donde el legislador señala expresamente el día o el momento inicial en que la ley entrará en vigor.

En relación con el periodo de vigencia, la ley o la norma puede tener un carácter permanente en cuanto rige o tiene fuerza imperativa a partir del día de su vigencia y normalmente, por un tiempo indeterminado, hasta en tanto no pierda vigor por la expedición de una ley posterior que la abroge.

Excepcionalmente se expiden leyes *ad tempus*, las cuales señalan, desde el momento de su promulgación, la fecha en que dejarán de estar en vigor, son leyes temporales que se expiden en determinados estados de emergencia.²⁰

²⁰ GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho civil*, 8a. ed., México, Porrúa, 1987, p. 123.

VIII. COMENTARIOS FINALES

Como se puede apreciar, el procedimiento legislativo mexicano consta de varias fases pero no existen plazos ni una adecuada reglamentación para cada una de ellas, personalmente estimo que ha funcionado porque las disposiciones que lo rigen permiten diversas interpretaciones que hacen posible la aplicación a modo de que convenga según la circunstancia que prevalece, pero que, sin embargo, en determinados casos puede llegar a excesos inconvenientes.

Es necesario adecuar el texto constitucional para subsanar algunas deficiencias, evitar el veto de bolsillo, previendo que el Congreso ordene la publicación de una Ley si el Presidente no lo hace; suprimir la posibilidad de un veto interno cuando la cámara revisora no dictamina una minuta proveniente de la Cámara de origen en un plazo específico, determinar si procede o no el veto sobre resoluciones exclusivas de las cámaras, específicamente tratándose del Presupuesto de Egresos de la Federación, permitir que la Suprema Corte de Justicia de la Nación tenga facultad de iniciativa tratándose de su ley orgánica, entre otros aspectos.

Igualmente, es necesario un nuevo Reglamento con disposiciones acordes con la Ley Orgánica vigente, a la realidad del Congreso mexicano, y contener normas que actualmente se encuentran en acuerdos parlamentarios que, por lo general, son completamente desconocidos dado que no se exige su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*, por ejemplo, la obligación de presentar las iniciativas no sólo por escrito, sino en medios electrónicos, hacer obligatoria su publicación en la Gaceta Parlamentaria, plazos cortos y más específicos para la elaboración del dictamen por parte de las comisiones y a falta de éste, establecer la afirmativa ficta.

Se requiere también, una disposición que elimine cualquier posibilidad de veto interno, a fin de que en el caso de minutas que han sido aprobadas por la cámara de origen, la revisora dictamine y apruebe o, en su caso, deseche el asunto en un plazo determinado y no lo deje sin resolver indefinidamente.

Por ejemplo, en materia de servidores públicos, tratándose de nombramientos de magistrados, en donde no hay una terna como en el caso de los electorales o de cónsules, embajadores, o empleados superiores de Hacienda, hay ocasiones en que la cámara correspon-

diente deja pasar meses o incluso más de un año sin resolver, en tal caso, debiera preverse que si el nombramiento no se aprueba en determinado plazo aplica la afirmativa ficta.

Fortalecer el trabajo en comisiones estableciendo sanciones para los legisladores faltistas a las reuniones de comisión y, asimismo, para los presidentes que no convoquen a reunión habiendo asuntos pendientes que dictaminar.

Igualmente, es necesario reformar el artículo 37 constitucional, mas en tanto esto no ocurra, sería conveniente un procedimiento más expedito para otorgar permisos para utilizar condecoraciones que otorga un gobierno extranjero o incluso para que el Presidente de la República pueda ausentarse del territorio nacional en viajes cuya duración no exceda los siete días naturales.

Para proposiciones con puntos de acuerdo, una vez aprobado el dictamen por la Comisión, debería inmediatamente enviarse al Ejecutivo y no someterlo a la consideración del Pleno de la Asamblea.

Finalmente, casi todos los procedimientos jurídicos cuentan con plazos específicos, eso acontece con normas procesales que aplica el Poder Judicial Federal, o procedimientos administrativos, y no existe, en la lógica jurídica, un argumento para que uno de los poderes del Estado no cuente con un procedimiento detallado y preciso para la creación de leyes o la emisión de resoluciones en el caso de decretos.

DATOS DEL BIENIO ACADÉMICO 2007-2008

Rafael ESTRADA MICHEL

Por considerar que posee un enorme valor histórico y estadístico, renovamos en el presente número de la *Revista de Investigaciones Jurídicas* una tradición que por muchos años se debió a la dedicación y envidiable pluma del recordado don Manuel López Medina, q.e.p.d., como es la de publicar los principales datos académicos de los ciclos lectivos de la Escuela Libre de Derecho, en este caso los correspondientes a los cursos 2007-2008.

I. PROFESORES DE LA INSTITUCIÓN

Durante el Ciclo escolar 2007-2008, examinaron a los alumnos, como catedráticos encargados de las respectivas materias, las profesoras y los profesores siguientes:

CARRERA DE ABOGADO

1o. A	
Primer Curso de Derecho Civil	Pedro Bernardo Barrera Cristiani
Introducción al Estudio del Derecho	Horacio Aguilar Álvarez
Primer Curso de Derecho Romano	Jenaro Morales Martínez
Primer Curso de Economía Política	Antonio Cárdenas Arroyo
Sociología	Rolando Cañas Moreno

Introducción a la Investigación Jurídica	Jorge Pineda Villarreal
10. B	
Primer Curso de Derecho Civil	Alfredo Bazúa Witte
Introducción al Estudio del Derecho	Carlos Müggenburg Rodríguez-Vigil
Primer Curso de Derecho Romano	José Miguel Blancas Vargas
Primer Curso de Economía Política	Rafael Anzures Uribe
Sociología	Mauricio Oropeza Estrada
Introducción a la Investigación Jurídica	Carmen Carmona Lara
10. C	
Primer Curso de Derecho Civil	Alfonso González Alonso
Introducción al Estudio del Derecho	Javier Lozano Alarcón
Primer Curso de Derecho Romano	Rodrigo de la Peza López-Figueroa
Primer Curso de Economía Política	Luis Pazos de la Torre
Sociología	José Antonio López Padilla
Introducción a la Investigación Jurídica	Rosa María Ávila Fernández
20. A	
Segundo Curso de Derecho Civil	Emilio González de Castilla del Valle
Primer Curso de Derecho Procesal Civil	Raúl Name Neme
Segundo Curso de Derecho Romano	Carlos Antonio Morales Montes de Oca
Teoría General del Estado	Miguel García y García
Primer Curso de Derecho Penal	Moisés Moreno Hernández
Segundo Curso de Economía Política	Julián Olivas Ugalde
Seminario de Teoría General del Estado	Carlos Cataño Muro Sandoval
Seminario de Derecho Civil	Patricio Garza Bandala
Seminario de Derecho Penal	Rodolfo Félix Cárdenas

Seminario de Derecho Procesal Civil	Fernando Martínez García de León
20. B	
Segundo Curso de Derecho Civil	Cecilio González Márquez
Primer Curso de Derecho Procesal Civil	Jorge Sodi Patiño
Segundo Curso de Derecho Romano	José Antonio García Luque
Teoría General del Estado	Pascual Orozco Garibay
Primer Curso de Derecho Penal	Horacio Armando Hernández Orozco
Segundo Curso de Economía Política	Miguel Soberón Mainero
Seminario de Teoría General del Estado	Mauricio Oropeza y Segura
Seminario de Derecho Civil	Miguel Ángel Zamora y Vega
Seminario de Derecho Penal	Guadalupe Sánchez Palacios
Seminario de Derecho Procesal Civil	Mauricio Cárdenas Guzmán
30. A	
Tercer Curso de Derecho Civil	Ignacio R. Morales Lechuga
Primer Curso de Derecho Constitucional	Raymundo Vázquez Castellanos
Segundo Curso de Derecho Procesal Civil	Carlos Loperena Ruiz
Segundo Curso de Derecho Penal	Rafael Mateos Poumián
Primer Curso de Derecho Mercantil	Luis Cervantes Muñiz
Derecho Laboral	Francisco José Simón Conejos
Deontología Jurídica	Narciso Pérez Lara
Seminario de Derecho Civil	Jaime Inchaurreandieta Sánchez-Medal
Seminario de Derecho Penal	Julio Esponda Ugartechea
Seminario de Derecho Procesal Civil	Mario Alberto Zavala Díaz
Seminario de Derecho Constitucional	Luis Miguel Cano López
Seminario de Derecho Mercantil	Miguel Alejandro Vázquez Garza

30. B	
Tercer Curso de Derecho Civil	Fausto Rico Álvarez
Primer Curso de Derecho Constitucional	Ismael Gómez Gordillo y Ruelas
Segundo Curso de Derecho Procesal Civil	Carlos Sodi Serret
Segundo Curso de Derecho Penal	José Luis Izunza Espinosa
Primer Curso de Derecho Mercantil	Ignacio Soto Borja
Derecho Laboral	Luis Díaz Mirón Álvarez
Deontología Jurídica	Cristina Urzáiz de García Naranjo
Seminario de Derecho Civil	Jaime Inchaurreandieta Sánchez-Medal
Seminario de Derecho Penal	Julio Esponda Ugartechea
Seminario de Derecho Procesal Civil	Eduardo Sodi Carmona
Seminario de Derecho Constitucional	Francisco Cuevas Godínez
Seminario de Derecho Mercantil	Fernando Cataño Muro Sandoval
40. A	
Primer Curso de Derecho Administrativo	Fernando Franco González Salas
Segundo Curso de Derecho Constitucional	Arturo Zaldívar Lelo de Larrea
Segundo Curso de Derecho Mercantil	Emiliano Zubiría Maqueo
Derecho Internacional Público	Rodrigo Jiménez Valencia
Historia General del Derecho	Rafael Estrada Michel
Derecho Procesal Penal	José Manuel Gómez Mont y Urueta
Cuarto Curso de Derecho Civil	José Ángel Villalobos Magaña
Seminario de Derecho Constitucional	Jorge de Ibarrola Dávalos
Seminario de Derecho Mercantil	Gerardo Lozano Alarcón
Seminario de Derecho Administrativo	Héctor David Flores Ávalos
Seminario de Derecho Internacional Público	Armando Ortega Gómez

Seminario de Derecho Procesal Penal	José Antonio Becerril González
40. B	
Primer Curso de Derecho Administrativo	Fauzi Hamdan Amad
Segundo Curso de Derecho Constitucional	Antonio Arámburu Mejía
Segundo Curso de Derecho Mercantil	Diego Martín del Campo y Souza
Derecho Internacional Público	Miguel Ángel González Félix
Historia General del Derecho	Rafael Estrada Michel
Derecho Procesal Penal	Ignacio Mendoza Aguilar
Cuarto Curso de Derecho Civil	Juan Manuel Asprón Pelayo
Seminario de Derecho Constitucional	Jorge de Ibarrola Dávalos
Seminario de Derecho Mercantil	Gerardo Lozano Alarcón
Seminario de Derecho Administrativo	Héctor David Flores Ávalos
Seminario de Derecho Internacional Público	Armando Ortega Gómez
Seminario de Derecho Procesal Penal	Luis Norberto Cacho Pérez
50. A	
Derecho Fiscal	Eduardo Revilla Martínez
Segundo Curso de Derecho Administrativo	David Hurtado Badiola
Derecho Internacional Privado	Ligia Claudia González Lozano
Filosofía del Derecho	Federico Jorge Gaxiola Moraila
Historia del Derecho Patrio	Francisco de Icaza Dufour
Derecho Monetario y Bancario	Fernando Borja Mújica
Seminario de Tesis	Miguel Bonilla López
50. B	
Derecho Fiscal	Mario Alberto Becerra Ponoroba
Segundo Curso de Derecho Administrativo	Jorge Pulido Vázquez

Derecho Internacional Privado	Josette Serrato de García
Filosofía del Derecho	Juan Pablo Pampillo Baliño
Historia del Derecho Patrio	José Manuel Villalpando César
Derecho Monetario y Bancario	Fabián Alejandro Guzmán García
Seminario de Tesis	René Trigo Rizo
Optativas	
Derecho Agrario	Manuel Ruiz Daza
Derecho Bursátil	Emilio Ramírez-Gámiz Casillas
Inglés Jurídico	Javier Becerra Hernández
Notariado	Jorge Ríos Hellig
Seguros y Fianzas	Humberto Ruiz Quiroz
Delitos Federales	Horacio Armando Hernández Orozco
Derecho de la Propiedad Intelectual	Adriana López González
Procesos y Controversias Constitucionales	Karen González Rodríguez
Derecho Minero	Federico Kunz Bolaños
Régimen Constitucional del Comercio en México	Elisur Arteaga Nava

MAESTRÍA EN DERECHO

Primer Semestre

Materia	Profesor
El derecho como argumentación	Rodolfo Gómez Alcalá
Derecho comparado	Manuel González Oropeza
La nueva relación Estado Derecho	Rafael Estrada Sámano
Investigación jurídica	Óscar Gutiérrez Parada

Segundo Semestre

Materia	Profesor
El papel del juez en el Estado constitucional	Rafael Estrada Sámano
La creación supranacional del derecho	Salvador Cárdenas Gutiérrez
Derecho angloamericano	Carlos Báez Silva
Ética jurídica	Mario Álvarez Ledesma

Tercer Semestre

Materia	Profesor
Medios alternativos de solución de conflictos	Alejandro Ogarrío Ramírez-España Francisco González de Cossío
Competencia económica	Ricardo Hernández Estrada
Comercio internacional de bienes	Miriam Name Almanza
Comercio internacional de servicios	Loretta Ortiz Ahlf
Derecho y finanzas	Pablo Jiménez Zorrilla
Análisis económico de las instituciones jurídicas	Ismael Gómez Gordillo y Ruelas

Cuarto Semestre

Materia	Profesor
Problemas y medios jurídicos derivados de la informática	Salomón Vargas García
Organizaciones internacionales en materia de comercio	Luis Alberto Domínguez González
Régimen tributario internacional	Carlos Martínez Rico
Protección internacional de los derechos humanos	Santiago Corcuera Cabezut
Derecho comunitario europeo	Julio Trujillo Segura

II. AUTORIDADES Y ÓRGANOS

La Junta Directiva continuó integrada por los señores licenciados Ignacio R. Morales Lechuga, rector, Francisco de Icaza Dufour, Francisco José Simón Conejos, Emiliano Zubiría Maqueo, Federico Jorge Gaxiola Moraila y Mauricio Oropeza Estrada, vocales.

La Comisión de profesores encargada de la reforma del Plan de Estudios de Licenciatura continuó trabajando integrada por los señores profesores Ismael Gómez-Gordillo y Ruelas, F. Jorge Gaxiola Moraila, Carlos Müggensburg Rodríguez-Vigil, Pascual Orozco Garibay, Carlos Loperena Ruiz, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y Miguel Alessio-Robles Landa. Presentó a la Junta Directiva un proyecto de reforma que será discutido próximamente en el seno de la Junta General de Profesores. La Junta Directiva comisionó al Dr. Juan Pablo Pampillo Baliño para que preste apoyo ejecutivo a la Comisión y dé seguimiento al proceso de reformas al mencionado Plan de Estudios.

Continuó funcionando el Comité de Postgrado integrado por los señores profesores Mario Alberto Becerra Pocoroba, Alejandro Ogarrío Ramírez-España, Rafael Estrada Sámano, Cecilio González Márquez, Rafael Mateos Poumián, Diego Martín del Campo y Souza, Gerardo Lozano Alarcón, Rodolfo Vidal Gómez Alcalá y Rafael Estrada Michel. Es de destacarse que durante la ejecutoria de este Comité se ha echado a andar el programa de Maestría en Derecho, y se transformaron en Especialidades los antiguos Diplomados en Derecho Tributario, Derecho Civil, Derecho Mercantil, Derecho Penal y Derecho Público, que por primera vez contaron con exámenes orales desarrollados de conformidad con la tradición de los sínodos de la Escuela. Para el presente ciclo escolar se ofreció también el Diplomado en Régimen Jurídico de los Negocios Internacionales.

Por licencia concedida a los señores licenciados Jaime del Arenal Fenochio y José Manuel Villalpando César, el antiguo Secretario de Postgrado, Dr. Rafael Estrada Michel pasó a ocupar la Secretaría de Administración y el despacho de los asuntos de la Secretaría Académica. El Dr. Juan Pablo Pampillo Baliño se incorporó a la Escuela en octubre de 2007, como Secretario de Postgrado, encargado conjunto del despacho de la Secretaría Académica y comisionado para establecer el Centro de Investigación e Informática Jurídica; poste-

riormente, la Junta Directiva lo comisionó para que preste su apoyo ejecutivo a la Comisión de Plan de Estudios en seguimiento al proceso de reformas a dicho plan. En tal virtud, la Lic. Mayra Müggensburg Camil, coordinadora de Postgrado, fue designada encargada de la Secretaría de la misma área, mientras que la Lic. Renata Sandoval Sánchez funge como Prosecretaria de la Escuela.

III. ALUMNOS PREMIADOS

Los alumnos que fueron premiados por su desempeño académico durante el Ciclo 2007-2008 fueron los siguientes:

Primer año

1o. A

2o. Premio

José Luis Gutiérrez Salas

1o. B

1er Premio

Regina Monroy Correa

2o. Premio

Luis Octavio Tena Ochoa

José Eduardo González Platas

1o. C

1er Premio

Santiago Dosal Stieglitz

Juan Pedro Fernández Cueto Gutiérrez

Elías Mendoza Murguía

José María Yrigoyen Capilla

2o. Premio

Diego Casillas Arce

Mauricio Palazuelos Bard

Alix Airam Trimmer Espinosa

Segundo año

2o. B

2o. Premio

Jaime Chávez Alor

Gabriela Zambrano Morales
Leopoldo Alfredo Gómez Grassi

Tercer año

3o. B

2o. Premio

José Manuel Campero Vélez
María del Pilar Galván Luna
Javier Arsenio Farell Martínez
Brenda Lucía Sánchez Pérez

Cuarto año

4o. A

2o. Premio

Mauricio José Becerra Becerril
Martín Vivanco Lira

Quinto año

5o. A

1er Premio

Mischel Cohen Chicurel

El alumno Mischel Cohen Chicurel obtuvo el premio que concede el Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México al alumno con el mayor promedio en la carrera de Abogado por lo que respecta a la generación 2003-2008. El mismo premio fue concedido por el propio Ilustre y Nacional Colegio al alumno Pablo Francisco Muñoz Díaz, quien fuera el estudiante con mejor desempeño de la primera generación de la Maestría en Derecho (2006-2008), al obtener el mayor promedio académico.

La licenciada María Loretta Vázquez Ortiz obtuvo el premio a la mejor tesis laureada por su trabajo titulado *Las medidas provisionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como auténtica garantía jurisdiccional de carácter preventivo.*

IV. ALUMNOS TITULADOS Y TESIS PRESENTADAS

1. 3287

Rocha Romero, Miguel Ángel
30 de agosto de 2007

Análisis de regulación de los derechos de los accionistas minoritarios en la Sociedad Anónima, conforme a la Ley General de Sociedades Mercantiles y a la Ley del Mercado de Valores avances y limitaciones.

2. 3288

Mier Esparza, Ernesto
13 de septiembre de 2007

La doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica societaria en el sistema jurídico mexicano.
Tesis Laureada

3. 3289

Magaña Magaña, Miguel Agustín
18 de septiembre de 2007

Reflexiones sobre la constitucionalidad del Artículo 18 del Reglamento de Seguro Social obligatorio para los Trabajadores de la construcción por obra o tiempo determinado.

4. 3290

Maestre Hernández, Hilda
20 de septiembre de 2007

La expropiación y la licencia de utilidad pública de patentes.

5. 3291

Huerta Ramos, Gabriel Alejandro
24 de septiembre de 2007

El concurso mercantil y la ejecución de los juicios particulares.
Tesis Laureada

6. 3292

Amezcu Noriega, Octavio

- 27 de septiembre de 2007
Revisión de los fundamentos de la dogmática jurídica.
7. 3293
Rábago Moreno, Jorge
4 de octubre de 2007
La escisión como medio de reestructuración de instituciones de crédito y los métodos de resolución bancaria.
8. 3294
Robles Gómez Mont, Emiliano
11 de octubre de 2007
Principios fundamentales para implementar la oralidad en el proceso penal en el ámbito federal.
9. 3295
García Mora, María Elena
12 de octubre de 2007
Combate a la pobreza urbana a través del derecho. Análisis de la situación del asentamiento irregular de Mathare en Kenia. Tesis Laureada
10. 3296
Medellín Cervantes, Paola Isabel
7 de noviembre de 2007
Prescripción de la acción penal en los delitos de defraudación fiscal y defraudación fiscal equiparada.
11. 3297
Muñoz Pinchetti González, Eduardo Ramiro
15 de noviembre de 2007
El abandono de los derechos reales como forma de extinción de las obligaciones reales o propter rem.
12. 3298
Vera Prendes, Pablo
3 de diciembre de 2007

- Medios de control constitucional de las omisiones legislativas en México.*
13. 3299
Pérez Ramírez, Luis Fernando
6 de diciembre de 2007
La inconstitucionalidad del primer párrafo del artículo 137 bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
14. 3300
Negrete Reveles, Óscar
13 de diciembre de 2007
Responsabilidad del consejo de administración a la luz de la ley del mercado de valores publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 2005. Una nueva normativa.
15. 3301
Aquino Barrueta, Yazmín Yohana
30 de enero de 2008
El régimen jurídico de la casa de moneda de México, una propuesta de reforma.
16. 3302
Urías Rocha, Carmen Gabriela
31 de enero de 2008
Limitantes jurídicos a la libertad de autodeterminación en materia de maternidad en el Distrito Federal.
17. 3303
Díez Gargari, Rodrigo Bernardo
3 de marzo de 2008
El artículo 105 constitucional: La facultad de la Suprema Corte para conocer los asuntos en los que la federación actúa como parte.
Tesis Laureada

18. 3304
Fernández Domínguez, Roxana Lucero
13 de marzo de 2008
Visión y crítica del mecanismo de contratación de deuda pública en el Distrito Federal: La inconstitucionalidad de la intervención del gobierno federal como obligado principal.
19. 3305
Vázquez Ortiz, María Loretta
14 de marzo de 2008
Las medidas provisionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como auténtica garantía jurisdiccional de carácter preventivo.
Tesis Laureada
20. 3306
López López, Julio César
26 de marzo de 2008
Los ingresos de las entidades federativas, su destino, el régimen jurídico de la deuda pública estatal y el concepto de inversión pública productiva.
21. 3307
Juárez Osorio, Víctor Hugo
27 de marzo de 2008
Fundamento para la prohibición universal del uso de armas nucleares.
Tesis Laureada
22. 3308
Ramírez Verdugo, Alejandro
27 de marzo de 2008
Requisitos para practicar intervenciones corporales en México.
Tesis Laureada
23. 3309
Montenegro González, Sadara
10 de abril de 2008

- El uso de los métodos de reproducción asistida como ejercicio del derecho de procreación.*
24. 3310
Coto Sánchez, Luis José
17 de abril de 2008
Inconstitucionalidad del Artículo Sexto de la Ley de Inversión Extranjera a la luz del derecho fundamental de igualdad jurídica.
25. 3311
Espinosa Azcárraga, Fernando
22 de abril de 2008
Propuesta de Reforma en materia de cuantificación de costas procesales en el Distrito Federal.
26. 3312
Neme Bechara, Lizette
23 de abril de 2008
La opinión del consejo de administración en ofertas públicas de adquisición.
27. 3313
Hernández Barrios, Flor de Luz Guadalupe
24 de abril de 2008
Los desplazados internos por conflictos armados no internacionales y su regulación.
Tesis Laureada
28. 3314
Quiles Gutiérrez, Eric Christian
28 de abril de 2008
Medios de control y defensa corporativos dentro del Mercado de Valores.
29. 3315
Reyes Arreguín, Gresli Leydi
29 de abril de 2008

- Propuesta de Reforma al artículo 247 del Código Penal para el Distrito Federal, determinación de la multa en los delitos patrimoniales.*
30. 3316
Romero Cano, David
30 de abril de 2008
Naturaleza jurídica de los acuerdos generales por los que se envía competencia a las salas de la Corte y los Tribunales Colegiados de Circuito, expedidos por el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con fundamento en el séptimo párrafo del artículo 94 constitucional.
Tesis Laureada
31. 3317
Evangelista García, Ricardo Eloy
6 de mayo de 2008
El marco jurídico administrativo de la contaminación por ruido en el Distrito Federal: eficacia de su aplicación.
32. 3318
Niembro Ortega, Roberto
6 de mayo de 2008
La calificación de la elección presidencial 2006 a la luz de la moderna teoría constitucional.
33. 3319
Ramírez Soberanes, Mónica Donají
7 de mayo de 2008
Análisis del impuesto empresarial a tasa única.
34. 3320
Uruñuela López, José Enrique
8 de mayo de 2008
Efectos fiscales de la fusión de Sociedades Mexicanas en relación con su controladora extranjera.
35. 3321
8 de mayo de 2008
Córdoba Álvarez, Alberto
Adquisición de la Nacionalidad Mexicana por Sociedades Extranjeras.
36. 3322
8 de mayo de 2008
Tavera Tejeda, Juan Manuel
Inconstitucionalidad de la flagrantia equiparada.
37. 3323
12 de mayo de 2008
Fariás Reyes, Raúl Alberto
Patología inflacionaria; un análisis "clínico" del fenómeno inflacionario en el "tejido" de lo jurídico.
38. 3324
Robles Santamarina, Luis
16 de mayo de 2008
La fusión de Sociedades de distinta nacionalidad en México.
39. 3325
Sierra Laris, Diego Ignacio
12 de junio de 2008
Los tratados internacionales en materia de derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico mexicano. Análisis de la argumentación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su tesis del Pleno IX/2007. Respecto a la jerarquía de los tratados internacionales.
40. 3326
Vite Franco, Eliseo
13 de junio de 2008
El paradigma racionalista en la teoría jurídica de Leibniz.
41. 3327
Pérez Sierra, José Nicolás

19 de junio de 2008

Convenio entre accionistas. Análisis de su oponibilidad frente a la Sociedad Anónima promotora de inversión.

42. 3328

Hernández Fraguas, José Antonio

26 de junio de 2008

Participación ciudadana en Oaxaca de Juárez.

V. ACTIVIDADES ACADÉMICAS
REALIZADAS EN LA ESCUELA

Durante el ciclo escolar que nos ocupa, y con motivo del XCV Aniversario de la Escuela, se organizaron dentro de nuestras instalaciones las siguientes actividades:

- Celebración del XCV Aniversario de la Escuela Libre de Derecho, con la asistencia del C. Presidente de la República, Lic. Felipe Calderón Hinojosa, y de su señora esposa, Lic. Margarita Zavala Gómez del Campo, ambos egresados de nuestra institución.
- Presentación del libro *La responsabilidad patrimonial del Estado* de Manuel Moguel Caballero, 12 de septiembre de 2007.
- *Coloquio sobre la figura y obra del profesor fundador de la Escuela Libre de Derecho don Emilio Rabasa*, 5 y 6 de noviembre de 2007, con la presencia externa de los profesores Charles A. Hale, Benito Nacif, Héctor Chávez Barron, Emilio Rabasa Gamboa y Miguel Ángel Fernández Delgado.
- Conferencia *El sistema inquisitivo y la oralidad en material penal*, con el juez Christian Byk, 4 de septiembre de 2007.
- Presentación del libro *La idiotez de lo perfecto* de Jesús Silva-Herzog Márquez.
- Conferencia *Concepto y fundamentación de los Derechos Humanos*, con el profesor José María Sauca, 5 de septiembre de 2007.
- Conferencias *Estados compuestos: federalismo y autonomismo en España y Justicia: del antiguo al nuevo régimen*, con el

profesor Benjamín González Alonso, 11 y 12 de septiembre de 2007.

- Conferencia *Igualdad y género*, con la profesora Paola Bergallo, 26 de septiembre de 2007.
- Conferencias "*La noción constitucional de la familia entre la tradición y los debates más recientes*"; "*Los debates sobre la reforma constitucional en Italia*"; "*Familia, familias y autonomía privada*"; "*La evolución del derecho a la privacidad: del derecho a la reserva al poder de controlar la circulación de los propios datos personales*", con los profesores Enza Pellecchia y Francesco Dal Canto, 27 al 29 de agosto de 2007.
- Conferencia *Argumentación Jurídica y enseñanza del Derecho*, con el profesor Manuel Atienza, 25 de octubre de 2007.
- *Seminario El Mundo electoral. Perspectivas actuales*, Instituto Federal Electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, FEPADE, UNAM, Escuela Libre de Derecho, 6 de noviembre de 2007.
- *VII Conferencia Iberoamericana sobre Familia*, que reunió a la Asociación Nacional del Notariado Mexicano con numerosas instituciones del entorno hispanoamericano, 26 a 28 de noviembre de 2007.
- III Encuentro entre los claustros docentes de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Pisa y la Escuela Libre de Derecho, así como presentación del libro *La crisis de la ley*, publicado por ambas instituciones, con la participación de los profesores Aldo Petrucci, Franco Bonsignori, Rodolfo Gómez Alcalá, José Antonio García Luque, Roberto Romboli, Paolo Passaglia, Nicola Pignatelli, Juan Pablo Pampillo y Rafael Estrada, 22 de enero de 2008.
- Conferencia *La Reforma de la Justicia Penal* a cargo del Lic. Eduardo Medina-Mora Icaza, Procurador General de la República, 23 de enero de 2008.
- Homenaje al maestro don Enrico Pinchetti Ortega, 19 de febrero de 2008.
- Conferencia *La candidatura de México al Consejo de Seguridad de la ONU*, a cargo del embajador Juan Manuel Gómez-Robledo Verduzco, 27 de febrero de 2008.

- Conferencia *Hombre estado y sociedad*, dictada por la Dra. Luz García Alonso, 7 de marzo de 2008.
- Conferencia *La Reforma de la Justicia* del maestro Rodolfo Félix Cárdenas, Procurador General de Justicia del Distrito Federal, 11 de marzo de 2008.
- Plática *Derecho Internacional del Trabajo*, a cargo de la Dra. Bárbara Palli, profesora de la Universidad de Metz, 1 de abril de 2008.
- Encuentro sobre la Reforma del Estado, con la participación de los profesores Miguel Eraña (UIA), Marcos del Rosario (UP) e Ismael Gómez-Gordillo (ELD), 2 de abril de 2008.
- Conferencia dictada por el Presidente de la Corte de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio, Pierre Tercier, *El Arbitraje de la CCI*, 7 de abril de 2008.
- Conferencia magistral *La Reforma Energética*, pronunciada por la Dra. Georgina Kessel Martínez, Secretaria de Energía, 24 de abril de 2008.
- Presentación de la *Ley de Amparo Comentada* por la Asociación Nacional de Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito del Poder judicial de la Federación, A. C., coordinada por el magistrado Jorge Mario Pardo Rebolledo y con la participación del ministro Fernando Franco González-Salas, el Lic. Mario A. Becerra Ponoroba y el Dr. Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 28 de abril de 2008.
- Conferencia Magistral *La Reforma Energética*, impartida por el Ing. Cuauhtémoc Cárdenas Solórzano, 29 de abril de 2008.
- Conferencia *Origen de la normatividad, democracia y revoluciones*, pronunciada por el catedrático del ITAM y ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Ulises Schmill Ordóñez, 29 de abril de 2008.

Resulta pertinente destacar asimismo que, a instancias del profesor Jaime del Arenal, la nueva ordenación y clasificación del Archivo Histórico de la Escuela Libre de Derecho que comenzó en el año de 2006 actualmente se encuentra prácticamente concluida.

VI. CONVENIOS DE COLABORACIÓN

Continuó funcionando la Alianza para la Excelencia Académica (APEA), signada con la Universidad Panamericana, la Iberoamericana y el Instituto Tecnológico Autónomo de México, bajo la coordinación de don Fausto Rico. Se llevó a cabo el "día APEA", que reunió a los directores de las tres instituciones y a nuestro Rector. Al encuentro, celebrado en la UP, acudieron numerosos alumnos de la Escuela. Continuó grabándose, asimismo, el programa televisivo de la Alianza, titulado *Ante la Ley*, mismo que se transmite regularmente a través del Canal Judicial de televisión por cable.

Lo propio sucedió con el convenio que mantenemos con la Universidad de Pisa, que este año dio a la luz un primer producto editorial, que fue presentado por nuestros profesores y por los profesores italianos el 22 de enero, en el Encuentro entre claustros convocado al efecto en nuestras instalaciones.

El Rector de nuestra Escuela suscribió, en el marco de la APEA, un convenio de colaboración con la Suprema Corte de Justicia de la Nación y con su Dirección General de Casas de la Cultura Jurídica el día 23 de junio de 2007. Este convenio ha permitido que nuestros académicos participen en las labores de formación jurídica que presta el Poder Judicial de la Federación. Así, los profesores Jorge de Ibarrola, Jaime del Arenal y Rafael Estrada Michel participaron en el *Primer Congreso Nacional sobre Justicia constitucional en México*, celebrado en Acapulco, Gro., entre el 20 y el 23 de junio de 2007, mientras que el profesor Estrada Michel fue enviado también a la Cuarta Mesa Redonda *La Justicia Constitucional en las entidades federativas* celebrada en San Cristóbal de Las Casas, Chis., el 14 de noviembre de 2007, y los profesores Raymundo Vázquez Castellanos, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y Antonio Arámburu al Primer Congreso Internacional sobre Justicia Constitucional y Quinto Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional celebrado en Cancún, Quintana Roo, los días 14 al 17 de mayo de 2008.

Mención especial merecen los contactos y las negociaciones con la Universidad de Alcalá de Henares, en España, que dieron lugar a que en el mes de enero de 2008 el profesor Francisco de Icaza, vocal de la Junta Directiva, suscribiese en representación de la Escuela un

Convenio de Colaboración para promover los estudios de Postgrado trasatlánticos.

La Escuela participó también como institución miembro del Consejo de Implementación de los Juicios Orales organizado por la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal, resultando electo el rector Morales Lechuga presidente de la Comisión de estudio y análisis, cuyos trabajos dieron por resultado tres documentos de trabajo que se hicieron del conocimiento del Presidente de la República.

Se han mantenido los estrechos lazos que nos unen con el Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, resultando electo el Secretario Rafael Estrada vocal de la Junta Menor de dicho Colegio.

La Escuela cuenta con una alianza estratégica suscrita con el Colegio de Jueces de Distrito y Magistrados de Circuito del Poder Judicial de la Federación, lo que ha permitido organizar con dicho cuerpo los estudios de Especialidad en Derecho Público, que este año han podido ofrecerse por primera vez al alumnado.

La institución fue designada miembro del Comité técnico organizador del XI Concurso Nacional de Ensayo Juvenil sobre Derechos Humanos, mismo en el que participaron, entre otras instituciones, la Secretaría de Relaciones Exteriores, la Secretaría de Gobernación y el Instituto Nacional de la Juventud.

La Rectoría y la Secretaría Académica han mantenido una fluida relación con la Facultad de Ciencias Jurídicas y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, cuyos directivos nos visitaron con ocasión del XCV Aniversario de la Escuela. La relación ha permitido que nuestros académicos participen en las numerosas actividades educacionales y editoriales que organiza la institución regiomontana.

Lo propio ha ocurrido con el Centro Panamericano de Humanidades, sito en Monterrey, N. L. La Escuela ha mantenido su participación en los cursos que el Centro ofrece, a través de los profesores Del Arenal y Estrada Michel.

Participamos como institución organizadora del *Coloquio Historia y Constitución*, celebrado en el Instituto de Investigaciones José María Luis Mora de esta Ciudad de México. El Coloquio reunió a los más destacados especialistas españoles en materia de Historia constitucional.

Ha continuado, a través de la labor del vocal don Jorge Gaxiola, la participación institucional en la Cátedra Ernesto Garzón Valdés, que nos ha permitido traer a la Escuela a destacadísimos representantes de la moderna Teoría jurídica a nivel internacional.

Durante 2007 se desarrolló, en colaboración con el Instituto de Investigaciones Históricas de la UNAM, el Seminario *Historia del Derecho y de la Justicia*, en el que participaron activamente los profesores Pampillo, Del Arenal y Estrada Michel.

Los alumnos Patricia Villa Berger y Martín Vivanco Lira, del quinto y cuarto años de estudios, participaron con singular éxito en el XIII Concurso Interamericano de Derechos Humanos llevado a cabo en la ciudad de Washington, Estados Unidos de América, los días 18 al 23 de mayo de 2008. Por primera vez la Escuela contó con representación en tal concurso.

VII. CONSTRUCCIÓN DEL CENTRO DE INFORMÁTICA E INVESTIGACIÓN JURÍDICA

En el mes de noviembre de 2007 en Asamblea General de Profesores se autorizó la venta del Edificio, antigua sede y propiedad de la Escuela, ubicado en Basilio Badillo núm. 43, colonia Tabacalera, C.P. 06030 en la Delegación Cuauhtémoc del Distrito Federal a la Asociación Cultural Carlos Septién García, A. C.

Con motivo del proyecto de construcción del Centro de Investigación e Informática Jurídica, se creó una Comisión *ad hoc* con el fin de recaudar recursos adicionales a los procedentes de la venta antes mencionada a través de diversas actividades y campañas que se han venido desarrollando desde inicios del mes de noviembre de 2007; preside la Comisión nuestro antiguo rector, el señor licenciado don Fausto Rico Álvarez, y fue nombrado coordinador de la misma el señor licenciado don José Ángel Villalobos Magaña, profesor de nuestra Escuela. La conforman adicionalmente los profesores Luis Díaz Mirón e Ignacio Mendoza Aguilar, así como el Lic. Alejandro Rojas y el secretario Estrada Michel, fungiendo como secretaria ejecutiva de la misma la Lic. Luz María Ortiz. Gracias a la generosidad de profesores, alumnos y ex alumnos la Escuela se halla en perfecta posibilidad de inaugurar el inmueble dedicado a la investigación.

DISCURSO DE TOMA DE POSESIÓN
DE LA PRESIDENCIA DEL ILUSTRE
Y NACIONAL COLEGIO DE ABOGADOS
DE MÉXICO

Óscar CRUZ BARNEY

Hace 250 años, a fines del mes de mayo de 1758 un grupo de abogados del foro de la Ciudad de México a la cabeza de los cuales se encontraba el licenciado don Baltasar Ladrón de Guevara, solicitaron y obtuvieron tanto del Virrey como de la real Audiencia de la Nueva España, el permiso para reunirse y tratar la conveniencia de fundar un colegio que tuviera como sus principales fines el mutualismo y la dignificación de los abogados.

De esa primera reunión se acordó nombrar a 10 abogados para que se encargasen de la redacción de los estatutos, encabezada por el Ilmo. Sr. arzobispo electo de Manila, don Manuel Antonio Rojo del Río y Vieyra. El 29 de enero de 1759 se discutieron en su proyecto definitivo y fue designado un procurador a fin de que solicitara la aprobación del monarca para el establecimiento del Colegio y de sus estatutos. La solicitud fue aprobada por el virrey y el fiscal de la Real Audiencia y remitida a España.

La autorización para la fundación del Colegio fue otorgada por Carlos III mediante *Real Cédula* del 21 de junio de 1760, quien además le otorgó el título de *Ilustre* y lo admitió bajo su real protección.

Precisamente uno de los timbres que significaban un mayor orgullo para el Colegio era el de contar con tal denominación. Finalmente, el 24 de diciembre de 1766 se incorporó por filiación el Colegio de

Abogados de México al de Madrid, con los mismos privilegios y gracias.

Los primeros estatutos se imprimieron en Madrid en 1760, en la imprenta de Gabriel Ramírez y el primer Rector del Colegio fue don Manuel Ignacio Beye de Cisneros y Quijano.

Con la independencia, el Colegio de Abogados decidió adherirse a ella y adoptar el nombre de *Ilustre e Imperial Colegio de Abogados de México*, reformulando sus Estatutos para que estuvieran acordes con el nuevo sistema político del México independiente.

Fue en 1830 que se adoptó el nombre de *Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México*, que conservamos actualmente.

La rectoría del Colegio, ahora presidencia, la han ocupado los juristas más destacados en su época, recordando entre otros a don Manuel de la Peña y Peña, quien fue Presidente de la República, a don Bernardo Couto, a don Sebastián Lerdo de Tejada, Presidente de la República y del Colegio al mismo tiempo, a don José Fernando Ramírez, a don Baltasar Ladrón de Guevara, a don Basilio Arrillaga, a don Juan José Flores Alatorre y otros más, cuyos retratos adornan este auditorio. Les aseguro que haré todo lo que esté en mis manos para hacer honor al compromiso que significa asumir esta presidencia.

En esta ocasión terminan los dos periodos que conforme a Estatutos correspondieron a la Presidencia de don Gabriel E. Larrea Richerand, quien condujo al Colegio hasta donde se encuentra hoy día.

En el año 2010 se conmemorarán los 250 años de la fundación del Colegio, por lo que la gran tarea que tendrá la Junta Menor que hoy empieza su gestión, será la de ocuparnos de conmemorar dignamente dicha fecha, empezando por la dignificación y mejora de las instalaciones del mismo.

El Colegio ha venido desarrollando diversas actividades tendientes tanto al fortalecimiento institucional como al logro de diversos objetivos de gran trascendencia para el foro mexicano y la superación profesional de nuestros agremiados. La transparencia y el trabajo conjunto habrán de conducir a este Colegio.

A través de la Presidencia y de la Junta Menor se ha logrado obtener una presencia importante ante las autoridades, academia, asociaciones y colegios nacionales que se mantendrán y se incrementarán con el apoyo de la propia Junta Menor y de la membresía. La nutrida asis-

tencia y la calidad personal e institucional de los presentes en esta asamblea así lo acreditan.

Proyecto de gran importancia no solamente para el Colegio sino para nuestro país es el de la colegiación obligatoria o legal, mismo que seguiremos impulsando a fin de llegar al objetivo fundamental: la colegiación obligatoria de los abogados en México como el medio más eficaz para lograr un ejercicio profesional más sólido en donde la ética de nuestra actuación sea la guía de todas nuestras acciones.

El financiamiento del Colegio es uno de los temas más delicados y de urgente atención. Un mejor flujo de recursos permitirá alcanzar los objetivos en mayor medida.

Los cursos que ofrece el Colegio se han convertido en una fuente de ingresos de enorme importancia. La especialidad en propiedad intelectual es la estrella en este sentido y mantendremos dicho programa bajo la brillante dirección de don Gabriel Larrea Richerand. Debo mencionar que con base en los méritos apuntados y otros más, la Junta de Honor designó a don Gabriel como coordinador para los festejos del 250 aniversario.

Estamos ya trabajando en la preparación de una especialidad en Comercio Exterior y Solución de Controversias, un Diplomado en Juicios Orales con el Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana y una maestría en Derecho administrativo, programas de los que recibirán noticia en un futuro próximo.

Trabajaremos asimismo en programas de formación de profesores de Historia del Derecho en universidades del Distrito Federal y de la provincia.

Dentro del objeto social del Colegio está el fungir como árbitro en asuntos ante él planteados. Nos hemos dado a la tarea de elaborar el Reglamento de Arbitraje correspondiente y una tabla de tarifas y honorarios que permitan prestar con mayor eficiencia el servicio tanto administrativo como de árbitros y mediadores.

La liberalización comercial total a partir de este año en el marco del TLCAN, las negociaciones con Corea para un Tratado de Libre Comercio y los problemas derivados de los procesos de integración económica deben ser y serán abordados por el Colegio, como veremos más adelante.

La seguridad pública, la seguridad jurídica y la integración social preocupan seriamente al Colegio. México necesita de la participación

de todos para salir airoso frente a los problemas que le aquejan. En este sentido el Colegio cumplirá con su papel.

La educación jurídica y su futuro serán objeto de discusión y propuesta desde y por el Colegio.

Sin duda, las tareas del Colegio estarán en buena medida encaminadas al 2010, sin que esto signifique descuidar los quehaceres ordinarios ya mencionados. Los siguientes dos años deben servir para preparar al Colegio para los festejos de su 250 aniversario. Los vínculos que ahora tiene nuestro Colegio con los gobiernos federal y local e instituciones académicas y gremiales en los dos ámbitos deben fortalecerse para lograr una conmemoración digna del Ilustre y de la abogacía mexicana e hispanoamericana. No olvidemos que nuestro Colegio es el más antiguo del continente americano y el quinto más antiguo del mundo.

El Colegio, a través de la comisión respectiva, continuará, pues, con su programa de actos para los 250 años. Ya tenemos diversas publicaciones y una magnífica medalla elaborada por Lorenzo Rafael que está a su disposición. Recibirán con toda oportunidad noticia de los avances y fechas para los actos académicos y los festejos. Más importante aún, serán llamados a trabajar en la preparación de los mismos.

El Colegio tiene estrechas relaciones con diversas instituciones académicas del país y del exterior, formadas y fortalecidas por las diferentes administraciones a lo largo del tiempo. Llevaremos nuestros esfuerzos para profundizarlas y ampliarlas empezando con nuestra máxima casa de estudios a través de la Facultad de Derecho de la UNAM, cuyo actual director, don Ruperto Patiño Manffer, amigo y colega distinguido, nos da la certeza de que tendremos éxito en este propósito.

El Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM es el más importante centro de investigaciones jurídicas de Latinoamérica. Está en el interés del Colegio entablar relaciones de coordinación y cooperación con el mismo. La idea que adelantamos ahora será la de desarrollar programas académicos y publicaciones hacia el 250 aniversario, propiciando una tarea conjunta en el futuro.

Con la Escuela Libre de Derecho reforzaremos el vínculo que nos une a tan entrañable y prestigiada institución educativa. No olvidemos que el Colegio posibilitó en su momento el nacimiento de la

Escuela y de que la pertenencia de sus egresados al mismo deviene casi natural.

Actualmente el Colegio y la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana tienen un convenio de colaboración, mismo que deberá ser puesto en práctica plena y acercar a sus egresados al Colegio.

La Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac tiene ya un convenio recientemente firmado con nosotros. Apreciamos enormemente su cercanía y haremos valer los compromisos adquiridos con dicha Facultad a cuyos egresados invitamos a incorporarse a las filas del Ilustre.

Trabajaremos por alcanzar convenios similares con el Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, con el que nos une una profunda amistad, con la Universidad La Salle (nuestro flamante vicepresidente es egresado de dicha institución), y con la Escuela de Derecho del CIDE que ha venido creciendo y desarrollándose con gran éxito.

La Escuela de Derecho del Tecnológico de Monterrey firmará en breve un acuerdo con el Colegio. En el caso del ITAM, se harán los acercamientos correspondientes.

La presencia del Colegio en el interior del país es conveniente y necesaria. México no es solamente el Distrito Federal, esta convicción nos lleva a buscar acercamientos constantes con nuestros colegas de provincia.

La presencia del Rector de la Universidad Olmeca de Tabasco, de investigadores de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, del Vicerrector de la Universidad Latina de América de Morelia, de catedráticos de la Universidad Nicolaíta, del Coordinador de la licenciatura y maestría en derecho de la UIA de Puebla y de representantes del Colegio de Abogados de Chihuahua y abogados del foro de Monterrey así lo acreditan. Tarea del Colegio será incrementar su presencia a nivel local y nacional.

No olvidamos a las diversas academias con las que el Colegio tiene ya relaciones estrechas, como la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación. Incrementaremos nuestra relación con la Academia Mexicana de Derecho Fiscal y la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado.

Nos acercaremos al Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, cuyos representantes están aquí presentes. Hay proyectos que podremos desarrollar en colaboración.

Nuestra relación con la Suprema Corte de Justicia de la Nación es cercana y franca desde el siglo XIX, tiempo en el que muchos de sus ministros fueron miembros de este Colegio. Hoy en día los programas en el Canal Judicial son un ejemplo de nuestra colaboración y entendimiento. Mañana grabaremos un programa sobre las relaciones comerciales de México con la Unión Europea en la crisis política que actualmente enfrenta.

La colaboración con instituciones como la Procuraduría General de Justicia y la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal ha sido siempre estrecha. Continuaremos con las tareas conjuntas y procuraremos acercarnos a otras entidades de la administración pública federal y local a fin de dar a conocer al Colegio y ofrecer nuestra asesoría e intervención en la medida de nuestras posibilidades.

Tenemos amplias relaciones de colaboración en diversas áreas con el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Las publicaciones conjuntas son un ejemplo de ello. Redoblabemos los esfuerzos para estrechar aún más los lazos de colaboración con el Tribunal.

Proponemos un acercamiento con la Secretaría de Economía, con la Secretaría de Salud y otras secretarías de Estado a fin de coordinar nuestros esfuerzos en bien del país. La Comisión Federal de Competencia, el Secretariado de los Tratados de Libre Comercio y otras instituciones y organismos públicos estarán en la agenda del Colegio, sumándose a las relaciones que tenemos con el IMPI, el Indautor y otras instituciones.

La Barra Mexicana Colegio de Abogados, constituida el 29 de diciembre de 1922, es y ha sido siempre una institución amiga y cercana al Colegio. Refrendo nuestra amistad y cercanía y propongo estrechar nuestros vínculos de cooperación y reconocimiento mutuos.

Hemos sido informados que la ANADE próximamente se constituirá en Colegio profesional. Le damos la bienvenida y le ofrecemos nuestra plena amistad.

Un Colegio nacional es aquél que logra tener una membresía verdaderamente representativa. Debemos acercarnos a los colegios y barras estatales, así como a los foros locales a fin de crear vínculos de

cooperación y en su momento, la apertura de delegaciones estatales del Colegio.

Habiéndose prácticamente resuelto la tenencia legal del edificio del Colegio gracias a las gestiones de la presidencia saliente, debemos proceder a mejorar y dignificar las instalaciones conforme los recursos lo permitan, fundamentalmente en dos áreas:

- A. Mejoras a las condiciones generales de la biblioteca y el archivo.
- B. Mejoras generales en fachada e interiores.

A través del servicio social en el Colegio, instrumentaremos un sistema de información legislativa y académica para los miembros de nuestro Colegio, a fin de poder ofrecerles herramientas útiles en su ejercicio profesional.

Finalmente, debemos destacar que el compromiso de los miembros del Colegio y en particular de los integrantes tanto de la Junta Menor como de la Junta de Honor es esencial para la buena marcha del mismo. Sin ella, la institución difícilmente crecerá como se espera.

En sus 248 años de vida, el Colegio ha tenido grandes rectores, primero, y presidentes, después, de enorme categoría y prestigio personal y profesional. Todos con la clara conciencia de que el Colegio no es una institución de un solo hombre sino de sus miembros y autoridades: el Ilustre Colegio es una institución plural, con un alto sentido del deber y de su responsabilidad histórica y ética hacia México y hacia el ejercicio profesional de la abogacía.

El Colegio tiene historia, tiene presente y sobre todo tiene futuro. El futuro está en sus manos como miembros del Colegio, y les aseguro que la Junta Menor que ahora presido y que comparte los objetivos y propósitos aquí enunciados, trabajará arduamente para que el Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México sea cada vez mejor, más grande, más fuerte y que con ello cumpla con su tarea y destino en bien de México.

DISCURSOS

DISCURSO PRONUNCIADO POR EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, FELIPE CALDERÓN HINOJOSA, EN LA CEREMONIA CONMEMORATIVA DEL XCV ANIVERSARIO DE LA FUNDACIÓN DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO, EL 24 DE JULIO DE 2007

Señor licenciado Ignacio Morales Lechuga, Rector de la Escuela Libre de Derecho.

Licenciado Francisco Garrido Patrón, Gobernador del Estado de Querétaro.

Licenciado Miguel Ángel Osorio Chong, Gobernador del Estado de Hidalgo.

Licenciado José Fernando Franco González Salas, Ministro de la Suprema Corte de Justicia y ex alumno de esta Escuela.

Distinguidos miembros del presidium, muy queridos y estimados ex rectores y profesores de la Escuela.

Ilustres abogadas y abogados, colegas de la Escuela Libre de Derecho, señoras y señores:

Este es un día muy especial para nuestra comunidad, para quienes nos formamos, yo no diría sólo como abogados, sino nos forjamos también como personas en estas aulas de la querida Escuela Libre de Derecho. Saludo también, desde luego, a los alumnos aquí presentes.

Un día como hoy, hace 95 años, nuestra Alma Mater fue fundada por una generación que sabía que la libertad es pilar fundamental no sólo de una casa de estudios, sino de la sociedad.

En 1912, como ustedes saben, estalló la huelga en la Escuela Nacional de Jurisprudencia en rechazo a un sistema que concebía a la educación como un apéndice del Estado y, en consecuencia, quebrantaba la que es inquebrantable: la libertad de cátedra.

Esto impedía que la independencia de las instituciones educativas fuera puntal de conocimiento y de desarrollo de la ciencia, indispensables para el progreso de la nación.

Ante ese hecho, un grupo de alumnos y profesores propusieron fundar una Escuela de Derecho en la que se formaran abogados y se cultivara la ciencia jurídica con total independencia del poder público.

El entonces Presidente demócrata, Francisco I. Madero, reconoció esta iniciativa como un signo revelador de la firmeza del carácter estudiantil, así nació la Escuela Libre; Escuela que compartía la mística libertaria que enarbolaba el gobierno del presidente Madero.

La libertad de cátedra y la excelencia académica, principios que rigen a esta escuela desde su fundación, son la base de su gran tradición y fortaleza.

El prestigio y la tradición que sus fundadores dieron a la Libre es el mayor de los legados que recibimos quienes nos formamos en esta casa de estudios.

Por eso también el honor de educar e instruir desde sus aulas, tarea que los maestros, los profesores realizan sin percibir sueldo y cuyo reconocimiento está, precisamente, en estas Palmas y también en el agradecimiento permanente que les tenemos sus alumnos, es símbolo de que esta escuela es algo distinto a muchas otras.

Y por eso me honra regresar aquí para celebrar con ustedes el Nonagésimo Quinto Aniversario de esta historia marcada por el compromiso con el progreso de México.

La historia de la Escuela Libre de Derecho no puede entenderse aislada de la lucha de los mexicanos por erigir una nación de leyes y de libertades.

En esta lucha han participado en todos los ámbitos de la vida pública, abogados comprometidos con los postulados de la democracia y de la justicia.

Las aportaciones de la Escuela Libre de Derecho a la generación y preservación de la cultura de la legalidad han sido relevantes para México. El hecho mismo de que el reconocimiento de sus títulos

expedidos estuviese fundado en un amparo presentado por la escuela durante años y elaborado por don Manuel Herrera y Lasso, entre otros, es símbolo precisamente de gallardía y de convicción por la lucha del derecho que corresponde.

De estas aulas han surgido, para participar en la vida nacional, grandes abogados, mujeres y hombres del Estado de derecho, de la Constitución, de las normas que rigen la convivencia social; litigantes, notarios, servidores públicos, hombres de empresa y grandes servidores de la sociedad.

Ello lo debemos a nuestros maestros, a quienes con entrega y con vocación académica nos inculcaron este amor por la justicia y por la ley, el compromiso con su defensa y la responsabilidad de poner nuestro conocimiento al servicio de la sociedad y de México.

Hay una mística distinta, hay una mística especial en estas aulas que quizá no se viva ni se conozca si no se ha estado en ella.

Por eso mi mayor reconocimiento, respeto y gratitud a los profesores que hoy reciben un merecido homenaje a su trayectoria académica.

Hoy, estimados colegas, profesores, alumnos, enfrentamos nuevos retos para consolidar el Estado de derecho en México, nuestros tiempos exigen como nunca antes leyes e instituciones eficaces, que estén además en sintonía con las necesidades de una sociedad plural y democrática. Nuestro tiempo exige también un compromiso permanente de las autoridades para garantizar la seguridad pública, la legalidad y el acceso efectivo a la justicia.

Por ello, como Presidente de la República, como abogado orgullosamente egresado de esta escuela, estoy comprometido con el fortalecimiento de México como un país de leyes, porque sé que el desarrollo de toda nación sólo se puede impulsar sobre la roca firme de la legalidad, del orden y la paz.

Porque supe también, desde el 1 de diciembre, lo que significa parafraseando nuestro lema: El orden en nuestra sociedad quede confiado al honor de un ex alumno.

Sé de la enorme distancia que en nuestro país existe entre el derecho vigente y el positivo, entre la ley y la práctica.

Y no obstante los rezagos observados y los enormes retos que conlleva esta tarea, desde el primer día del gobierno pusimos en

marcha acciones para hacer del respeto a la legalidad el fundamento del progreso que queremos para la nación.

Iniciamos empleando la fuerza del Estado a través de operativos conjuntos en aquellas comunidades y regiones donde imperaba una ley distinta a la democráticamente votada en el Congreso, la ley del más fuerte y la ley del crimen organizado.

Y no hemos escatimado esfuerzos ni recursos en esta lucha para garantizar la seguridad de los mexicanos.

Paulatinamente hemos recuperado el imperio de la ley, que es el imperio del Estado en todo el territorio nacional, y estamos reordenando la lucha contra la criminalidad.

También presentamos un paquete de reformas a nuestro Sistema de Procuración de Justicia. Sabemos que es indispensable que nuestras instituciones y leyes no se queden al margen de los profundos cambios que ha experimentado la realidad nacional.

Sabemos que defender el Estado de derecho también impone revisar con apertura y sensibilidad la vigencia y eficacia de las instituciones.

Hemos puesto en marcha acciones de política social que complementan, precisamente, el cumplimiento obligatorio de la ley.

El Programa Limpiemos México Zona en Recuperación, es un componente de la Estrategia Nacional de Seguridad que busca recuperar espacios públicos; dar prioridad a la prevención y al tratamiento de adicciones; garantizar la seguridad en las escuelas y, desde luego, despertar la participación de la sociedad.

Hemos actuado, además, en el marco de la ley para perseguir a los delincuentes, y hoy quien delinque debe saber que mi gobierno no escatimará ni esfuerzos ni recursos para perseguirlos y atraparlos donde quiera que se encuentren, dentro o fuera del territorio nacional.

Es claro que se requiere de la acción firme del Estado en el combate eficaz a la inseguridad pública y la protección de las garantías y libertades de los ciudadanos.

Pero también es fundamental, y yo diría lo más importante, la participación decidida de la sociedad para que ésta haga suya una cultura de legalidad que ponga nuevamente a la ley en el centro de nuestra convivencia.

Aprendí aquí que es tarea del gobernante cumplir y hacer cumplir la ley, pero también que la justicia es ante todo *constant et perpe-*

tuas voluntas, es decir, una convicción del ciudadano mandante y del ciudadano mandatario, una constante y perpetua voluntad, una voluntad indispensable sin la cual no es posible construir ni legalidad ni Estado de derecho.

La importancia social de la abogacía, que es ciudadanía conocedora del derecho, para toda la nación democrática radica precisamente en que de tan noble profesión los ciudadanos esperan la mejor defensa de sus derechos y también la mayor convicción de justicia.

El mayor deber de todo abogado es ser, como lo escribiera Ignacio Vallarta: "Celoso en la observación de la ley y que ella sea siempre la regla de nuestra conducta".

El ejercicio de la profesión conlleva un enorme compromiso social. La labor de todos ustedes, de todos nosotros, de todos los abogados en la construcción de un México de orden y legalidad por el que estamos luchando, es fundamental.

Por eso, en este XCV Aniversario de la Fundación de la Escuela yo los invito a que retribuyamos lo mucho que nos ha dado esta gran institución, la Libre de Derecho, sirviendo a la gente con profesionalismo y rectitud, con humanismo y honestidad y, sobre todo, con un profundo amor a México.

DISCURSO PRONUNCIADO
POR EL LIC. IGNACIO R. MORALES LECHUGA,
RECTOR DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO,
EN LA CEREMONIA CONMEMORATIVA
DEL XCV ANIVERSARIO DE SU FUNDACIÓN,
EL 24 DE JULIO DE 2007

Un día como hoy, hace 95 años, un grupo de profesores y alumnos de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, con la desinteresada colaboración de otros juristas notables, decidieron, en defensa de las libertades de cátedra y de expresión, fundar una modesta institución con el apoyo de la sociedad mexicana y, meses más tarde, del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México.

Desde entonces, la Escuela Libre de Derecho ha sido y es un ejemplo de institución educativa creada con el esfuerzo, el valor y el talento de maestros y alumnos, que encontraron en forma plural en la enseñanza del derecho el espacio idóneo donde tienen vigencia principios y valores permanentes e inmutables, gracias a los cuales la comunidad de la Escuela ha permanecido, y se ha fortalecido.

La comunidad escolar representa –como se ha repetido hasta el cansancio–, una asamblea permanente de vivos y de muertos. Esta es su fuerza: la permanente unidad entre generaciones fieles a sus principios fundacionales.

Es verdad que la Escuela nació con la negativa del reconocimiento de sus estudios por parte del gobierno federal, pero tuvo a su favor los decretos de validez expedidos por los Estados Libres y Soberanos de Aguascalientes, México, Hidalgo, Zacatecas, Jalisco y Michoacán.

Por eso hoy, 24 de julio, extendemos nuestro más expresivo agradecimiento a esas entidades federativas, y a quienes participaron en la valiente y genial iniciativa de crear esta institución.

Se encuentran entre nosotros familiares de don Emilio Rabasa, maestro fundador, miembro de la Junta Directiva y Rector.

Se encuentran, también, familiares de Alberto González de León y de Xavier Icaza y López Negrete, alumnos fundadores. No faltan los descendientes de los Sodi, de los Haro y Cueto, de los Núñez, de los Correa, de los Pacheco, y de los Campero, maestros o alumnos protagonistas de la gesta de 1912.

Todos ellos, al lado de alumnos como Manuel Herrera y Lasso, los hermanos MacGregor, el vate Méndez Rivas, Ezequiel Padilla, Martín Luis Guzmán, Juan José Sánchez, Pedro Henríquez Ureña, Emilio Portes Gil, Romeo Ortega, y otros, formaron parte de una generación de valientes y honestos estudiantes mexicanos que desafiaron las expulsiones y las condenas anticipadas, en defensa de la libertad. A todos ellos nuestra gratitud eterna, como también la merecen don Luis Méndez, don Agustín Rodríguez, don Miguel S. Macedo, don Francisco León de la Barra, don Antonio Caso y los demás abogados fundadores.

Seríamos injustos, si no agradeciéramos también públicamente a un ex alumno de nuestra Escuela, al presidente Emilio Portes Gil, la promulgación del Decreto-Ley del 29 de enero de 1930 que reconoce personalidad jurídica a la Escuela, su capacidad para enseñar las ciencias jurídicas y sus auxiliares y nuestra más amplia autonomía, modelo del cual nacieron la autonomía y las libertades de la enseñanza superior en México.

Gratitud, desde luego, a ustedes, alumnos, por honrar con sus estudios el legado de los fundadores, y a ustedes, señores profesores, por cumplir día a día con el juramento que hicieron hace 95 años los veinte profesores que apoyaron el sueño juvenil de dar nacimiento a una Escuela Libre.

La Escuela, sin embargo, no ha dejado de atravesar enormes dificultades que le han permitido, a su vez, fortalecerse y sobrevivir.

Frente a las dificultades y los problemas sociales, como Escuela y como estudiosos del derecho, reiteramos nuestra convicción de que todo conflicto solamente puede tener una solución legítima si se funda en las vías jurídicas e institucionales.

En épocas difíciles para el país, la Escuela solamente aspira a enseñar el derecho, y creer en el derecho y en la justicia. Es por esto que nuestros principios y valores permanecen inmutables. Ésta es nuestra esencia y sin ella no tenemos razón de ser. Somos la primera Escuela surgida en México con una profunda base social.

1. Somos una institución independiente del poder público, autónoma y ajena a todo fin político o credo religioso.
2. Desde 1912 somos una institución contraria a cualquier conducta discriminatoria.
3. Continuamos siendo una institución plural. El respeto a la libertad de cátedra es medio y fin.
4. Ningún profesor, ni miembro de la Junta Directiva, cobra salario u honorario alguno por impartir su cátedra.
5. El honor y la dignidad, el respeto y la libertad, son las bases de la relación entre profesores y alumnos.
6. La Escuela conserva la preocupación social desde su fundación: las cuotas son económicas y contamos con un gran porcentaje de becarios.
7. Buscamos afanosamente la excelencia académica y la calidad de los estudios.
8. Actualmente cursa sus estudios la primera generación de alumnos de maestría y de especialistas.
9. Próximamente, habremos de iniciar los ex alumnos de la Escuela actividades profesionales pro bono; es decir, servicios gratuitos de alta calidad a favor de personas de escasos recursos. La colegiación fortalecerá la toma de conciencia sobre la función social de la abogacía.

Sabemos que la enseñanza y la ciencia no son producto de la inspiración, sino fruto de la convicción y del trabajo sostenido a lo largo de muchos años, meses y días; sólo así se construye una institución sólida; sólo así se mantiene el respeto y el prestigio. Por esto, en la Escuela Libre de Derecho no creemos ni en las fórmulas de pases automáticos, ni en privilegiar la holgazanería, ni en el poder de las luchas callejeras, ni en la supremacía de los derechos del delincuente sobre el de las víctimas de los ilícitos, como tampoco creemos en los actos autoritarios, ni en las facultades metaconstitucionales.

Estamos convencidos que la ética no es ajena a ninguna actividad ni profesión humanas, que la autoridad legítima debe existir sostenida por la fuerza de la Constitución, de la democracia y de las instituciones. Solamente aceptamos el poder derivado de la Constitución y de la ley.

Este día nos honra, sin duda, la presencia de los directores de las escuelas y facultades de derecho de las universidades más prestigiadas del país con quienes compartimos propósitos académicos y educativos similares y con quienes hemos decidido abandonar el trabajo aislado para convertirnos en aliados permanentes en pro de la excelencia y de la calidad académicas.

Hoy, 24 de julio de 2007, nos sentimos también legítimamente orgullosos de contar entre nuestros ex alumnos, con un ejemplo de carácter, de reciedumbre, y de tenacidad, demostrados desde sus años de estudiante, como profesionista, político y servidor público, hasta llegar a la Presidencia de la República: Felipe Calderón Hinojosa.

En muchos de sus gestos y acciones ha demostrado el carácter y la determinación, la voluntad y el tesón, la fuerza y la razón que se aprenden en esta Escuela. No faltarán quienes estén en desacuerdo con las acciones y decisiones emprendidas por nuestro Presidente de la República, pero si son honestos, todos deberán de reconocer que carácter y decisión, patriotismo y voluntad por cambiar y mejorar al país, no le faltan al presidente Felipe Calderón.

Agradezco también la presencia en esta ceremonia que mucho nos honra, de otra ex alumna de la Escuela, Margarita Zavala Gómez del Campo, digna compañera del Presidente.

Agradecemos la presencia de los gobernadores de Hidalgo y Querétaro, del Embajador de Francia, de los ex rectores, y, sobre todo, la presencia de todos ustedes, integrantes de la comunidad de hombres y mujeres libres de nuestra Escuela.

No es posible terminar sin hacer referencia al futuro de la Escuela. Si nuestra historia es en buena medida nuestra fuerza, nuestro compromiso está con las nuevas generaciones de juristas mexicanos, y con una sociedad en plena transformación que habrá de cambiar aún más en los próximos años. Esto nos obliga a actualizarnos y a abrirnos, y nos alienta a reflexionar cada día sobre la importante función social de las escuelas de derecho, sobre sus relaciones con las instituciones públicas y privadas, y sobre el avance y las transformaciones de la

ciencia jurídica. De aquí nuestros inmediatos proyectos: reformar el plan de estudios, fortalecer el posgrado, establecer un centro de informática e investigación jurídicas, y establecer convenios de intercambio académico con instituciones de otros países. Para ello tenemos la confianza que nos da haber sido siempre fieles a nuestros principios y nuestra vocación, ¡siempre al servicio de México!

DISCURSO PRONUNCIADO
POR EL SR. DIEGO SIERRA,
PRESIDENTE DE LA SOCIEDAD DE ALUMNOS
DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO,
EN LA CEREMONIA CONMEMORATIVA
DEL XCV ANIVERSARIO DE SU FUNDACIÓN,
EL 24 DE JULIO DE 2007

Distinguido Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, don Felipe Calderón Hinojosa.

Distinguido Rector, don Ignacio Morales Lechuga.

Distinguidos profesores, egresados y compañeros de la Escuela Libre de Derecho.

Señoras y señores:

En esta ocasión, nos encontramos de fiesta: nuestra querida Escuela Libre de Derecho cumple 95 años de vida. Siempre que un ciclo se cumple, surge la obligación de hacer una pausa en nuestro andar para reflexionar sobre el momento en el que nos encontramos y sobre el rumbo al que nos dirigimos, para así poder encauzarlo hacia mejores y más loables derroteros. En este ejercicio de reflexión debemos ubicar qué es aquello que nos define: debemos encontrar e identificar nuestra esencia. Sólo a partir de ella podemos aspirar a mejores logros futuros que tengan una auténtica proyección basada en nuestras circunstancias y en la realidad en que nos ubicamos.

Así, pues, tenemos que el dinamismo es la forma de vida en la que hemos crecido los actuales alumnos de la Escuela Libre de Derecho, el constante y veloz cambio es la nota característica de nuestra generación: vivimos el derribo del bloque comunista junto con la caída del Muro de Berlín, el consecuente surgimiento de regionalismos y una extensiva recomposición geográfica del mundo; hemos sido testigos del surgimiento de la Unión Europea como opción a los esquemas

tradicionales de conformación estatal y como alternativa de protección y garantía a los derechos fundamentales de democracia, libertad y justicia social; con una trascendencia equiparable a esto último, a nivel nación hemos sido parte del Tratado de Libre Comercio de América del Norte; hemos presenciado la conexión y comunicación de todo nuestro país y del mundo entero a través de Internet y las telecomunicaciones; hemos vivido el primer cambio auténticamente democrático y pacífico de poder en la historia de México; y no sólo eso, sino que en el último año hemos sido actores y partícipes de la consolidación de un país en el que se respeta y se tolera la diferencia de opiniones, pero en el que ante todo se desea la concordia, el trabajo y el progreso de nuestra nación.

Ante tantas variaciones y múltiples cambios, los alumnos de esta etapa histórica de la Escuela somos una generación con firmes convicciones: estamos convencidos de que podemos construir un México regido y sustentado en la legalidad, en el que los problemas cotidianos se resuelvan según las determinaciones judiciales y su debido cumplimiento; en el que los pactos se celebren para ser cumplidos; en el que la política se ejerza con base en lo previsto por las leyes; y más aún, en el que el derecho sirva como instrumento para que los mexicanos alcancen una vida virtuosa. Somos también una generación que tiene la convicción, al igual que los alumnos que inauguraron esta Escuela hace 95 años, de que estas metas sólo se pueden alcanzar a través del estudio riguroso y disciplinado del derecho y que, además, habremos de avocarnos al estudio tanto de las instituciones clásicas que han regido nuestra tradición jurídica, como de nuevas dogmáticas tales como el nuevo *ius commune europeo*; los derechos humanos universales y la persecución de los crímenes contra la humanidad.

En definitiva, nuestra generación tiene plena conciencia del enorme reto que implican las actuales exigencias de preparación para ser un abogado y un verdadero jurista, y todos los que nos hemos sometido al sistema de nuestra Escuela, lo hemos hecho con la profunda convicción de que a través del derecho podemos construir un país más próspero y competitivo y en el que se viva con mayor justicia y equidad.

La alegría que genera este 95 Aniversario es obvio motivo de festejo, pero al mismo tiempo, es motivo de responsabilidad y conciencia,

de que el objeto de estudio de nuestra Escuela, que es el derecho, ante todo se encuentra en la realidad y en los hechos; el derecho es un fenómeno social y como tal, se encuentra en un constante devenir evolucionando en forma tan acelerada, como lo hace la propia sociedad. Ante este dinamismo, es imperativo que nuestra hoy festejada institución adopte una nueva perspectiva ante el derecho, que sea de adaptación y revisión incesante. Nuestro prácticamente nuevo edificio propicia la enseñanza de calidad que siempre ha caracterizado a nuestra Escuela, su oferta de estudios en lo referente a posgrados y maestría satisface una demanda importante de especialización, pero urge y los tiempos que vivimos nos lo exigen, que se implante en nuestra Escuela el nuevo plan de estudios.

Dentro de este dinamismo abrumador, existe un factor que se mantiene constante y que nos define. En efecto, la esencia de la Comunidad de la Libre como unión fraternal de alumnos y ex alumnos, es el respeto por el Estado de derecho y el estricto apego a la legalidad, esa es la roca sobre la que se ha edificado nuestra casa de estudios y en función de ella debemos reformarla para ponerla a la altura de las últimas necesidades jurídicas mundiales y nacionales de telecomunicaciones, de supranacionalidad, de derechos humanos, de medio ambiente, de patentes, derechos de autor y libre comercio, entre muchas otras.

Nuestra Escuela ha contribuido, a través de sus egresados, a fortalecer el Estado de derecho que aún seguimos construyendo; incluye dentro de sus hijos a destacados doctrinarios, postulantes, presidentes de Barras y Colegios, legisladores, secretarios de Estado, procuradores e inclusive gobernadores, y el día de hoy podemos presumir que uno de ellos, a través de la contumacia, de la tenacidad ante la adversidad y de una férrea convicción en la legalidad, por medio del voto popular, ha alcanzado la Presidencia de la República.

El día de hoy, a nombre de todos los alumnos de la Escuela Libre de Derecho, a ustedes, nuestros queridos maestros, a ustedes, egresados, que se han ganado el prestigio que nos antecede, les digo que nosotros los jóvenes nos comprometemos a seguir la línea de perseverancia en la legalidad que nos han trazado. Asimismo, nos comprometemos a garantizar que nuestra Escuela mantenga la excelencia y el liderazgo que la han caracterizado, durante sus próximos 95 años. Nosotros

haremos que la honestidad y apego al derecho que han cultivado para nuestra generación, en el futuro rinda frutos, traducándose en la consolidación de nuestra joven democracia y del auténtico Estado de derecho que nuestro México merece.

DISCURSO
DEL LIC. IGNACIO R. MORALES LECHUGA,
RECTOR DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO,
EN LA CEREMONIA DE INAUGURACIÓN
DE CURSOS 2008-2009

Distinguidos profesores, colegas, invitados y alumnos:

Como ustedes habrán escuchado, esta Escuela se distingue por no olvidar jamás el agradecimiento que debemos a los que nos han entregado la estafeta de la educación; a aquellos maestros que han entregado su vida a la formación de generaciones como ustedes. Nosotros también iniciamos nuestra propia carrera en una fecha como esta.

Por eso, me parece que debemos seguir rindiendo homenaje y tributo a los fundadores de nuestra Escuela, entre los que se encontraban, entre sus profesores, abogados tan destacados como Emilio Rabasa y alumnos como Manuel Herrera y Lasso, ambos paradigmas del constitucionalismo de nuestro país, y cuyas fotografías, entre los profesores y alumnos fundadores de la Escuela, se encuentran a ambos lados de nuestro auditorio.

Pero también se encuentran presentes hoy con nosotros maestros tan destacados, tan queridos y tan admirados como don Juventino V. Castro y Castro, Carlos Sánchez Mejorada y Manuel Lizardi Albarrán, quien nació unos meses después de la fundación de la Escuela.

Somos herederos de un legado histórico que nos entregaron el 24 de julio de 1912. Ese día, un grupo de profesores y alumnos se rebeló contra el autoritarismo, la falta de libertad, el caos y el des-

orden, para exigir la libertad de cátedra y la libertad de pensamiento y desde esa fecha hasta nuestros días, con la placa conmemorativa que se ha colocado en la entrada del presente auditorio, tenemos en nuestra memoria, de manera permanente, a nuestros fundadores.

Entre los alumnos fundadores de entonces se encontraba un futuro Presidente de la República, como lo fue Emilio Portes Gil y como ahora se encuentra también como Presidente de la República actual un hijo de esta Escuela, Felipe Calderón Hinojosa, así como varios secretarios de Estado, procuradores de justicia, ministros de la Corte, habiendo también egresado de estas aulas, banqueros, historiadores, literatos, escritores, sociólogos que han sido glorias nacionales en diferentes ámbitos, incluso, entre los abogados y cuyo sello ha sido la disciplina, la constancia, la consistencia, la contumacia, que se aprenden en nuestros salones y que nos entregan nuestros profesores.

Ustedes sabrán, los de primer ingreso, que ningún profesor, ningún maestro, ningún miembro de la Junta Directiva cobra salario alguno para entregarles a ustedes lo mejor de sí mismo. Por eso, aparte de las instalaciones y de lo que representa esta Escuela, encontrarán que dentro de ella hay corazón, un corazón que se siente y que mantiene viva esta institución que no solamente es un edificio —como bíblicamente observara nuestro maestro Herrera y Lasso— construido sobre roca firme y no sobre arena, sino que además esta casa tiene mucho corazón, mucha entrega.

Por esa razón exigimos a los alumnos la misma entrega. Por esa razón el rigor y la exigencia son parte de su formación; con la disciplina y el orden, para llegar a la calidad y la excelencia. Pero que quede claro que no buscamos por sí solas la calidad y la excelencia para soberbiamente regodearnos en un afán exitoso, sino para poner a nuestros mejores hijos al servicio de nuestro país, para que nuestro país continúe en un proceso de cambios para mejorar nuestras instituciones y que éstas sean un verdadero orgullo y no una vergüenza nacional.

Esa es la razón del esfuerzo que ustedes deberán hacer, para que el día de mañana sean dignos abogados, con principios, con valores, con amor por la justicia y por el Estado de derecho.

Recordemos que en 1912, a pocos días de los cañonazos de la Ciudadela y de los disparos en Palacio Nacional, en esos momentos de caos, de confusión, de duda sobre el futuro de este país, sobre su

existencia misma, había un grupo de maestros que solamente tenían una respuesta: el derecho y la enseñanza del derecho como el único medio legítimo y válido de cambiar a esta nación.

Por esa razón, bajo los techos de esta institución se estudia el derecho, se practica el derecho y se busca la justicia.

En esta Escuela no hay privilegios, aquí se rinde homenaje a los alumnos más entregados, con mejores rendimientos, con más apego al estudio y ese es el ejemplo que también queremos transmitir a las generaciones que hoy inician su carrera. Ése es el legado en 96 años de vida, a lo largo de los cuales, aún no llegamos a los 3 300 abogados egresados de nuestra alma máter.

Por ello mismo, cuando se habla de que nuestro sistema es anti-pedagógico, con materias mayoritariamente anuales, donde los semestres no son de cuatro, ni de seis meses, sino de ocho meses, si sacamos la cuenta tenemos cerca de 100 materias, contra 60 o 50 de otras escuelas o universidades.

Pero cuando nos comparamos con los europeos y los chinos, andamos por debajo del promedio de estudios, de tal manera, que si queremos ser ejemplares, si queremos avanzar, si queremos progresar, lo lograremos solamente, como nos lo enseñaron nuestros maestros: con sangre, sudor y lágrimas. No con pases automáticos; aquí no regalamos nada, aquí todo es parte del esfuerzo personal y a través del esfuerzo personal se conquista día a día, hora tras hora. Si no, pregunten a sus compañeros de cuarto y quinto año cuántas horas han pasado tras los libros de la biblioteca estudiando contumazmente, como lo hicimos antes todos nosotros. Ése es el camino que hoy inician ustedes, alumnos de nuevo ingreso.

Yo quiero también aprovechar este momento para decirles que en nuestro corazón, en nuestro recuerdo, está siempre presente David Kahan, quien falleció a los pocos meses de haberse recibido en sus estudios de postgrado y que dejó a la Escuela su patrimonio principal, que era su biblioteca. Aquí están sus papás, que nos acompañan esta mañana, junto con quien no nos cansamos de agradecer en su gesto, en su pertenencia a la institución, la cual, desde acá, le manda un abrazo, un beso, un gran aplauso.

Quién de ustedes no recuerda a Ricardo Torres, excelente alumno. Todavía unos días antes de partir definitivamente, estaba preocupado por sus estudios. Yo lo visité un día antes de que falleciera y nos dijo

que su mayor ilusión era ser abogado de esta Escuela, poder ver el mundial de fútbol y casarse. Al día siguiente, la Junta Directiva tomó el acuerdo de nombrarlo abogado honorario de esta Escuela. Ricardo falleció con su título abrazado.

Pero también, quién no recuerda a Rodrigo Orozco, otro muchacho que también falleció. Asistió hasta su último examen, lo pasó, nunca cedió cuartel. Ninguno de ellos le dijo a sus profesores: "maestro examíneme de manera diferente porque vengo con la quimioterapia dentro de mí". Por el contrario, jamás cedieron un milímetro, jamás se concedieron ellos nada que no fuera la disciplina. Desde acá les mandamos a ambos un fuerte aplauso.

Tenemos otra ex alumna que es también un paradigma de dedicación, se llama Areli Prado. Ya terminó la carrera, padece una enfermedad muy seria. Entró caminando a la escuela y salió con la ayuda de un andador para poder sostenerse. En homenaje a todos ellos, a nuestros alumnos que tienen capacidades especiales, la Junta Directiva anterior y actual, como ustedes podrán observar, se han preocupado por tener en nuestras instalaciones, tanto en los accesos de Arcos de Belem como en la entrada de Dr. Vértiz, todas las facilidades para que puedan moverse a sus anchas, con toda comodidad, por todos los espacios y rincones de la Escuela.

Esta Escuela vive bajo la pluralidad de 1912. Como nos ordenaron nuestros fundadores, esta Escuela no es un club privado, ni buscamos tampoco enriquecer a nadie.

A nuestros maestros, que se encuentran aquí presentes con nosotros, aprovecho para reiterarles el agradecimiento de la Escuela por su entrega diaria y permanente.

En la Escuela Libre de Derecho solamente buscamos que triunfen los que se esfuerzan, los que ponen su corazón y su talento atrás de cada examen. Ésa es la única manera de labrarse un futuro en esta institución. No hay recomendaciones, no hay privilegios. El estudio, el estudio y más estudio, es lo que avala los resultados, y el rigor y la exigencia, como los caminos para llegar a la calidad y la excelencia.

Rendimos homenaje, como cada año, a nuestros fundadores, a los que lucharon contra el autoritarismo promoviendo igualmente la pluralidad. También a los que en 1932 solicitaron un amparo para que esta Escuela siguiera siendo soberana y autónoma. Lo mismo a los

que han trabajado adicionalmente, en la Junta Directiva, para llegar al punto en que hoy nos encontramos.

La Escuela ha dejado de ser una escuela para convertirse en una verdadera Universidad de Ciencias Jurídicas, con sus especialidades, con la Maestría en Derecho y, después, seguramente, con el Doctorado. Nuestra Escuela es una gran institución, grande por sus cimientos, grande por sus alcances, grande por la calidad que busca.

Solamente me resta pedirles que a las personas que tienen la responsabilidad de conducir esta nación, a las que tienen la responsabilidad de conducir y velar por esta nuestra ciudad, a los procuradores, a los buenos policías, a nuestro propio presidente Calderón, les pedimos especialmente que no desmayen en el esfuerzo, brindar una mayor seguridad y que la impunidad sea enterrada definitivamente en este país, instituido por leyes vigentes, justicia existente y privilegios extinguidos.

Ustedes, nuestros alumnos, son nuestra máxima preocupación. Tenemos que mejorar esta situación de inseguridad que tiene como otro jinete apocalíptico a la corrupción, al narcotráfico y a los otros grandes males que azotan a nuestro país. Pero confiamos en nuestras autoridades, deseamos que vayan mejor las cosas, que se destierren estos jinetes apocalípticos con la ayuda de la sociedad mexicana, por lo que desde aquí, brindaremos un aplauso para que nuestro país cambie y sea mejor para todos.

Con estos antecedentes, con la presencia de nuestros profesores, con ustedes como alumnos y con los padres de familia que nos acompañan, hoy, 18 de agosto del año 2008, declaramos inaugurado formalmente el Curso Lectivo 2008-2009.

Con mis mejores deseos de éxito para todos.

**DISCURSO PRONUNCIADO
EN LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO
CON MOTIVO DE LA ENTREGA
DE RECONOCIMIENTOS A LOS SEÑORES
MISCHEL COHEN CHICUREL Y PABLO FRANCISCO
MUÑOZ DÍAZ POR HABER OBTENIDO
LOS MEJORES PROMEDIOS DE LICENCIATURA
Y MAESTRÍA**

Óscar CRUZ BARNEY

**ENTREGA DE LA BANDERA DEL ILUSTRE Y NACIONAL
COLEGIO DE ABOGADOS DE MÉXICO
A LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO**

Es para mí un gran gusto entregar estos diplomas y medallas de plata a los dos mejores promedios, tanto de la carrera de abogado como de la maestría en derecho en la Escuela Libre de Derecho. En el caso de la maestría, hace tiempo tuve el honor de impartir la primera cátedra.

El Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México premia el esfuerzo continuo y provechoso de los estudiantes.

La tarea que tienen ahora por delante es ardua y de enorme importancia: la elaboración de la correspondiente tesis de grado que les permitirá alcanzar sus respectivas metas.

Tengan presente que la tesis es la oportunidad de ejercitarse en la investigación jurídica y en la reflexión. Puede ser el primer fruto de una larga lista de publicaciones que se sumen a la literatura jurídica mexicana.

Abran su mente, sus metas y sus miras, las bibliotecas y repositorios de las diversas escuelas y facultades de derecho los esperan para realizar lo que puede ser su primera obra escrita, esperemos no la última. Tengan presente que la única forma de aprender a escribir es precisamente escribiendo.

Enhorabuena por una carrera y un posgrado exitoso, ahora está en ustedes cerrarlo como corresponde, haciendo honor a la Escuela Libre de Derecho y al Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México.

Es asimismo un honor para mí hacer entrega de esta bandera del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México. Sus colores son el azul cielo y el blanco, que son los colores de Carlos III, Rey de España, quien el 21 de junio de 1760 expidió la Real Cédula de fundación del Colegio.

En el centro va el escudo del Colegio con tres símbolos fundamentales: el águila mexicana, la justicia al centro y los colores nacionales.

¿Por qué una bandera del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México en la Escuela Libre de Derecho?

El Colegio, fundado en 1760, se creó para dar mayor lustre a la profesión de abogado y para reunir en él a los mexicanos, entonces novohispanos, que pretendían ejercer la profesión en la Corte de México.

Con la independencia, el Colegio de Abogados decidió adherirse a ella y adoptar el nombre de *Ilustre e Imperial Colegio de Abogados de México*.

En una junta extraordinaria celebrada el 14 de enero de 1827, el Colegio decidió reformular sus estatutos para que estuvieran acordes con el nuevo sistema del México independiente, lo que llevó a nuevos estatutos en 1830 con los que se adoptó el nombre de *Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México*, que conservamos actualmente.

En su artículo primero se estableció: "El colegio de abogados es la asociación de todos los profesores de la abogacía de los Estados Unidos Mexicanos, incorporados hasta el día en que se incorporaren según las formalidades prevenidas" en los estatutos.

Con la Revolución Mexicana de 1910 sobrevinieron importantes cambios en el Colegio, ya que muchos de sus miembros salieron

exiliados, con las consecuencias financieras correspondientes para la institución, pese a lo cual, en 1912 el Colegio acogió bajo su patronato a un grupo de estudiantes y profesores de la Escuela Nacional de Jurisprudencia para que fundaran la Escuela Libre de Derecho.

Lo anterior explica la presencia en los títulos que expide la ELD de la frase "Bajo el patronato del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México".

Explica también la trascendencia de este momento: la presencia de nuestra bandera en la ELD refrenda nuestros entrañables vínculos y nuestro futuro compartido.

Invito a los estudiantes y egresados de la ELD a conocer y participar de estos vínculos, presentes y futuros con el Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, Colegio que posibilitó la existencia de esta Escuela, Colegio que los espera con los brazos abiertos.

DISCURSO DE LA DRA. MARÍA DEL CARMEN
CARMONA LARA, PROFESORA
DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO,
EN LA CEREMONIA DE INAUGURACIÓN
DE CURSOS 2008-2009

El día de hoy es para mí muy importante, ya que se inicia un ciclo escolar en mi querida Escuela Libre de Derecho. Por ello, le agradezco de manera especial al Dr. Rafael Estrada Michel, quien me extendió la invitación del Rector, el licenciado Ignacio Morales Lechuga; y de la Junta Directiva, para ser la profesora de la Escuela encargada de dar la bienvenida a nuestros nuevos alumnos, que inician hoy una aventura de vida, y que dan el primer paso para convertirse en profesionales del derecho, en abogados de "La Libre".

¿Qué se espera de estos nuevos alumnos, de un nuevo grupo de primer año, y qué les ofrece la Escuela Libre de Derecho? La respuesta a estas preguntas es la siguiente: la Escuela Libre de Derecho les ofrece una sólida formación, tanto ética como intelectual, para que puedan afrontar los retos que implica llevar sus conocimientos ético-teóricos a la práctica, en un mundo que constantemente se transforma, cuando aún no tienen claramente definido el camino a seguir y el destino final.

Buscando a la escuela en Internet, en wikipedia se señala: "Buena parte del éxito de la Escuela se debe a su sistema, que combina una serie de principios, ideados por sus fundadores, con la aplicación de métodos pedagógicos que, evaluados en cuanto a su resultado, producen abogados poseedores de las virtudes de responsabilidad,

criterio y conocimientos, además de ser dotados de las características de fortaleza, serenidad y prudencia”.

Por ello, creo necesario reflexionar sobre el lema de la Escuela en este momento, lema que se encuentra en latín, en cada uno de los títulos de sus abogados: “El Derecho no se doblega, ante el dinero, ante el poder, ni ante el favor o el placer”, en ese orden y subrayo esto debido a que otro lema que se encuentra en la entrada de la Escuela señala: “El orden y la disciplina de la escuela, quedan confiados al honor de los alumnos”.

¿Qué significa el orden para el derecho en este momento? El orden es un elemento fundamental para la convivencia humana, es requisito esencial para el amor. Sin orden, hay desorden y se llega al caos.

El derecho visto así es la perspectiva de las ciencias humanas y sociales de la Teoría del Caos, que proviene de las matemáticas y de la física, cuando se tratan de conocer y explicar los comportamientos impredecibles de los sistemas dinámicos que son estables, inestables o caóticos. El primero, el *estable* se basa en la atracción; el segundo es el que escapa de los “atractores”, y el tercero manifiesta los dos comportamientos. El derecho, visto desde la Teoría del Caos, es una necesidad de nuestro tiempo, y con ello, tengo una terrible noticia que dar a aquellos alumnos que decidieron estudiar derecho, pensando que éste era más fácil que otras carreras que incluyen entre sus materias matemáticas, química y física. A los prófugos de la Facultad de Ciencias, a quienes huyen de las matemáticas, la química y la física, les tengo que decir que estudiar derecho en el siglo XXI es más difícil que las matemáticas, la física y la química juntas, ya que para que el derecho pueda ser entendido, aprendido, conocido, aplicado, difundido y desarrollado, requiere de la ciencia, y debe estar en sintonía con su evolución, y al día de los nuevos descubrimientos, para así poder establecer nuevos principios que fundamenten los comportamientos humanos y las nuevas formas de organización social.

Un ejemplo de lo anterior es la necesidad de incorporar al análisis jurídico, las estructuras disipativas que constituyen la aparición de estructuras coherentes, auto-organizadas en sistemas alejados del equilibrio. Estas estructuras se asocian con Ilya Prigogine, quien recibió el Premio Nobel de Química en 1977, por una gran contribución a la acertada extensión de la teoría termodinámica a sistemas alejados del equilibrio, que sólo pueden existir en conjunción con su entorno.

El nuevo estado de la materia: las estructuras disipativas, asegurando que con estos novedosos conceptos se abre un “nuevo diálogo entre el hombre y la naturaleza”.

Siguiendo con mis reflexiones en torno al lema, quiero entrar en la materia de la “disciplina”, entendiéndola como la capacidad de actuar ordenada y perseverantemente para conseguir un bien. Hace algunos años tuve el honor de colaborar con el Dr. Mario Molina, Premio Nobel de Química, cuando se hicieron los estudios para el Programa de Calidad del Aire, por un grupo de universidades lideradas por el MIT y la Universidad de Harvard. Recuerdo que en una reunión en El Colegio de México, que tenía por objeto determinar cómo se iban a “aterrizar”, las ideas del Dr. Molina, respecto de la necesidad de controlar la emisión de gases efecto invernadero, ya que constituyen uno de los principales factores que ponen en riesgo la supervivencia humana, debido a que se altera el clima del planeta. En esa reunión tuve que decirle que era imposible llevar a cabo muchas de las medidas que él proponía, debido a que éstas dependían de factores políticos, jurídicos y de falta de organización. Recuerdo haberle dicho que era imposible que el gobierno federal, panista, el gobierno del Distrito Federal, perredista, y el gobierno del Estado de México, priista, llegaran a un acuerdo y que, en el caso de que lo hicieran, no sería acerca del control de la contaminación, puesto que éste no era un tema electoral y, por lo tanto, no les daría votos. El combate en contra de la contaminación requiere de disciplina por parte de todos, pero especialmente de aquellos que están a cargo de poner en marcha las acciones relativas a asuntos públicos, para que cobren sentido los deberes, compromisos y gastos que de ello deriven.

El hecho de que el parque vehicular crezca, y que haya cada vez más carros y menos calles, se debe a que el automóvil ya no es un lujo, sino una necesidad en la zona metropolitana. El transporte urbano ya no es un servicio, es una vergüenza, pues es el gran consumidor de hidrocarburos. Es sucio, deficiente, inseguro y contaminante. Baste recordar a los “chimecos” para que nos quede claro que tenemos suficientes razones para controlar la contaminación, y si esto no se efectúa es debido a las barreras jurídicas existentes.

El Dr. Molina, a pesar de ser premio Nobel, no puede resolver el problema, ya que no se trata de una labor que pueda realizar un solo hombre, ni de soluciones técnicas. La solución es jurídica, y

está presente en la forma en que fundamentamos los esquemas de organización, para que cerca de veinte millones de habitantes en la zona metropolitana podamos movernos, en un transporte digno, eficiente, confiable y seguro, sin contaminar al ambiente, y en el menor tiempo posible.

Siguiendo con estas ideas, los alumnos que hoy inician su carrera de abogados en esta Escuela requieren de una disciplina basada en nuevas formas jurídicas con las que puedan enfrentar los cambios en las formas de ser, de pensar, de orden, y de jerarquía. Hay que reflexionar en torno al hecho de que nuestros nuevos alumnos no nacieron ni han vivido con el Muro de Berlín, cuyo derribo se inició en 1988 y concluyó en 1989. Ellos forman parte de la generación de la globalización, la *hot-generation*, en todos sentidos, ya que la *cold-war*, basada en la amenaza nuclear terminó para dar paso a la *warm-war*, de la que todos somos responsables y culpables, frente al calentamiento global.

Los nuevos abogados tienen que tomar el desafío de la defensa de intereses y derechos que se hacen difusos, y a veces confusos ante la transnacionalización; los nuevos abogados tendrán que aplicar un derecho transnacional, globalizado y difuso, y se deberán acoplar al ritmo del cambio. Estos serán los primeros pasos hacia la globalización del mercado.

Si revisamos qué era lo que pasaba hace veinte años, en el año de 1988, veremos que entonces se inició el desmantelamiento de las armas nucleares, y surgió la democracia en el mundo, tal y como ahora la disfrutamos.

En la entonces URSS inició la "glasnost" de Gorbachov, que dio nuevas libertades individuales a los ciudadanos, como una mayor libertad de expresión, y libertad de religión. En Chile se dio el Plebiscito Nacional de 1988, que se realizó en aplicación de las disposiciones transitorias de la Constitución, para decidir si el general Augusto Pinochet seguiría como presidente del país hasta 1997. El resultado fue "No", y significó la convocatoria de elecciones democráticas que conducirían al fin de la dictadura, y el comienzo de la transición a la democracia.

En Estados Unidos, George Herbert Walker Bush fue el cuadragésimo primer Presidente de este país; y en México, Carlos Salinas de Gortari fue elegido Presidente. El paso del huracán *Gilberto* por el

territorio mexicano constituyó el augurio de la velocidad de acontecimientos y desastres naturales. Los juegos olímpicos de Seúl y Calgary, fueron también parte del augurio en el que el norte occidentalizado iniciaba su largo reencuentro con el oriente olvidado. Surgió el bloque asiático, y los dragones del oriente reclamaron ser vistos y reconocidos como potencias económicas. La ONU reconoció la existencia del Estado palestino. Los científicos lograron aislar el gen responsable del sexo humano (TDF), localizado en el cromosoma, y desde entonces se supo que éste sólo se encuentra en los hombres.

Como pueden ver, el reto es lograr ubicarnos en la misma frecuencia, ritmo y nivel del proceso de cambio y evolución que el del derecho en sus ámbitos global y regional.

Cuando estudié en esta Escuela, sabía que al salir tendría como competidores sólo a los egresados de la UNAM y de la Ibero. Ahora, los competidores de los abogados egresados de la Libre son los egresados de universidades de Estados Unidos, Canadá y Europa, y no hay que olvidar ni menospreciar a los abogados provenientes de universidades, tanto públicas como privadas de Argentina, Chile, Perú, Colombia y de muchas universidades de Centroamérica.

Generalmente se hace la pregunta de qué país, o de qué instituciones dejamos a las futuras generaciones de mexicanos. Sin embargo, la pregunta que debemos plantearnos es qué mexicanos dejaremos para este país, y esta es la labor de nuestra querida Escuela, formar mejores mexicanos para nuestro país. Mexicanos con honor, siguiendo las reflexiones de nuestro lema, con dignidad, con capacidad de amar y, por ende, de conformar un nuevo orden.

Espero, debido a que la esperanza es un deber y tiene un alto contenido jurídico, que este ciclo nos permita a los maestros dar a nuestros alumnos nuestras enseñanzas y experiencias, y que ellos tomen de ellas, tanto lo bueno y lo no tan bueno; ya que al final, lo que hace al derecho es la vivencia, como diría mi querido maestro, el padre Villoro Toranzo. Para mí, la aventura que inician muchos de ustedes, y que otros continúan, representa la experimentación de la justicia y de la esperanza. Tenemos el deber de la esperanza de un mejor futuro para México, con mejores abogados formados con principios y espíritu universales.

DISCURSO DE LA SRITA. RUTH ZENTENO,
PRESIDENTA DE LA SOCIEDAD DE ALUMNOS
DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO,
EN LA CEREMONIA DE INAUGURACIÓN
DE CURSOS 2008-2009

Hace cinco años, sentada en una de estas butacas, me enfrenté por primera vez a la magnitud de mi decisión cuando, en medio del mar de rostros anónimos que justo ahora los rodea, descubrí que no había marcha atrás.

Por primera vez en mi vida era considerada una mujer adulta, hecha y derecha que tendría que enfrentarse al peso de sus decisiones sin un solo asidero al cual acudir en medio de sus dudas y temores; ningún otro incentivo que el honor, la disciplina como límite a la libertad creativa que debe haber en un foro académico y la satisfacción del trabajo bien hecho como única recompensa.

Era muy tarde para arrepentirme. Luego de la infinidad de leyendas negras que me fueran susurradas en los corredores, vi coartada toda posibilidad de escape en el momento en que un orador hizo suyo el podio y las puertas del auditorio se cerraron a mi espalda; respiré profundo. No podía regresar a casa derrotada preguntándome por siempre si lo habría logrado de persistir.

En esta misma sala, en un momento muy parecido a éste, me prometí a mí misma que no me rendiría sin pelear. No después de todas las dificultades que representaron reunir el valor para poner pie en la Libre y encarar las entrevistas con aire calmo a pesar de que los alocados latidos de mi corazón podían escucharse hasta la biblioteca. No iba a darme por vencida luego de ver el semblante descompues-

to de prometedores estudiantes torturados por el rechazo cuando la oportunidad de probar mi valía me había sido entregada junto con un talón de pagos.

Fuera de tiempo, los remanentes de mi juventud y la estamina que no guardaba para navidad, no tenía nada qué perder.

Siempre me ha gustado pensar que nuestras equivocaciones son tan importantes como nuestros aciertos y que no seríamos la mitad de lo que somos sin esta azarosa combinación de circunstancias. Algunos de ustedes llegaron aquí para salvar a sus colegas del fantasma de la desesperanza, del miedo, de la soledad; otros, al buscar su redención mostrarán a sus compañeros el verdadero significado del valor, de la lealtad y la fe. Cada uno debe encontrar su propósito más allá de la justicia poética, humana y divina teniendo en mente que hay una buena razón por la cual sus pasos los dirigieron a éste de entre todos los recintos posibles.

Éste es el mejor lugar para dar gracias por los pequeños milagros de todos los días, el lugar correcto para aprender a valorar una mano amiga, el único lugar donde sé que un extraño les brindará consuelo luego de un día largo y difícil con sincera simpatía, donde los estudiantes de grados superiores pondrán a su disposición su saber y experiencia tratando de evitarles el doloroso aprendizaje que ellos experimentaron.

Más de una vez se preguntarán si hicieron lo correcto al venir aquí, más de una vez se detendrán a mitad del camino preguntándose si tienen la vocación y el carácter para enfrentar los retos por venir, y cada vez, a pesar de que no logren expresar sus dudas en voz alta, sabrán ver las señales que indican claramente la respuesta que aguarda en el fondo de su alma.

Luego de los días oscuros, vendrán los días maravillosos en que una réplica bien argumentada y una tenue sonrisa en los labios del profesor les recordarán por qué de entre todos los caminos posibles, ustedes eligieron la complicada vida de servicio del abogado, por qué están ansiosos por consagrar al prójimo el fruto de su intelecto. Son días que inspiran a creer que sin importar lo accidentado que resulte el trayecto, al final del año no habrá ninguna satisfacción más grande que el saber que fue una decisión acertada.

El mundo habrá retomado su curso y con la indignación a flor de piel, ustedes habrán aprendido que hay cosas por las que vale la

pena luchar hasta las lágrimas. Se habrán convertido en verdaderos abogados.

Sabrán entonces lo mismo que yo descubrí: lo que debería asustarnos no es la finitud, sino sentir que nuestras vidas carecieron del propósito que llenara nuestro tiempo y tras su estancia aquí habrán crecido lo suficiente para encontrar su sendero.

Si la niña asustada que llegó aquí hace cinco años me hubiera preguntado si volvería sobre mis pasos, le diría con toda franqueza que habrá noches en que no pegaría el ojo, pero que gustosa lo haría todo de nuevo, si acaso mejor una y mil veces. Aquí conocí a las personas que cambiaron mi vida.

Aprendí en estas aulas a mover conciencias a plumazos primero, en la convicción de que la vida me alcanzará para mejorar el mundo después, y me regocijé en el secreto conocimiento de que en algún lugar perdido entre los mitos de la crueldad decimonónica del sistema más antipedagógico que muchos podrían haber conocido, brilla una diminuta y esperanzadora luz de consideración en sus manos: la Libre la construyen ustedes.

¿Escogería de nuevo el sendero que ustedes hoy transitan? Sí y mil veces sí. Cuando llegue el momento descubrirán por sí mismos que en lo que toca a esta Escuela, la historia aún no termina de escribirse.