

REVISTA DE
INVESTIGACIONES
JURIDICAS



g. 1
ESCUELA LIBRE DE DERECHO

REVISTA DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

AÑO 33

MÉXICO, 2009

NÚMERO 33

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

Junta Directiva:

Lic. Federico Jorge Gaxiola Moraila, *Rector*
Lic. Francisco Simón Conejos, *vocal*
Lic. Emiliano Zubiría Maqueo, *vocal*
Lic. Pascual Orozco Garibay, *vocal*
Lic. José Ángel Villalobos Magaña, *vocal*
Lic. Mauricio Oropeza Estrada, *vocal*

Lic. Silvia Gabriela Ortiz Rascón
Secretaría de Administración

Lic. Mayra Müggenburg Camil
Coordinadora de Postgrado

ESCUELA LIBRE DE DERECHO
BIBLIOTECA

Lic. Renata Sandoval Sánchez
Prosecretaria

CONSEJO EDITORIAL

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

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

ISSN 0185-1438

© 2009. Derechos reservados conforme a la ley
Escuela Libre de Derecho
Dr. Vértiz núm. 12, México 06720, D. F.

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

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

ESCUELA LIBRE DE DERECHO
BIBLIOTECA

ÍNDICE

DOCTRINA GENERAL

- Enrique Fernando BARRERA BETANCOURT
Impacto de la nueva regulación del sector de ahorro
y crédito popular frente a la consolidación del sector..... 9
- José Antonio BECERRIL GONZÁLEZ
El reconocimiento, en el artículo primero de nuestra
Constitución, de la dignidad humana como fundamento
de los derechos humanos y como principio y fin del Estado
mexicano 57
- Alberto BENEGAS LYNCH
Una refutación al materialismo filosófico
y al determinismo físico 79
- Eber BETANZOS
Estudio introductorio sobre la violación de derechos
fundamentales en las leyes mexicanas del 20 de diciembre
de 1827 y del 19 de marzo de 1829, referentes
a la expulsión de españoles de los Estados Unidos
Mexicanos 107
- Salvador CÁRDENAS GUTIÉRREZ
Juan Blázquez Mayoralgo, primer teórico de la "razón
de Estado" y del derecho público en México..... 169

Edmundo CASTRO MEDINA Evolución histórica del tratamiento del adolescente infractor en México.....	215
Óscar Armando CRUZ QUIROZ La Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tribunal Constitucional de México	239
Francisco DE ICAZA DUFOUR Antecedentes hispánicos de las Leyes de Reforma.....	265
Jesús Antonio DE LA TORRE RANGEL Vasconcelos, en el cincuentenario de su muerte. Su pensamiento jurídico: revolución y soberanía; ley y justicia	289
Rodolfo FÉLIX CÁRDENAS Delincuencia organizada en la reforma constitucional. Implicaciones en las leyes secundarias estatales y del Distrito Federal	321
Rodolfo Vidal GÓMEZ ALCALÁ Una discusión contemporánea sobre teoría de derecho (Raz, Alexy y Bulygin)	355
Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO El Estado de Derecho, económicamente.....	395
Yuri GONZÁLEZ ROLDÁN Manumisiones fideicomisarias. Senadoconsultos y constituciones de Edad Adrianea	445
Ramón HERNÁNDEZ CUEVAS El arbitraje y el juicio de amparo	501
Ana Ruth HERRERA Algunas consideraciones en torno a una eventual introducción del juicio de amparo en Francia.....	527

Rodrigo LABARDINI y Jacqueline OLVERA VÁZQUEZ Comentarios sobre la jerarquía entre leyes y tratados en el derecho mexicano.....	553
Ma. Solange MAQUEO RAMÍREZ Las imperfecciones del mercado como fundamento para el desarrollo del papel del Estado en la actividad económica	601
Juan Antonio MARTÍNEZ MUÑOZ Competencia de jurisdicciones (la alternativa al monopolio público).....	649
Manuel MUNIVE PÁEZ Estatus actual de las normas generales de derecho internacional privado en los códigos civiles de los estados	677
Roberto NIEMBRO ¿La reforma constitucional al margen de la Constitución? Una cuestión de concepciones constitucionales en torno al debate de la Suprema Corte de Justicia de la Nación	725
Mario SIMÓN CANTO Breve contexto histórico del pensamiento jurídico en torno a la banca	751
MISCELÁNEA	
Juan Pablo PAMPILLO BALIÑO Breves notas sobre el nuevo plan de estudios de licenciatura de la Escuela Libre de Derecho	771
DISCURSOS	
Discurso del Lic. Federico Jorge Gaxiola Moraila, rector de la Escuela Libre de Derecho, en la ceremonia de inauguración de cursos 2009-2010.....	791

Discurso del Ministro Fernando Franco González Salas
en la ceremonia de inauguración de cursos 2009-2010 795

Discurso pronunciado por el Lic. Ignacio Soto Borja,
en representación de la comunidad de ex alumnos de la
Escuela Libre de Derecho, en la ceremonia de inauguración
de cursos 2009-2010 807

Discurso del alumno Martín Vivanco, presidente
de la Sociedad de Alumnos de la Escuela Libre de Derecho,
en la ceremonia de inauguración de cursos 2009-2010 811

IMPACTO DE LA NUEVA REGULACIÓN
DEL SECTOR DE AHORRO
Y CRÉDITO POPULAR FRENTE
A LA CONSOLIDACIÓN DEL SECTOR

Enrique Fernando BARRERA BETANCOURT

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Concepción de un Sistema de Ahorro y Crédito Popular Regularado y Supervisado.* III. *El Sector de Ahorro y Crédito Popular.* IV. *Ley de Ahorro y Crédito Popular y Regulación Secundaria.* V. *Nueva Ley para Regular las Actividades de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo, reformas a la Ley de Ahorro y Crédito Popular.* VI. *Consecuencias en el Sector de Ahorro y Crédito Popular.* VII. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

Muchos estudiantes de derecho y profesionistas destacados del ámbito financiero han querido conocer y profundizar sobre la forma de regular el fenómeno económico del sector de ahorro y crédito popular; incluso para los más adentrados en el contexto financiero de nuestro país, tanto en la forma en que ocurre este fenómeno hoy en día, como la conformación histórica del sistema, resultan poco claras y presentan importantes lagunas. Preguntas como: ¿cómo se gestó?, ¿cómo se reguló?, ¿por qué se definió así?... son todavía temas poco explorados por abogados y financieros; tal vez conociendo mejor estos temas se podrá brindar un abanico de opciones a los múltiples negocios financieros y corporativos que todos los días requieren de oportuna asesoría jurídica.

Este trabajo no pretende ser un estudio histórico que profundice en las raíces del sector de las finanzas populares en México; sobre ello

hay documentos escritos de gran valor, aunque siempre nos encontraremos con pocas fuentes confiables que realmente documenten la experiencia real con un enfoque crítico.

Así pues, el presente escrito se elabora partiendo de la base que animó a México a proponer la regulación del sector de ahorro y crédito popular durante varios años, la aplicación de dicha regulación y la participación de los trabajos de los reguladores para lograr el comienzo de la consolidación de nuestro joven sector de ahorro y crédito popular.

A lo largo de estas páginas se resume, en la historia reciente de nuestro país, la concepción del sector de ahorro, la forma en que fue ideándose y cómo éste quedó plasmado finalmente en la norma, la efectividad práctica de su aplicación y la emisión de la nueva *Ley para Regular las Actividades de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo*, con un enfoque crítico y fundado.

II. CONCEPCIÓN DE UN SISTEMA DE AHORRO Y CRÉDITO POPULAR REGULADO Y SUPERVISADO

A principios del sexenio 2001-2006 el sistema financiero mexicano presentaba serias desigualdades en su desarrollo, existía falta de penetración de los intermediarios financieros y en consecuencia, la mayoría de las personas en edad productiva no tenían acceso a servicios financieros formales, ello debido a los bajos ingresos de las poblaciones alejadas de las grandes ciudades y localizadas en zonas geográficas de difícil acceso, que ocasionan el encarecimiento de la prestación del servicio.

El sistema bancario mexicano, como dicho término se define en la Ley de Instituciones de Crédito, atiende principalmente a nichos de mercado que se concentran en grandes corporativos y personas físicas con determinado nivel de ingresos, a fin de ser elegibles como "clientes" para los servicios que prestan o los productos que ofrecen.

Por su parte, siempre ha existido en México un sector de la economía que agrupa a diversos participantes, oferentes de productos de captación de recursos del público y de colocación de créditos; estos participantes se agrupan en el denominado sector de ahorro y crédito popular, del cual profundizaremos en el apartado respectivo, además de diversas empresas privadas que otorgan microcréditos. En ambos

casos estos participantes del sector financiero, que por ahora denominaremos "informal", no se encontraban regulados ni supervisados por autoridad financiera alguna.¹

Así pues, el Plan Nacional de Desarrollo 2001-2006, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de mayo de 2001, reconoció la necesidad de implementar un orden normativo que permitiera al sector de finanzas populares formalizarse, hacerse más transparente y brindar seguridad al usuario de sus servicios y por supuesto, quedar debidamente supervisado por las autoridades con el objeto de lograr los objetivos previstos en dicho plan. Para ilustrar lo anterior a continuación se cita un extracto del Plan Nacional de Desarrollo 2001-2006.

El sistema financiero mexicano no ha podido consolidarse plenamente. Los fuertes desequilibrios y desajustes que sufrió a mediados de la década de los noventa, el rezago estructural y operativo de los intermediarios y la falta de un marco normativo adecuado han impedido una mayor profundización financiera. Adicionalmente, el muy limitado ahorro interno, con el mantenimiento consecuente de elevadas tasas de interés reales, ha restringido la contribución del sistema financiero al desarrollo.

La nueva dinámica del país demanda también la reforma del sistema financiero para fomentar el ahorro, particularmente el de largo plazo y el popular. Una reforma financiera apropiada debe además mejorar los incentivos tanto de los intermediarios financieros como de los usuarios.

Por su parte, una de las estrategias del ex presidente Vicente Fox, previstas en el Plan Nacional de Desarrollo para conducir la marcha económica del país, era:

f] Crear la banca social.

La nueva banca social tendrá dos lineamientos esenciales. En primer término, ordenar el sector de ahorro y crédito popular, dotándolo de un marco

¹ Hay que recordar que la quiebra de Crédito y Ahorro del Noroeste (El Arbolito) y el fraude de las cajas JOV (mediante el abuso de la figura de Sociedad Cooperativa) fueron temas muy sonados en el año 2000.

normativo adecuado que le dé transparencia y seguridad; formar un sistema de supervisión acorde con las características propias del sector y establecer criterios contables similares a los del resto de los intermediarios.

Con esta iniciativa se busca evitar nuevos episodios de crisis y crear confianza en los sistemas financieros, para lo cual se impulsará la creación de un seguro de depósito que garantice los recursos ahorrados en el sistema de ahorro y crédito popular. Para alcanzar una mayor eficiencia y economías de escala, se promoverá, sin descuidar sus funciones, la transformación de instituciones relacionadas, a fin de aprovechar las posibilidades de apoyo al sector.

El segundo lineamiento será estimular proyectos productivos viables a fin de aprovechar el potencial brindado por el entusiasmo y las ideas creativas de personas que carecen de apoyo financiero. Para ello, se destinarán recursos mediante microcréditos que impulsen las ideas productivas y emprendedoras de los mexicanos que deseen mejorar su economía. Los proyectos productivos viables que surjan como iniciativa de las personas, familias o comunidades contarán con financiamiento accesible. Cabe destacar que este programa dará incentivos a la formalidad comercial y fiscal de los negocios que sean apoyados.

Con esta idea y como generalmente ocurre, se trató primero de conceptualizar la forma en que puede regularse y ordenarse lo que ya se venía dando en la práctica diaria, a través de multiplicidad de operaciones financieras celebradas por diversas personas morales de muy diversas naturalezas jurídicas. El legislador se dio cuenta que el derecho tendría que reconocer la práctica financiera *de facto* y normar el campo de actuación de los diversos participantes (desde sociedades y asociaciones civiles, hasta cooperativas, sociedades anónimas y sociedades de solidaridad social, por nombrar algunas), a fin de sentar las condiciones para el crecimiento ordenado de éstos y para incorporar a los nuevos participantes que eventualmente quisieran entrar en la competencia del sector.²

El primer problema era establecer una base o modelo de esquema del sector de ahorro y crédito popular que pudiera adecuarse a la realidad mexicana en ese entonces, para ello se elaboraron diversos estudios internacionales para conocer la experiencia de países donde

² Debemos recordar que en esas fechas (2001) el permiso para captar depósitos del público para sociedades distintas a los bancos, solamente se preveía en la Ley General de Sociedades Cooperativas, y podía llevarse a cabo por las cooperativas de ahorro y préstamo exclusivamente con sus socios, para distinguirlas de las cooperativas de producción o servicios.

las finanzas populares han tenido un desarrollo importante y así poder evaluar qué modelo de finanzas populares sería más adecuado para implementarse en México y que permitiera lograr los objetivos que se perseguían.

Así pues, se conformó un grupo de trabajo integrado por diversos participantes de las autoridades financieras, representantes del sector cooperativista, legisladores y miembros de destacadas organizaciones internacionales, expertos en finanzas populares para varios sectores, desde rurales hasta muy sofisticados.

Al finalizar los trabajos este grupo determinó que, atendiendo a la experiencia internacional, está comprobado que en los países en los cuales existe regulación específica para las actividades de los organismos financieros solidarios, éstos han podido crecer y consolidarse como una alternativa atractiva para millones de personas en el mundo.³

Se analizó el modelo de la Fundación Alemana (*Sparkassenstiftung für internationale Kooperation*), cuya misión consiste en hacer accesible la experiencia adquirida por las *Sparkassen* alemanas a instituciones financieras similares en países en vías de desarrollo y de transformación.

Para ello, la *Sparkassenstiftung* ofrece a sus instituciones contraparte en el mundo entero los servicios de capacitación y consultoría más modernos. La *Sparkassenstiftung* apoya la reestructuración del sistema mexicano de cajas de ahorro y crédito popular, gracias al fomento y desarrollo de una red de pequeños bancos locales.

Además, la *Sparkassenstiftung* brinda asesoramiento a un gran grupo de unas 300 pequeñas cajas locales de ahorro y crédito.⁴

Asimismo, la Confederación Alemana de Cooperativas o DGRV por sus siglas en alemán (*Deutscher Genossenschafts- und Raiffeisenverband e V.*), presta servicios consistentes en contabilidad, administración, legal, auditoría y asistencia técnica en todo el mundo. Muchos

³ Exposición de motivos del Decreto por el que se expide la Ley de Ahorro y Crédito Popular y se reforman y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito y de la Ley General de Sociedades Cooperativas de 30 de abril de 2001, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de junio de 2001.

⁴ <http://www.fundacionalemana.com.mx/index.php>.

de sus principios y forma de trabajo cooperativo se recogieron en la elaboración de la normatividad de ahorro y crédito.⁵

Otro de los grandes organismos que influyeron en la concepción de nuestro modelo de sector de ahorro y crédito popular fue *Développement International Desjardins* (DID), sociedad canadiense especializada en apoyo técnico e inversión en el sector de las finanzas de proximidad en los países en desarrollo y emergentes. Actualmente, DID apoya a organizaciones en unos veinte países de África, América Latina y el Caribe, Asia y Europa Central y del Este.

Con el fin de garantizar el sustento de las instituciones que apoya, DID interviene en varios campos. Los conocimientos de sus aproximadamente 100 empleados se solicitan para:

- crear instituciones básicas y organizarlas en red,
- introducir nuevos productos financieros,
- recuperar situaciones de crisis,
- modernizar las operaciones,
- diseñar estrategias de supervisión,
- elaborar leyes sobre las cooperativas de ahorro y crédito,
- formar a los diferentes actores de la escena financiera local.⁶

En México, DID participó activamente en la certificación de los integrantes de los Comités de Supervisión de Federaciones, así como la certificación de los propios Comités que hoy operan en el país.

Atento a lo anterior, México reunía los principales elementos para poder conceptualizar e integrar al sector financiero popular y dotarlo de una regulación específica, lo cual se tradujo, después de muchos esfuerzos, en la Ley de Ahorro y Crédito Popular (en adelante LACP) vigente y que fuera publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de junio de 2001.

III. EL SECTOR DE AHORRO Y CRÉDITO POPULAR

Debemos recordar que en México el sector de ahorro y crédito popular se encuentra conformado por múltiples mecanismos, desde tandas,

⁵ <http://www.dgrv.org/docs/esp-DGRVagosto2006.pdf>.

⁶ <http://www.did.qc.ca/es/qui-sommes-nous/default.html>.

rosca o vaquitas como coloquialmente se les conoce, hasta cajas de ahorro y uniones de crédito. Principalmente nos enfocamos en las cajas de ahorro por ser las figuras que, debidamente organizadas, consideramos como las más representativas del sector.

En México existen cinco tipos de cajas de ahorro, i) las que pertenecen a la Caja Popular Mexicana como una sociedad que agrupa a diversas cajas, ii) las que son sociedades de ahorro y préstamo,⁷ iii) las cajas independientes iv) las cajas operadas por empresas y sindicatos (fuera del objeto de la LACP) y v) las cajas solidarias.⁸

Ahora bien, con la emisión de la LACP México logró fijar la regulación primaria⁹ que establece las bases conforme a las cuales se llevará a cabo la intermediación financiera a nivel popular, reduciendo a dos figuras las permitidas para desarrollar la actividad, a saber: sociedades cooperativas de ahorro y préstamo (SOCAP) y sociedades financieras populares (SOFIPOS) con naturaleza jurídica de sociedad anónima, así como la forma en que ambas serán supervisadas.

La LACP prevé también que a ambas figuras se les denomine Entidades de Ahorro y Crédito Popular (EACP) para lo cual deberán obtener de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (en adelante CNBV) la debida autorización para actuar con tal carácter. Se contempla también la forma en que las EACP pueden agruparse en Federaciones y éstas en Confederaciones; y se delega la facultad de supervisar de manera auxiliar a todas las EACP en diversos Comités de Supervisión, integrados por funcionarios especializados y certificados por organismos internacionales como el DID, fungiendo el Comité de Supervisión como un órgano independiente de la Federación a la que se encuentre adscrito.

Asimismo, se define de manera clara la forma de proteger los depósitos del público en caso de cualquier contingencia, lo cual se realizaría a través de un Fondo de Protección administrado por la Confederación con reglas precisas sobre la forma de invertir el patrimonio y las cuotas que deberán pagar las EACP. Se estableció

⁷ Con naturaleza de organizaciones auxiliares del crédito y reguladas por la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito.

⁸ Para profundizar en el tema ver Mansell Carstens Catherine *Las finanzas populares en México, el redescubrimiento de un sistema financiero olvidado*, 1995, p. 123.

⁹ En contraposición a "secundaria", término reservado para la regulación que emite la Comisión Nacional Bancaria y de Valores con base en una Ley que así lo señale.

la facultad de la CNBV para emitir reglas y disposiciones de carácter general en materia de controles internos, regulación prudencial, régimen de alertas tempranas, niveles de capitalización, contabilidad, por nombrar algunos.

Se reguló también la forma en que dichos intermediarios se disuelven, liquidan y quiebran a fin de establecer una salida ordenada del sistema que genere el menor costo.

No obstante lo anterior y ante la diversidad de sociedades y personas que ofrecían estos servicios, la LACP previó un amplio y detallado régimen de transitoriedad que obligaba a todos los interesados en obtener la autorización de la CNBV a realizar diversos trabajos preparatorios para estar en posibilidad de presentar su solicitud de autorización ante la CNBV, lo cual requería del previo dictamen favorable de alguna Federación y ser financieramente viable, de conformidad con los pormenores previstos en el artículo Cuarto Transitorio del Decreto mediante el cual se expidió la LACP.

Para lograr lo anterior, se establecieron plazos perentorios para que las sociedades se encontraran en condiciones de poder solicitar su autorización ante la CNBV, so pena que de no cumplir con los trabajos preparatorios, no podrían llevar a cabo actividades de captación de recursos, ubicándose en conductas posiblemente delictivas.¹⁰

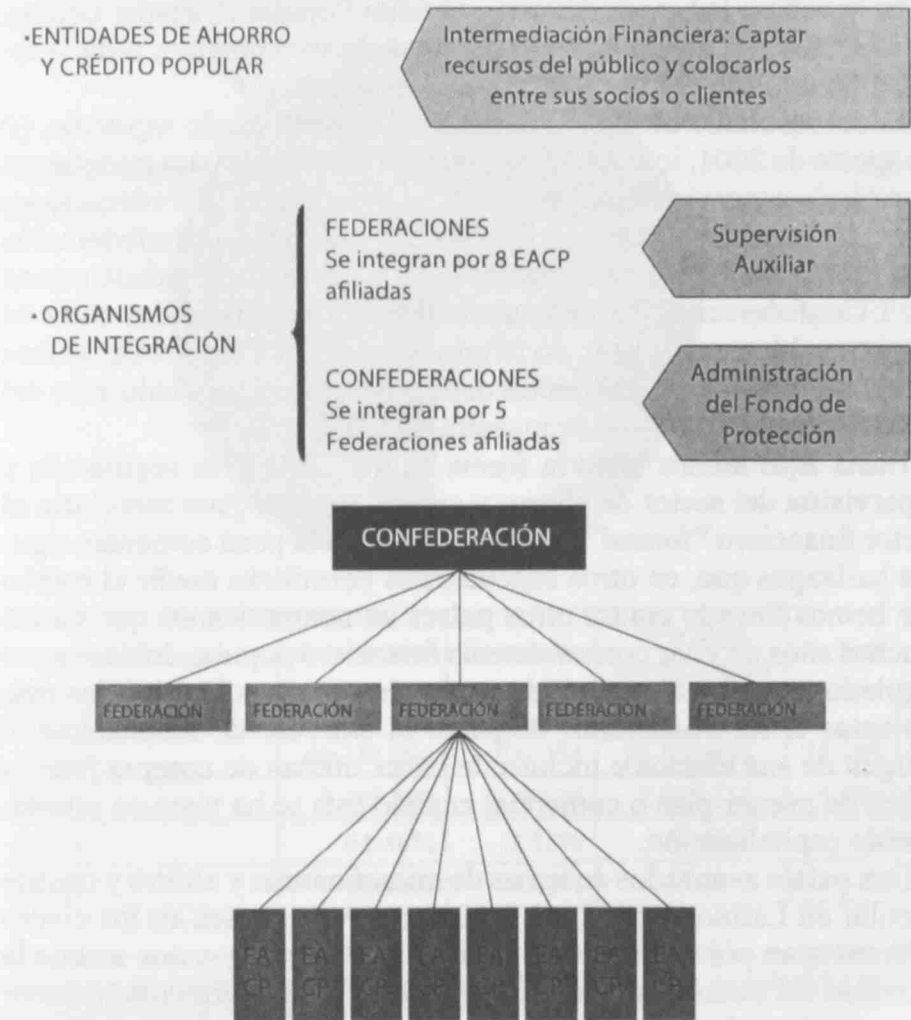
En síntesis, el sector de ahorro y crédito popular se estructuró como se muestra en la figura 1.

Así pues, para 2001 se tenía una LACP pero no se contaba aún con ningún participante autorizado, y era lógico, porque se trataba de una Ley nueva y no se había emitido ninguna autorización para que alguna sociedad tuviera el carácter de EACP.

Sin embargo, como la solicitud de autorización debía acompañarse de un dictamen previo que fuera "favorable" y que estuviera emitido por una Federación, era menester para la autoridad dar prioridad a las autorizaciones para constituir Federaciones (que cuenten con un Comité de Supervisión Auxiliar) y posteriormente las autorizaciones de las EACP.

¹⁰ La LACP ha tenido ocho modificaciones a la fecha (cuatro por temas de plazos y constitución de Federaciones, cuatro por temas de lavado de dinero, desregulación de factoraje, entre otras), siempre teniendo en mente la capacidad de adecuarse a sus circunstancias. En el mismo periodo la Ley de Instituciones de Crédito, ha tenido 17 reformas.

Figura 1. Estructura del sector de ahorro y crédito popular



Sería hasta el mes de abril de 2005 cuando empezaron a emitirse las primeras autorizaciones de Federaciones.¹¹

El 18 diciembre de 2006 se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación*, las Disposiciones de carácter general aplicables a las

¹¹ Concebir el sector de ahorro y crédito popular como se plasmó en el cuadro anterior es resultado de la experiencia vivida por el grupo de trabajo que se conformó al efecto y de la oportuna y adecuada asesoría de muchos organismos internacionales como los que ya se han citado en este trabajo.

Entidades de Ahorro y Crédito Popular y Organismos de Integración a que se refiere la Ley de Ahorro y Crédito Popular (Circular Única), la cual tuvo por objeto compilar en un solo instrumento, toda la regulación emitida por la CNBV al amparo de la LACP.

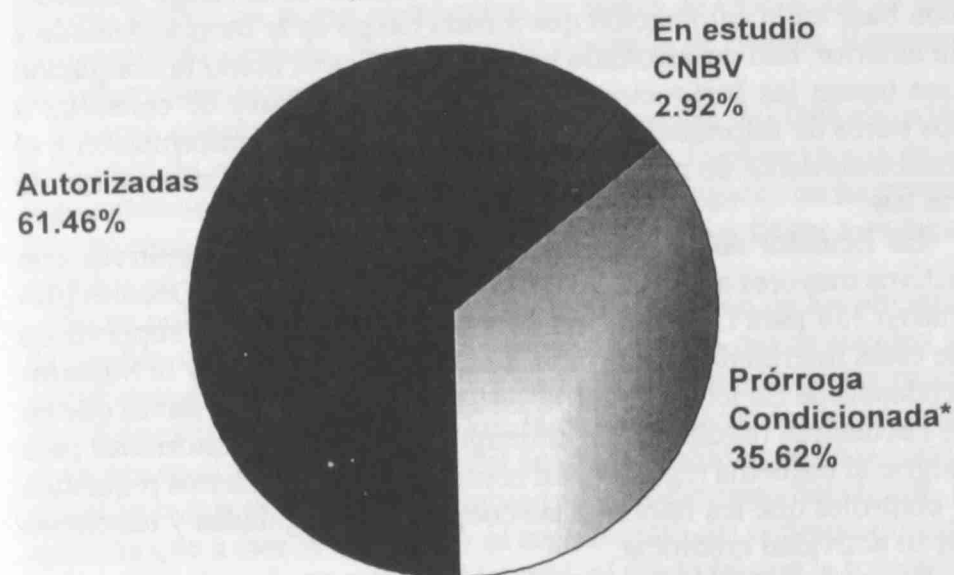
Como resultado de todo lo anterior se ha obtenido lo siguiente. (i) En agosto de 2001, inició la capacitación de personas para integrar los comités de supervisión. (ii) En 2005, se autorizaron 12 Federaciones y las primeras tres EACP. (iii) En 2007, se autorizó la Confederación (COFIREM). En 2008 y hasta agosto de 2009 el sector regulado consta de: 1 Confederación, 13 Federaciones y 78 EACP divididas entre 44 SOCAPS y 34 SOFIPOS que, en términos de activos del sector, al mes de agosto de 2009 se encuentra dentro del marco regulado más del 60% de los activos como se muestra en la figura 2.

Hasta aquí hemos visto la forma en que se creó la regulación y supervisión del sector de ahorro y crédito popular para integrarlo al sector financiero "formal", sin embargo, vale la pena comentar algunos hallazgos que, en otros sistemas nos permitirán medir el rumbo que hemos llevado contra otros países latinoamericanos que tienen muchos años de vivir con un sistema financiero popular debidamente regulado y que les ha permitido en muchos casos sobrevivir las más violentas crisis financieras, llegando al extremo de mantenerse al margen de sus efectos e incluso de hacer ofertas de compra para la banca de primer piso o comercial cuando ésta se ha visto en problemas de capitalización.

Dos países avanzados en temas de microfinanzas y ahorro y crédito popular en Latinoamérica son Ecuador y Perú, países en los cuales se preocupan por revisar y redefinir el tipo de riesgos que asume la actividad del microcrédito con independencia del intermediario financiero que la realice. La regulación se enfoca a cuidar los riesgos que asume el otorgante del crédito, al tiempo que se homologa la norma de consumo y microcrédito en provisiones y castigos (por ejemplo, después de 5 días de mora).

En Ecuador se cuenta con una definición de "microcrédito" (aspecto trascendental para la regulación aplicable a la calificación y constitución de reservas ya que en México no existe tal definición y los microcréditos muchas veces terminan siendo calificados y reservados con reglas aplicables a la cartera crediticia de consumo o de otro tipo), entendido como "aquel concedido a un prestatario o a un grupo de

Figura 2. Sector regulado



	Autorizadas	En estudio	Prórroga condicionada	Total
Núm. sociedades	75	21	282	376
Activos	46 338 094	2 200 254	26 860 896	75 399 244
Socios	3 358 303	229 636	2 002 116	5 590 055
Activos	61.46%	2.92%	35.62%	100%
Socios	60.08%	4.11%	35.82%	100%

* Se conoce como prórroga condicionada al periodo durante el cual las sociedades deben trabajar con las Federaciones para estar en posibilidad de presentar su solicitud a la CNBV, actualmente vencerá hasta 2012.

Fuente: CNBV. Adicionalmente existen 116 sociedades regularizadas al amparo del artículo 4 bis de la LACP y se tiene conocimiento de que existen cientos de sociedades operando fuera del marco legal actual. El cuadro y las cifras se presentan con información al mes de agosto de 2009.

prestatarios con garantía solidaria, destinado a financiar actividades en pequeña escala, de producción, comercialización o servicios, cuya fuente principal de pago la constituye el producto de las ventas o ingresos generados por dichas actividades, adecuadamente verificados por la institución del sistema financiero prestamista".

La actividad de la supervisión está basada en el riesgo asumido, con base en la calificación que a cada riesgo se le otorga. Aunado a lo anterior, han desarrollado servicios auxiliares como la obligación que tienen las Instituciones Microfinancieras (IMF) de consultar a los burós de información crediticia, calificar dicha información y el establecimiento de reglas para la gobernabilidad y el patrimonio de las IMF.¹²

En Ecuador sólo se encuentran reguladas las cooperativas con activos mayores a 10 mdd, conforme a lo previsto en el Decreto Ejecutivo 354 para Cooperativas de Ahorro y Crédito, y la supervisión de estos intermediarios se lleva a cabo directamente por la Superintendencia de Bancos y Seguros. Existen también cooperativas que no se encuentran reguladas, sin embargo, tienen una transitoriedad para migrar al esquema regulado, así como para cumplir ciertos requisitos y controles que les imponen las cooperativas reguladas y asociadas en su actividad crediticia.

Por otra parte, la autoridad supervisora tiene facultades para obligar a las IMF a transparentar sus comisiones, revelarlas e incluso regularlas. La supervisión se lleva a cabo de manera consolidada y se ajusta al nuevo acuerdo de Basilea II,¹³ según la clasificación del crédito y en atención a la fuente del pago, no al destino del crédito. Asimismo, las reglas de provisionamiento varían en función de la tecnología crediticia que han desarrollado, en caso de que conforme a la metodología no resulte satisfactorio, se pueden tasar las provisiones hasta en 3% del total de la cartera.

A nivel de las disposiciones secundarias existe la obligación para las IMF de contar con una unidad de riesgos que funciona como un verdadero contrapeso con el área de negocios, incluso cuentan con un Comité de Administración de Riesgos y deben de obtener la calificación de una institución calificadora de prestigio. Los requerimientos de capital van dirigidos en función del riesgo de crédito asumido.

¹² Ver Decreto 354 de la Superintendencia de Bancos y Seguros de Ecuador.

¹³ "Basilea II", el Nuevo Acuerdo sobre Capitales Mínimos, aún en deliberación en el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (BCBS), cambiará el mundo financiero como ningún acuerdo anterior: redefinirá el capital necesario para cubrir el riesgo crediticio y otros tipos de riesgos (operacional, de liquidez, etc.), reforzará la práctica de la supervisión financiera y aumentará la transparencia para que las fuerzas del mercado puedan actuar de una manera más eficiente. Estos tres elementos son los así llamados "tres pilares" de Basilea II.

En Ecuador existe una cooperativa denominada Cooperativa COOPROGRESO en la que se manejan los temas de Operación de una Cooperativa Regulada, Plan Contable y gestión de riesgos, Reportes de Supervisión y Sistema de Supervisión.

En esta cooperativa, con 37 años de operación, 50 000 afiliados y 55 mdd de activos, la tecnología crediticia y la observancia de la regulación de la Superintendencia de Bancos y Seguros les ha permitido minimizar la cartera vencida por abajo de 5% y llegar a castigar créditos en 1% de los casos.

Su tecnología crediticia se basa en la capacitación de los oficiales de crédito que llevan a cabo una labor de campo cuyos sueldos se componen de una parte fija y una variable en función de las metas obtenidas y los créditos colocados; la principal atención del negocio se centra en el arraigo que el oficial de microcrédito tiene en la comunidad en la que lleva a cabo su trabajo, el conocimiento del cliente, la asesoría que a éste se le presta y el seguimiento del comportamiento del acreditado y de su actividad laboral, al grado tal que la responsabilidad del oficial de microcrédito es la de visitar constantemente a su grupo de acreditados para ofrecer los productos, asesorarlos en las decisiones, cubrir los requisitos documentales y recordarles la fecha de cada vencimiento mensual.

La regulación de estas actividades en el Perú se particulariza respecto del tipo de actividad que se va desarrollando, regulación que se va fortaleciendo y haciendo más estricta en la medida en que crece el volumen de operaciones que quiera llevar a cabo el intermediario de que se trata. Únicamente la carga regulatoria tope la tienen los bancos comerciales y, en términos generales, los requisitos para tener acceso a un número mayor de operaciones dependerán de mayores requerimientos de capital y una adecuada cobertura de riesgos.

En Perú es posible otorgar créditos a microempresarios para la producción, comercialización y prestación de servicios, mediante la evaluación del otorgamiento del crédito y de manera preponderante la capacidad del microempresario para el repago del crédito, quedando en un segundo nivel el flujo de ingreso de la actividad que realice, es decir, la fuente de pago podría provenir de otras actividades o sujetos. Por su parte, las provisiones por malos préstamos se van constituyendo en función de días de atraso en el pago y en las garantías que tienen.

En Perú es posible que las instituciones microfinancieras lleven a cabo operaciones de derivados exclusivamente para fines de cobertura y no de especulación financiera.

Adicionalmente cuentan con una regulación que permite una adecuada salida del mercado de estos intermediarios, desarrollan el régimen de alertas tempranas, de intervención, disolución y liquidación. Igualmente cuentan con un seguro de depósitos que cubre a personas físicas y morales sin fines de lucro hasta por 23 000 dólares y puede participar en la rehabilitación de instituciones bajo esquemas "puente" o separando activos "buenos y malos" (*good bank-bad bank*).

Las cajas rurales de ahorro y crédito y las cajas municipales de ahorro y crédito se encuentran supervisadas por la única Federación existente (FENACREP) en virtud de que conforme a la ley peruana de la materia, la supervisión se encuentra delegada en esta Federación sin que la Superintendencia de Banca y de Seguros se hubiere reservado la facultad de supervisar directamente a estas cajas o sociedades cooperativas, las cuales no tienen un capital mínimo y pueden clasificarse en abiertas o cerradas según la facultad que tengan para recibir depósitos de todo tipo de socios o sólo determinado grupo.

Las modificaciones que ha venido sufriendo el marco regulatorio de las cooperativas recaen en aspectos que pretenden separar las decisiones administrativas del control de los accionistas, recaen también en temas de gobernabilidad en el otorgamiento de los créditos, auditoría interna y externa en los consejos de vigilancia, capitales de entrada y límites de riesgo individualizado.

La Caja Municipal de Piura una institución financiera propiedad de la Municipalidad Provincial de Piura, cuenta con personalidad jurídica, autonomía administrativa, económica y financiera, su objeto es facilitar mejores condiciones de vida, contribuir al desarrollo económico y social de sus clientes y de la comunidad. Su éxito se centra en el manejo técnico y profesional de sus directivos y funcionarios, quienes actúan libres de todo tipo de injerencia política, a pesar de ser empresas municipales y en la aplicación de políticas acertadas acorde con el entorno económico nacional e internacional.

A este respecto vale la pena destacar que dentro del Consejo de Administración de la Caja fungen representantes de las cámaras de

comercio, de los pequeños comerciantes, del Banco de la Nación y hasta de la Iglesia, sus gerentes se encuentran altamente capacitados, exigiéndoseles, en algunos casos hasta niveles de doctorado en universidades extranjeras.

Su tecnología crediticia es similar a la utilizada por las microfinancieras en Ecuador y buscan que el personal se conforme por jóvenes universitarios del tercio superior y fomentan un progreso laboral basado en un servicio de carrera dentro de la cooperativa, tienen una capitalización de 75% de las utilidades y un adecuado límite de apalancamiento (equivalente al Ratio de Basilea seis veces).

Buscan conservar una moderna tecnología de microfinanzas y el privilegio de la información y capacidad de pago del cliente antes que las garantías otorgadas, las cuales tienen un carácter subsidiario. Literalmente buscan llevar el banco al domicilio o al centro de trabajo del cliente, siguiendo la política de "golpear puertas", cuentan con tecnología de punta, siempre hacia la banca sin papeles, manejan tarjetas de clientes, cajeros automáticos o ATM (Globalnet), Intranet e Internet (*home banking*), banca telefónica, *palm pilot*, con el objeto de lograr mayor eficiencia y menores costos.

La Caja Municipal se orienta a satisfacer las necesidades de los clientes y depositantes de zonas urbanas y rurales que no tienen acceso al sistema financiero, su cobertura es a nivel nacional y la atención es personalizada. Las excelentes relaciones con sus clientes, se han desarrollado en el largo plazo, desde hace más de 20 años, lo que garantiza la alta fidelidad de los clientes, situación que pudimos corroborar con estadísticas que muestran una alta competitividad con la banca y muy bajos índices de morosidad.

Con base en lo expuesto, se puede apreciar que será largo el camino que deberán seguir nuestras normas para llegar a brindar la confianza, seguridad y fortaleza que en otras latitudes representa el sector, sobre todo generar la conciencia que se requiere en las autoridades y en los agentes financieros en general para entender que las microfinanzas y el sector de ahorro y crédito popular no son un tema menor, ni debe soslayarse, sino por el contrario, debe ser visto como parte integral y trascendental del sector financiero, con la enorme ventaja de convertirse en una posibilidad que puede matizar los impactos de las crisis financieras, que atenúa los riesgos de contagio de los grandes grupos financieros y que, por su falta

de participación en el sistema de pagos, puede mantenerse ajeno al riesgo sistémico.

A la regulación mexicana, así como a la práctica y política del otorgamiento de microcréditos en general le falta mucho por madurar en este terreno. Las SOCAPS y SOFIPOS mexicanas son realmente bancos que operan en un nicho de mercado que tradicionalmente no le interesa a la banca comercial por sus costos y la falta de personas que pueden ser sujetos de crédito para ellos, con la enorme ventaja y diferencia de que no participan del sistema de pagos de nuestro Banco Central.

Por lo regular, la visión del Estado sobre las cooperativas consiste en la de instituciones de intermediación imperfectas que afectan la consolidación de todo el sistema financiero, muchas veces son vistas como el salvoconducto de los programas sociales, en ocasiones les otorgan ventajas y estímulos fiscales y en ocasiones les imponen restricciones a la captación y trámites de diversas autorizaciones.¹⁴

Si bien a raíz de la crisis financiera de 1994 muchas cosas cambiaron en México, evidentemente la falta de la regulación y de un marco legal que legitimara el encomiable trabajo de las Cajas Populares es factor determinante de por qué hoy, las cooperativas en México, no representan una porción más significativa de la intermediación financiera nacional.¹⁵

IV. LACP Y REGULACIÓN SECUNDARIA

Se ha mencionado en capítulos anteriores como quedó conformada la estructura del sector de ahorro y crédito popular en México conforme a la LACP. Ahora bien, es importante tener presente los logros alcanzados con la expedición de dicha Ley, al conjuntar en un solo ordenamiento jurídico al abanico de sociedades que venían realizando la actividad de ahorro y crédito popular para obtener los resultados siguientes:

¹⁴ Hernández Hugo, *Éxito en las Cooperativas de Ahorro y Crédito UN ESTADO POSIBLE*, Confederación Latinoamericana de Cooperativas de Ahorro y Crédito (COLAC) 2002, p. 30.

¹⁵ *Ibidem*, p. 47.

- A partir de su entrada en vigor sólo habrá dos figuras con distinta naturaleza jurídica, por un lado, las SOCAPS y, por el otro, las SOFIPOS con la naturaleza de sociedad anónima.
- Estas entidades son libres de asociarse en Federaciones y las Federaciones en Confederaciones, conjuntamente denominados Organismos de Integración.
- Se faculta a la CNBV para supervisar a todas las entidades y se establece el esquema de la supervisión auxiliar la cual se realiza a través de las Federaciones.
- Se cuenta con el seguro de depósitos para la protección de los recursos del público, lo cual se llevaría a cabo por un Fondo constituido al efecto y manejado por la Confederación.
- Las disposiciones secundarias en materia de regulación prudencial buscan permitir a las entidades asumir riesgos en función de las medidas, requerimientos de capital y controles que deberán cumplir. Así a mayores riesgos mayores controles y mayores reservas para prevenir cualesquier contingencia.
- Se establece un régimen gradual de adecuación a la norma para aquellas sociedades que no cuentan con la autorización debida para que se ajusten a la Ley a las disposiciones y reglas, a fin de que en los plazos previstos en dicha Ley se cumpliera con los objetivos.

En síntesis, la elaboración de la LACP y las disposiciones secundarias que de ella emanan, se centró principalmente en regular una actividad: *la actividad de captación de recursos del público en el mercado nacional y su colocación entre el público*. Así los legisladores y las autoridades financieras atinadamente decidieron que dicha actividad coincide exactamente con la que realiza la banca, sólo que estos intermediarios no participan del sistema de pagos del país.

Así, con independencia de quién llevara a cabo la actividad (cooperativas, sociedades de solidaridad social, asociaciones civiles, etc.) ésta debía regularse de forma muy similar a la que existía para la banca, es decir, con un enfoque dirigido a la prevención del riesgo que asume el intermediario y detección temprana de problemas potenciales, con la idea de establecer las “reglas del juego” de manera clara para realizar la actividad, también se previó las características que

deberían tener los participantes, así como allanar “el terreno” sobre el cual se desarrollaría su actuación para que cada persona moral que decidiese llevar a cabo estas actividades de captación y colocación de recursos en el nicho del sector de ahorro y crédito popular, tuviera claras las reglas y la forma en que podría tenerse acceso a obtener la categoría de SOCAP o bien, de SOFIPO, con la ventaja de adquirir el “status” de entidad financiera para fines fiscales, estando además supervisada y regulada por la CNBV, lo cual dota de confianza al intermediario y ello se traduce en un mayor volumen de operaciones dado que el público se sentirá mucho más protegido.

Así, el esquema que adoptó nuestra LACP se asemeja mucho a los sistemas de ahorro y crédito popular que se manejan en varios países del mundo, en el que una o más Federaciones tienen la facultad de supervisar al sector de manera auxiliar o delegada siendo la autoridad la que emite la regulación prudencial.

Debido a que las Federaciones se integran por las mismas entidades, se consideró conveniente que la supervisión se realice “entre iguales”, ya que ellos se conocen mejor, cuentan con las referencias de honorabilidad de sus integrantes y vienen desarrollando *de facto* la actividad desde hace muchos años. Evidentemente, como en otros países sucede, el ejercicio de esta facultad recae en comités autónomos cuya conformación y especialización están sujetas a distintas evaluaciones y a estrictos requisitos previstos en la norma para sus integrantes y que la CNBV mantiene en todo tiempo la facultad originaria¹⁶ de supervisar a las SOCAPS y a las SOFIPOS debidamente autorizadas, así como a las propias Federaciones y sus comités de supervisión.

Las Federaciones se convierten así en un auxiliar del Estado en la supervisión, también pueden prestar servicios de asistencia técnica a los intermediarios que son valiosísimos para el adecuado funcionamiento de las entidades de ahorro y crédito popular y no obligan a las entidades a afiliarse con ellas para recibir dichos servicios.

Por su parte, la Confederación como órgano que tiene encomendada la administración del Fondo de Protección de ahorradores, el cual

¹⁶ En contraposición a la facultad de supervisión auxiliar de las Federaciones.

cubriría los depósitos hasta por una cantidad equivalente entre 4 mil y hasta 10 mil unidades de inversión (según el nivel de operaciones en que se ubique la entidad de que se trate entre I a IV), el beneficio es por cada persona física o moral y a cargo de una misma entidad. También es posible que el Fondo pueda apoyar a entidades cuando éstas se ubiquen en esquemas de escisión, fusión, venta, disolución o liquidación bajo la regla de menor costo.

Las aportaciones que las entidades deben efectuar al Fondo de Protección se fijan de acuerdo con el pasivo de cada entidad y a su nivel de operaciones.

Así pues, vemos en la LACP y sus disposiciones secundarias temas recurrentes que derivan en su mayoría de la regulación aplicable a las instituciones de crédito, simplemente con los ajustes que el sector requiere, así tenemos que cuentan con un régimen de alertas tempranas el cual tiene por objeto monitorear el grado de adecuación a los requerimientos de capitalización que establece la CNBV, dependiendo del deterioro en que se encuentren dichas entidades tendrán que asumir las medidas correctivas mínimas e incluso las medidas correctivas adicionales que la Ley y las disposiciones secundarias establecen.

Temas como controles internos de las entidades y adecuadas prácticas de gobierno corporativo se pueden apreciar en la regulación secundaria que ha establecido la CNBV y que se asemeja mucho a la regulación bancaria, debido a que la actividad es prácticamente la misma y los valores que se desean proteger también lo son, con las diferencias que ya hemos apuntado.

Es así que México contaba con un sector de ahorro y crédito popular regulado y supervisado apoyado en gran nivel por la asistencia oportuna de la comunidad financiera internacional y un esquema basado en las experiencias de otros países y reconociendo el arraigo que la actividad tenía en México.

No obstante que mucho de la tarea se había avanzado y apenas comenzaba a estabilizarse el sector de ahorro y crédito popular en México, los adelantos fueron encontrando espacio a partir de la clasificación de las sociedades de acuerdo con los estándares de evaluación que para tal fin se previeron en la regulación transitoria, los consultores contratados al efecto dan seguimiento a los temas de cumplimiento sociedad por sociedad, se capacita al personal de

las federaciones para brindar asistencia técnica, se trabaja desde la elaboración de estatutos y bases constitutivas para cada sociedad, pasando por la integración de sus órganos de gobierno, programas generales de operación, manuales de operación de crédito, de lavado de dinero, de ética, de administración de riesgos, hasta la asesoría para presentar los escritos de solicitud de autorización a la CNBV.

Gran trabajo significa para muchas sociedades elaborar su contabilidad, ya que en casi todos los casos la migración de la contabilidad que manejan para ajustarse a los criterios contables de la CNBV significa detectar enormes carencias y luchar contra la falta de capacitación de los contadores que atienden estos temas en la pluralidad de sociedades que desarrollan la actividad y quieren integrarse al nuevo sector regulado.

Para generar importantes economías de escala el Banco del Ahorro Nacional y Servicios Financieros, S.N.C. (Bansefi) cuenta con una plataforma tecnológica y de comunicaciones que permite a todas las sociedades que solicitan su autorización para operar como entidad de ahorro y crédito popular dar soporte a sus operaciones y ofrecer mayores productos, así dicha plataforma permite a las SOCAPS y SOFIPOS autorizadas sistemas que cuentan con la funcionalidad necesaria para llevar a cabo sus operaciones, intercomunicación con las sucursales y con instituciones que podrían colaborar con ellos para fines comerciales hasta equipos de oficina.¹⁷

Se creó *L@ Red de la Gente* como una alianza comercial entre BANSEFI y las entidades de ahorro y crédito popular que les permite distribuir programas gubernamentales y servicios financieros como el seguro popular, oportunidades y procampo.

Se puede afirmar que por primera vez se contaba con el apoyo y la regulación que permite fortalecer al sector de ahorro y crédito popular, para cumplir su objetivo de ofrecer servicios financieros de alta calidad a comunidades rurales y urbanas para beneficio de la población que no tiene acceso a otro tipo de servicios financieros y del apoyo que requieren millones de personas para crear una micro o pequeña empresa.

¹⁷ www.bansefi.gob.mx.

V. NUEVA LEY PARA REGULAR LAS ACTIVIDADES DE LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS DE AHORRO Y PRÉSTAMO, REFORMAS A LA LEY DE AHORRO Y CRÉDITO POPULAR

¿Quieres hacerte rico y ser reconocido? ¡Abandérate con el jodido!¹⁸

Desde 2001, año de publicación de la LACP, el sector trabaja obteniendo importantes logros¹⁹ los cuales evidentemente no fueron fáciles, al tratarse de la regulación de un sector de la población que generaba importante número de votos, la clase política ha procurado apoyarlos a su manera, hay también desconocimiento del tema que se ataca, y la necesidad de que la autoridad actúe contra un segmento que no considera conveniente adherirse a los trabajos que vienen realizando.²⁰

Un grupo muy importante de sociedades cooperativas (COMACREP) que se encuentran trabajando al amparo de la LACP, reconocen la importancia de modificar dicha ley (LACP) frente al marco legal vigente y coinciden en la necesidad de crear un cuerpo normativo que regule sólo a las sociedades cooperativas, ya que consideran inadecuado que en una misma ley se regule a sociedades con fines y naturalezas diferentes.²¹

Otro grupo Alianza Cooperativa Nacional (ALCONA) se resiste a iniciar su proceso de regularización, argumentando que sus preocupaciones no fueron consideradas en su momento, ni escucharon sus argumentos.

Por otra parte, algunos legisladores que han hecho suyas varias críticas a la LACP, esgrimiendo la creación de un ambiente adverso y poco propicio para el sano desarrollo del sector también buscan la reforma.

¹⁸ Refrán muy utilizado entre los representantes de cooperativas, Federaciones e integrantes del sector.

¹⁹ Para recordar los avances citados, véase *Supra* capítulo: el Sector de Ahorro y Crédito Popular.

²⁰ En particular la Alianza Cooperativa Nacional (ALCONA).

²¹ Hay que recordar que la naturaleza de las sociedades financieras populares es la de una S.A., en tanto que las SOCAPS son cooperativas.

Por ello, las Comisiones Unidas de Hacienda y Crédito Público y de Fomento Cooperativo y Economía Social de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en las últimas reformas a la LACP de agosto de 2007, manifestaron la necesidad de revisar de manera integral los argumentos en contra de la LACP que manifestaban diversos sectores.²²

Atento a lo anterior, durante 2007 y 2008 las autoridades financieras y los legisladores se dieron a la tarea de escuchar los argumentos que contra el marco normativo tenían diversos grupos, muchos de ellos ya de por sí, operaban fuera del marco de la LACP vigente en su momento.²³

Esta vez, de lograrse impulsar una reforma se reduciría el riesgo permanente y costo de que nuevos legisladores realicen otras reformas que dañen el desarrollo del sector. Por ello, se integró un nuevo grupo de trabajo que desde principios del año 2008 se reunió con todos los interesados y con las autoridades financieras y legislativas para integrar un documento denominado "*Aspectos fundamentales que deberán considerarse en la redacción de la Ley para Regular las Actividades de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo (LRASCAP)*".

En este documento se sentaron las bases de lo que debería ser la LRASCAP "*en lo general*".²⁴

²² Artículo 22 Transitorio de dicha reforma señala:

"Las Comisiones Unidas de Hacienda y Crédito Público y de Fomento Cooperativo y Economía Social de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión realizarán las consultas y estudios necesarios a fin de lograr la actualización de la regulación de las sociedades cooperativas que no realizan intermediación financiera, de acuerdo con su naturaleza, a más tardar el 30 de noviembre de 2007".

²³ No obstante cualquier reforma requeriría cuidar que en esta ocasión el marco legal de las entidades de ahorro y crédito popular no fuera cuestionado por el Congreso de la Unión, como ocurría con el actual, conseguir que ALCONA apoyara la regularización, reconocer los esfuerzos hechos por las sociedades ya autorizadas, hacer un marco que atendiera los argumentos ideológicos del sector de cooperativas sin descuidar la regulación y supervisión del mismo y eliminar dentro del sector de las cooperativas de ahorro el conflicto de interés y —al decir de los legisladores— otras "ineficiencias" que existen en las Federaciones actuales responsables de la supervisión auxiliar.

Mucho se dijo que la razón fundamental por la que se buscó un nuevo marco legal, es para estar en mejores condiciones para aplicar la ley y proceder contra los que estén fuera del marco legal, de manera ordenada y realista, reconociendo las limitaciones y costos asociados a los procesos penales.

²⁴ Así se menciona en el anexo del documento, el cual obra en los archivos de las autoridades.

De acuerdo con la exposición de motivos del Dictamen de las Comisiones Unidas de Hacienda y Crédito Público, y de Fomento Cooperativo y Economía Social, con Proyecto de Decreto que Expide la Ley para Regular las Actividades de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo, y se Reforman, Adicionan y Derogan Diversas Disposiciones de la Ley General de Sociedades Cooperativas, de la Ley de Ahorro y Crédito Popular, de la Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, y de la Ley de Instituciones de Crédito, aprobado por la Cámara de Diputados el 30 de abril de 2009,²⁵ los principios sobre los que se fundó la reforma son:

1. Reconocer la naturaleza y forma de organización de las sociedades cooperativas de ahorro y préstamo como sociedades sin fines de lucro pertenecientes al sector social e integrantes del sistema financiero mexicano, al igual que su forma de organización.
2. Reconocer lo actuado por las sociedades cooperativas de ahorro y préstamo al amparo de la LACP.
3. Reiterar las facultades de la CNBV de autorización, supervisión, regulación y sanción del sector, a fin de fomentar su sano desarrollo en protección de los ahorradores.
4. Regular a todas las sociedades cooperativas que ofrecen servicios de ahorro y préstamo a sus socios, reconociendo inclusive a las muy chicas²⁶ como sociedades cooperativas de ahorro y préstamo nivel básico.
5. Permitir una transitoriedad necesaria para el cumplimiento de la norma, manteniendo un orden en el proceso de autorización.
6. Fortalecer el sistema de protección de los ahorros del sector y el esquema de supervisión auxiliar.
7. Crear nuevas figuras y participantes en el sector de ahorro y crédito popular.
8. Redefinir conceptos y procesos que podrían desarrollarse con mayor eficiencia bajo el régimen actual.

²⁵ El Decreto fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de agosto de 2009 y entró en vigor al día siguiente de su publicación. Se publicó también una fe de erratas el 21 de agosto de 2009 para corregir errores de referencias.

²⁶ En términos de número de activos, menos de 2.5 millones de UDIS.

El Dictamen consideró la expedición de la LRASCAP, la reforma a la Ley General de Sociedades Cooperativas para regular los aspectos de constitución y de vida corporativa de las SOCAPS, la reformas a la LACP para eliminar el régimen de cooperativas, dejando en esta Ley la regulación exclusiva para las SOFIPOS y para las nuevas figuras relativas al sector rural, la reforma a la Ley de la CNBV para establecer las facultades de la CNBV para supervisar SOCAPS, como sociedades que forman parte del sistema financiero mexicano en su carácter de integrantes del sector social sin fines de lucro y finalmente reformar la Ley de Instituciones de Crédito para hacerla congruente las reformas anteriores, especialmente en el tema de la captación de recursos.

La nueva LRASCAP incorpora como importantes modificaciones las siguientes:

1. Las sociedades cooperativas de ahorro y crédito popular con activos inferiores a 2.5 millones de UDIS no requieren autorización de la CNBV para desarrollar su actividad pero deben registrarse ante las Federaciones autorizadas dentro de los plazos previstos en la LRASCAP.
2. Regula exclusivamente la realización de la actividad de intermediación que realizan las SOCAPS, quedando lo relativo a su organización interna a la Ley General de Sociedades Cooperativas, como ley marco de las SOCAPS.
3. Remoción de la facultad de supervisión auxiliar que tenían las Federaciones a través de su Comité de Supervisión, para que esta atribución se continúe realizando por un Comité de Supervisión, a través de oficinas regionales y ahora dependiente de un Fideicomiso encargado de manejar el seguro de depósitos en una institución de banca de desarrollo.
4. El Fideicomiso se constituye con recursos gubernamentales y tendrá un Comité Técnico como órgano máximo de decisión al cual le quedan supeditados el Comité de Supervisión y un nuevo Comité denominado de Protección al Ahorro Cooperativo,²⁷ contará además con un gerente general y un controlar normativo.

²⁷ Órgano colegiado encargado de llevar la cuenta especial del seguro de depósitos y proveer apoyos a las sociedades emproblemas.

5. El propio Comité Técnico se integrará por representantes de las Federaciones y de la Confederación.
6. Desaparecen las Confederaciones como las conocimos en la LACP ahora quedan reducidas a un mero órgano de integración, y la función que realizaban de administradoras del seguro de depósitos, se traslada al Fideicomiso que tendrá en su patrimonio, entre otros, las aportaciones de las SOCAPS para tal fin.
7. Se refuerza el marco que establece las conductas sancionadas y las penas que a dichas conductas recaen.

Por su parte, la reforma a la LACP concentra dentro de los principales cambios, los siguientes:

1. Se crea la nueva figura de sociedad financiera comunitaria (SFC), son sociedades anónimas que realizan la misma actividad que las SOFIPOS pero dirigidas a zonas rurales;²⁸ distinguiéndose entre SFC de nivel básico,²⁹ las cuales no requieren autorización o ésta resulta optativa y las SFC cuya autorización es forzosa siempre que rebasen el límite.
2. Se crean los Organismos de Integración Financiera Rural como personas morales autorizadas por la CNBV para promover la integración operativa de las SFC.
3. La supervisión auxiliar queda encomendada a los Comités de Supervisión Auxiliar que dependen de las Federaciones.
4. Se crea un Fondo de Protección como Fideicomiso constituido por el Gobierno Federal y además de fungir como seguro de depósitos de él dependerá el Comité de Protección al Ahorro con funciones muy similares a su homólogo en la LRASCAP.
5. Se permite la creación de Organismos Autorregulatorios con el fin de establecer estándares de conducta entre sus agremiados.
6. Se refuerza el marco que establece las conductas sancionadas y las penas que a dichas conductas recaen.

²⁸ El concepto de "zona rural" será definido por la CNBV en disposiciones de carácter general.

²⁹ Es decir hasta 2.5 millones de UDIS y con obligaciones mínimas.

VI. CONSECUENCIAS EN EL SECTOR DE AHORRO Y CRÉDITO POPULAR

Con lo expuesto podemos afirmar que hoy el sector de ahorro y crédito popular se rige en México por la LRASCAP, disposiciones secundarias que de ella emanen, la Ley General de Sociedades Cooperativas y la Ley de la CNBV tratándose de SOCAPS; y por la LACP, disposiciones de carácter general que de ella emanen y la LCNBV, tratándose de las SOFIPOS y SFC, entre diversa normatividad aplicable.

Con la LACP previo a su reforma, se regulaba la actividad de intermediación bancaria permitiendo únicamente dos intermediarios, con la nueva LRASCAP y las reformas a la LACP se amplía el abanico de participantes en el sector de ahorro regulado con un enfoque más en los derechos del otorgante del crédito, en tanto que la LACP siempre buscó mantener su objeto de protección al ahorrador.

La LACP no se abroga, mantiene la estructura de supervisión original para las SFC y para las SOFIPOS, reconociendo que la LRASCAP no surge para cubrir las deficiencias de la LACP, al contrario muchos de sus objetivos consistieron en ampliar los plazos de cumplimiento de la norma como en múltiples ocasiones lo llevó a cabo la propia LACP.

Hemos comentado que la LACP buscó que la regulación de los intermediarios fuera proporcional al riesgo que asumían, como en el caso de los bancos, incluso que aumentarían los requerimientos conforme aumentarían estos últimos, ahora es prematuro pronunciarnos sobre si esto se verá en la práctica, pero al modificar los catálogos de operaciones de los nuevos intermediarios de esta Ley quedará la duda.

Con la LACP reformada y con la emisión de la nueva LRASCAP, la realidad del sector de ahorro y crédito popular debe replantearse, ya que es claro que las actividades ilícitas ampliamente conocidas por todos y perpetradas con la vigencia de la LACP previo a su reforma, se dejan de nueva cuenta de lado, ya que con la LACP nunca supimos de ninguna sanción impuesta a conducta ilícita alguna y con la nueva LRASCAP éstas se difieren. Cabe hacer notar que la voluntad original del legislador de la LRASCAP no fue esa, sino por el contrario evitar incurrir en los costos administrativos, políticos, y de procedimiento que se hubieran generado de haber ejercido acción legal contra los administradores de cooperativas, con el riesgo que pudiera generar

en los ahorradores, incluso en aquellos casos en que ya se contara con la opinión de delito que las autoridades financieras deben emitir como presupuesto básico del ejercicio de la acción penal para los delitos financieros.

Así como para las SOCAPS que se estudian, su organización e integración se dejó a la Ley General de Sociedades Cooperativas, pensamos que para la nueva figura de la SFC (cuya naturaleza jurídica es la de S.A.) su forma de organización debió establecerse en alguna Ley y de forma distinta que para las S.A. ya que ésta no cumple con las características que tradicionalmente tienen las sociedades que atienden este sector, dentro del cual no existe una cultura de mercantilidad corporativa como la conocemos.

La autonomía de que gozaba el Comité de Supervisión en la LACP antes de la reforma, permitía mayor transparencia y profesionalización de la función, al tiempo que se requería de experiencia y calificaciones personales. Dejar las decisiones y dirigencia del Comité de Supervisión Auxiliar de la LRASCAP a la decisión de los integrantes del Comité Técnico del Fideicomiso que administrará el seguro de depósitos, puede generar serios conflictos de interés y permite que las decisiones se tomen por unos cuantos al tiempo que la responsabilidad que conlleva este Comité de Supervisión será nada más "prevenir cualquier insolvencia o riesgo de operatividad de las sociedades cooperativas de ahorro y crédito", como si la experiencia hubiera demostrado que ello es evitable o prevenible.

A manera de resumen y con el Decreto por el que se expide LRASCAP y se reforma la LACP en la mano, podemos identificar una pluralidad de artículos que eventualmente resultarán violatorios de las garantías de las Federaciones como Organismos creados con la LACP antes de la reforma y de las sociedades que ya cuentan con la autorización para operar como EACP en los términos siguientes:

1. La LRASCAP y LACP propicia la multiplicación de intermediarios por todo el territorio nacional, sin embargo, es conveniente un camino alternativo más eficiente y con menores costos sociales, el cual podría ser a través de la expansión de servicios financieros de las sociedades de ahorro y crédito popular ya autorizadas o en vías de autorizarse quienes lo harían de una manera ordenada y sostenible, como de hecho ya está sucediendo.

2. LRASCAP y las reformas a la LACP no demuestran ser un marco estratégico que de sustento a una Ley, sino más bien demuestran ser una política de "prueba y error" que tantos costos ha implicado a las cooperativas de ahorro y préstamo.
3. En este sentido la promulgación y modificación de la LRASCAP y la LACP, respectivamente, están varios pasos atrás de la Ley de Ahorro y Crédito Popular vigente, ya que esta última tenía entre sus objetivos *ordenar esta actividad* ante la proliferación de diversas figuras jurídicas; de tal manera que *se simplificaron las diferentes figuras jurídicas que existían para agruparlas en sólo dos*: SOCAPS y SOFIPOS.
4. La LACP actualmente en vigor regula la actividad *de captación y colocación de recursos del público*, con independencia de quién la efectúe, y la constitución y organización atinente a la naturaleza jurídica del intermediario queda prevista en las leyes particulares, es decir Ley General de Sociedades Cooperativas y Ley General de Sociedades Mercantiles, según se trate de SOCAPS o SOFIPOS respectivamente.
5. Desde 2006, la CNBV debió haber aplicado la Ley y sancionar a sociedades que se encontraban claramente en contravención a la misma. La falta de ejercicio de algunas de sus facultades y el hecho de dejar la entrada en vigor de la norma al 2012 (para no exponerse al desgaste que implicaría aplicar la Ley), ponen en riesgo la seguridad de los ahorradores del sector.
6. Se desperdiciarían virtualmente los 845 millones de pesos que el gobierno federal, dispersados a través de Bansefi y del programa Patmir³⁰-Sagarpa, que se han invertido en asistencia técnica y capacitación para poner al sector en condiciones de cumplir con la ley vigente. Lo anterior, sin contabilizar lo aportado por otros programas gubernamentales como Fonaes³¹

³⁰ El PATMIR es un proyecto enfocado a la asistencia técnica especializada, dirigida a diversos intermediarios financieros que han demostrado interés y capacidad en acercar servicios financieros a zonas rurales marginadas, así como de cumplir con las exigencias de la Ley de Ahorro y Crédito Popular para garantizar seguridad a los depositantes.

³¹ El Fondo Nacional de Apoyo para las Empresas en Solidaridad es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Economía que atiende las iniciativas productivas, individuales y colectivas, de emprendedores de escasos recursos mediante el apoyo a proyectos productivos, la constitución y consolidación de empresas sociales y la participación en esquemas de financiamiento social.

y Financiera Rural, además de la inversión privada que han hecho las Sociedades en las Federaciones, en su infraestructura operativa, particularmente los comités de supervisión auxiliar, pues desaparecerían con la LRASCAP.

De manera puntual a continuación enunciamos los artículos de la LRASCAP, de la LACP y de la LGSC que pudieran eventualmente, ser violatorios de garantías, a saber:

LISTADO DE ARTÍCULOS QUE PODRÍAN AFECTAR EL INTERÉS JURÍDICO DE LAS FEDERACIONES

LRASCAP

Artículo	Comentario
Artículo 2, inciso XIII.	Falta de Competencia. Pensamos que no le correspondería a la CNBV definir lo que deba entenderse como Zona Rural, ya que dicha atribución es hoy de otras instancias de gobierno, lo que ocasionaría falta de certeza jurídica pues podrían ser contradictorias las concepciones de este término.
Artículos 41, 42, 43 y 44.	Vulnera la seguridad jurídica. Fondo de Protección señala que se integra por aportaciones que el gobierno federal no como posibilidad sino, de hecho, también señalado en el artículo 56.
Artículo 42.	Falta de certeza jurídica, se trata de una norma poco clara. Constituir un fideicomiso en una banca de desarrollo incrementaría los costos operacionales del sector, ya que la LRASCAP perfila una estructura compleja, dispersa y expuesta a múltiples arbitrajes, a diferencia del mecanismo de protección a ahorradores hoy vigente en la LACP.
Artículo 45.	Vulnera la garantía de igualdad y la libertad de asociación. Esta falta de representatividad, donde se privilegia a las sociedades más grandes que se vería reflejada en la integración de la

Continúa...

...continuación

Artículo	Comentario
	Confederación y en el Comité Técnico del Fondo de Protección. En este sentido existe el riesgo de que los problemas de las instituciones de menor tamaño sean ignorados por los órganos de supervisión, condenándolas a ser intermediarios de segunda categoría.
Artículo 58, fracción IX.	Falta de certeza jurídica. Remite al artículo 87, sin embargo ese artículo no señala nada referente a los títulos.
Transitorios.	Falta de certeza jurídica y aplicación retroactiva de la norma. Pensamos que es <i>extremadamente necesario</i> prever un artículo transitorio que defina el tratamiento que se dará a las solicitudes de autorización de SOCAPS que se encuentran hoy en trámite ante la CNBV, ya que de no hacerlo los funcionarios no tendrían un fundamento legal para darles curso y mucho menos para autorizarlas, ya que la parte correspondiente a las SOCAP en la LACP hoy vigente quedará derogada de manera tácita al entrar en vigor la LRASCAP. Artículo séptimo, segundo párrafo Terminación de contratos de afiliación o de prestación de servicios entre las Sociedades y las Federaciones. La entrada en vigor o modificación de una ley, no puede determinar la vida de los actos jurídicos realizados previamente, si éstos no tienen ningún vicio del consentimiento, como lo son los contratos de afiliación celebrados al amparo de la propia ley antes de sus reformas, así al conminar el citado precepto a la terminación anticipada de los contratos de afiliación en un plazo de 180 días, representa una violación a las garantías individuales, además de que son actos celebrados entre particulares y por tanto deben de respetarse sus derechos a convenir en las condiciones que ellos hubieren determinado.

Artículo	Comentario
	Artículo octavo, último párrafo. La entrada en vigor o modificación de una ley, no puede determinar la vida de los actos jurídicos privados realizados previamente, si éstos no tienen ningún vicio del consentimiento, como lo son los contratos de afiliación celebrados al amparo de la propia LACP vigente antes de sus reformas, así conminar el citado precepto a la terminación anticipada de los contratos de afiliación en un plazo de 180 días, representaría una violación a la suprema voluntad de las partes como norma máxima para la elaboración de contratos y por ende de las garantías individuales, además de que son actos celebrados entre particulares y por tanto deben de respetarse sus derechos a convenir en las condiciones que ellos hubieren determinado.

LACP

Artículo	Comentario
Artículo 3.	Garantía de Igualdad y certeza jurídica Los Organismos de Integración Financiera Rural (OIFR) promueven la integración operativa de las SFC, sin embargo, en el artículo 46 bis 20 señala que llevan a cabo operaciones financieras, tales como; recibir préstamos para otorgar a las SFC, a sus clientes y/o Socios de las SFC. La redacción de la fracción III es confusa pues puede entenderse que opera con clientes de las SFC o bien con personas físicas directamente. Asimismo en el último párrafo del artículo 46 bis 20 se informa que la CNBV señalará las operaciones activas y pasivas que las OIFR podrán realizar de acuerdo con el art. 36 (actividades de las SFC).

Continúa...

...continuación

Artículo	Comentario
	<p>Por su parte, en el artículo 46 bis 20 que señala las operaciones, estos Organismos podrán administrar los excedentes de liquidez de las SFC, lo que podría considerarse como una simulación de captación sin que se tenga la obligación de participar en el Fondo de Protección. Actividad que una Federación no puede hacer.</p> <p>Existe una desigualdad notoria entre las Federaciones en términos de la LRASCAP y de las de la Ley de Ahorro y Crédito Popular, pues las segundas pueden brindar servicios a todos los organismos y las primeras están limitadas en su campo de acción a las SOCAPS.</p>
Artículo 52.	<p>Retroactividad e injerencia en contratos privados.</p> <p>Obliga a los intermediarios a prever el contenido de este artículo en contratos privados como los de supervisión auxiliar y los de afiliación, incluso en los propios estatutos.</p> <p>Con lo anterior es válido afirmar que la supervisión auxiliar no es convenida libremente entre intermediarios y Federación, sino que es más bien un acto obligatorio por ley, desvirtuando la naturaleza del convenio privado donde la voluntad de las partes es la suprema ley.</p>

Ley General de Sociedades Cooperativas

Artículo	Comentario
Artículo 2 y Artículo 78 bis.	<p>Se contraviene el derecho constitucional de libre asociación.</p> <p>Al obligar a todas las Federaciones de cooperativas a vincularse a una sola Confederación.</p> <p>Lo anterior con independencia de la mayor concentración de poder en un órgano de corte político.</p>

Artículo	Comentario
	Lo que pudiese violar también el derecho a la prohibición de los monopolios.
Artículo 78 bis 1.	<p>Falta de certeza jurídica.</p> <p>Las Federaciones se integrarán con un mínimo de cinco y un máximo de cincuenta Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo. El limitar el número de Sociedades a afiliarse no sólo coarta la libre asociación sino permite la creación de nuevas Federaciones que de acuerdo con la iniciativa no necesitan ser autorizadas, corriendo el riesgo de permitir la entrada a "Asesores" que sin experiencia en el sector, confundan y mal informen a las SOCAPS.</p>

LISTADO DE ARTÍCULOS QUE PODRÍAN AFECTAR EL INTERÉS JURÍDICO DE LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS DE AHORRO Y PRÉSTAMO, ASÍ COMO DE LAS SOCIEDADES QUE BUSCAN OBTENER SU AUTORIZACIÓN COMO ENTIDADES DE AHORRO Y CRÉDITO POPULAR

LRASCAP

Artículo	Comentario
Artículo 2, fracción X.	<p>Trato desigual, conflicto de leyes y falta de competencia de la CNBV.</p> <p>La fracción X afirma expresamente que las SOCAPS <i>no son intermediarios financieros con fines de lucro</i>, por el contrario reconoce su carácter de integrante del sector social.</p> <p>Pensamos que los intermediarios financieros no se dividen en intermediarios de lucro y de no lucro. En todo caso, las SOCAPS</p>

Continúa...

...continuación

Artículo	Comentario
	<p>son una especie de sociedad cooperativa que está reconocida como sociedad <i>mercantil</i> por el artículo 1, fracción VI, de la Ley General de Sociedades Mercantiles; además el artículo 3, fracción II, del Código de Comercio las considera <i>comerciantes</i>.</p> <p>Es de explorado derecho que las sociedades cooperativas de cualquier tipo <i>son sociedades mercantiles</i>, aun cuando el artículo 2688 del Código Civil Federal disponga que "Por el contrato de sociedad los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico, pero <i>que no constituya una especulación comercial</i>" (cursivas añadidas).</p> <p>El carácter mercantil de estas sociedades no es óbice a la afirmación de que no tengan una finalidad especulativa. Lo que pasa es que en nuestro derecho es posible y es frecuente en la práctica, que las sociedades mercantiles, inclusive las sociedades de capitales y la anónima como tipo de éstas por antonomasia, puedan no tener una finalidad lucrativa sino de otra especie, mutualista, por ejemplo, como es el caso de las cooperativas y de las sociedades mutualistas de seguros. <i>Por otra parte, debe distinguirse la finalidad de lucro como aquella que tiende a obtener beneficios pecuniarios (lucro o especulación en sentido estricto), del lucro genérico, que consiste en obtener beneficios y otras ventajas, como si sucede en las sociedades cooperativas.</i></p> <p>Por lo demás, dicho carácter mercantil se adoptó en México desde el Código de Comercio de 1890 hasta el más reciente de 1980, que consideran como mercantiles a las sociedades cooperativas (y a las sociedades mutualistas), lo que justifica y explica que la legislación cooperativa sea federal y no local.</p> <p>Las cooperativas responden al concepto y a las características de las sociedades mercantiles no sólo porque la Ley les atribuye</p>

Artículo	Comentario
	<p>personalidad, sino principalmente por tener un patrimonio propio, y porque los socios tienen, como en las sociedades de capitales y los comanditados en las sociedades en comandita, responsabilidad limitada y en fin, porque la sociedad se ostenta bajo una denominación.</p> <p>No obstante lo anterior, el Decreto pretende adicionar un inciso b) al artículo 3, fracción IV de la Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (LCNBV) para considerar a las SOCAPS como <i>entidades financieras</i> (suponemos que "sin fin de lucro" y <i>a contrario sensu</i> deberíamos suponer que los demás intermediarios listados en dicho artículo deberían ser considerados intermediarios "con fines de lucro"), como dicho término se define en el propio artículo 3 de la LCNBV. Lo anterior a fin de otorgar "competencia" a la CNBV para supervisar a las SOCAPS.</p> <p>Hay una clara contradicción entre la LRASCAP y la LCNBV, ya que la CNBV tiene por objeto <i>supervisar y regular a las entidades financieras</i> y si las SOCAPS según la LRASCAP no son entidades financieras con fines de lucro, en principio la CNBV no tendría facultades sobre ellas. La contradicción se presentaría cuando se reforme el artículo 3, fracción IV, inciso a) de la LCNBV, ya que este órgano desconcentrado podría supervisarlas y regularlas, sin embargo ¿cómo puede supervisarlas y regularlas si otra Ley dispone precisamente lo contrario, es decir que no son entidades financieras con fines de lucro?, esto desvirtuaría el objeto de la CNBV y generaría confusiones.</p> <p>Pensamos que es un tema de contradicción de leyes y que la CNBV se extralimitaría en su competencia, esto deriva precisamente de lo mal que se redactó la reforma porque genera inseguridad jurídica a las SOCAPS sobre su naturaleza jurídica. La CNBV no tendría competencia sobre ellas, aun cuando su Ley lo señale. Hay que recordar que la LCNBV es una ley "marco" es decir sólo sirve para delimitar las facultades de la CNBV <i>no regula la actividad ni la naturaleza jurídica</i> de los interme-</p>

Continúa...

...continuación

Artículo	Comentario
	diarios, son las leyes sustantivas las que definen el carácter de "financiero" sobre los intermediarios. Pensamos que en este caso la ley sustantiva sería la LRASCAP y ésta prevalecería ante una contradicción. Respecto al tema de que la LCNBV es una ley "marco" hay ya pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia.
Artículo 3.	Competencia desleal. Se desregula al sector de cooperativas de ahorro y préstamo, las cuales podrán adoptar la misma figura jurídica y nombre que las reguladas, diluyéndose la diferenciación.
Artículo 10.	Falta de certeza jurídica, retroactividad, derechos adquiridos y competencia desleal. Las sociedades que están debajo del umbral de los 2.5 millones de UDIS pueden seguir captando recursos del público aun cuando rebasen dicho límite y hasta el momento de que la CNBV les otorgue la autorización, esto puede tardar mucho y genera competencia desleal ya que dichas SOCAPS no tienen mayor obligación. Las Sociedades cuentan con dos entes diferentes para ser supervisados, la CNBV y el Comité, no distingue expresamente que se tratará de una supervisión delegada, a pesar que fue uno de los motivos por parte de la autoridad para crear una nueva ley. En el mismo artículo, párrafo sexto, se hace mención de la Negativa ficta, sin embargo, en la actual LACP, se contaba con Afirmativa ficta. De conformidad con la tesis jurisprudencial número 232511, del Pleno de la SCJN, de la séptima época, puede constituir una violación a las garantías constitucionales pues se aplicaría en forma retroactiva la Ley por tratarse de un derecho adquirido.

Artículo	Comentario
	No encontramos en la LRASCAP la obligación de las SOCAPS para constituir el fondo de obra social, o la obligación de elaborar un plan general de operaciones como sí se exige a las sociedades reguladas por la LACP. Obliga a que todas las SOCAPS de menos de 2.5 millones de UDIS se inscriban al registro.
Artículo 54.	Garantía de igualdad. Ante igualdad de supuestos igualdad de consecuencias. Falta de certeza jurídica. El monto que cubre por los depósitos de cada ahorrador (25 mil UDIS). Tomando en cuenta que para los depositantes de la Banca el IPAB responde hasta por 400 000 UDIS, no se entiende el porqué del monto menor, si tanto los bancos como las SOCAPS realizan intermediación financiera. Aunado a lo anterior, la LRASCAP obliga los intermediarios al pago de cuotas que deberá determinar el Comité de Protección al Ahorro, pensamos que no es posible que un organismo privado pueda fijar las cuotas que deberán pagar los intermediarios, ya que se pierde certeza jurídica y podría prestarse a abusos prevaleciendo intereses de grupo. Hay que recordar que la cuota que los bancos pagan al IPAB se encuentra regulada en disposiciones legales y en normas secundarias.
Artículo 77.	Estado de indefensión, falta de certeza jurídica dado lo impreciso de la redacción y asimetría regulatoria. Dentro de las medidas correctivas de las alertas tempranas se encuentra la de suspender las aportaciones al fondo de obra social, pero no encontramos en la LRASCAP la obligación de las SOCAPS de crear este tipo de fondos, como sí se obliga a las SOFIPOS en la modificación que se pretende hacer a la LACP. Finalmente se puede destacar que en el proyecto de la LRASCAP no se prevé el régimen de los organismos autorregulatorios, como en el proyecto de modificación a la LACP sí se contempla.

LACP

Artículo	Comentario
Artículo 3.	Falta de certeza jurídica. No están conceptualizadas en el precepto de referencia las SOFIPOS Rurales. A pesar de no ser un problema de interpretación jurídica, se sugiere que sean adicionadas todas las figuras a este precepto a fin de evitar confusiones.
Artículo 9.	Derechos adquiridos. Se elimina la afirmativa ficta. De conformidad con la tesis jurisprudencial número 232511, del Pleno de la SCJN, de la séptima época, puede constituir una violación a las garantías constitucionales pues se aplicaría en forma retroactiva la Ley por tratarse de un derecho adquirido.
Artículo 10 bis.	Falta de certeza jurídica e indefensión. Simplemente el artículo no existe en el Decreto, siendo que el artículo 46 bis remite a él. También se menciona dentro del Art. Segundo de la iniciativa como un artículo "adicionado".
Artículo 26.	Garantía de Igualdad. Permite que las SOFIPOS no cuenten con Comité de Crédito, en tanto que las demás figuras sí lo tienen.
Art. 46 bis antepenúltimo párrafo.	Falta de competencia y de fundamentación legal. El artículo señala que en disposiciones de carácter general se señalarán los requisitos de autorización y los requisitos mínimos para Consejeros y Director/ Gerente, pero en ese mismo artícu-

Artículo	Comentario
	lo, primer párrafo, sólo señala el Artículo 9 de autorización y no los Arts. 20, 21 y 23 que se refieren a los demás cargos. Pensamos que es posible que la CNBV quiera extender su ámbito de competencia para regular en esta materia a las Sociedades Financieras Comunitarias con base en el 46 bis.
Artículo 43 y 43 bis.	Falta de seguridad jurídica. Por una parte, el artículo 43 dispone que "las acciones serán de igual valor y conferirán iguales derechos...", disposición hoy vigente en la LACP, mientras que el 43 bis de la reforma señala expresamente que "las Sociedades Financieras Populares podrán emitir acciones sin valor nominal". Pensamos que es delicado prever que las SOFIPOS puedan emitir acciones sin valor nominal ya que genera incentivos perversos para reestructurar la empresa o capitalizarla. Es necesario quitar el artículo 43 bis.
Artículo 43.	Restringe derechos adquiridos, aplica retroactivamente la norma en perjuicio de las uniones de crédito y existe falta de certeza jurídica. En la ley vigente se permite a las Uniones de Crédito participar en el capital de las SOCAPS o SOFIPOS, en el proyecto se prohíbe esta posibilidad. Aunado a lo anterior no dispone el proyecto sobre la forma en que las Uniones que hoy participan en el capital de las SOFIPOS y SOCAPS autorizadas, deberán retirar la inversión, ni en cuánto tiempo.
Artículo 46, bis 3.	Viola la garantía de libertad de asociación. Obliga a las Sociedades Financieras Comunitarias a registrarse ante una Federación.

Continúa...

...continuación

Artículo	Comentario
Artículo 46 bis 9.	<p>Falta de certeza jurídica ante las inconsistencias de la redacción.</p> <p>Las SFC con activos menores a 2 500 000 de UDIS cuentan con un nivel de operación básico y operan sólo con sus Socios; mientras que, por su parte, el artículo 46 bis 15 señala que las SFC con un monto de activos, igual o superior al equivalente a 2 000 000 UDIS, requerirán autorización.</p> <p>Se presenta una inconsistencia en los rangos de montos de activos dentro de una misma figura jurídica. Adicionalmente, con la entrada en vigor de esta ley se adicionan figuras a las que se les da un trato inequitativo, pues para las SOFIPOS no se prevé un nivel básico, aun cuando se esté en presencia de SOFIPOS rurales.</p>
Artículo 46 bis en relación con el artículo 35.	<p>Garantía de Igualdad.</p> <p>Operaciones con personas relacionadas.</p> <p>No es de aplicación para las SFC, la restricción que para las SOFIPOS se indica, respecto de la realización de operaciones con personas relacionadas, por lo que podrá llevar a cabo operaciones en las que resulte o puedan resultar deudores de la Sociedad, personas que tengan el control de la misma, lo que podría ocasionar que se den abusos de confianza y fraudes dentro de estas sociedades, dejando en estado de indefensión a los socios de la misma.</p>
Artículo 46 bis 6.	<p>Falta de certeza jurídica.</p> <p>Conformación del capital de las SFC: Capital Social y Capital adicional (comunal), este último se conforma con las aportaciones de sus Socios o cualquier tercero, está integrado por las acciones de la serie "C", en el cuarto párrafo señala que dichas acciones no conferirán a sus tenedores derecho de voto o de</p>

Artículo	Comentario
	<p>reparto de utilidades, sin embargo en el sexto párrafo señala que la distribución de utilidades se efectuará a prorrata respecto de la serie "O" y de la serie "C".</p> <p>Existen diversas inconsistencias respecto a las series accionarias, pues hay contrariedad en la aplicación de utilidades, asimismo al referirse que cualquier tercero puede aportar al capital de la serie C, podría entenderse que se hace referencia a programas gubernamentales, si ese es el caso, crea confusiones pues si bien la serie "C" no es retirable, da la opción que en caso de liquidación una vez pagada la serie O tendrán derecho al haber social, lo que es perverso ya que fomentaría la creación de sociedades para fondearlas y después liquidarlas.</p>
Artículo 46 bis 10.	<p>Garantía de Igualdad y certeza jurídica.</p> <p>La información financiera que enviarán a la Federación las SFC de nivel básico será en los formatos que emita la Federación. En la LRASCAP es de acuerdo con lo que emita el Comité.</p> <p>¿Cómo se podrá evaluar financieramente a una Sociedad cuando la información no se presenta de manera uniforme o con los criterios mínimos bancarios? No se está previendo que estas Sociedades crecerán y podrán rebasar los mínimos de activos y no se estará preparada para, por lo menos, presentar información financiera.</p>
Artículo 46 bis, antepenúltimo párrafo.	<p>Garantía de Igualdad y certeza jurídica.</p> <p>Señala que en disposiciones de carácter general se señalarán los requisitos de autorización y los requisitos mínimos para Consejeros y Director/ Gerente, pero en ese mismo artículo, primer párrafo, sólo señala el Art. 9 de autorización y no los 20, 21 y 23 aplicables a los demás cargos.</p>
Artículo 105.	<p>Garantía de Igualdad.</p> <p>El monto que cubre por los depósitos de cada ahorrador (25 000 UDIS).</p>

Continúa...

...continuación

Artículo	Comentario
	Tomando en cuenta que para los depositantes de la Banca el IPAB responde hasta por 400 000 UDIS, no se entiende el porqué del monto menor, la cifra se tomó en virtud de un análisis o ¿es que se considera ahorradores de segunda?
Artículo 122 bis.	Falta de certeza jurídica debido sobre todo a la inexactitud en la redacción. Señala que las SOFIPOS, así como las Federaciones y los comités técnicos y el Administrador del Sistema de Protección del Ahorro, deberán proporcionar a la CNBV. ¿Qué es el Administrador del Sistema de Protección del Ahorro? Existe confusión ya que es un concepto que sólo en ese artículo se menciona, dejando la duda si es el comité de fondo de ahorro o se trata de otro organismo, sin que se especifiquen sus facultades.
Artículo 125, fracción IV, inciso a).	Garantía de igualdad. Nuevamente se da trato inequitativo a las SOFIPOS respecto a las SFC y las OIFR, pues todas realizan la misma actividad y, por tanto, deben ser sancionadas de la misma forma.
Artículo 126 bis, fracción VI.	Falta de certeza jurídica. Sanción a las Federaciones que no lleven a cabo las auditorías a los estados financieros de las SOFIPOS, SFC y OIFR. Es una sanción inoperante e inaplicable, en vista de que las Federaciones no hacen auditorías por sí mismas, ni a través de sus Comités de Supervisión, pues no se encuentra dentro de sus facultades.
Régimen transitorio.	Aplicación retroactiva de la Ley y falta de certeza jurídica. Artículo Segundo.

Artículo	Comentario
	Primero. Las Asociaciones y sociedades que acuerden transformarse en SOCAPS tendrán que realizarlo dentro de los 180 días siguientes a la entrada en vigor del decreto. Las Sociedades Cooperativas de cualquier tipo que capten recursos de sus Socios para su colocación entre ellos, podrán transformarse en SOFIPOS, siempre y cuando antes de entrar en vigor el decreto la asamblea general así lo haya decidido y hubieren acordado pedir autorización a la CNBV. Una vez que entre en vigor la Ley, ¿qué va a pasar con las Sociedades Civiles o cualquier otra figura jurídica que deseen y puedan transformarse en SOFIPOS? Otro cuestionamiento es ¿por qué limitarlas a esta figura, pudiendo transformarse en SFC? Si bien se autoriza la transformación de sociedades a SOFIPOS deben de tomarse en cuenta que algunas de ellas por el origen de sus recursos, no podrán realizarlo pues los recursos son de la comunidad y no de las personas físicas, o bien tendrán que prescindir de dichos recursos.
	Segundo. Las Federaciones autorizadas tendrán un plazo no mayor a 180 días naturales siguientes a la entrada en vigor del decreto para dar por terminadas las afiliaciones o contratos de afiliación celebrados con cualquier Asociación o Sociedad. La entrada en vigor o modificación de una ley, no puede determinar la vida de los actos jurídicos privados realizados previamente, si éstos no tienen ningún vicio del consentimiento, como lo son los contratos de afiliación celebrados al amparo de la propia ley antes de sus reformas, así al conminar el citado precepto a la terminación anticipada de los contratos de afiliación en un plazo de 180 días, representa una violación a las garantías individuales, además de que son actos celebrados entre particulares y por tanto deben de respetarse sus derechos a convenir en las condiciones que ellos hubieren determinado.

Ley General de Sociedades Cooperativas

Artículo	Comentario
Artículo 33 bis.	<p>Falta de certeza jurídica.</p> <p>Las SOCAPS se constituyen con un mínimo de 25 Socios, anteriormente el requerimiento era de 100 Socios. El disminuir el requerimiento podría prestarse a disfrazar sociedades anónimas con las ventajas fiscales, además que para otros tipos de cooperativas no aplica este requisito lo que genera asimetría regulatoria.</p> <p>Ocasionando como se indicó previamente competencia desleal y desigualdad en el sector.</p>

Conforme al *Decreto por el que se expide la Ley para Regular las Actividades de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo y se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Sociedades Cooperativas, de la Ley de Ahorro y Crédito Popular, de la Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y de la Ley de Instituciones de Crédito*, la regulación de los distintos intermediarios y organismos de integración del sector de ahorro y crédito popular puede vulnerar el principio de igualdad jurídica ante la ley consignado en nuestra Constitución Política, por las razones siguientes:

- La LACP es una Ley pensada originalmente para regular la actividad de intermediación financiera (captación y colocación), y permite que solamente las SOCAPS y SOFIPOS, conjuntamente denominadas Entidades de Ahorro y Crédito Popular, desarrollen dicha actividad siempre que cuenten con la autorización de la CNBV y previo el cumplimiento de los requisitos legales.
- Por su parte, el Decreto contempla la creación de nuevos intermediarios financieros permitiéndoles llevar a cabo la actividad de intermediación, señalando expresamente cuáles de ellos

requerirán de autorización y cuáles no, según la clasificación que el propio Decreto prevé siendo que todos llevan a cabo la misma actividad, entre las nuevas figuras (Sociedades Cooperativas de nivel básico, SFC, etc.).

- El Decreto permite, dentro de la Ley General de Sociedades Cooperativas, que las SOCAPS se agrupen en Federaciones, fijando un número mínimo y limitando el número máximo de sociedades que pueden formar parte de la Federación, siendo que en la LACP las Federaciones que agrupen SOFIPOS no tienen dicho límite.
- Las Federaciones de la LACP pueden llevar a cabo la supervisión auxiliar de SOFIPOS y SFC, entre otros, en tanto que las Federaciones de sociedades cooperativas no pueden supervisarlas.
- Las Federaciones de la LACP pueden adoptar cualquier naturaleza jurídica sin fines de lucro, mientras que las Federaciones de sociedades cooperativas deben forzosamente adoptar la naturaleza de sociedad cooperativa.
- El Decreto establece claramente que las Federaciones de Cooperativas, las Federaciones de la LACP y los Organismos de Integración Financiera Rural son todos organismos de integración y representación de sus agremiadas, sin embargo, en el propio Decreto presenta asimetría de funciones para cada uno de ellos; tal pareciera que en razón del intermediario que agrupen sus atribuciones cambian.
- Por otra parte, el régimen transitorio previsto en el Decreto obliga a las Federaciones a dar por terminados los contratos de afiliación, sin embargo, no se pronuncia sobre la suerte que deberán correr las demás obligaciones o contratos celebrados por la Federación con sus afiliadas para la prestación de diversos servicios.
- La obligatoriedad que la LACP señala para las SOFIPOS y SFC de estar en una Federación y en el caso de las SOCAPS se les considera como opcional.
- No existe diferencia entre una SOCAP autorizada y una de nivel básico (su figura jurídica es la misma, pero aquella que exceda 2.5 millones de UDIS en activos requiere autorización), sin embargo, la autorizada cuenta con un fondo de protección, enfrenta costos por supervisión, publicaciones, entre otros,

por lo que los costos de intermediación serán mayores que una SOCAP nivel básico, generando competencia desleal.

- Los lineamientos mínimos que deberá contener el Reglamento Interior de las Federaciones que agrupan a SOCAP es distinto de aquellas Federaciones que agrupen a SOFIPOS.

VII. CONCLUSIONES

...aquel que vea en la historia del derecho la idea del derecho no verá jamás a éste como un esclavo sino como el jefe de un imperio de la libertad y de la dignidad del hombre...

Alexander Solzhenitsyn

1. El sector de ahorro y crédito popular ha evolucionado de forma considerable desde antes de 2001 y con los logros alcanzados antes de la reforma puede afirmarse que constituye una forma de combatir la pobreza en México como en otros países latinoamericanos, es una forma clara de progreso, orden e institucionalización. Las personas de escasos recursos ahorran y lo hacen de muy diversas formas, es importante que cuenten con un sector de ahorro popular sólido y versátil, dinámico y profesional, de vanguardia y con funcionarios salidos del sector y para el sector.
2. El sector de ahorro y crédito popular en México se encuentra sólido y ha demostrado en muchos países que es posible mantenerse ajeno a las crisis. Éste no participa del sistema de pagos y minimiza de forma importante el riesgo de contagio de otros intermediarios agrupados o que participan del sistema de pagos.
3. El sector de ahorro es una alternativa viable para la creación y fomento de micro y pequeña empresas, constituye en México prácticamente la única alternativa de fondeo real para millones de familias desde aquellas con índice de marginalidad hasta poblaciones urbanas o sin acceso a servicios financieros, sin mencionar la baja morosidad de la cartera.

4. El sector de ahorro y crédito popular permite que profundicen diversos programas gubernamentales y sectoriales de apoyo a diversas comunidades.
5. Hubiera sido deseable que las razones por las que originalmente los legisladores, autoridades, miembros del sector de ahorro y organizaciones internacionales buscaron recoger los reclamos del sector cooperativo para perfeccionar la LACP se hubiesen plasmado claramente en el *Decreto por el que se expide la Ley para Regular las Actividades de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo y se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Sociedades Cooperativas, de la Ley de Ahorro y Crédito Popular, de la Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y de la Ley de Instituciones de Crédito*, sin embargo, a pocos días de su entrada en vigor vemos que el texto escrito no representará en la realidad muchos de los aspectos que originalmente se buscaron.
6. Pensamos que las reformas a la LACP, al darle a las SOFIPOS y SFC la categoría de intermediarios que prácticamente funcionan igual que los bancos, fomentará su creación y se podrá prestar a un claro arbitraje regulatorio con la banca.
7. Es importante que los legisladores y grupos de trabajo que participan en la elaboración de leyes y disposiciones se informen y profundicen más en las raíces de los temas, su formación original y las razones por las cuales la regulación se elabora, ello antes de proponer cualquier iniciativa. Sin menospreciar los esfuerzos que se efectuaron desde un inicio para plasmar en un texto las inquietudes del sector de ahorro y crédito popular, creemos que debe recurrirse a mejores y mayores fuentes de información de las cuales se aproveche la experiencia tanto nacional como internacional y definitivamente profundizar en la investigación de campo.
8. La nueva LRASCAP y las reformas a la LACP probarán ahora su efectividad, no sólo en la aplicación de la norma día con día sino contra aquellos posibles actos que supongan la defensa de los destinatarios de la norma mediante los cauces legales. Hay que recordar que los capitales involucrados en el sector de ahorro y crédito popular son muy elevados (aunque no lo

apreciemos) y los administradores de las cajas de ahorro y sociedades del sector son verdaderos profesionales en su materia y conocedores de oficio del otorgamiento de crédito y captación de recursos, desde mucho antes de la época porfiriana.

9. Los cambios se comienzan a gestar, sólo el futuro nos dirá con precisión dónde quedará el sistema de ahorro y crédito popular.

EL RECONOCIMIENTO,
EN EL ARTÍCULO PRIMERO
DE NUESTRA CONSTITUCIÓN,
DE LA DIGNIDAD HUMANA COMO
FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS
HUMANOS Y COMO PRINCIPIO
Y FIN DEL ESTADO MEXICANO

José Antonio BECERRIL GONZÁLEZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Delimitación semántica*. III. *La dignidad en la historia del pensamiento*. IV. *Dignidad ontológica y dignidad ética*. V. *La dignidad como fundamento de los derechos humanos*. VI. *La dignidad humana y el orden jurídico*. VII. *Propuesta*. VIII. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

México vive un estado de cosas en donde la indignidad prevalece: una corrupción generalizada derivada del ansia desmedida de riqueza material, principalmente de los grupos de interés económico y de la clase política; una delincuencia desatada que daña día a día los bienes más preciados de los habitantes del país, como su vida y su libertad; el encarcelamiento sistemático de los que menos tienen; la impunidad con la que actúan los delincuentes y los funcionarios que abusan del poder, un sistema educativo deficiente, ignorancia, pobreza (en muchos casos miseria), desaliento, etcétera.

Considero que la base de esta problemática radica principalmente en la falta de conciencia de la propia dignidad y de la dignidad de los demás; así por ejemplo: en el fenómeno de la corrupción, el corruptor, al no tener esa conciencia, utiliza a quien corrompe como

un instrumento u objeto, es decir, como mercancía; por su parte el que se corrompe se rebaja a la calidad de artículo de comercio, poniéndose un precio. Ambos se denigran a sí mismos, al tratarse como marchante y mercadería.

En consecuencia, para cambiar ese estado de cosas que ha transformado al país en un gran mercado de seres que denigran y se denigran sistemáticamente, es indispensable iniciar una campaña educativa en pro de la toma de conciencia de la dignidad del mexicano y de todos los habitantes del país. Esta campaña debe iniciar con una propuesta de reforma a nuestra constitución, a fin de que en su primer artículo se señale expresamente que la dignidad del ser humano es el fundamento de los derechos humanos y el principio y fin del Estado mexicano. Esta propuesta es muy importante, porque con ella se daría inicio a un gran debate nacional sobre este tópico, que contribuiría a la formación humana de nuestros contemporáneos. A esta propuesta me dedicaré en este ensayo.

Empezaré delimitando el significado que le daré a la palabra “dignidad” dentro del presente trabajo; haré un breve recorrido histórico del pensamiento sobre la dignidad humana (el recorrido no pretende ser exhaustivo ni una revisión especializada de cada autor o etapa, sino solamente ilustrar el análisis semántico antes realizado con una visión histórica, necesariamente general y simplificada); diferenciaré la dignidad ontológica y la dignidad ética del ser humano; analizaré la forma en que la dignidad humana ha sido reconocida en la legislación internacional, en la legislación constitucional de otros países y en la constitución mexicana; haré la propuesta relativa; y, finalmente formularé las conclusiones de mi trabajo.

II. DELIMITACIÓN SEMÁNTICA DE LA PALABRA “DIGNIDAD”

En este apartado delimitaré el significado gramatical que emplearé a lo largo de este ensayo para la palabra “dignidad”.

El *Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española*¹ nos proporciona los diversos significados de las palabras “dignidad” y “digno”.

¹ Edición en CD-ROM. Espasa Calpe, Vigésima primera edición.

dignidad.

Del lat. *dignitas*, -*atis*.

1. f. Calidad de digno. 2. [f.] Excelencia, realce. 3. [f.] Gravedad y decoro de las personas en la manera de comportarse. 4. [f.] Cargo o empleo honorífico y de autoridad. 5. [f.] En las catedrales y colegiatas, cualquiera de las prebendas que corresponden a un oficio honorífico y preeminente; como el deanato, el arcedianato, etc. 6. [f.] Persona que posee una de estas prebendas. Ú. t. c. m.
7. [f.] Por antonom., la del arzobispo u obispo. Las rentas de la Dignidad.
8. [f.] En las órdenes militares de caballería, los cargos de maestro, trece, comendador mayor, clavero, etc.

digno, na.

Del lat. *dignus*.

1. adj. Que merece algo, en sentido favorable o adverso. Cuando se usa de una manera absoluta, indica siempre buen concepto y se usa en contraposición a indigno. 2. [adj.] Correspondiente, proporcionado al mérito y condición de una persona o cosa. 3. [adj.] Que tiene dignidad o se comporta con ella.

De acuerdo con lo anterior, la palabra “dignidad” puede ser empleada de diversas formas: para referirse a los merecimientos de una persona, al mérito o la condición de una persona o cosa, a la excelencia o realce de alguien, a la gravedad y decoro con que se comporta una persona, a un cargo o empleo honorífico o de autoridad, a las prebendas que corresponden a un oficio honorífico y preeminente o a la persona que las posee.

En este ensayo utilizaremos la palabra “dignidad” para significar la excelencia y realce que tiene el ser humano, por el solo hecho de ser un ente racional, siendo este significado el que da lugar a la siguiente definición de “dignidad de la persona humana”.

Dignidad de la persona humana. “Dignidad”, del latín *dignitas-atis*, significa, entre otras cosas, excelencia, realce) Al hablarse de dignidad de la persona humana se quiere significar la excelencia que ésta posee en razón de su propia naturaleza.²

² Adame Godard, Jorge, *Diccionario Jurídico Mexicano*, tomo D-H, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, p. 1346.

III. LA DIGNIDAD EN LA HISTORIA DEL PENSAMIENTO

En el pensamiento religioso de diversas culturas, en la literatura y en el pensamiento filosófico (desde las escuelas clásicas hasta las escuelas modernas), la idea de la dignidad del hombre ha sido una constante universal, si bien no todas estas formas de pensamiento han conseguido articularla y profundizar en ella al mismo nivel.

En el pensamiento religioso del pueblo hebreo encontramos una explicación sobre el fundamento de la dignidad humana. En el libro del *Génesis* se asevera que Dios es el creador de los seres humanos, quienes fueron hechos a su imagen y semejanza, y que Dios les otorgó el dominio sobre las demás creaturas.

26. Y por fin dijo: Hagamos al hombre a imagen y semejanza nuestra; y domine a los peces del mar, y a las aves del cielo, y a todos los animales que se mueven sobre la tierra. 27. Creó pues Dios al hombre a imagen suya: a imagen de Dios le creó: creólos varón y hembra.

28. Hechóles Dios su bendición, y dijo: Creced y multiplicaos, y henchid la tierra, y enseñorear de ella, y dominad a los peces del mar, y a las aves del cielo, y a todos los animales que se mueven sobre la tierra. 29 y añadió Dios: Ved que os he dado todas las yerbas las cuales producen simiente sobre la tierra, y todos los árboles a los cuales tienen en sí mismos simiente de su especie, para que os sirvan de alimento a vosotros; 30. Y a todos los animales de la tierra, y a todas las aves del cielo, y a todos cuantos animales vivientes se mueven sobre la tierra, a fin de que tengan que comer. Y así se hizo.³

Esta condición del hombre es lo que le permite ser digno, es decir superior a las demás creaturas y, por lo mismo, ser sujeto de respeto:

De esta rotunda afirmación que recoge la Biblia en el *Génesis*, se desprende el fundamento de la dignidad. El ser humano ha sido creado a imagen de Dios, y por ese hecho debe tener garantizado el respeto de su persona.⁴

Esta visión sobre la dignidad de ser humano coincide en buena medida con la visión que prevalece en culturas disímboles.

³ *Sagrada Biblia Dorada*. Libro del Génesis. Capítulo Primero, p. 4, Edinet, Bogotá, Colombia, 2003.

⁴ Otero Parga, Milagros, *Dignidad y solidaridad: dos derechos fundamentales*, Universidad Panamericana, Porrúa, México, 2006, p. 20.

3 / Sin embargo, la dignidad inalienable de todo ser humano se impuso muy rápidamente a la conciencia. En India, las antiguas *Leyes de Manu* llegan a reconocer incluso a los más débiles una nobleza particular: "Los niños, los ancianos, los pobres y los enfermos deben ser considerados como los señores de la atmósfera".

(...)

Lo sorprendente es que, a medida que las civilizaciones nacen y se afirman, se va atribuyendo un lugar central a la indulgencia, al respeto, a lo que René Char llamaba "tener la imaginación del otro". La sabiduría china, por ejemplo, le da una importancia primordial a la "capacidad de reconfortar a los demás"; el respeto hacia los pobres y hacia aquellos que sufren está en el corazón de las tradiciones judía y cristiana; el Corán subraya los deberes hacia los huérfanos, los pobres, los viajeros sin cobijo, los necesitados, los reducidos a esclavitud; la compasión es uno de los dos ideales principales del budismo. Aunque hiciéramos una enumeración más completa no encontraríamos excepciones. Es impresionante la unanimidad fundamental que existe a este respecto entre tradiciones y experiencias vitales, sabidurías y religiones que, por otra parte, son muy distintas. ¿De dónde procede este reconocimiento de una nobleza especial en el desheredado, el oprimido, la víctima, los débiles, en "todos aquellos que son cuidadosamente olvidados"? ¿Qué sentido puede tener la dignidad del pobre, de aquel que nada tiene, a veces apenas la propia vida biológica —e incluso de los restos humanos—?⁵

Es muy importante resaltar este aspecto porque pone de manifiesto que la idea sobre la dignidad humana es universal y no propia y exclusiva de la cultura occidental (si bien en las culturas influidas por la tradición judeocristiana la idea ha alcanzado las cotas más altas, precisamente porque se trata de una tradición donde se desarrolla un pensamiento especial sobre la justicia —principalmente en los hebreos— y sobre el amor, en el cristianismo. Por otro lado, hablar de "dignidad de la persona" se puede hacer gracias a que el concepto de "persona" deriva de la tradición teológica cristiana).

La literatura griega antigua también nos proporciona una aproximación a la idea de la dignidad del ser humano. En la tragedia de Sófocles titulada *Antígona*, ésta expone la vida, al dar sepultura a su

⁵ De Koninck, Thomas, *De la dignidad humana*, Instituto de Derechos Humanos Fray Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 2006, pp. 16-18.

hermano Polinices, transgrediendo el mandato de Creonte, quien le niega el derecho a la sepultura.⁶

Esta obra pone de relieve que, aun muerto, el ser humano es digno de respeto, al seguir perteneciendo a la comunidad humana.

Cuando se convierte en cadáver, el muerto *ya no es* y queda totalmente a la merced de las fuerzas naturales, por lo que los vivos tienen un deber sagrado para con él: hacer que, aun tratándose de un cadáver, siga siendo miembro de la comunidad humana. El símbolo del rito de la sepultura lo hace de nuevo presente, restituyéndolo a la comunidad humana. Por otra parte, desde la noche de los tiempos, el ser humano entierra a sus muertos. Todavía hoy, nuestros muertos son generalmente respetados, incluso por aquellos que no creen en otra vida después de la muerte.⁷

Hasta aquí hemos precisado cómo la idea acerca de la dignidad humana, de una manera más o menos articulada, es parte del acervo del pensamiento universal no filosófico. Pues bien, a continuación expondremos las principales visiones filosóficas del ser humano que la fundamentan.

Platón⁸ y Aristóteles⁹ ofrecieron los fundamentos metafísicos para una cierta comprensión de la dignidad del hombre, sin llamarla así en ningún caso. Respaldaron el valor especial del ser humano en su alma racional, que lo faculta para pensar, razonar, elaborar ciencia y filosofía, colocándolo en una posición de superioridad respecto a los demás seres:

⁶ Cfr. Sófocles, *Los Clásicos. Teatro Griego. Antígona*, EDAF, Madrid, 1970, pp. 619-663.

⁷ De Koninck, Thomas, *op. cit.*, pp. 16-18.

⁸ En su diálogo, *Fedro* (*Platón. Diálogos. III. Fedón, Banquete, Fedro*. Editorial Gredos, Biblioteca Clásica Gredos, 93, 1997. *Fedro*, 246a y 256a), en el mito del carro alado, se describe el alma humana comparándola con un carro guiado por un cochero arrastrado por dos corceles voladores: uno representa el honor y la templanza; otro el mal y la vida sensual. Ambos se encuentran en tensión permanente. El cochero simboliza la razón que busca equilibrar y armonizar ambas fuerzas.

⁹ En su obra *Acerca del Alma*, distingue tres tipos de alma, el alma vegetativa, el alma sensitiva y el alma racional, siendo esta última la que caracteriza al ser humano (cfr. *Acerca del alma*, Ed. Gredos, Biblioteca Clásica Gredos, 14, 2008, Libro II, Capítulos II y III). En su obra *Política* (I, 2 y VII, 13), El Libro de Bolsillo, Clásicos de Grecia y Roma, Alianza Editorial, 1997, señala que sólo el hombre posee, de modo exclusivo el sentido de lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto, entre otras apreciaciones, y que sólo él posee razón.

Los filósofos griegos se refieren ya a la dignidad del hombre (*anthropos*) y la fundamentan a partir de la idea del alma racional. Según el punto de vista de Platón y, posteriormente, de su discípulo Aristóteles, el ser humano se eleva por encima de las otras entidades del mundo, por el hecho de tener *alma racional*. También en el pensamiento de raíz judía, el ser humano se alza por encima de todas las criaturas, por el hecho de ser imagen y semejanza de Dios.

Según Aristóteles, todo ser capaz de automovimiento, de moverse por sí mismo, es un ser dotado de alma (*psique*). El alma es el principio vital y, en cuanto tal, no es patrimonio exclusivo de la condición humana, sino que todo ser vivo está dotado de él. En este sentido, Aristóteles distingue tres tipos de alma: el alma vegetativa, el irracional y el racional. El ser humano, el *antropos*, está dotado del alma racional y ésta le faculta para pensar, razonar, elaborar ciencia y filosofía. El ser humano, por lo tanto, comparte, con las otras entidades vivas del cosmos, el hecho de tener alma, pero su alma tiene un rasgo de excelencia que le sitúa en un plano jerárquicamente superior respecto a los otros seres y le hace más digno de consideración y de respeto.¹⁰

Los estoicos¹¹ también fundamentaron una cierta preconcepción de la dignidad en la racionalidad del ser humano, que le permite, como ser superior, conocer el orden cósmico y lograr el dominio de sí mismo.

Con los estoicos se da un paso muy importante en la extensión del concepto de dignidad a todo ser humano, por estar dotado de racionalidad y por ello, ser capaz de penetrar en el orden cósmico y lograr el dominio de sí mismo. Los dos conceptos de precio y de valor ya se hallan en la filosofía estoica. En ella se distingue entre el *axion akhonta*, que es lo que tiene valor, del conjunto de los bienes, *agatha*, que Séneca traduce como lo que tiene dignidad. Antes de la emergencia del cristianismo, desde la filosofía estoica se considera que todo ser humano es un bien cuyo valor no puede cifrarse, porque no tiene

¹⁰ Torralba Roselló, Francesc, *¿Qué es la dignidad humana? Ensayo sobre Peter Singer, Hugo Tristram Engelhard y John Harris*, Ed. Herder, 2005, p. 61.

¹¹ Marco Aurelio, *Soliloquios*, Porrúa, México, 2004, p. 142, reflexiona de la siguiente forma: "De Máximo (aprendí) que debe uno ser dueño de sí mismo, sin dejarse jamás arrastrar de las ocasiones" (Libro I, 15); "¿Y quién no ve que las cosas animadas son de mejor condición que las inanimadas, y que entre las animadas son más excelsas las racionales?" (Libro V, 16); "El resto de las criaturas fue dispuesto para servir a los racionales, al modo que en toda otra cosa lo inferior se hace por respeto de lo superior; pero las racionales han sido hechas para ayudarse mutuamente" (Libro VII, 55).

precio. Este reconocimiento universal del valor, de la dignidad de todo ser humano se manifiesta políticamente en la crítica de los estoicos a cualquier forma de esclavitud.¹²

Tomás de Aquino,¹³ a diferencia de los filósofos antes citados, cuyo discurso es meramente racional, relaciona razón y fe, confiándole a la primera la tarea de demostrar los preámbulos de la segunda. En ese sentido, al sumar a la razón la visión creacionista del mundo y la noción de “persona” emanada de la teología cristiana trinitaria, formula una novedosa concepción de la dignidad humana, fundándola en que el ser humano fue creado a imagen y semejanza de Dios, siendo un ser racional, con libre albedrío y potestad propia, lo que lo coloca por encima de las criaturas no racionales que se hallan ordenadas con relación a él.

Partiendo del esquema aristotélico que había aprendido de su maestro san Alberto Magno, santo Tomás va más allá de las bases aristotélicas y desarrolla una visión del ser humano teniendo en cuenta las aportaciones de la Revelación histórica de Dios. Aristóteles no afirma, en ningún lugar de su obra, que el ser humano es imagen y semejanza de Dios, sin embargo, santo Tomás, a partir del dato bíblico, trata de unir sintéticamente las aportaciones de la antropología aristotélica y las afirmaciones de la antropología teológica que están latentes en el dato revelado. Ello tiene como resultado una elaboración nueva, singular en aquel momento histórico, que trasciende el marco genuinamente griego.

(...)

Santo Tomás afirma que Dios ha dado a los humanos la razón que es el instrumento que les permite discernir y seguir las leyes naturales y universales, es lo que les confiere un estatuto particular en el conjunto de las criaturas de Dios y una situación superior a la de los animales. Según esta tradición cristiana, el amor de Dios se extiende a todos los seres humanos, entendido individualmente, a pesar de su comportamiento a menudo corrompido por el pecado. El valor que Dios les confiere es un don, y no algo que sea fruto del mérito.¹⁴

¹² Torralba Roselló, Francesc, *op. cit.*, p. 62. Acerca del pensamiento de Cicerón y de Séneca sobre la dignidad humana se puede consultar a Parga Otero, Milagros, *op. cit.*, pp. 41 y 42.

¹³ Cfr. *Suma Contra los Gentiles*. Libro II, capítulo CXII, Porrúa, 5a. ed., 2004.

¹⁴ Torralba Roselló, Francesc, *op. cit.*, pp. 63-66.

Para Giovanni Pico della Mirandola, ya en el Renacimiento, el ser humano es un ser digno, porque en ejercicio de su libre albedrío, puede llegar a ser lo que se proponga, a diferencia de los demás criaturas que están encerradas en sí mismas, determinadas por las leyes de su propia naturaleza:

Finalmente, el supremo Hacedor estableció que éste a quien no le podía dar nada en propiedad, tuviese en comunidad lo que le había concedido privadamente a cada una de las criaturas. Así pues, tomó al hombre, obra de aspecto indefinido, y, colocándolo en la zona intermedia del mundo, le habló de esta forma: “No te hemos dado una ubicación fija, ni un aspecto propio, ni peculio alguno, ¡oh Adán!, para que así puedas tener y poseer el lugar, el aspecto y los bienes que, según tu voluntad y pensamiento, tú mismo elijas. La naturaleza asignada a los demás seres se encuentra ceñida por las leyes que nosotros hemos dictado. Tú, al no estar constreñido a un reducido espacio, definirás los límites de tu naturaleza, según tu propio albedrío, en cuyas manos te he colocado. Te he situado en la parte media del mundo para que desde ahí puedas ver más cómodamente lo que hay en él. Y no te hemos concebido como criatura celeste ni terrena, ni mortal ni inmortal, para que, como arbitrario y honorario escultor y modelador de ti mismo, te esculpas de la forma que prefieras.¹⁵

Kant,¹⁶ ya bien entrada la Modernidad, establece como principio de la dignidad del ser humano la exigencia enunciada como segunda fórmula del imperativo categórico, que dice: “Obra de manera de tratar a la humanidad tanto en tu persona como en la persona de otro, siempre como un fin en sí mismo y nunca sólo como un medio”.

Dignidad (ingl. *Dignity*; franc. *Dignité*; alem. *Würde*, ital. *dignità*). Como principio de la dignidad humana se entiende la exigencia enunciada por Kant como segunda fórmula del imperativo categórico: “Obra de manera de tratar a la humanidad tanto en tu persona como en la persona de otro, siempre como un fin en sí mismo y nunca sólo como un medio” (*Grundlegung zur Met. der Sitten, II*). Este imperativo establece, en efecto, que todo hombre, y más bien

¹⁵ *Discurso sobre la dignidad del hombre*, Textos Universitarios, PPU, 2a. ed., Barcelona, 2002.

¹⁶ Cfr. Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Ariel, Barcelona, 1996.

todo ser racional, como fin en sí mismo, posee un valor no relativo (como es, por ejemplo, un precio) y sí intrínseco, esto es la dignidad.¹⁷

Con el pensamiento de Kant concluimos esta reseña histórica, considerando que su visión acerca de la dignidad del ser humano es fuente de inspiración en el ámbito moderno de protección de los derechos humanos, como lo evidencia la sentencia pronunciada por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos el día 2 de agosto de 2008 en el caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú (Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas).

III. El Imperativo Kantiano y el Debido Proceso Legal.

54. Esto me conduce a otra línea, correlativa, de reflexión. La conceptualización de la *persona* humana fue enaltecida en el pensamiento de Emmanuel Kant, al reconocer a esta última una dignidad intrínseca, la cual exige respeto por uno mismo y en las relaciones de uno con todos los demás seres humanos. Cada persona, como ser moral (*homo noumenon*), sujeto de razón práctica, es *un fin en sí misma*, no pudiendo jamás ser tratada como un medio para los fines de otros. En sus *Fundamentos de la Metafísica de las Costumbres* (1785) E. Kant enunció su célebre imperativo, según el cual cada persona debe obrar sólo según una máxima que aspire al mismo tiempo que se torne *ley universal*.

55. De ahí los imperativos de deber de cada ser racional, de uno con todos los demás. Cada ser racional existe como *fin en sí mismo*, y jamás como medio para los demás. Subyacente al razonamiento kantiano está el principio de la dignidad inherente a cada ser humano, el cual marca presencia, en nuestros días, en todo el *corpus juris* del derecho internacional de los derechos humanos. Su preocupación fundamental es con la protección de la dignidad humana, en toda y cualquiera situación.¹⁸

IV. DIGNIDAD ONTOLÓGICA Y DIGNIDAD ÉTICA

El ser humano es un ser digno: ostenta dignidad ontológica por el único hecho de serlo, con independencia de lo que haga o deje de hacer.

¹⁷ Abbagnano, Incola, *Diccionario de Filosofía*, FCE, México, 3a. ed., 1998, p. 324.

¹⁸ El texto completo se puede consultar en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_181_esp.doc.

...La primera esto es la dignidad ontológica es la que tiene todo ser humano por el hecho de serlo. Es una situación de igualdad absoluta que viene determinada por el lugar que el ser humano ocupa dentro de la naturaleza. Desde este punto de vista los seres humanos son radicalmente idénticos y superiores al resto de los seres creados con independencia del comportamiento de cada uno. La dignidad no depende en absoluto de ninguna acción positiva del individuo. Por eso no puede ser variada por ninguna conducta realizada por el sujeto agente. La diferencia entre seres no puede producirse pues no existe motivo alguno en qué fundarla. De acuerdo con este tipo de dignidad no es legítimo que el ser humano sea tratado de forma indigna de acuerdo con su naturaleza sea cual fuere el comportamiento realizado por el mismo. Ni el más aborrecible de los actos puede privar al ser humano de su condición de tal y por ello cualquier castigo que se le imponga, y desde luego se le debe imponer, debe tener en cuenta que no se ha producido la pérdida de esta naturaleza.¹⁹

La dignidad ontológica del ser humano lo hace ser superior a los demás seres, ya que su entendimiento le permite adquirir conciencia de sí mismo y del mundo externo, aspirar al conocimiento de lo trascendente, pensar, expresar su pensamiento mediante un lenguaje simbólico, reflexionar, dialogar consigo mismo, ensimismarse, crear el arte, la técnica, la ciencia, la filosofía, prever, no dejarse esclavizar por sus instintos, sus sensaciones y sus emociones, pudiendo moderarlas, modificar su entorno, hacer historia, abstraer, conocer la verdad. Su voluntad libre lo lleva a construir su propio destino, a fijarse metas o fines, a elegir los medios para conseguirlos, y a buscar el bien. Además, al descubrir al otro, a su semejante (aquí recordemos que es un ser sociable por naturaleza) dialoga con él, lo ama.

En este sentido la dignidad del ser humano es connatural a todo ser humano, como también lo ha reconocido la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en su opinión consultiva OC-4/84.

55. La noción de igualdad se desprende directamente de la *unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona*, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier

¹⁹ Otero Parga, Milagros, *op. cit.*, pp. 31 y 32.

forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad (énfasis añadido).²⁰

En cambio, ya en otro nivel de discurso, que no se contrapone al anterior ontológico sino que se subordina a él, el ser humano será digno desde el punto de vista ético, como consecuencia de su recto proceder:

De acuerdo con la dignidad ética el ser humano es distinto según la bondad moral que haya acumulado por su libre y personal proceder con rectitud a lo largo del curso de su singular trayectoria vital.²¹

V. LA DIGNIDAD COMO FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

La dignidad del ser humano, como concepto pre-jurídico, es el fundamento de los derechos humanos.

Según algunos autores muy calificados, la dignidad no es, en sí misma, un derecho, sino que es una noción prejurídica o metajurídica, aunque sea un concepto muy usado en los textos de naturaleza jurídica. Como dice Noëlle Lenoir, la dignidad es la fuente de todos los derechos, por ello, es un concepto pre-jurídico. En efecto, puede considerarse como fundamental sobre el que se sustentan los derechos del ser humano. Cuando afirmamos que el ser humano debe ser tratado dignamente o que es un ser digno de respeto, estamos afirmando que se deben respetar sus derechos fundamentales.²²

Si el ser humano es digno por su propia naturaleza, todo Estado tiene el deber de reconocer y proteger esa dignidad, mediante el reconocimiento y protección de sus derechos humanos, entendidos éstos como las prerrogativas inherentes a la persona humana cuya realización efectiva resulta indispensable para su desarrollo integral.

²⁰ El texto íntegro se puede consultar en www.cajpe.org.pe/RIJ/bases/JURISP/D4.HTM - 123k.

²¹ Otero Parga, Milagros, *op. cit.*, p. 32. Acerca del concepto de dignidad ontológica y dignidad ética se puede consultar al siguiente autor: Torralba Roselló, Francesc, *op. cit.*, pp. 85-95.

²² Torralba, Roselló, Francesc, *op. cit.*, pp. 55 y 56.

En este sentido los derechos humanos no nacen con motivo de que el Estado los otorgue, sino que existen desde que el hombre es.

VI. LA DIGNIDAD HUMANA Y EL ORDEN JURÍDICO

El reconocimiento y regulación por parte del orden jurídico de la dignidad humana y de los derechos que emanan de esa dignidad, incluyendo su protección eficaz, es el presupuesto y condición necesaria de un orden justo y humano.

Como lo veremos en este apartado, la dignidad humana ha sido reconocida en el orden jurídico internacional, en el derecho constitucional comparado y en el orden constitucional nacional.

1. La dignidad humana y el orden jurídico internacional

En el orden jurídico internacional se ha reconocido universalmente que el ser humano es un ser digno.

En el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas se reafirma la irreductibilidad de la dignidad de la persona humana.

Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos (...) a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas (...)

En el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos se reconoce la dignidad intrínseca de todos los miembros de la familia humana.

Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana (...)

Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad (...).

En el artículo primero de ese instrumento se hace hincapié en que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

Artículo 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

En el preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre también se reconoce la dignidad humana.

Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros.

Con base en el marco general contenido en estos documentos se han creado otros instrumentos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,²³ la Convención Americana Sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica",²⁴ la Convención Sobre los Derechos del Niño,²⁵ la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mu-

²³ En su preámbulo señala: "Considerando, que conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables" y, "Reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana".

²⁴ Su artículo 5 dispone: "2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano". Su artículo 6 señala: "2. Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzados, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso". En su artículo 11 dispone: "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad".

²⁵ Su preámbulo establece: "Considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana"; y, que: "Teniendo presente que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana, y que han decidido promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad".

jer,²⁶ la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial,²⁷ la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura,²⁸ la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes,²⁹ la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humana-

²⁶ El proemio afirma: "Considerando que la Carta de las Naciones Unidas reafirma la fe en los derechos humanos fundamentales, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres". "Considerando que la Declaración Universal de Derechos Humanos reafirma el principio de la no discriminación y proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que toda persona puede invocar todos los derechos y libertades proclamados en esa Declaración, sin distinción alguna y, por ende, sin distinción de sexo;" (...) "Recordando que la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, que dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, que constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia y que entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad".

²⁷ El proemio señala: "Considerando que la Carta de las Naciones Unidas está basada en los principios de la dignidad y la igualdad inherentes a todos los seres humanos y que todos los Estados Miembros se han comprometido a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para realizar uno de los propósitos de las Naciones Unidas, que es el de promover y estimular el respeto universal y efectivo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos, sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión". "Considerando que la Declaración Universal de Derechos Humanos proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en la misma, sin distinción alguna, en particular por motivos de raza, color u origen nacional" (...) "Considerando que la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 20 de noviembre de 1963 [resolución 1904 (XVIII) de la Asamblea General] afirma solemnemente la necesidad de eliminar rápidamente en todas las partes del mundo la discriminación racial en todas sus formas y manifestaciones y de asegurar la comprensión y el respeto de la dignidad de la persona humana".

²⁸ El proemio asevera: "Reafirmando que todo acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes constituyen una ofensa a la dignidad humana y una negación de los principios consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos y en la Carta de las Naciones Unidas y son violatorios de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos;" (...) "Reiterando su propósito de consolidar en este continente las condiciones que permitan el reconocimiento y respeto de la dignidad inherente a la persona humana y aseguren el ejercicio pleno de sus libertades y derechos fundamentales (...)".

²⁹ Su proemio indica: "Considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, el reconocimiento de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana es la base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo"; y, "Reconociendo que estos derechos emanan de la dignidad inherente de la persona humana (...)".

nos³⁰ y la Declaración de las Naciones Unidas sobre Clonación de Seres Humanos³¹ entre otros, en los que se reitera el reconocimiento de la dignidad del ser humano.³²

2. La dignidad humana y las constituciones de otros países

Diversas constituciones en el mundo reconocen desde su primer artículo el principio de la dignidad del ser humano; este sería el caso

³⁰ “Artículo 1. El genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad intrínseca y su diversidad. En sentido simbólico, el genoma humano es el patrimonio de la humanidad”.

“Artículo 2. a) Cada individuo tiene derecho al respeto de su dignidad y derechos, cualesquiera que sean sus características genéticas. b) Esta dignidad impone que no se reduzca a los individuos a sus características genéticas y que se respete el carácter único de cada uno y su diversidad”.

“Artículo 6. Nadie podrá ser objeto de discriminaciones fundadas en sus características genéticas, cuyo objeto o efecto sería atentar contra sus derechos humanos y libertades fundamentales y el reconocimiento de su dignidad”.

“Artículo 10. Ninguna investigación relativa al genoma humano ni ninguna de sus aplicaciones, en particular en las esferas de la biología, la genética y la medicina, podrá prevalecer sobre el respeto de los derechos humanos, de las libertades fundamentales y de la dignidad humana de los individuos o, si procede, de grupos de individuos”.

“Artículo 11. No deben permitirse las prácticas que sean contrarias a la dignidad humana, como la clonación con fines de reproducción de seres humanos. Se invita a los Estados y a las organizaciones internacionales competentes a que cooperen para identificar estas prácticas y a que adopten en el plano nacional o internacional las medidas que corresponda, para asegurarse de que se respetan los principios enunciados en la presente Declaración”.

“Artículo 12. a) Toda persona debe tener acceso a los progresos de la biología, la genética y la medicina en materia de genoma humano, respetándose su dignidad y derechos (...)”.

“Artículo 15. Los Estados tomarán las medidas apropiadas para fijar el marco del libre ejercicio de las actividades de investigación sobre el genoma humano respetando los principios establecidos en la presente Declaración, a fin de garantizar el respeto de los derechos humanos, las libertades fundamentales y la dignidad humana y proteger la salud pública. Velarán porque los resultados de esas investigaciones no puedan utilizarse con fines no pacíficos”.

³¹ Su proemio y declaraciones disponen:

“Convencida de la urgente necesidad de prevenir los posibles peligros de la clonación de seres humanos para la dignidad humana; *Declara solemnemente* lo siguiente: (...) c) Los Estados Miembros habrán de asegurar que, al aplicar las ciencias biológicas, se respete en todo momento la dignidad humana y, en particular, no se explote a la mujer; d) Los Estados Miembros habrán además de adoptar las medidas necesarias a fin de prohibir las aplicaciones de las técnicas de ingeniería genética que puedan ser contrarias a la dignidad humana”.

³² Los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que se han citado pueden consultarse en <http://www.corteidh.or.cr/sistemas.cfm?id=1>.

de la Constitución alemana,³³ la Constitución Política de la República de Chile,³⁴ la Constitución Política de Colombia,³⁵ la Constitución Política del Perú,³⁶ la Constitución portuguesa³⁷ y la Constitución Política de la República del Salvador.³⁸

Otras constituciones reconocen ese principio en preceptos legales posteriores; la Constitución de la República de Bolivia,³⁹ la Constitución Política de la República de Costa Rica,⁴⁰ la Constitución de la

³³ “Artículo 1 [Protección de la dignidad humana, vinculación del poder estatal a los derechos fundamentales].

(1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”.

³⁴ “Art. 1. Los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

³⁵ “Artículo 1o. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

³⁶ “Artículo 1o. La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

³⁷ “Artículo 1. (De la República Portuguesa). Portugal es una República soberana, basada en la dignidad de la persona humana y en la voluntad popular, y empeñada en la construcción de una sociedad justa, libre y soberana”.

³⁸ “Artículo 1. El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común”.

³⁹ “Artículo 6. Todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica, con arreglo a las leyes. Goza de los derechos, libertades y garantías reconocidas por esta Constitución, sin distinción de raza, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen, condición económica o social, u otra cualquiera.

La dignidad y la libertad de la persona son inviolables. Respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado”.

⁴⁰ “Artículo 33. Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana”.

República Bolivariana de Venezuela⁴¹ y la Constitución española,⁴² están en ese caso.⁴³

Considero que las constituciones que contienen ese reconocimiento en el primero de sus artículos son más acertadas, si consideramos que el principio de la dignidad humana es el sustento a partir del cual se debe construir el edificio jurídico y el Estado.

Es importante señalar que al reconocimiento constitucional del principio de la dignidad del ser humano debe seguir su correspondiente interpretación, como lo ha hecho el Tribunal Constitucional español, el cual al referirse a la dignidad del ser humano ha precisado que la persona es un fin en sí mismo y no un objeto, instrumento o cosa (recordemos lo visto sobre Kant en apartados anteriores de este mismo trabajo).

La interdicción constitucional prevista en el art. 15 CE, posee un doble significado. Por una parte constituye un valor fundamental de las sociedades democráticas (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 8, y SSTEDH de 7 de julio de 1989, Soering c. Reino Unido, 88; de 30 de octubre de 1991, Vilvarajah y otros c. Reino Unido, 108; de 15 de noviembre de 1996, Chahal c. Reino Unido, 79; de 17 de diciembre de 1996, Ahmed c. Austria, 40; de 29 de abril de 1997, H.L.R. contra Francia, 35; de 28 de julio de 1999, Selmouni c. Francia, 95) que se conecta con el respeto a los derechos fundamentales más básicos del individuo en sus relaciones con el Estado. De otra parte, se encuentra estrechamente relacionada con la dignidad de la persona que, según lo dispuesto en el art. 10.

1 CE, representa uno de los fundamentos del orden político y de la paz social (SSTC 53/1985, de 11 de abril, FJ 8; 120/1990, de 27 de junio, FJ 4; 57/1994, de 28 de febrero, FJ 4; 337/1994, de 23 de diciembre, FJ 12; 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7; ATC 238/1985, de 10 de abril). En efecto, la dignidad de la persona constituye una cualidad insita a la misma, que por tanto corresponde

⁴¹ "Artículo 3. El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución".

⁴² "Artículo 10. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social".

⁴³ Los textos constitucionales referidos pueden consultarse en <http://www.juridicas.unam.mx/navjus/infjur/>.

a todo ser humano con independencia de sus concretas características particulares, y a la que se contraponen frontal y radicalmente los comportamientos prohibidos en el art. 15 CE, bien porque cosifican al individuo, rebajándolo a un nivel material o animal, bien porque lo mediatizan o instrumentalizan, olvidándose de que toda persona es un fin en sí mismo. Nuestra ya mencionada STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 4, ha sentado el criterio –que después se ha repetido en resoluciones posteriores– de que la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos fundamentales no conlleven un menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona.⁴⁴

3. La dignidad humana y nuestra Constitución

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos también reconoce la dignidad del ser humano en varias disposiciones legales (Artículos 1o., párrafo tercero, 2o., apartado A, fracción II, 3o., fracción II, inciso c), 4o., párrafo antepenúltimo y 25, párrafo primero,⁴⁵ diseminadas sin orden alguno, en las que sin embargo

⁴⁴ Referencia número: 181/2004. Tipo: Sentencia. Fecha de Aprobación: 2/11/2004. Publicación BOE: 20041202 ["BOE" núm. 290] (Doc. PDF). Sala: Sala Primera. Ponente: doña María Emilia Casas Baamonde. Número registro: 3134/1999. Recurso tipo: Recurso de amparo. En el mismo sentido: Referencia número: 34/2008. Tipo: Sentencia. Fecha de Aprobación: 25/2/2008. Publicación BOE: 20080328 (Doc. PDF). Sala: Sala Primera. Ponente: doña María Emilia Casas Baamonde. Número registro: 3066-2005/. Recurso tipo: Recurso de amparo.

⁴⁵ "Artículo 1o. (...) Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas".

"Artículo 2o. (...) A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para: (...)

II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes".

"Artículo 3o. (...) II. El criterio que orientará a esa educación se basará en los resultados del progreso científico, luchará contra la ignorancia y sus efectos, las servidumbres, los fanatismos y los prejuicios.

no se hace la declaración acerca de que la dignidad humana es el fundamento de los derechos humanos y el principio y fin del Estado mexicano.

Llama la atención que los tribunales federales encargados de interpretar nuestra constitución, a pesar que en diversas tesis de jurisprudencia y tesis aisladas se han referido a la dignidad de la persona, no han hecho pronunciamiento alguno con relación a su significado, como sí lo ha realizado el Tribunal Constitucional español.

VII. PROPUESTA

Debido a las condiciones que vive actualmente nuestro país resulta indispensable reconstruir los vínculos sociales mediante la creación de un nuevo orden, justo y humano sustentado en una base sólida: el reconocimiento por parte de todos los integrantes de nuestra sociedad y por lo mismo de nuestros constituyentes, de que el ser humano por el hecho de serlo es un ser digno, siendo su dignidad el fundamento de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos obligatorios para el país, así como el principio y el fin del propio Estado mexicano.

Este reconocimiento debe estar contenido en el artículo 1o. constitucional, para que haga las veces de cimiento sobre el cual se construya el nuevo orden social; considero que el hecho de que actualmente nuestra Constitución hable de la dignidad humana en

Además: (...) c) Contribuirá a la mejor convivencia humana, tanto por los elementos que aporte a fin de robustecer en el educando, junto con el aprecio para la dignidad de la persona y la integridad de la familia, la convicción del interés general de la sociedad, cuanto por el cuidado que ponga en sustentar los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de todos los hombres, evitando los privilegios de razas, de religión, de grupos, de sexos o de individuos (...)"

"Artículo 4o. (...) Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos (...)"

"Artículo 25. Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, 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".

preceptos dispersos provoca que se diluya el concepto, además de que no corresponde a la idea de que aquélla es un principio, que como tal debe estar contenido al inicio del texto constitucional.

Con este reconocimiento se especificaría el fundamento de los derechos humanos y se incorporaría por vez primera a nuestra constitución ese concepto y la mención a los instrumentos internacionales que en esa materia obligan al Estado mexicano.

Este reconocimiento motivaría una revisión a fondo de nuestra constitución en materia de derechos humanos, con lo que se lograría su modernización en esa materia y la incorporación a nuestro sistema de justicia de los criterios más recientes de los organismos internacionales encargados de la protección de los derechos humanos.

Por último, ese reconocimiento motivaría la creación de un nuevo Estado, sustentado en valores humanitarios universales.

Conforme a esta propuesta, el texto del artículo 1o. constitucional podría quedar redactado de la siguiente forma:

Artículo 1o. El Estado mexicano reconoce que todo ser humano por el hecho de serlo es un ser digno, siendo esta dignidad el fundamento de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos obligatorios en el país, así como el principio y el fin del propio Estado.

VIII. CONCLUSIONES

Primera. La idea sobre la dignidad del ser humano ha sido una constante en la historia del pensamiento universal, si bien se ha ido tematizando y desarrollando gradualmente, en el marco de ciertas tradiciones específicas.

Segunda. El ser humano es un ser digno desde el punto de vista ontológico y desde la perspectiva ética. Este segundo plano de la dignidad se subordina y supone al primero, que está afianzado en la propia naturaleza humana.

Tercera. El principio de la dignidad del ser humano, es el fundamento de un orden jurídico justo y humano y por lo mismo de los derechos humanos.

Cuarta. La dignidad del ser humano ha sido reconocida a nivel universal en los instrumentos internacionales en materia de dere-

chos humanos, en las constituciones de diversos países, así como en la nuestra.

Quinta. Nuestra constitución reconoce la dignidad humana en diversas disposiciones, pero de una manera desordenada y con falta de método, lo que provoca que se diluya el concepto.

Sexta. La dignidad humana debe ser elevada en nuestra constitución al rango de principio fundamental por lo que deberá reformarse, a fin de que desde su primer artículo se reconozca que todo ser humano es digno por el hecho de serlo, siendo su dignidad el fundamento de sus derechos humanos reconocidos en la propia constitución y en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, así como el principio y el fin del Estado mexicano.

UNA REFUTACIÓN AL MATERIALISMO FILOSÓFICO Y AL DETERMINISMO FÍSICO

Alberto BENEGAS LYNCH

One does not conduct a rational argument with a being that makes the claim that all its responses are reflexes, no matter how complex and subtle the conditioning.

John C. Eccles

SUMARIO: I. *Los estragos del positivismo.* II. *La psique y el libre albedrío.*

De entrada consigno que la tesis central del presente ensayo apunta a subrayar que el ser humano no está constituido exclusivamente por kilos de protoplasma, puesto que si esto fuera así, en última instancia, los nexos causales inherentes a la materia determinarían sus dichos y movimientos, lo cual, a su turno, significaría que no habría posibilidad de revisar los propios juicios, ni ideas auto generadas, ni proposiciones verdaderas y proposiciones falsas, ni propósito deliberado, ni autoconocimiento. En otros términos, no habría acción humana propiamente dicha sino meras reacciones, tal vez más complejas que lo que ocurre en otras especies, pero se trataría de una cuestión de grado y no de naturaleza. Parafaseando a C. S. Lewis (1944/1996), esto significaría “la abolición del hombre”. La tesis concluye en la inexorabilidad de la mente, la psique, los estados de conciencia o

el alma como entidad distinta del cerebro y del cuerpo humano en general, pero unidas en la misma sustancia.

I. LOS ESTRAGOS DEL POSITIVISMO

Puede situarse el comienzo de la pretensión de extrapolar los métodos de las ciencias naturales a las ciencias sociales en Auguste Comte, especialmente en sus multivolumenes titulados respectivamente *Curso de filosofía positiva*, escritos entre 1830-1842 y, luego, su *Sistema de política positiva*, preparados en el periodo 1851-1854. En estas obras nace el afán por tratar al “cuerpo social” como antropomorfismo sujeto a las mismas leyes y procedimientos con los que la ciencia experimental encara los fenómenos de la física y la química incluyendo el conductismo sobre el cual nos explayaremos más adelante, de donde también deriva el ansia por la ingeniería social en cuanto a la manipulación de las personas como si fueran un conjunto indiferenciado sujetos a los experimentos de los planificadores del momento. Con Comte nace la sociología.

Ortega y Gasset escribe que “si la sociedad no es más que una asociación, la sociedad no tiene propia y auténtica realidad y no hace falta una sociología” (1934-1949/1981: 12), para más adelante afirmar de la sociedad “que sea ésta, repito, no tenemos aun ni la más remota idea” (*ib.*: 156) y advierte acerca de los peligros del antes referido antropomorfismo: “Hoy se diviniza lo colectivo [...] se juega frívolamente, confusamente, con las ideas de lo colectivo, lo social, el espíritu nacional, la clase, la raza [...] Pero en el juego, las cañas se han ido volviendo lanzas” y concluye que “sólo los individuos crean [...] La gente, la sociedad, tiende cada vez más a aplastar a los individuos, y el día que pase esto habrá matado la gallina de los huevos de oro” (*ib.*: 286).

El premio Nobel en Economía, Friedrich A. Hayek, se ha referido extensamente a Comte y a sus seguidores (1952/1979: 321 y ss.) pero, en su última obra, debido a todos los malos entendidos y galimatías utilizados principalmente por la corriente de pensamiento marxista en torno a la palabra “sociedad”, este autor la sustituye por la expresión “orden extendido” (1988: 6 y 113) y, además, agrega que el adjetivo “social” a continuación de cualquier sustantivo lo convierte en su antónimo (*ib.*: 114-119). Dejando de lado las buenas intenciones con

que muchas veces se han acuñado ciertas expresiones y las sanas tradiciones en las que aparecieron, piénsese en la expresión “justicia social” que, en el mejor de los casos, constituye un pleonasma mayúsculo puesto que la justicia no es vegetal, mineral ni animal y, en el peor, contradice la clásica definición de Ulpiano de “dar a cada uno lo suyo” para transformarse en sacar a unos lo que les pertenece para dar a otros lo que no les pertenece.

Uno de los continuadores más destacados del positivismo ha sido el profesor de física en la Universidad de Viena, Ernst Mach, especialmente a partir de su trabajo de 1893 titulado *La ciencia de la mecánica* que inspiró al Círculo de Viena y, más adelante, a autores como Burrhus P. Skinner a quien nos referiremos en el segundo apartado de este ensayo. El mencionado Círculo salió a la luz en 1929 con un manifiesto conocido como “Visión científica de mundo”, elaborado por su miembro más conspicuo, Rudolf Carnap, quien ya había publicado un año antes *Las estructuras lógicas del mundo*, junto a Moritz Schlick, Orto Neurath, Hans Hahn, Herbert Peigl y Friedrich Waismann, que dieron lugar a lo que bautizaron como “positivismo lógico”, basado en la idea de que en la ciencia nada está fuera de lo que perciben los sentidos y que los procedimientos científicos tienen significado si pueden verificarse empíricamente. El Círculo de Viena se disolvió en 1938 debido a la persecución de judíos por los sicarios nazis, pero la impronta continuó y se difundió y se fortaleció en grado creciente en los cinco continentes.

Karl R. Popper, en su *La lógica de la investigación científica* (1934/1977), y posteriormente en los tres tomos de su *Post Scriptum* a esa obra, de la que el segundo es el más relevante para lo que discutimos en este trabajo (1959/1982) y también los ensayos recopilados en su *Conjeturas y refutaciones*, con especial referencia a su primer ensayo titulado “Sobre las fuentes del conocimiento y la ignorancia” (1960/1972), mostró que nada en la ciencia es susceptible de verificarse sino sólo de corroborarse provisoriamente y sujeto a posibles refutaciones. Sostiene que, por un lado, esto se desprende del problema que presenta la inducción en cuanto a que de un caso particular no es lógicamente posible extrapolar a lo universal: no hay necesidad lógica por más numerosos que hayan sido los experimentos y, por otro, el estar abierto a refutaciones de teorías rivales permite el progreso en la ciencia y que los fundamentalismos, dogmatismos

y ortodoxias no ayudan a mentes abiertas dispuestas a incorporar nuevos conocimientos.

Este progreso, sustentado en el antes mencionado carácter de la provisionalidad, en nada suscribe la tesis del relativismo epistemológico ni el escepticismo. Muy por el contrario, Popper reitera que la misión de todo investigador y estudioso es la búsqueda permanente de la verdad que se va descubriendo en el referido proceso de conjeturas, corroboraciones y refutaciones y que la mente en su interacción con el cerebro es el instrumento idóneo para conocer. Por su lado, en *Cognocimiento objetivo*, en un artículo referido a su adhesión al realismo y especialmente en el titulado “Sobre nubes y relojes” respecto del que volveremos, Popper pone en contexto sus ideas referidas al tema que abordamos en el presente ensayo.

No es que coincidamos en todo con el análisis popperiano (lo cual no ocurre con ningún autor tomado *in totum*, incluso no sucede con lo que nosotros mismos escribimos después de transcurrido un tiempo puesto que, como bien ha apuntado Borges, no hay texto perfecto y, citando a Alfonso Reyes, escribió que debido a ese motivo “si no publicamos, nos pasaríamos la vida corrigiendo borradores”). Una divergencia estriba en el “criterio de demarcación” de Popper que, aunque ha puesto de manifiesto cambios en sucesivos trabajos, resulta insatisfactorio tal como lo señala Mariano Artigas (1979: cap. II) pero en todo caso las exploraciones de diversas perspectivas por parte de autores tales como Kuhn (1962/1986), Lakatos (1970/1972) e incluso Feyerabend (1975/1981) agregan avenidas fértiles a la filosofía de la ciencia y revelan otras facetas en un azaroso proceso de prueba y error en un contexto evolutivo que no tiene término en ningún plano de estudio.

En esta misma línea argumental, Morris Cohen destaca, por una parte, que “la afirmación de Carnap de que las proposiciones no-verificables carecen de significación no es verificable” y, por otra, que el sostener que una proposición no-verificable carece de significación “parece, ya desde un principio, una violenta *tour de force*”, por ejemplo, “la afirmación de que las proposiciones éticas carecen de significación forma parte de la errónea concepción positivista tradicional del método científico, al suponer que éste debe restringirse a los hechos de existencia real [física]” (1945/1975: 80, 79, 90).

Pero más importante aun resultan los cauces metodológicos abiertos por Ludwig von Mises (1949/1963: 11-69) y sus seguidos-

res como Kirzner, Rothbard, Lawrence White, Spadaro, Machlup y otros, aplicables a las ciencias de la acción humana que, entre otras cosas, despoja del complejo de inferioridad a las ciencias sociales en vista de los extraordinarios progresos de las ciencias naturales de los Copérnico-Kepler-Galileo-Newton-Plank-Lecomte du Noüy-Einstein-Bohr-Heisenberg-de Broglie-Prigogine- Hawking. Los progresos colosales en estas últimas ciencias no constituyen razón para extrapolar sus métodos al área donde hay acción humana y no meramente reacción.

En el campo de las ciencias naturales se recurre al método hipotético-deductivo, Mises y sus discípulos señalan que, en cambio, en las ciencias sociales, el método pertinente es el axiomático-deductivo lo cual afecta severamente las interpretaciones positivistas. Las plantas, las piedras y los animales no tienen propósito deliberado, no son racionales. En las ciencias naturales se intenta detectar regularidades: no hay aquí nada más que nexos causales “exteriores” al fenómeno observado, a determinada causa se sucede determinado efecto, a determinado estímulo se sucede cierta reacción.

Sin embargo, en las ciencias sociales, en el hombre, no sólo tienen lugar las relaciones causales físico-biológicas e influencias ambientales sino que se agrega la teleología: el hombre decide, opta y prefiere. El ser humano está sujeto a las leyes de la física pero, además y principalmente, sus decisiones introducen elementos que no están presentes en las plantas, los minerales y los animales no racionales. En ciencias naturales puede decirse que las variables y los datos están disponibles, sólo hace falta investigarlos; en la acción humana los datos y la información no se encuentran disponibles ya que depende del curso que decida la persona en cuestión. No están disponibles ni siquiera para el propio sujeto actuante, ya que puede conjeturar cómo procederá al día siguiente, pero como las circunstancias se modifican, cambia su rumbo respecto de lo que había anticipado.

La metodología de Mises —de la que Carl Menger dio los primeros pasos en el siglo XIX y que luego han adoptado sus continuadores, los miembros de la Escuela Austriaca— se basa en la introspección como forma de conocer las características de la acción humana y, por ende, parte de esa premisa o axioma del cual se deducen teoremas que no son tautológicos sino que expanden el conocimiento del mundo de

las ciencias sociales, tal como mencionaremos brevemente después de aludir a la objeción positivista a los juicios sintéticos *a priori*.

Gabriel Zanotti señala en detalle puntos de contacto y correlatos entre la filosofía tomista y las posturas miseanas en muy diversos planos (1990/2004). En este sentido se lee en la contratapa del libro lo que escribe monseñor Octavio N. Derisi, ex rector de la Universidad Católica Argentina: "El autor ha logrado demostrar que la praxeología de Mises, que no sólo es económica o teoría de mercado, puede ser fundamentada en un realismo intelectualista tomista". Respecto de Menger y la Escuela Austriaca en general, Ricardo Crespo, secretario académico de la Universidad Austral en Buenos Aires y quien prologa la obra de Zanotti, ha consignado en otro ensayo: "Se ha escrito y discutido mucho acerca de la influencia de la filosofía aristotélica en el pensamiento de Carl Menger. El tratamiento aristotélico de temas como las esencias, el valor, las necesidades y los bienes, sus ideas sobre la sociedad y algunos otros, justifican ampliamente dicha tesis" (2001: 3).

Según la usual clasificación, una proposición analítica es aquella en la que el predicado está contenido en el sujeto y una proposición sintética es aquella en la que el predicado no está contenido en el sujeto. El positivismo afirma que un juicio sintético *a priori* es una contradicción sin percibir que, además del sentido miseano de esta herramienta, precisamente, como ha explicado el propio Mises, la proposición de que no hay proposiciones sintéticas *a priori* es en sí misma una proposición sintética *a priori* ya que ésta no puede establecerse a través de la experimentación (por otra parte, el teorema de Godel no es aplicable a los *a priori* sintéticos y, según J. R. Lucas "El teorema de Godel se aplica a sistemas de determinismo físico", 1970: 130). Bruce Caldwell dice que la posición miseana:

no se ve para nada afectada por argumentos que se limitan a señalar que no hay tal cosa como una proposición que es simultáneamente verdadera y con significado empírico. Por supuesto que no hay tal cosa, siempre que se acepte la concepción analítico-sintética del positivismo. Pero Mises no sólo rechaza esa concepción sino que ofrece argumentos contra ella [...] Una crítica metodológica de un sistema (no importa cuán perverso pueda parecer tal sistema) basado enteramente en la concepción de su rival (no importa cuán familiar sea) no establece absolutamente nada (1981: 122 y 124).

La tradición de pensamiento austriaca parte del axioma de la acción humana de la que derivan teoremas inexorables de los cuales mencionaremos algunos. Es, desde luego, *a priori* de la experimentación sensible, no *a priori* de lo que podríamos denominar "experiencia mental" que constituye la base sobre la que parte la metodología de marras o, "evidencia intelectual" para tomar prestada una expresión de Mariano Artigas utilizada en el contexto del análisis filosófico (1984/1995: 45).

Esta metodología ha sido trabajada para la rama más estudiada de las ciencias sociales: la praxeología o teoría de la acción humana de la que se desprende la economía, no entendida con el primitivo criterio circunscrito a lo crematístico sino en su versión moderna que abarca todos los fines y medios de la conducta del hombre. En este sentido préstese especial atención en cuanto a que los teoremas que a continuación se detallan son del todo aplicables a las acciones referidas tanto a lo no material como a lo material. Economizar significa optar, elegir, seleccionar entre diversos medios para la consecución de específicos fines. Esto abarca toda la acción, tanto lo que se refiere a los bienes espirituales como a los materiales. No hay tal cosa como "fines económicos", la economía alude a un proceso de intercambio de valores sean de modo interpersonal o intrapersonal, lo cual está presente en toda acción humana. La incomprensión respecto del campo de la economía hace que, por ejemplo, aparezca a primera vista como impropio el análisis económico de la institución familiar y similares (Becker, 1991).

En primer término, tal como he resumido los teoremas en un libro (1996), la primera derivación necesaria de la acción humana es la *especulación*, que significa que el ser humano al actuar estima que pasará de una situación menos satisfactoria a una que le proporcione mayor satisfacción, cuyo contenido dependerá de la estructura axiológica del sujeto actuante. El que reza está especulando con la vida eterna, el que emprende un viaje está especulando con llegar a su destino, el que asalta un banco está especulando con el botín, el que vende verdura está especulando con obtener una ganancia monetaria, etcétera.

En segundo lugar, el *interés personal* que está presente en toda acción. El objetivo podrá ser la satisfacción de ver al prójimo en buen estado como consecuencia de una obra benéfica o podrá ser ruin como

el alegrarse con hacer daño a terceros. En este sentido no hay tal cosa como acciones desinteresadas puesto que naturalmente está en interés de quien actúa el procurarse los resultados buscados.

La *incertidumbre* es también un derivado de la acción humana ya que si hubiera conocimiento perfecto no habría necesidad de optar y preferir, es decir, el actuar implica deliberación, lo cual no sería necesario en un mundo de certezas.

La acción humana implica *jerarquía de valores*. Como no resulta posible hacer todo simultáneamente, deben establecerse prioridades que, dicho sea al pasar, están referidos a números ordinales (primero, segundo, etc.) y no son susceptibles de medirse los valores y referirlos a números cardinales ya sea en términos absolutos o en términos relativos (es incomprensible que se diga que el valor número tres refleja una intensidad de 4.678 o que es un 30% menos importante que el número dos). De allí es que debe advertirse sobre el abuso de las matemáticas y de la pretensión de medir valores en economía, en este sentido Wilhelm Ropke ha escrito:

Cuando uno trata de leer un *journal* de economía en estos días, frecuentemente uno se pregunta si uno no habrá tomado inadvertidamente un *journal* de química o hidráulica [...] Los asuntos cruciales en economía son tan matemáticamente abordables como una carta de amor o una tarjeta de Navidad. [...] Tras los agregados pseudo-mecánicos hay gente individual, con sus pensamientos, sentimientos y juicios de valor [...] No sorprende la cadena de derrotas humillantes que han sufrido las profecías econométricas. Lo que es sorprendente es la negativa de los derrotados a admitir la derrota y aprender una mayor modestia [...] Algunas personas aparentemente creen que la función principal de la economía es preparar el dominio de la sociedad por los "especialistas" en economía, estadística y planeamiento, esto es, una situación que describo como *economicracia* —una palabra horrible para una cosa horrible (1958/1960: 247, 248, 249, 250 y 149).

Del axioma de la acción humana se desprende la *causalidad* y la consiguiente regularidad. Sin la conjetura de nexos causales no habría posibilidad de acción: si no se presupone que ciertos resultados seguirán a ciertas conductas, no habría actos deliberados. Si arrojar por el balcón sin paracaídas puede conducir a la flotación del cuerpo o al canto de sirenas no sería posible prever el resultado de conducta alguna. En este contexto, es de interés destacar en conexión con lo

mencionado respecto de la inducción, que las acciones de las personas se basan consciente o inconscientemente en el método denominado *verstehen* o método de comprensión por el que extrapolamos los sucesos del pasado al futuro con base en un supuesto cálculo de probabilidades hasta tanto no se demuestre lo contrario, en cuyo caso sustituimos la conjetura empleada por una que resulte más fértil. Por ejemplo, cuando entramos a una confitería y solicitamos un café suponemos, con base en la experiencia, que quien sirve la mesa procederá en consecuencia y no nos abofeteará. Como hemos dicho, no es que de los sucesos individuales del pasado se pueda inferir lógicamente la misma ocurrencia, aplicamos *verstehen* para convivir con los fenómenos que nos rodean.

Otra implicación de la acción humana es la *multiplicidad de medios*. Esto significa que para que tenga lugar la acción deben haber por lo menos dos medios presentes, de lo contrario, si el medio fuera uno solo sería el fin o la meta y, por ende no habría acción. En este contexto debe tenerse muy presente que el tiempo es un medio omnipresente en la acción del hombre.

Vinculada a la implicación anterior, la *secuencia temporal* constituye otro teorema. La idea de tiempo está presente en la acción. Si se tuviera un deseo e *ipso facto* se obtiene la satisfacción no cabría la posibilidad de acción. Para que tenga lugar la acción debe mediar tiempo entre el deseo y la correspondiente satisfacción.

Otro teorema vinculado también al tiempo es la *preferencia temporal*, que significa que el sujeto actuante siempre preferirá el mismo bien en el presente que en el futuro, de lo contrario pospondría eternamente la acción, lo cual quiere decir que no actuaría.

La acción humana implica *imperfección* y, consecuentemente, estados de insatisfacción. Esta es la razón por la que se necesita la incorporación de valores espirituales y bienes materiales. El ser perfecto es acto puro y por tanto no está en potencia de nada puesto que lo posee todo.

Otro derivado de la acción humana es la *utilidad marginal decreciente*. La última unidad de lo que nos satisface, sean bienes del espíritu o para el cuerpo, es aplicada a los requerimientos de menor jerarquía o importancia. Por esa razón, a medida que aumenta la cuantía de bienes homogéneos disponibles la utilidad de la unidad marginal decrece.

El *libre albedrío*, que será considerado con detención en el próximo apartado de este escrito, es una derivación primordial de la acción humana puesto que si la libertad es una simple ilusión no habría actos humanos.

La *valorización subjetiva* es otra implicación de la acción humana ya que sin este juicio no hay comportamiento, lo cual nada tiene que ver con las condiciones objetivas del mundo, como bien explica Nicholas Rescher en una de sus obras (1997), ya que las opiniones y apreciaciones sobre el mundo que nos rodea no cambia sus características.

El *propósito deliberado* se desprende de la acción humana, ya que sin una meta a conseguir no hay acto humano propiamente dicho sino simplemente movimiento reflejo o condicionado.

La acción humana implica un *costo*. No hay acción humana sin costo. Como no es posible hacer todo al unísono se debe renunciar a un valor para obtener otro considerado de mayor urgencia. Si se decide leer debe dejarse de lado la prioridad que a continuación le sigue, por ejemplo, jugar al polo: esto quiere decir que el costo de oportunidad de leer es dejar de jugar al polo y así sucesivamente. Todo en la vida tiene un costo o, lo que es lo mismo, una renuncia, un sacrificio, un trabajo o un esfuerzo.

A su vez, se incurre en el referido costo al efecto de obtener un valor de mayor importancia respecto del que se renuncia, valor que se denomina *ingreso* que constituye otra implicación inexorable de la acción humana.

La diferencia entre el costo y el ingreso es la *ganancia* o la *pérdida* que son otras dos derivaciones de la acción humana, diferencias no en sentido monetario sino psicológico, las que, en definitiva, lo rigen todo. En este sentido, toda acción apunta a obtener una ganancia. Nadie actúa conjeturando que obtendrá una pérdida, es decir si estima que su sacrificio será mayor al valor de lo que apuntaba. Precisemos: cuando la Madre Teresa de Calcuta cuidaba a sus leproso es porque estaba en su interés personal proceder de esa manera (está en interés del sujeto actuante actuar como actúa) y en eso consiste su extraordinario mérito y su valor como persona y todas sus acciones y metas diarias apuntaban a que los medios aplicados sean más que compensados por los resultados obtenidos, de lo contrario se les morían sus enfermos. Es decir, evitaba las pérdidas. Sus desvelos, sacrificios

y esfuerzos asombrosos constituían sus alegrías al comprobar los resultados de su obra. Una tercera persona no puede dictaminar en qué consisten las ganancias y los costos de otros puesto que son de apreciación enteramente subjetiva.

Nadie tiene como objetivo el fracaso, es decir, la pérdida que reiteramos es de carácter subjetivo puesto que quien entrega su patrimonio a los pobres como costo, obtiene, a su juicio, el ingreso de comprobar, por ejemplo, la sonrisa del receptor y la “diferencia” psicológica entre uno y otro valor constituye la ganancia del benefactor, todo lo cual –todos los ingredientes mencionados– está presente en el homicida, en el comerciante y en toda acción posible. Incluso para el masoquista los dolores corporales son ganancias que surgen de relacionar los costos en que ha debido incurrir con lo que estima ha obtenido con tal proceder.

Lo anterior no quiere decir que en definitiva pueda evitarse la pérdida. *Ex ante* podemos conjeturar que con tal o cual acción obtendremos ventajas, pero como tendemos a equivocarnos más de lo que acertamos, *ex post* podemos percibir que lo que conjeturamos como una ganancia resultó en una pérdida y si la experiencia sirve de algo esto nos ayuda a corregir próximas acciones.

El *precio* es también un derivado de la acción humana que no es más que la *ratio* entre el costo y el ingreso. Toda acción implica un precio lo cual no significa que se trate necesariamente de precios monetarios. El precio expresado en términos monetarios corresponde al área de la economía que se refiere al mercado, que es sólo una parte de la economía, pero no excluye en modo alguno a la otra parte que hace referencia a la inmensa gama de acciones que nada tienen que ver con el mercado o la cataláctica.

Esta descripción sumaria y telegráfica de los teoremas derivados de la acción humana no pretende ser exhaustiva, pero tengamos en cuenta que están presentes en toda acción humana, independientemente del contenido y de las metas a las que apunte dicha acción. En esta esfera es impropio referirse a “variables” puesto que no hay constantes ni regularidades como ocurre en las ciencias naturales. Se trata del ser humano y de sus meditaciones, valores y decisiones que lo distinguen del resto de las especies conocidas.

Hemos tomado espacio para referirnos a la manera de abordar una de las ramas de las ciencias sociales, en este caso la economía,

al efecto de ilustrar que la ciencia no se circunscribe al experimento de laboratorio ni a la verificación empírica como pretenden los positivistas que todo lo reducen a lo físico-material. Al fin y al cabo, la ciencia consiste en un conjunto de conocimientos sistemáticamente ordenados que elabora y produce teorías que sirven para explicar el mundo, lo cual no se circunscribe a la metodología de las ciencias naturales, impropia para comprender el campo en el que el centro de estudio es el comportamiento humano.

Tal vez, en parte, el positivismo estuvo explicado —no justificado— debido a ciertos abusos de teólogos cuyos prestigios eran grandes como consecuencia de notables contribuciones de colegas en el campo del estudio, la enseñanza y la investigación. Por ejemplo, el lamentable episodio de Galileo por el que Juan Pablo II pidió uno de sus célebres perdones en nombre de la Iglesia. Mariano Artigas ha escrito: “El juicio de 1633 se basó en el desgraciado dictamen de los teólogos de 1616” y “El conflicto hizo sufrir a Galileo. Ha perjudicado a la Iglesia durante siglos” (1985: 28-29).

Si el ser humano estuviera constituido exclusivamente por kilos de protoplasma, el positivismo tendría razón en extender sus procedimientos y métodos de las ciencias naturales a las ciencias sociales puesto que en este último caso la diferenciación radicaría simplemente en una cuestión semántica ya que no habría acción humana sino actos reflejos y determinados por los nexos causales inherentes a la materia, más complejos quizás, sujetos a vaivenes probabilísticos, más intrincados tal vez, pero se diferenciaría como una cuestión de grado y no de naturaleza.

La física cuántica y la teoría del caos en nada cambian la antedicha diferenciación en cuanto al modo sustancialmente distinto de abordar las ciencias naturales respecto de las ciencias sociales, puesto que no hay libre albedrío en aquellos campos. En el mundo subatómico hay re-acción no acción ni propósito deliberado. La teoría de la indeterminación de Heisenberg, es explicada del siguiente modo por Gerald Holton y Stephen Bruch:

El principio de Heisenberg podría interpretarse como una simple restricción de nuestros conocimientos sobre el electrón teniendo en cuenta las limitaciones de los métodos experimentales existentes, sin rechazar, por ello, la creencia de que el electrón, realmente posee una posición y una cantidad de movi-

miento definidas. La expresión “principio de incertidumbre” sería entonces apropiada, pero teniendo en cuenta que el principio se aplica al conocimiento del observador y no la propia naturaleza (1984: 733).

El mismo Werner Heisenberg escribe:

Puede señalarse muy precisamente la posición [de una partícula atómica] pero entonces la influencia del instrumento de observación imposibilita hasta cierto grado el conocimiento de la velocidad. [...] El conocimiento incompleto de un sistema es parte esencial de toda formulación de la teoría cuántica (1955/1994: 33-34).

En otros términos, la falta de información y los obstáculos que crean los propios instrumentos de observación, por el momento no permiten conocer con la suficiente precisión. El premio Nobel en Física, Max Plank, se pronuncia en el mismo sentido al explicar: “El hecho de que no se cumpla la regla estadística en los casos particulares no es, pues, debido a que no se cumple la ley de causalidad, sino más bien a que nuestras observaciones no son suficientemente delicadas y exactas para poder aplicar directamente la ley de causalidad en cada caso” (1936/1947: 150). Louis de Broglie condensa magníficamente este problema:

a menudo bajo la influencia de ideas preconcebidas, extraídas de la doctrina positivista, han pensado que podían ir más lejos y afirmar el carácter incierto e incompleto del conocimiento que, sobre lo que sucede realmente en microfísica, nos proporciona la experimentación en su actual fase de desarrollo, es el resultado de una genuina indeterminación de los estados físicos y de su evolución. Semejante extrapolación no parece estar justificada en modo alguno. Es posible que, escrutando el futuro hasta un nivel más profundo de la realidad física, podamos interpretar las leyes de probabilidades y la física del *quantum* como los resultados estadísticos del desarrollo de valores completamente determinados de variables que actualmente permanecen ocultas para nosotros. Puede que los poderosos medios que empezamos a utilizar para romper la estructura del núcleo y hacer aparecer nuevas partículas, nos proporcionen algún día el conocimiento directo que hoy no poseemos de este nivel más profundo (1951: 6-7).

Por su lado, en la teoría del caos difundida por James Gleick en 1987, tampoco se pueden anticipar con precisión los acontecimientos debido a la no-linealidad que se aparta de la clásica noción newtonia-

na. También en este plano de la ciencia, daría la sensación de que no existe relación causal cuando en verdad, en lugar de producirse relaciones lineales (una causa produce un efecto), tienen lugar relaciones no-lineales (una causa arrastra en el proceso otras causas que, como un efecto en cadena, van generando muy diversos efectos los que, a su turno, generan otros resultados). El ejemplo clásico de relación no-lineal es el descrito por el meteorólogo del MIT, Edward Lorenz: el aleteo de una mariposa en Tokio puede desembocar en un huracán en Nueva York. El tema es en algo similar a lo que posibilita la evolución, al contrario de lo que sostenía Laplace (1819/1951) en el sentido de la previsibilidad de los fenómenos naturales: por el contrario, los procesos evolutivos tienen lugar debido a hechos imprevisibles, es decir, dado el antecedente no resulta posible anticipar el consecuente. De más está decir que esto no ocurre en una mente omnisciente, lo cual no es el caso del científico ni de ningún humano, por ello parte de lo escrito por Laplace (*ib.*: 4-5) resulta tautológico en el sentido de que una mente que todo lo conoce evidentemente todo lo conoce (incluyendo los cambios futuros). El punto central de este autor, que ha sido refutado, es que el mundo estaría determinado y clausurado a nuevas modificaciones.

Por último en este primer apartado, consignamos que el positivismo a que nos venimos refiriendo no abarca solamente el terreno epistemológico sino que repercute en muy diversos campos. Tal vez el impacto más deletéreo fuera de la metodología ya tratada en este breve estudio, es en el campo del derecho: salvo honrosas excepciones, en las facultades del ramo no egresan abogados sino más bien estudiantes de leyes que saben qué dice el código tal o la legislación cual y pueden recitar el párrafo y el inciso correspondiente, pero no tienen idea cuál es el fundamento de la norma ni los mojones, puntos de referencia o parámetros extramuros de la ley positiva, es decir, de legislación que se aparta de la noción de ley propiamente dicha. El positivismo legal estima que la norma positiva es fruto del diseño y la construcción y no de un proceso de descubrimiento, como lo han descrito grandes maestros del derecho, entre muchos otros Bruno Leoni, quien ha escrito:

De hecho la importancia creciente de la legislación en la mayor parte de los sistemas legales en el mundo contemporáneo es, posiblemente el aconteci-

miento más chocante de nuestra era [...] cada vez menos gente parece darse cuenta que, como el lenguaje y la moda que son el producto de la convergencia de actos y decisiones espontáneas por parte de un gran número de individuos, en teoría la ley también puede resultar de convergencias similares (1961/1972: 4, 5 y 9).

En este sentido, Fullner escribe: “si bien los contratos y los derechos de propiedad sirven para organizar las relaciones entre los ciudadanos, se piensa que esto sucede porque son reconocidos e implementados por ‘la ley’, esto es, por medio de normas impuestas desde arriba [...] Sin embargo,] ciertamente resulta claro que los contratos y la propiedad eran en gran medida instituciones sociales que funcionaban antes que existieran las leyes hechas por el Estado” (1981: 4-5). Leoni confirma: “Estamos tan acostumbrados a pensar en el sistema del derecho romano en términos del *corpus juris* de Justiniano, esto es, en términos de una ley escrita en un libro, que hemos perdido de vista cómo operaba el derecho romano [...] El derecho romano privado no estuvo al alcance del legislador durante la mayor parte de la larga historia de la república romana y durante buena parte del imperio” (*ib.*: 82-83).

Constituye un derivado del positivismo legal el vehemente rechazo al iusnaturalismo, tal como lo hemos descrito en un trabajo anterior (Benegas Lynch, 1992: cap. II) y su adhesión al utilitarismo clásico, corriente que ha sido oportunamente criticada por Robert Nozick (1974: 31 y ss.) especialmente en lo referido a la idea de “balances sociales”.

Resulta sorprendente que el positivismo ha contribuido también a que se acepte el uso inapropiado de terminología y simbolismos innecesarios e impropios al efecto de impresionar al lego con extrapolaciones ilegítimas de las ciencias naturales al campo de las ciencias sociales recurriendo a fórmulas intrincadas e improcedentes y conceptos tomados de la física cuántica, en lugar de recurrir a expresiones simples y directas propias del ámbito de la acción humana, lo cual suele incluir fraudes académicos de diversa magnitud en ensayos, libros e incluso tesis doctorales.

Este ha sido, por ejemplo, el sonado caso de Alan Socal y Jean Bricmont, que publicaron un trabajo en un conocido *journal* sometido a referatos y que luego declararon que se estaban burlando de

la comunidad académica con la utilización de terminología estrañaria y fuera de lugar y tesis absurdas como que la ley de gravedad era “una construcción social” y dislates de ese tenor (ya el título del ensayo anuncia una chanza grotesca que pasó inadvertida a los simuladores del mundo intelectual: “Transgredir las fronteras, hacia una hermenéutica transformadora de la gravedad cuántica”). Propusieron publicar su propia refutación en la misma revista académica que rechazó el nuevo trabajo “por carecer de altura académica” por lo que los autores decidieron publicar todo por separado en un libro en colaboración (1998/1999).

En el campo científico hay que estar precavidos frente a las imposturas. En la contratapa de la obra de Martin Gardner (1981/1988) el editor resume así las contundentes críticas del autor a las falsificaciones de una pretendida ciencia: “La proliferación de la pseudociencia es uno de los fenómenos más llamativos y a la vez más preocupantes de la actualidad; gracias a la libertad de expresión y a la revolución en los medios de comunicación, los gritos de los charlatanes se oyen en ocasiones con mayor fuerza y claridad que las voces de los científicos”.

II. LA PSIQUE Y EL LIBRE ALBEDRÍO

El materialismo filosófico considera que nada hay en el universo fuera de la materia, noción que se enfatiza con lo que Popper bautizó como “determinismo físico” para distinguirla del mero determinismo, el cual significa que todo lo que ocurre tiene una causa. Esta última idea tal vez hubiera resultado más clara y precisa si se la hubiera denominado simplemente “causación universal” al efecto de destacar que todo efecto es consecuencia de causas anteriores, que, como ha apuntado Henri Poincaré, “sin este postulado la ciencia no existiría” (Hazlitt, 1964: 270). Las personas estamos determinadas a ser humanos y estamos determinadas en toda nuestra estructura material pero nos distingue de los animales no-rationales la capacidad de evaluar, optar, preferir y elegir el curso de acción. Sin embargo, el determinismo físico enfatiza que las causas en cuestión son siempre de naturaleza física y no hay tal cosa como razones o motivos que tienen lugar en el ser humano y que dan lugar a la deliberación y a la libertad, situación a veces denominada “fatalismo” (Hospers, 1964/1979: 723).

Por su parte, el aludido materialismo filosófico se distingue de la idea puramente crematística referida a la obsesión por los bienes materiales sin dar espacio a los valores del espíritu. Si bien las expresiones *materialismo filosófico* y *determinismo físico* son frecuentemente utilizadas como sinónimos no siempre cubren el mismo territorio, razón por la cual el presente ensayo incluye ambas denominaciones en el título al efecto de no dejar al descubierto lagunas en lo que se refiere a los conceptos tratados en posturas que directa o indirectamente discuten la existencia del libre albedrío. En este contexto es pertinente reproducir un pensamiento de Max Plank:

se trataría de una degradación inconcebible que los seres humanos, incluyendo los casos más elevados de mentalidad y ética, fueran considerados como autómatas inanimados en las manos de una férrea ley de causalidad. [...] El papel que la fuerza desempeña en la naturaleza, como causa de movimiento, tiene su contrapartida, en la esfera mental, en el motivo como causa de la conducta [...] en el intercambio de motivos y conductas tenemos una cadena sin fin de acontecimientos que siguen uno a otro en la vida espiritual, y en esa cadena cada eslabón está ligado por una relación estrictamente causal no sólo con el eslabón precedente, sino también con el que le sigue [...] Se presentan circunstancias en las cuales los motivos aparecen completamente independientes, no originados por una influencia anterior, de modo que la conducta a la cual esos motivos llevan será el primer eslabón de una nueva cadena. [...] ¿qué conclusión podemos deducir respecto del libre albedrío? En medio de un mundo donde el principio de causalidad prevalece universalmente ¿qué espacio queda para la autonomía de la volición humana? Ésta es una cuestión muy importante, especialmente en la actualidad, debido a la difundida e injustificada tendencia a extender los dogmas del determinismo científico [determinismo físico] a la conducta humana, y así descargar la responsabilidad de los hombros del individuo (1937/1947: 120, 169, 173 y 174).

Los motivos o razones de la conducta humana para distinguirla de causas físicas se deben a intereses, curiosidades o incentivos que resultan en cada persona en su contacto con el mundo y sus reflexiones sobre el tema de que se trate. Dice Hospers que “no podríamos deliberar sobre lo que haremos si ya sabemos lo que haremos [...] no habría nada que deliberar sobre ello a menos que creamos que lo que vamos a hacer *sale de nosotros*” y más adelante concluye que “enunciando sólo los antecedentes causales, nunca podríamos dar una

condición suficiente; para dar cuenta de lo que hace una persona en sus actividades orientadas hacia fines hemos de conocer sus razones y *razones no son causas*" (1967/1976: 423 y 426). Tal vez esto pueda asimilarse en algún sentido con el proceso creativo: el "momento eureka" es consecuencia de la conexión consciente entre informaciones almacenadas en el archivo del subconsciente, resultado de hurgar en el tema de interés y colaterales que surgió en primer lugar debido a que al sujeto actuante le llamó la atención eso y no otra cosa en su decisión de seleccionar ciertos aspectos del mundo que lo circunda en el contexto de sus cavilaciones.

Algunos autores, como F. Copleston (1959/1985: 211) y J. R. Lucas (1970: 1) en la primera línea, destacan y se refieren a los tres puntos que Kant (1781/1981: 377) y la mayor parte de los filósofos de todos los tiempos consideran cruciales en la investigación filosófica: la existencia de Dios, la libertad y la inmortalidad, es decir, indagaciones acerca de nuestro origen, nuestro comportamiento y nuestro destino. En esta sección de nuestro trabajo nos vamos a concentrar en la segunda de estas cuestiones capitales.

El determinismo físico y el materialismo filosófico sostienen que la libertad constituye una ilusión, que no hay tal cosa como el libre albedrío puesto que el ser humano estaría determinado por los nexos causales inherentes a la materia y que, por ende, somos solamente kilos de protoplasma y que la psique, la mente, los estados de conciencia o el alma racional son inexistentes. Según esta vertiente, si bien con una complejidad mayor y sujetos a cadenas también complejas de probabilidades, seríamos en definitiva máquinas y haríamos las del loro. Estamos determinados, programados (y no simplemente influidos) por nuestra herencia genética y nuestro medio ambiente.

En contraste con esta aseveración, Nathaniel Branden sostiene una posición que comento en mi último libro (2008: 373 y ss.), quien opina:

El determinismo [físico] declara que aquello que el hombre hace, lo tenía que hacer, aquello en lo que cree, tenía que creerlo, si centra su atención en algo, lo tenía que hacer, si evita la concentración, lo tenía que hacer [...] no puede evitarlo. Pero si esto fuera cierto, ningún conocimiento —ningún conocimiento conceptual— resultaría posible para el hombre. Ninguna teoría podría reclamar mayor validez que otra, incluyendo la teoría del determinis-

mo [físico...] no pueden sostener que saben que su teoría es verdadera; sólo pueden declarar que se sienten imposibilitados de creer de otra manera [...] son incapaces de juzgar sus propios juicios. [...] Una mente que no es libre de verificar y validar sus conclusiones, una mente cuyo juicio no es libre, no tiene modo de distinguir lo lógico de lo ilógico [...] ni derecho a reclamar para sí conocimiento de ninguna especie. [...] Una máquina no razona, hace lo que el programa le indica. [...] Si se le introducen autocorrectores, hará lo que indiquen esos autocorrectores [...] nada de lo que allí surja puede asimilarse a la objetividad o a la verdad, incluso de que el hombre es una máquina (1969/1974: 435-437).

Más de cuatrocientos años antes de Cristo, Demócrito, el filósofo griego presocrático, basado en exposiciones de su maestro Leucipo, fue el primero en desarrollar con algún detenimiento la teoría del materialismo denominada "atomismo" en la que distinguía átomos más livianos para el alma de los más pesados para el cuerpo. El premio Nobel en Neurofisiología, John C. Eccles, refuta el materialismo y el determinismo físico sostenido por reduccionistas, conductistas o behavioristas que niegan los estados de conciencia o estados mentales y, por ende, niegan el dualismo interaccionista mente-cuerpo, lo cual es también negado hoy por muchos neurocientistas, estudiosos de la psicología y la psiquiatría, profesionales del derecho penal y de la economía a través de la llamada neuroeconomía.

Eccles escribe: "Cuanto más descubrimos científicamente sobre el cerebro, más claramente distinguimos entre los eventos del cerebro y el fenómeno mental, y más admirables nos resultan los fenómenos mentales" (1985a: 53), y en otro trabajo dice:

constituye un error pensar que el cerebro lo hace todo y que nuestras experiencias conscientes son simples reflejos de las actividades del cerebro, lo cual es una visión filosófica común. Si eso fuera así, nuestros estados de conciencia no serían más que espectadores pasivos de acontecimientos llevados a cabo por la maquinaria neuronal del cerebro. Nuestras creencias, que podemos realmente tomar decisiones y que tenemos algún control sobre nuestras acciones, no serían más que ilusiones (1985b: 90-2).

Los estudios de neurología de Eccles lo conducen a la siguiente conclusión: "La mente nos provee, como personas conscientes, de las líneas de comunicación desde y hacia el mundo material" (*ib.*: 93) y

que en nuestras “experiencias personales no aceptamos de modo servil todo lo que nos proporciona nuestro instrumento, la maquinaria neuronal de nuestro sistema sensorial y de nuestro cerebro. Seleccionamos de todo aquello que se nos brinda según sea nuestro interés y nuestra atención, y modificamos las acciones de la maquinaria neuronal, por ejemplo, para iniciar un movimiento o para recordar una memoria o para concentrar nuestra atención” (*ib.*: 93-4).

Explica Eccles que el manto del neocortex contiene aproximadamente 10 000 millones de células nerviosas (neuroblastos convertidos en neuronas) organizadas en forma de columnas de módulos cuya potencia de interconexiones es inconmensurable (nos invita a reflexionar sobre las enormes posibilidades de creación musical con sólo las 88 teclas del piano) y en este contexto afirma que “ha resultado imposible desarrollar una teoría del funcionamiento cerebral que pueda explicar cómo la diversidad de los eventos del cerebro se sintetizan de modo que exista una unidad de la experiencia conciente” (*ib.*: 100), como no sea que “Cada persona debe considerarse primeramente como un ser único conciente que interactúa con su medio ambiente —especialmente con otras personas— por medio de la maquinaria neuronal del cerebro [...] todas las explicaciones monistas-materialistas constituyen erradas simplificaciones” (*ib.*: 101).

En el epígrafe con el que abrimos este ensayo, Eccles sostiene que es imposible mantener un debate con alguien que dice que sus respuestas son actos reflejos (1985c: 161) y agrega: “digo enfáticamente que negar el libre albedrío no es un acto racional ni lógico. Esta negación presupone el libre albedrío debido a la deliberada elección de esa negación, lo cual es una contradicción, o es meramente una respuesta automática de un sistema nervioso desarrollado por códigos genéticos y moldeado por el condicionamiento” (*ib.*: 160-161) puesto que de este modo el “discurso se degrada en un ejercicio que no es más que el fruto del condicionamiento y el contracondicionamiento” (*loc. cit.*), en cambio, “el pensamiento modifica los patrones operativos de la actividad neuronal del cerebro” (*ib.*: 162).

En el proceso evolutivo desde los primates hasta el hombre que tuvo lugar en el transcurso de dos millones de años, el cerebro aumentó en tamaño de 500 a 1 400 gramos, pero el punto de inflexión consistió en la mente en paralelo al lenguaje. La aparición del ser humano no es entonces una cuestión de grado sino de naturaleza

respecto de otros seres y especies. Sin embargo, y sin perjuicio de los notables hallazgos y contribuciones de Darwin, sostuvo que “no hay diferencia esencial en las facultades del hombre y mamíferos superiores” (1871/1980: 71). En el siglo anterior, Bernard Mandeville desarrolló la noción de la evolución cultural, idea que Darwin adaptó a la evolución biológica. La primera noción alude al proceso de selección de normas, no de especies y, al contrario de la evolución biológica, en la evolución cultural, en una sociedad abierta, los más fuertes transmiten su fortaleza a los más débiles vía las tasas de capitalización, por ello resulta impropia la intrapolación de un campo al otro al hacer referencia al “darwinismo social”. Tal como puntualiza Lecomte du Noüy, a partir de cierta instancia resulta irrelevante la evolución física “era necesario que la evolución pudiera continuar en otro plano, en un plano esencialmente humano, el plano del espíritu” (1941/1949: 204). El biólogo Julian S. Huxley señala que “los impulsos que viajan al cerebro en los nervios son de una naturaleza eléctrica y difieren en las relaciones temporales como las frecuencias y su intensidad. Pero en el cerebro, estas diferencias puramente cuantitativas de patrones eléctricos se trasladan en cualidades, en sensaciones [de naturaleza] completamente diferente. La maravilla de la mente es que transmuta cantidad en cualidad. La propiedad de la mente es algo dado” (1953: 75).

El lenguaje sirve esencialmente para pensar. Noam Chomsky muestra que la evolución no trata de una idea lineal, es “inútil el intento de relacionar el lenguaje humano a la comunicación animal” y más adelante concluye: “Por ende, el asunto no es uno de más o menos, pero de un principio de organización enteramente diferente [...] la posesión del lenguaje humano está asociada con un tipo específico de organización mental, no simplemente de un grado más alto de inteligencia. No aparece sustancia alguna en la visión de que el lenguaje humano es simplemente una instancia más compleja de algo que se puede encontrar en otra parte en el mundo animal” (1968/1972: 69-70). Para hacer ejecutiva la mente se torna indispensable el lenguaje, una ilustración de este punto puede verse en el célebre caso de Hellen Keller, quien a raíz de una meningitis quedó ciega, sorda y muda y su admirable relación con Annie Sullivan en conexión al uso del lenguaje (Szasz, 1996: 3 y ss.). Oír es un proceso biológico, escuchar involucra lo epistemológico.

Chomsky –en consonancia con el ex materialista Hilary Putnam (1994: caps. I y IV)– destaca que no resulta posible para una computadora hacer lo que hace la mente:

No hay forma de que las computadoras complejas puedan manifestar propiedades tales como la capacidad de elección [...] Las cosas que la gente hace que realicen las computadoras son los aspectos mecánicos del comportamiento humano, como jugar al ajedrez. Jugar al ajedrez puede ser reducido a un mecanismo y cuando una computadora juega al ajedrez no lo hace del mismo modo que lo efectúa una persona; no desarrolla estrategias, no hace elecciones, simplemente recorre un proceso mecánico probando movimientos tentativos, utilizando su enorme memoria, e intenta explorar profundamente qué sucedería si hiciera este o aquel movimiento y luego calcula en un minuto promedio de alguna medida del programa, que automáticamente selecciona el movimiento; eso no tiene nada que ver con lo que hace una persona [...] Una computadora no entendería el lenguaje, del mismo modo que un aeroplano no puede volar como un águila. Comprender el lenguaje y el resto del discurso intencional del pensamiento, no es algo que pueda hacer una computadora (1993).

Por esta misma razón es que Popper dice: “una computadora no es más que un lápiz glorificado” (1969/1994: 109). El neurocirujano Wilder Penfield establece un correlato con la computadora pero en un sentido sustancialmente distinto: ilustra la idea con esa figura asimilándola al cerebro, siendo el operador o programador la mente (1975/1978: 60).

El premio Nobel en Medicina, Roger W. Sperry, afirma: “la conciencia está concebida para tener un rol directo en la determinación de las pautas en la excitación del cerebro. El fenómeno de la conciencia en este esquema está concebido para interactuar y en gran medida gobernar los aspectos físico-químicos y fisiológicos del proceso cerebral. Obviamente trabaja en el otro sentido también, y, por tanto, se trata de una interacción mutua que se concibe entre las propiedades fisiológicas y las mentales” (1969: 536). Sperry sostiene que en la actualidad la ciencia contradice los postulados del materialismo, en este sentido escribe: “Un concepto modificado de la experiencia subjetiva en relación con los mecanismos cerebrales y a la realidad externa ha surgido, lo cual significa una contradicción directa con

las tesis centrales del behaviorismo en este país y con la filosofía materialista” (1985: 296).

La doble vía en cuanto a las influencias recíprocas en las interacciones mente-cuerpo se observan a simple vista: una preocupación afecta la salud del cuerpo y un malestar en el cuerpo incide en la mente, algún dicho hace sonrojar la piel, un nerviosismo produce sequedad en la boca, etc. Autores como Aldus Huxley (1938: 258-259) y, contemporáneamente, Deepak Chopra (1988/1989) confirman el aserto con múltiples investigaciones y experiencias.

Descartes –según Bertrand Russell “usualmente considerado el fundador de la filosofía moderna, lo cual pienso es correcto” (1946/1993: 542)– fue el primero en desarrollar exhaustivamente el dualismo mente-cerebro, aunque como fenómenos paralelos en los que la interacción queda desdibujada y en los que la mente o el alma estaba físicamente localizada en la glándula pineal (1637 y 1641/1893). Con anterioridad, aunque no desde la perspectiva del desarrollo filosófico, sino desde el punto de vista médico, cinco siglos antes de Cristo, Hipócrates fue el primero en señalar la relación mente-cuerpo “en una única discusión [conocida] sobre el funcionamiento del cerebro y la naturaleza de la conciencia. Fue incluida en una conferencia dirigida a un grupo médico sobre la epilepsia [...] He aquí un extracto de lo que dijo [...]: ‘Para la conciencia el cerebro es el mensajero’ y nuevamente dijo: ‘El cerebro es el intérprete de la conciencia’ [...] En realidad, su discusión constituye el mejor tratado sobre la mente y el cerebro que apareció en la literatura médica hasta bien transcurrido el descubrimiento de la electricidad” (Penfield, 1975/1978: 7-8). Subraya el mismo autor que en la clásica fórmula de juramento médico de Hipócrates está presente un código moral (lo cual carecería de sentido en un mundo materialista), de este modo “reconocía lo moral y espiritual así como también lo físico y material” (*ib.*: 7). Penfield resume sus estudios y su larga experiencia como neurocirujano de esta manera: “La función de la materia gris es la de llevar a cabo la acción neuronal que se corresponde con las acciones de la mente” (*ib.*: 63). Dicho sea al pasar, este autor reconstruyó en una investigación novelada la vida y obra de Hipócrates –el “padre de la medicina”– uno de los pocos libros biográficos que existen en la materia (1960).

Thomas Szasz con razón argumenta que constituye un despropósito aludir a la “enfermedad mental” puesto que desde el punto de vista

de la patología una enfermedad se traduce en una lesión orgánica que afecta células y tejidos, lo cual no puede ocurrir con la mente del mismo modo que no hay enfermedad de las ideas o las conductas a diferencia de lo que sucede en la escarlatina, la viruela o el cáncer (1974). En este mismo sentido, es de interés consultar la obra de Samenow sobre lo incorrecto de etiquetar como "enfermedad" a las acciones delictivas al efecto de pretender que se sortee la responsabilidad y obtener la inimputabilidad y mucho menos atribuir las situaciones de pobreza (1984) como si *todos* nuestros ancestros no provinieran de situaciones de extrema miseria sin que por ello se derive que hayan sido criminales.

Según Fromm, para la mayoría de los psiquiatras constituye un estigma el no ajustarse a los demás, sin percatarse del despojo del yo de los que se afanan por ser ajustados (1941/1993: 143). Asimismo, Szasz argumenta que al tratar con drogas a las conductas consideradas desviadas de la media se confunden los problemas químicos en el cerebro y en los neurotransmisores con proyectos de vida que no concuerdan con los de terceros y se lamenta del abuso de la neurociencia al pretender la corrección de comportamientos con fármacos cuando parte de la premisa que la conducta "está biológicamente determinada" (1996: 94). En esa línea, Szasz cita como uno de los tantos ejemplos a Michael Merzenich, miembro del Keck Center for Integrated Neuroscience de la Universidad de California en San Francisco, quien escribió lo siguiente: "Nosotros operamos con base en el principio de que las leyes de la psicología que gobiernan el comportamiento son leyes del cerebro que operan con base en la filosofía materialista" (*ibidem*). En este mismo sentido Szasz insiste en demostrar: "El cerebro es un órgano corporal y parte del discurso médico. La mente es un atributo personal y parte del discurso moral" (*ib.*: 92), sin embargo, destaca que en sendos artículos en *Newsweek* (febrero 7 y mayo 30 de 1994) y uno en *Time* (julio 17 de 1995) se anuncia la incongruente idea de que en el futuro mapeos realizados con máquinas sofisticadas podrán leer los pensamientos y sentimientos (y no sólo constatar las distintas áreas estimuladas a raíz de diferentes procesos) en cuyo contexto equivocadamente "se usan los términos mente y cerebro como se utiliza doce y una docena" (*ib.*: 93).

Y esto no es cuestión de esperar el avance de la ciencia. Se trata de imposibilidades, del mismo modo que no es cuestión de esperar

al avance de la ciencia para que la parte sea mayor que el todo o que se pueda concluir que falta velocidad para que el corredor alcance su propia sombra. Se trata de que el hombre dejaría de ser humano si no fueran posibles las proposiciones verdaderas o las proposiciones falsas y, por ende, la distinción entre cuerpo y psique o mente con funciones y facultades diferentes. Hayek reflexiona sobre el tema del siguiente modo: "todos los procesos individuales de la mente se mantendrán para siempre como fenómenos de una clase especial [...] nunca seremos capaces de explicarlos enteramente en términos de las leyes físicas" (1952/1976: 191).

Como ha dicho Karl R. Popper, el determinismo físico se refuta a sí mismo, en este sentido cita a Epicuro, quien escribió: "Quien diga que todas las cosas ocurren por necesidad no puede criticar al que diga que no todas las cosas ocurren por necesidad, ya que ha de admitir que la afirmación también ocurre por necesidad" (1977/1980: 85) y agrega Popper: "si nuestras opiniones son resultado distinto del libre juicio de la razón o de la estimación de las razones y de los pros y contras, entonces nuestras opiniones no merecen ser tenidas en cuenta. Así pues, un argumento que lleva a la conclusión de que nuestras opiniones no son algo a lo que llegamos nosotros por nuestra cuenta, se destruye a sí mismo" (*ib.*: 85-86).

Szasz señala que, a veces, en el lenguaje coloquial se recurre a expresiones equívocas como la de *brainstorming* y *brainwashing* cuando en verdad se hace referencia a la mente y no al cerebro (1996: 92). Por nuestra parte, agregamos la errónea expresión de "deficiente mental" cuando en realidad se trata de *deficiencia cerebral* puesto que, como queda dicho, la mente no puede sufrir lesiones orgánicas: la mente está intacta (puede o no estar operativa si tiene o no tiene acceso al lenguaje), el problema es la interacción con el mundo debido a lesiones en el cerebro. En este contexto es oportuno mencionar las experiencias bajo control médico con personas declaradas clínicamente muertas y que finalmente han podido sobrevivir, lo cual revela la capacidad de la mente de recibir información del mundo aunque no pueda retribuir la comunicación debido, precisamente, a las antedichas lesiones cerebrales (Moody, 1975/1978).

Un fenómeno similar suele ocurrir con el uso de la expresión "inteligencia", que si bien se le atribuyen connotaciones diversas, si se quiere indicar el proceso de *inter legum*, esto es leer adentro, captar

esencias, naturalezas y la interrelación de éstas, resulta inadecuada su aplicación a lo no-humano. George Gilder asevera: “En la ciencia de la computación persiste la idea de que la mente es materia. En la agenda de la inteligencia artificial esta idea ha comprometido una generación de científicos de la computación en torno a la forma más primitiva de superstición materialista” (1989: 371), y así resume: “La historia intelectual apuntó a una agenda de autodestrucción, mejor conocida como materialismo determinista” (*ib.*: 374).

Respecto al libre albedrío y a la relevancia de la psique, como ha escrito Lucas, no es posible tomar “al determinismo seriamente [...] sólo un agente libre puede ser racional. El razonamiento, y por tanto la verdad, presupone la libertad tanto como la deliberación y la elección moral” (1970: 115), en esta materia Thorp ilustra la idea con la diferencia abismal que existe entre “una decisión y un estornudo” (1980/1985: 138), Michael Polanyi dice que entre algunos “biólogos hoy se da por sentado que las manifestaciones de vida pueden ser explicadas en último análisis por las leyes que gobiernan la materia inanimada. Sin embargo, este supuesto constituye un disparate manifiesto” (1956: 6) y Chesterton con su pluma irónica nos dice que si el materialismo fuera correcto ni siquiera tendría sentido agradecer a nuestro compañero de mesa cuando nos alcanza la mostaza ya que estaría compelido a hacerlo (1936/2003: 206).

Naturalmente si se es materialista, en el derecho penal se sostiene que no debe castigarse al delincuente puesto que no es responsable de lo que hace. El homicidio en el seno materno llamado “aborto” también está relacionado con el materialismo al considerar al ser humano como un trozo de carne. También en economía ha adquirido peso el determinismo físico, curiosamente en teoría de la decisión, inherente a la mencionada neuroeconomía y la economía behaviorista —principalmente lideradas por Ariel Rubinstein y Daniel Kahneman— pero que, en la práctica, por las razones antes apuntadas, demuelen la posibilidad de decisión.

Como bien ha escrito C. E. M. Joad, resulta en verdad paradójico que los especialistas en la mente o la psique (alma en griego) y muchos de los profesionales de las ciencias sociales sean los principales detractores del libre albedrío, mientras que los encargados de trabajar con la materia: los físicos, biólogos y similares resulta que tienen una mejor predisposición a comprender lo no-material (1936: 529).

Tal vez sea esto el resultado de un abordaje más filosófico sobre la materia por parte de los físicos modernos, que a diferencia de la física clásica, hoy la teoría de la relatividad, la mecánica cuántica y la teoría de los campos muestran la equivalencia entre masa y energía. En todo caso, resulta llamativa la retirada de lo propiamente humano por parte de muchos de los profesionales de las ciencias de la acción humana.

Skinner declara: “yo cuestiono la posibilidad de la libre elección”, lo demás son “fantasmas de las teorías mentalistas” (1974/1994: 27), tesis también desarrollada en su otra obra más conocida (1972), la cual analiza y critica en detalle Tibor R. Machan (1974). Ryle niega la existencia de la mente con su peyorativo *dictum* “the ghost in the machine” (1949: 11). Por su parte, Freud enfatiza que es “una ilusión tal cosa como la libertad psíquica [...] Ya otra vez le dije que usted cultiva una fe profunda en que los sucesos psíquicos son indeterminados y en el libre albedrío, pero esto no es científico y debe ceder a la demanda del determinismo cuyas leyes gobiernan la vida de la mente” (1917/1953-74: 106). Lo mismo sostiene Edward O. Wilson, por eso concluye que “la única salida es estudiar la naturaleza humana como parte de las ciencias naturales” (1978: 6).

Isaiah Berlin apunta: “Nos escapamos a los dilemas morales negando su realidad [...], reducimos la historia a una especie de física y condenamos a Genghis Khan o Hitler de la misma manera que condenaríamos a la galaxia o a los rayos gamma” (1953/1988: 147-148). Von Mises enfatiza: “Para un materialista consistente no es posible distinguir entre acción deliberada y la vida meramente vegetativa como las plantas [...] Para una doctrina que afirma que los pensamientos tienen la misma relación con el cerebro que la bilis con el hígado, no es posible distinguir entre ideas verdaderas y falsas igual que entre bilis verdadero y falso” (1962: 30). Sin duda, puesto que si se tratara de un asunto meramente físico, no hay tal cosa como presión arterial verdadera o falsa, simplemente es. Para hablar de verdad o falsedad tiene que aceptarse la idea de un juicio que necesariamente debe ser extra material, fuera de los nexos causales inherentes a la materia. Rothbard nos explica: “si nuestras ideas están determinadas, entonces no tenemos manera de revisar libremente nuestros juicios y aprender la verdad, se trate de la verdad del determinismo o de cualquier otra cosa” (1960: 162) y Nicholas Rescher elabora sobre

la estrecha interrelación, en ambas direcciones, entre la mente y el cerebro (2008: cap. 8).

No hay tal cosa como el azar, hasta “los juegos de azar” son el resultado de causas específicas, pero distinto es atribuir todo a lo físico de tal manera que, como ha dicho Popper, un físico ignorante en temas musicales, analizando el cuerpo de Mozart, podría componer la música que ese autor compuso e incluso componer obras que Mozart nunca imaginó siempre que haga oportunas modificaciones en la estructura molecular de su cuerpo (1965/1974: 208).

Como ha manifestado Rescher, no se trata de forzar consensos (1993), se trata de abrir debates puesto que, como escribió Wittgenstein: “Un filósofo que no participa en discusiones, es como un boxeador que no se sube al cuadrilátero” (1970[191151]/1980: 87), pero esto no es óbice para argumentar según se entienda el problema hasta tanto el punto no sea refutado por una teoría rival que resulte más fértil, sobre todo cuando aparece como la condición necesaria y suficiente para que el debate tenga sentido. Juan José Sanguinetti pone de relieve que el ámbito del debate debe ser de libertad, puesto que:

se puede observar también una seria confusión entre dos ámbitos no exactamente equiparables: la teoría de la ciencia y la teoría política. Quizá esa confusión se daba algo en Platón, Hegel y Marx, pero sobre todo en este último. Llegar personalmente al conocimiento de la verdad es una cuestión gnoseológica, mientras que respetar la libertad ajena no es ya un problema no ético, sino moral y político, o también jurídico, porque tiene que ver con el respeto de los derechos (1988: 115).

El autoconocimiento de la identidad tiene lugar en el ser humano como una unidad continua en el tiempo (D. H. Lewis, 1985: 74), a pesar de las modificaciones operadas diariamente en el cuerpo, lo cual es debido a la presencia constante de la mente, la conciencia, la psique o el alma que integra la identidad a través de la memoria.

Según Lecomte du Noüy la civilización depende de la “explicación sobre la relación entre la materia y el espíritu, en la distinción entre el rol del animal, prisionero de sus instintos y el hombre libre en una evolución natural” (1947: 256), de lo contrario, en un proceso de involución, corremos el riesgo de convertirnos en “el mono vestido” según el título del libro de Duncan Williams (1971/1975).

ESTUDIO INTRODUCTORIO SOBRE
LA VIOLACIÓN DE DERECHOS
FUNDAMENTALES EN LAS LEYES
MEXICANAS DEL 20 DE DICIEMBRE
DE 1827 Y DEL 19 DE MARZO DE 1829,
REFERENTES A LA EXPULSIÓN
DE ESPAÑOLES DE LOS ESTADOS
UNIDOS MEXICANOS

Eber BETANZOS

SUMARIO: I. *Comentario introductor.* II. *Posicionamiento de los derechos fundamentales en los primeros años del México independiente (1821-1831).* III. *Análisis de las limitaciones de los derechos humanos contra los españoles, a la luz de la Constitución de 1824.* IV. *Conclusiones o de las inconsistencias legales de los decretos de expulsión.*

I. COMENTARIO INTRODUCTOR

La historia no es un mapa cronológico en el cual se encasille la actividad humana. El hombre concibe y construye su acción cultural alrededor de un sistema ordenado con base en reglas determinadas, dentro de las cuales es fundamental el lenguaje. Ante él, es necesario el análisis del discurso como instrumento teórico-metodológico para la comprensión del funcionamiento de lo cultural, lo social, lo ideológico y el poder en las interacciones comunicativas. Con ello se afirma el carácter práctico de su análisis, que con sus herramientas se adentra, para mostrarlo, en una variedad de facetas.

El objetivo del presente trabajo es plantear un estudio introductorio de las inconsistencias legales que derivaron en violaciones a los derechos fundamentales de españoles, a partir de la inconstitucionalidad de las leyes del 20 de diciembre de 1827 y del 19 de marzo de 1829 referentes a la expulsión de los españoles del territorio mexicano, considerando que dichas medidas atentaban directamente a lo acordado como declaración unilateral de voluntad por el México Independiente, sobre las garantías de religión, unión e independencia, a la luz de los Tratados de Córdoba y la Constitución de 1824 y su asunción en la programática constitucional de 1824. Nuestro análisis, en este sentido, pretende contribuir a proporcionar elementos para un razonamiento argumentativo más extenso y, por tanto, con mejores elementos de conocimiento.

Para tal efecto el estudio se dividió en tres apartados: contextualización, análisis de las limitaciones de los derechos humanos contra los españoles, en el marco de la Constitución de 1824, y una parte de conclusiones, mismos que se fueron madurando y reformulando progresivamente conforme avanzaba la investigación. En la parte de contextualización se ha plasmado un posicionamiento sobre los derechos fundamentales en los primeros años del México independiente, con alusión a su contexto histórico y al planteamiento de un breve panorama sobre los derechos fundamentales en esta época. En la parte de análisis se estudia las limitaciones que existían durante la parte final de la Colonia y el surgimiento de la nueva nación independiente en contra de los españoles, haciendo un recuento del derecho indiano,¹ la Constitución de Cádiz de 1812, los Elementos Constitucionales de Ignacio López Rayón, la Constitución de Apatzingán de 1814, el Plan de Iguala, los Tratados de Córdoba, la Constitución de 1824 y los decretos de expulsión de 1827 y 1829. En la última parte, de conclusiones, se presenta un recuento analítico de la temática anunciada, que tiene como meta condensar las posturas acerca de los elementos que hemos analizado sobre esta problemática y lo que suponen en su incidencia en la sociedad mexicana, en razón de la expulsión de españoles de México.

¹ Cabe considerar que todavía en 1838 había una circular del Ministerio del Interior manifestando que seguían vigentes las disposiciones de la época de la Colonia que no fueran contrarias a la legislación española. José Luis Soberanes Fernández, *Historia del derecho mexicano*, Porrúa, México, 1995, p. 97.

Esta situación cimbró profundamente los cimientos nacionales pues significó violentar derechos fundamentales de españoles asentados en México, a quienes se les había asegurado igualdad ante los mexicanos en virtud de la garantía de Unión postulada en los Tratados de Córdoba y el Plan de Iguala, pero que en virtud de la situación política nacional, la influencia de las logias masónicas, los intentos de reconquista españoles, la prensa y las opiniones de los factores reales de poder de la sociedad mexicana motivaron su expulsión. Los costos fueron muy desafortunados jurídica, política y económicamente. El país no volvió a ser el mismo.

La valoración sobre la expulsión de los españoles, con el paso del tiempo, adquirió en la conciencia nacional su verdadera dimensión, tanto en la opinión pública como también en la de los personajes ilustrados y los políticos.

Es conveniente señalar que al tratarse de un estudio introductorio quedan pendientes aspectos por desarrollarse y que puedan contribuir a otorgar una mayor certeza en la valoración histórica jurídica de este acontecimiento, especialmente en el tema de la fragmentación de la seguridad esencial de los derechos humanos, que no distingue reconocimiento legal, nacionalidad, criterio ideológico o religioso, sino que deriva de la propia dignidad universal de la persona humana y que, en este acontecimiento, fue ampliamente vulnerada.

II. POSICIONAMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LOS PRIMEROS AÑOS DEL MÉXICO INDEPENDIENTE (1821-1831)

En 1821 el movimiento de independencia iniciado once años antes logró finalmente su objetivo, curiosamente cuando la lucha insurgente había pasado a una guerra de guerrillas. No fueron los derechos del pueblo oprimido los que prevalecieron en aquella consumación, si bien ellos forjaron su lucha, sino los intereses de los personajes influyentes en las circunstancias de la época los que fraguaron la consumación de la independencia y motivaron la firma del Plan de Iguala y los Tratados de Córdoba.

La nación se encontró de la nada, en la antesala de conformar un país bajo sus propias reglas y llevar a su orden jurídico la preocupación originaria de los derechos fundamentales, si bien fue plasmándose de

manera paulatina en la legislación del México independiente hasta nuestros días. Ello ocurrió primero a través de la consagración progresiva en los textos constitucionales de derechos humanos y, posteriormente, a través de la conformación de un catálogo particular de ellos y la introducción de mecanismos protectorios como el juicio de amparo.

Después, con la sofisticación de su regulación se implantaron mecanismos adicionales para la protección de los derechos humanos, como lo es la actual facultad de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para analizar graves violaciones a las garantías individuales.² Este esquema fue complementado con la creación, en las postrimerías del siglo XXI, de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, como órgano constitucional autónomo protector de los derechos humanos, tanto a instancia local como federal.

En relación con esta temática cabe señalar que, en términos generales, consideramos que los derechos humanos son las exigencias que brotan de la propia condición natural de un ser humano, de su humanidad, y que, por ende, en clamor de su dignidad, reclaman reconocimiento, tutela y promoción por parte de los otros individuos y la sociedad organizada en todas sus variantes. Si bien no requieren de declaración oficial para ser tales —puesto que siempre son derechos humanos al derivar de su propia esencia— sí es una obligación para el Estado reconocerlos.

Los derechos humanos emanan de la misma condición de hombre y por tanto abarcan a toda persona por el hecho de ser tal; de ahí que reclamen su absoluta garantía por parte del Estado, ya que el fin prioritario de una sociedad civil es la protección de sus miembros a través de la búsqueda del bien común; es decir por los bienes particulares y sociales en comunicación.

El fundamento de los derechos humanos se encuentra en la naturaleza humana ya que únicamente ella está dotada de razón. Cabe afirmar que es la persona la que actúa y la que asume los deberes correlativos y enlazados inseparablemente a los derechos humanos,

² La cual se ha ejercido históricamente únicamente en cinco casos: las matanzas de León, Guanajuato; Aguas Blancas, Guerrero; las presuntas violaciones a garantías individuales cometidas en contra de la periodista Lydia Cacho por el gobernador del estado de Puebla; el desalojo de los pobladores de San Miguel Atenco, Estado de México por los gobiernos local y federal y el desalojo de los integrantes de la Asamblea Popular de los Pueblos de Oaxaca de la ciudad de Oaxaca de Juárez por parte de la Policía Federal Preventiva.

no la naturaleza humana que no puede ser sujeto de derecho. De esta manera los derechos humanos estarán implícitos en él y el orden jurídico únicamente sancionará su afectación, en aras de garantizar su derecho. Los derechos humanos son tales por el carácter moral de la dignidad humana, siendo accidental el reconocimiento jurídico para su concepto.

Si bien existe este reconocimiento estatal. El tema de los derechos humanos no deja de ser una problemática de seres humanos en relación. Explica el doctor Luciano Barp que ante el encuentro de dos hombres surge el cuestionamiento ¿qué te debo? A esta pregunta nunca se puede contestar “no te debo nada”. Ante la posición “¿qué te debo?” siempre se debe contestar “te debo todo”, es decir “te debo todo lo que eres”. Un ser humano ante otro debe ajustar su conducta con la otra persona como un humano, no como si fuera un ser irracional o un objeto material, sino por lo que es, en toda su humanidad que deriva de que es un ente corpóreo dotado de razón, voluntad y autodeterminación.

En cuanto a su origen los derechos humanos en México, como conformación legislativa, se nutren principalmente de una doble fuente ideológica: Francia, a través de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y Estados Unidos, mediante su Constitución de 1789 y las enmiendas efectuadas en 1791.

Aunado a la influencia francesa y norteamericana, algunas figuras del derecho español fueron incorporadas al naciente orden jurídico mexicano y revestidas en las nuevas formas del movimiento codificador, a través del naciente constitucionalismo. En este tenor llama la atención que el orden jurídico mexicano no haya seguido fielmente el camino sembrado por la Constitución de Cádiz de 1812 y haya acudido preferentemente a otros modelos.

Es así, en esta línea histórica, que hasta mediados del siglo XIX se estableció en nuestra Norma Suprema un catálogo de derechos humanos tutelados y un medio idóneo para su protección, como es el amparo.

La primera Constitución que rigió en nuestro país, si bien de manera efímera y aun formando parte de España, fue la Constitución de Cádiz de 1812.³ Este documento es omiso en hacer un reconocimiento expreso a los derechos humanos de todos los individuos, lo que no

³ Felipe Tena Ramírez, *Leyes fundamentales de México*, op. cit.

implica que en su cuerpo normativo no se haga el reconocimiento a derechos en concreto, especialmente de carácter penal.

Cabe comentar que la Constitución de Cádiz cobra trascendencia por los principios que en ella se establecen y que modificaron la estructura jurídica y administrativa del reino español. En este sentido tiene una disposición general en cuando a derechos fundamentales para los españoles.⁴ En su artículo 4 señala:

La Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos⁵ de todos los individuos que la componen.

Si bien se contempla como españoles a los habitantes del Continente Americano (Artículo 5 de la Constitución Política de la Monarquía Española de 1812). El Decreto XXXI de 9 de febrero de 1811, en dónde se declaran “algunos de los derechos de los americanos”: “perfecta igualdad” en el modo y forma de la representación en las Cortes nacionales y los derechos de libertad de cultivo, industria, arte, empleos, no establece una igualdad total entre los habitantes nacidos en América y en España, sino un régimen diferenciado para unos y otros españoles en cuanto a su representación política.⁶ Es de esta forma el tema de las garantías políticas el más diferenciado.

Como se aprecia, si bien el texto gaditano era aplicable para todos los españoles ello no significa una igualdad absoluta. Aunque en la posición de los diputados constituyentes del Congreso Gaditano, Argüelles y Bravo, no se hizo una declaración expresa de igualdad por no ser un derecho, “sino un modo de gozar los derechos”.⁷

⁴ Artículo 5 de la Constitución de Cádiz de 1812. Son españoles: Primero. Todos los hombres libres nacidos y avecindados en los dominios de las Españas, y los hijos de éstos. Segundo. Los extranjeros que hayan obtenido de las Cortes carta de naturaleza. Tercero. Los que sin ella lleven diez años de vecindad, ganada según la ley en cualquier pueblo de la Monarquía. Cuarto. Los libertos desde que adquieran la libertad en las Españas.

⁵ El artículo 52 del Proyecto de Código Civil Español de 1821 declarará como derechos legítimos todos aquellos que dimanen de autorización de la ley.

⁶ Joaquín, Brage Camazano, *Los límites a los derechos fundamentales en los inicios del constitucionalismo mundial y en el constitucionalismo histórico español. Estudio preliminar de la cuestión en el pensamiento de Hobbes, Locke y Blackstone*, UNAM-III, 2005, p. 106.

⁷ Joaquín, Brage Camazano, *Los límites a los derechos fundamentales en los inicios del constitucionalismo mundial y en el constitucionalismo histórico español. Estudio preliminar de la cuestión en el pensamiento de Hobbes, Locke y Blackstone*, UNAM-III, 2005, p. 100.

Además, en su artículo 172, establece la prohibición para el Rey de tomar la propiedad de un particular o corporación, ni turbarle en la posesión, uso y aprovechamiento de ella. Ello sólo podrá ocurrir por causa de utilidad común y siendo al mismo tiempo indemnizado. Tampoco el Rey podía, con base en este mismo fundamento legal, privar a ningún individuo de su libertad, ni imponerle por sí pena alguna.

En el capítulo V de esta Norma Suprema se establecen seguridades para el desarrollo de las causas judiciales. Finalmente, en su artículo 371 marca textualmente:

Todos los españoles tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna, anterior a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidad que establezcan las leyes.

Este sistema de declaración de derechos humanos en lo particular, sin hacer una manifestación formal de los mismos fue seguida por la Constitución de Apatzingán de 1814,⁸ misma que tuvo una vigencia regional. Este documento, dividido en su estructura en dos partes: principios o elementos constitucionales y forma de gobierno, señala en el capítulo V de la primera parte, titulado “De la igualdad, seguridad y propiedad de los ciudadanos”, artículo 24:

La felicidad del pueblo y de cada uno de los ciudadanos consiste en el goce de la igualdad, seguridad, propiedad y libertad. La íntegra conservación de estos derechos es el objeto de la institución de los gobiernos, y el único fin de las asociaciones políticas.

En este sentido programático establece la igualdad de todos ante la ley (artículo 19); que sólo las leyes pueden determinar los casos en que debe ser acusado, preso o detenido un ciudadano (artículo 21); que ningún ciudadano podrá obtener más ventajas que las que haya merecido por servicios hechos al estado (artículo 25); que la ley fijará los límites de los poderes, la responsabilidad de los funcionarios públicos, así como la facultad para reclamar sus derechos (artículo

⁸ Véase Felipe Tena Ramírez, *Leyes fundamentales de México, op. cit.*

los 27 y 37). También establece garantías de debido proceso (artículos 28, 29); garantías penales (artículos 30, 31, 32, 33 y 166); propiedad privada (artículos 34, 35 y 72); en materia impositiva (artículo 36); libertad de profesión (artículo 38); necesidad de la instrucción pública (artículos 9 y 39) y de garantizar la libertad de prensa y manifestación de ideas, si bien limitada a que no ataque al dogma, turbe la tranquilidad pública, u ofenda el honor de los ciudadanos (artículo 40).

Es importante hacer el señalamiento de que los principios garantistas contenidos en la Constitución de Apatzingán obedecían al ideal morelense planteado en los *Sentimientos de la Nación* de moderar la opulencia y procurar la igualdad, premisas fundamentales en la lucha social que impulsaba Morelos como motivo de la lucha insurgente.

Esta línea de regulación en materia de derechos fundamentales fue repetida por la primera Constitución del México independiente, ya de aplicación general en toda la nueva nación: la Constitución Federalista de 1824.

Es importante hacer la referencia que el segundo congreso constituyente mexicano,⁹ mismo que comenzó actividades en noviembre de 1823, se basó para la redacción de la nueva constitución, en el Acta Constitutiva de la Federación Mexicana,¹⁰ aprobada en enero de 1824, que en su artículo 30 estableció como postulado proteger con “leyes sabias y justas” los derechos del hombre y del ciudadano.

En este plano permite la libertad de imprenta y publicidad de ideas políticas, sin censura previa, si bien en el marco de restricciones y responsabilidades determinadas por las leyes (artículo 31). En este tenor proclama una justicia pronta, completa e imparcial (artículo 18), quedando prohibidos las leyes y tribunales especiales, así como las leyes retroactivas (artículos 18 y 19).

Con estos antecedentes, en el texto normativo de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824 continúa con el espíritu garantista del Acta Constitutiva. En el preámbulo de dicho nuevo Documento Fundamental,¹¹ se señala como uno de sus objetivos primordiales “hacer reinar la igualdad ante la ley, la libertad

⁹ El primero derivaba del disuelto por Agustín de Iturbide y reinstalado posteriormente.

¹⁰ Véase Felipe Tena Ramírez, *Leyes fundamentales de México*, op. cit.

¹¹ *Idem*.

sin desorden, la paz sin opresión, la justicia sin rigor, la clemencia sin debilidad, demarcar sus límites a las autoridades superiores de la nación”.

En el artículo 50, fracción tercera, asume la defensa de la libertad de imprenta de modo que “jamás se pueda suspender su ejercicio, y mucho menos abolirse en ninguno de los estados ni territorios de la federación”. Además establece la primacía del derecho de propiedad privada, aunque existe la posibilidad de la expropiación de bienes (artículo 112, fracción tercera); se prohíbe la tortura y los tormentos (artículo 149); garantiza la inviolabilidad del domicilio (artículo 152); prohíbe las penas infamantes (artículo 146); la no aplicación retroactiva de la ley (artículo 148); la retención injustificada (artículo 151); declara la proscripción de los tormentos (artículo 149). Postula que la libertad e independencia de la nación mexicana, su religión, forma de gobierno, libertad de imprenta, y división de los poderes supremos de la federación, y de los estados nunca podrían ser modificados (artículo 171). Como se aprecia la regulación de esta Constitución es más limitada en su carácter social que la Constitución de Apatzingán de 1814.

Cabe resaltar que la Constitución de 1824, además de la formulación aislada de derechos fundamentales, también introdujo mecanismos para la protección de los derechos humanos que consagraba, representados en la atribución del Congreso federal para reprimir las violaciones constitucionales y para decidir sobre las “infracciones de la Constitución y Leyes de la Unión” (artículo 38), situación que involucraba, *lato sensu*, los derechos en ella protegidos.

En términos generales, como se observa, hasta este momento histórico, hay una regulación protectora de los derechos humanos en una faceta individual, altamente sumida en otras problemáticas propias de una nación nueva, que debe en primer lugar definir el destino real y jurídico que desea seguir para consolidarse como país, lo que impidió por ejemplo que se estableciera la tolerancia religiosa o una libertad de prensa irrestricta.

Expuesto este panorama histórico introductorio, en adelante, se hará un estudio más detallado de la cuestión de la expulsión de los españoles en México a principios del siglo XIX, a la luz del régimen constitucional vigente en ese periodo.

III. ANÁLISIS DE LAS LIMITACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS CONTRA LOS ESPAÑOLES, A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN DE 1824¹²

1. La Colonia

Siguiendo con el desarrollo de la problemática de la expulsión de los españoles en México, derivada de las leyes de expulsión de 1827 y 1829, y habiendo planteado previamente un breve marco de posicionamiento histórico sobre los hechos que estamos tratando, es momento de acudir a la descripción y análisis de la situación jurídica en la que se encontraban los españoles en los tiempos previos a la independencia de México, cuando el Virreinato de la Nueva España aún dependía de la metrópoli, para posteriormente abordar la problemática jurídica presente a raíz de la expedición de la Constitución de 1824.

Es útil esbozar una idea inicial de la Colonia entendiendo por ella la época histórica vivida en los territorios americanos a partir de la conquista de estos territorios por parte de la Corona de Castilla, que derivaría en el Reino de España, hasta la independencia de los mismos. En ella se gestará una estética barroca, diversidad étnica y paradojas económicas y sociales diferentes a las de la metrópoli; pero, tanto América como España, se transformarán e influenciaron mutuamente a raíz de la transculturación, en relaciones verticales en cuanto al poder político y económico, pero horizontales u oblicuas respecto a la identidad colonial.

A. Apunte sobre el derecho indiano

A partir del reinado de Alfonso XI¹³ de Castilla, con el Ordenamiento de Leyes de Alcalá de 1348, se tendrá en la Corona española la intención de generar un marco jurídico más uniforme para la monar-

¹² Véase Guillermo Floris Margadant, *Introducción a la historia del derecho mexicano*, UNAM, 1971; Antonio Dougnac Rodríguez, *Manual de historia del derecho indiano*, UNAM, 1994; Rodrigo de Aguiar y Acuña y Juan Francisco Montemayor y Córdoba. *Sumarios de la Recopilación General de Leyes de las Indias*, UNAM-FCE, 1994; José Luis Soberanes, *Historia del sistema jurídico mexicano*, México, UNAM, 1990.

¹³ En esta época se encuentra todavía en uso la idea del Rey como legislador absoluto.

quía; si bien eso implicaba en la práctica sólo el predominio de la aplicación del derecho castellano, toda vez que el derecho común¹⁴ brindaba especiales matices en los distintos reinos y poblaciones reconquistadas a los musulmanes, máxime que los fueros reales y las *Siete Partidas* de Alfonso X eran normas importantes en el orden de prelación establecido en dicho Ordenamiento.

En este marco, a raíz de la conquista de lo que hoy entendemos por México, a partir de la caída de Tenochtitlan en 1521 hasta conformarse el Virreinato de la Nueva España, el régimen jurídico aplicable corresponderá al derecho castellano. Ello está determinado de acuerdo con lo estipulado en las Capitulaciones de Santa Fe de 17 de abril de 1492, en donde las Indias Occidentales se asignan a la Corona de Castilla. Cabe comentar que la aplicabilidad de las normas expedidas por la Corona compartirá fuero territorial de aplicación con las normas emanadas del derecho canónico, en lo que a su competencia corresponde.¹⁵

Se gestó el problema de la legitimidad de la conquista y colonización de América,¹⁶ así como la situación de sus pobladores originales, a quienes se les declaró, reconocida su naturaleza humana, vasallos libres de España. La aplicación del derecho castellano se dio atendiendo a los matices de la casuística de la nueva realidad americana, para la que no había sido creada, por lo que debió generar los instrumentos necesarios para su eficacia y eficiencia.¹⁷

¹⁴ En el caso de América, el derecho común era el español y el derecho especial el creado para la Nueva España. El derecho común era supletorio del derecho novohispano, que por ser la ley especial era la norma preferida en su aplicación al caso concreto.

¹⁵ Las antiguas formas jurídicas nativas (derecho azteca, derecho zapoteca, derecho maya, derecho mixteca, entre otros), al no corresponder a la visión occidental del derecho, fueron prácticamente excluidas de cualquier participación en el orden jurídico novohispano, si bien alcanzaron alguna posición en función de los usos y costumbres. Esta situación es natural en virtud de que las autoridades designadas por la metrópoli trasladaron a los nuevos territorios sus instituciones jurídicas, aplicadas al diseño de las instituciones políticas que se fueron creando para América.

¹⁶ Recuérdese los fundamentos de derecho positivo como el caso del requerimiento de Palacios Rubio, la bula *Inter caetera* y las bulas de partición, así como los argumentos de derecho común esbozados por Francisco de Vitoria.

¹⁷ Recuérdense las leyes de Burgos de 1512, que establecían que los indígenas se establecieran cerca de los asentamientos españoles; las leyes Nuevas de 1542 que prohíben la esclavitud y el trabajo forzado de los indígenas; la Recopilación de las leyes de Indias de 1680 que integrada reales cédulas u órdenes, pragmáticas, instrucciones y cartas relativas al derecho público de Hispanoamérica, entre otras normas.

En este sentido, paulatinamente operó una tendencia recopilatoria y de ordenación prelatoria para la aplicación del derecho, que llevó –en 1680– a la publicación, para América, de la Recopilación de las Leyes de los Reinos de Indias,¹⁸ si bien con efectos limitados y, en 1805, para toda la Corona Española, a la Novísima Recopilación de Leyes de España.

Se hablará entonces de derecho indiano como el que regirá en los territorios americanos, y estará compuesto por las normas que se crearon específicamente para ser aplicadas en las Indias, el derecho castellano, y el que se usará de acuerdo con la prelación que se marca en las Leyes de Toro de 1505 y, posteriormente, en la Recopilación de Leyes de Castilla,¹⁹ o Nueva Recopilación de 1567, la Novísima Recopilación de 1805, y el derecho indígena.

La Recopilación de las Leyes de los Reinos de Indias de 1680 estaba integrada por reales cédulas, que eran expuestas al Rey por el Consejo de Indias y se referían a cuestiones determinadas; las reales órdenes que emanaban del Ministerio por orden del Rey; las pragmáticas, que eran leyes de carácter general y las ordenanzas, dictadas por los virreyes o por las reales audiencias, y que se referían a asuntos particulares.

A finales del siglo XVIII se gestó la idea de hacer un Proyecto de Nuevo Código de las Leyes de Indias, para dotar a los dominios españoles de un nuevo cuerpo general de leyes que sustituyera a la Recopilación de Leyes de Indias de 1680. Sin embargo este ordenamiento no rigió plenamente, pues a pesar de que fue aprobado por el Rey en 1792, no se aprobó un libro primero del Nuevo Código de Indias que sustituyera al libro primero de la Recopilación de Leyes

¹⁸ Fue promulgada por Real Cédula del 18 de mayo de 1680 y contiene principios como: 1. La religión católica es la religión del Estado y el fin de ésta en las Indias es su propagación. 2. El dominio está fundado en justos títulos. 3. América forma parte de la corona castellana. 4. La Nueva España no es separable de la Corona ni susceptible de enajenación en todo o en parte. 5. Los indios son hombres libres y no sujetos a servidumbre. 6. Los indios son vasallos directos de la Corona. 7. La Nueva España es un reino. 8. En la Nueva España puede haber congresos (cortes o juntas) sólo cuando lo mande su majestad. María del Refugio González. *Historia del derecho mexicano*, UNAM-III, 1983, p. 34.

¹⁹ Esta norma legal establece la siguiente prelación para la aplicación del derecho: 1) Ordenanzas Reales de Castilla u Ordenamiento de Montalvo de 1484; 2) Ordenamiento de Alcalá de 1348; 3) los Fueros Reales vigentes, y 4) las Siete Partidas de 1348.

de Indias. Por ello su vigencia y aplicación fue de forma parcial y casuística, en un intento de hacer una total renovación legislativa.²⁰

Posteriormente, el 15 de julio de 1805, mediante una cédula real se promulgó la Novísima Recopilación de las Leyes de España, misma que tuvo una vigencia escasa en la Nueva España, derivado de los problemas políticos en Europa y la aparición de los movimientos de independencia en América, así como la inicial reticencia a su aplicación.

Adicionalmente a esta norma se publicaron suplementos anuales que recogieron la legislación posterior, de los cuales únicamente uno se publicó, colocándose en la cúspide del orden de prelación existente en ese momento para el derecho español, el cual operaba con base en la siguiente estructura: (1) Novísima recopilación de 1805, (2) Nueva Recopilación de 1567, (3) Leyes de Toro de 1505, (4) Ordenamiento de Alcalá de 1348, (5) los fueros municipales y (6) las siete partidas.²¹

En cuanto al orden de prelación de leyes en las Indias,²² la ley segunda, en su título I, libro II de la Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias disponía que en todo lo no contemplado por la propia recopilación debían de guardarse “las leyes de nuestro Reyno de Castilla conforme a la de todo, así en cuanto a la sustancia, resolución y decisión de los casos, negocios y pleitos, como a la forma y orden de sustanciar”.²³

En suma, el orden de prelación vigente en las Indias, para los tiempos del movimiento de independencia en el Virreinato de la Nueva España, fue:²⁴

1. En primer lugar, las leyes dictadas esencialmente para las Indias, ya sea en la península o bien en las propias Indias.²⁵

²⁰ Antonio Muro Orejón, *Lecciones de historia del derecho hispano-indiano*, Escuela Libre de Derecho, México, 1989, pp. 131-137.

²¹ Cruz Barney, Óscar, *Historia del derecho en México*, Oxford University Press, México, 2004, pp. 220-222.

²² Óscar Cruz Barney, *Las recopilaciones del derecho en el México independiente*, en *La legislación mexicana de Manuel Dublán y José María Lozano*, Mario Téllez G, José López Fontes (comps.), Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2006, p. 223.

²³ *Idem*.

²⁴ *Ibidem*, p. 223.

²⁵ Tal es el caso de las normas contenidas en la Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias.

2. En segundo lugar, las costumbres desarrolladas en los municipios de españoles en Indias o "costumbre criolla".
3. En tercer lugar, las costumbres indígenas que no fueran en contra de la religión católica o de las leyes castellanas o indianas.
4. En cuarto lugar, la Novísima Recopilación de 1805.
5. En quinto lugar, la Nueva Recopilación de 1567.
6. En sexto lugar, las Leyes de Toro de 1505.
7. En séptimo lugar, el ordenamiento de Alcalá de 1348.
8. En octavo lugar, las Siete Partidas.

El marco jurídico expuesto correspondía al derecho aplicable durante la Colonia. Formalmente el nuevo orden jurídico, que dio fin a la estructura jurídica novo hispana, surgió coincidiendo con la fecha de la declaración formal de independencia política de México, es decir el 28 de septiembre de 1821, lo que implicó, en la práctica, que el orden jurídico anterior continuara vigente en tanto no se expidiera uno nuevo y no se afectaran sus postulados básicos de religión, unión e independencia.²⁶

B. Situación de los españoles por las Leyes de Indias y la Novísima Recopilación de Leyes de España²⁷

En cuanto al régimen jurídico de las personas, imperante en el virreinato, el criterio aplicable era el de la especificación de los derechos correspondientes a cada grupo social. En palabras llanas la clave del discernimiento era la desigualdad, si bien existía un núcleo de derechos mínimos relativamente uniformes para los europeos y los americanos, no así para los negros y las castas. Se distinguía así entre los estamentos de los religiosos, los militares, los nobles, los peninsulares, los criollos y las distintas castas, cada uno con diferentes grados de derechos y obligaciones.

La población indígena gozaba de un estatus protectorio particular, máxime que existía un tribunal especial para su atención: el juzgado

²⁶ Artículo segundo del Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano.

²⁷ Sobre este tema véase Guillermo Floris Margadant, *Introducción a la historia del derecho mexicano*, UNAM, 1971.

general de indios y contaba con el auxilio de las figuras del protector de naturales y el procurador de indios. Los mestizos en cambio tenían limitaciones en cuanto a sus posibilidades para ordenarse como religiosos, ser protectores de naturales y para ser escribanos públicos, entre otros.

En comparación, concretándonos en el caso de los españoles nacidos en España veremos que ellos se encontraban, por lo menos en términos fácticos, en la posición social de mayor relevancia en la sociedad novo hispana. Esta situación se reflejaba, como muestra, en la relevancia de los cargos que desempeñaban en la burocracia virreinal.

Acudiendo a la Recopilación de Leyes de las Indias se aprecia que los españoles, nacidos en España o en América, compartían, en particular, la obligación de fidelidad al monarca,²⁸ la obligación de consejo a partir de la participación en las Cortes, el auxilio militar y el económico. A su vez tenían derecho a un buen gobierno, a una ley justa, derecho de petición,²⁹ a la seguridad personal, derecho a la defensa, inviolabilidad de domicilio, para acudir ante los tribunales y defender sus derechos, inviolabilidad de la correspondencia y libertad de tránsito contenidas en el Libro VII de la Recopilación de Leyes de Indias.³⁰

²⁸ Esta obligación incluía a todos los sectores sociales de la Colonia, por lo cual no es extraño que en el grito de independencia de Hidalgo se recalcara "Viva Fernando VII, muera el mal gobierno".

²⁹ Libro II. Título Treinta y tres. De las informaciones y pareceres de servicios. Ley primera. Que las audiencias reciban las informaciones de oficio y partes y en las de oficio den fu parecer. ... Ordenamos y mandamos que cuando alguno viniere o enviare ante Nos a que le hagamos merced y ocupemos en puertos de nuestro real servicio, parezca en la Real Audiencia del Distrito.

³⁰ *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias*. Mandadas imprimir y publicar por la majestad católica del Rey Don Carlos II. En Madrid: por Ivlian de Paredes, año de 1681. Edición facsimilar.

Título 1. De los perseguidores y jueces de comisión.

Título 2. De los juegos y jugadores.

Título 3. De los casados y desposados en España, que están ausentes de sus mujeres y esposas.

Título 4. De los vagabundos y gitanos.

Título 5. De los Mulatos, Negros, Berberiscos, é hijos de judíos.

Título 6. De las Cárceles y Carceleros.

Título 7. De las visitas de Cárcel.

Título 8. De los delitos, penas y su aplicación.

En el caso de los demás grupos sociales, sus derechos y obligaciones acudían a términos equivalentes, salvo las instituciones protectoras establecidas por la Corona para la república de los indios.³¹

La población de América estaba sujeta a restricciones de carácter personal, especialmente en el caso de la población que no era española, ya nacida en España o en los dominios de la Corona. Es el caso de la ordenación de los mestizos,³² misma que en principio sólo se limitó a los hijos ilegítimos y que era susceptible de dispensa eclesiástica; prohibición para ser escribanos públicos³³ y prohibición para ser protectores de naturales. Otras limitaciones que se establecieron en la Recopilación de las Leyes de Indias se referían a la prohibición para portar armas por parte de las castas, y para los mestizos si no contaban con licencia para ello.³⁴

Esta situación de limitaciones para los americanos tuvo diversos alcances en las colonias españolas. Sirva como ejemplo el caso regulado en la Recopilación de Leyes de los Reinos de 3.2.14, aplicable al Virreinato del Perú; en particular sobre los estudios superiores de la Universidad de Lima y la ordenación.

Libro I. Título XXII. Ley LVII. *Sobre diferentes puntos que se han ofrecido acerca del gobierno de la Universidad de Lima.* En cuanto al cuarto, sobre

³¹ Se habla de república de los indios por oposición la república de los españoles en consideración a que comparadas entre sí esas dos repúblicas, representaban dos realidades sociopolíticas distintas. La de los indios está conformada por las comunidades de indígenas, mismas que regularmente se encuentran en gran atraso.

³² Libro I. Título VII. De los Arzobispos y Obispos. Ley VII. Que los preladados ordenen de Sacerdotes a los Mestizos, con información de vida y costumbres, y provean que, las mestizas puedan ser religiosas, con la misma calidad. Encargamos a los Arzobispos y Obispos de nuestras Indias, que ordenen de Sacerdotes á los Mestizos de sus distritos, si concurrieren en ellos la influencia y calidad necesarias para el Orden Sacerdotal; pero esto sea precediendo diligente averiguación e información de los Prelados, sobre vida y costumbres y hallando, que son bien instruidos, hábiles, capaces y legítimos matrimonio nacidos. Y si algunas Mestizas quisieren ser Religiosas y recibidas al Hábito y Velo en los Monasterios de Monjas, provean, que no obstante cualquiera, sean admitidas en los Monasterios de Monjas, provean, que no obstante cualquiera constituciones, sean admitidas en los Monasterios y a las profesiones, precediendo la misma información de vida y costumbres.

³³ Ley Primera. Que los Virreyes no puedan nombrar Escribanos y hayan de sacar título, y notaria del Rey, despachando por el Consejo de Indias.

³⁴ Libro Séptimo. Título V. De los mulatos y Negros. Ley XIII. Que los Mulatos y Zambaigos no traigan armas y los Mestizos las pueden traer con licencia. Ningún mulato ni zambaigo traiga armas y los mestizos que vivieren en lugares de españoles y mantuvieren casa y labranza las pueden traer con licencia de el que gobernare y no la den a otros.

que los Estudiantes Gramáticos no se admitan a Matricular en la Universidad para las facultades mayores, con solo cedula del Maestro de Retórica, Religioso de la Compañía de Jesús, y que el Rector y Catedrático de Prima de todas facultades, los vuelvan á examinar con AA. Y RR, no admitan Mestizos, Zambos, Mulatos, con que no los admitirán a Órdenes los Obispos. En que pareció, que se observare el estilo; de Universidad, reducido A que dos Examinadores Catedráticos nombrados por el Rector, después de la aprobación del Maestro de Retórica, vuelvan á examinar a los estudiantes Gramáticos, y hallándolos suficientes, se admitan con las firmas del Rector, y ambos Examinadores y en cuanto á la exclusión de los Mestizos, Zambos, Mulatos y se observe la Constitución 2 3 8.³⁵

Con base en lo anterior, conviene referirnos a la Recopilación de Leyes de Indias en la norma 3.2.14, que expresamente establece una preferencia para la población criolla en el supuesto de la ocupación de las posiciones en la burocracia virreinal. En la práctica los efectos de esa disposición no ocurrieron de esa manera.³⁶

Libro Tercero. Título Segundo. *De la provisión de oficios, gratificaciones y mercedes.* Ley XIII. Que se gradúen los meritos y servicios, conforme a esta ley. Así mismo Mandamos, que en todo lo contenido en la ley antecedente,³⁷ cuando sucediere concurrir muchos pretendientes con igualdad de meritos, sean preferidos los descendientes de los primeros descubridores de las Indias, y después los pacificadores y pobladores, y, los que hayan nacido en aquellas Provincias, porque nuestra voluntad es, que los hijos y naturales de ellas sean ocupados y premiados donde nos sirvieron sus antepasados, y primeramente remunerados los que fueron casados y remitidos al arbitrio de los superiores la graduación de servicios en la pacificación. Y porque algunos presentan cedula de recomendación, mandamos, que los Virreyes, Audiencias y Gobernadores hagan lo que vieren que conviene, y hubiere lugar, según su calidad y meritos, como esta ordenado por la ley 17. tit. 1. lib 2.³⁸

Este precepto es particularmente relevante sobre el tema de la expulsión de españoles que nos ocupa pues uno de los motivos que

³⁵ Lo resolvía el Presidente del Real Consejo de Indias.

³⁶ Este caso de letra muerta de la ley terminó generando, a la larga, resentimientos acendrados entre la población nativa.

³⁷ Ley XIII. Que los oficios y mercedes se provean, y hagan en personas beneméritas.

³⁸ Ley VII. Que con las personas que llevaren Cédulas de Recomendación, se haga conforme a sus méritos.

más frecuentemente aducían los partidarios de las expulsiones, era el de que la burocracia española heredada de la época de la Colonia, en todas sus facetas, no permitía el progreso de la naciente nación, así como que el ejercicio de la función pública debería ser un legítimo derecho exclusivo de los nacidos en la ahora independiente República Mexicana; de otra manera se estaría a expensas de la voluntad de extranjeros desvinculados de los sentimientos de nacionalidad.

Asimismo, otros casos de privilegios concedidos a los americanos están enmarcados en el rubro del Patronazgo Real, en lo referente a la designación de los curados, estableciéndose:

Libro I. Título VI. *Del Patronazgo Real*. Ley XXIV. Que en la provisión de los Beneficios curados se guarde la forma de esta ley. ORDENAMOS y mandamos que en vacando en nuestras Indias Occidentales y Islas de ellas cualquier Beneficios curados... escojan los Arzobispos y obispos tres, los mas dignos y suficientes, para cada uno de los dichos beneficios, prefiriendo siempre a los hijos de padre y madre españoles, nacidos en aquellas Provincias, siendo igualmente dignos, a los demás opositores nacidos en estos Reinos y estos los pongan al Virrey.

En el caso de la Novísima Recopilación de las Leyes de España, publicada en 1805 por Carlos IV, la regulación no establece privilegios particulares para los españoles nacidos en España por encima de los españoles americanos o mestizos, salvadas las restricciones comerciales para América. Cabe indicar que en su texto sí se instituye, en cambio, una preferencia concedida a los americanos:

Libro I. Título VIII. Ley XII. *Instrucción y método que debe observar la Cámara en las consultas de Prelacias, Dignidades, Prebendas y demás piezas eclesiásticas*. 18, 3'. Para Canónigos de Catedrales se guardará la siguiente distribución; á saber: en una vacante se consultarán por su orden Racioneros de la misma Iglesia, Canónigos de alguna Colegial de la diócesis, ó individuos de mis Reales Capillas, donde las hubiere (*): en otra vacante serán consultados Curas del obispado, que tengan doce años cumplidos de antigüedad en este ministerio, con créditos bien fundados de virtud y ciencia, y Jueces eclesiásticos que hayan servido con prudencia, rectitud y desinterés por igual tiempo: y en otra vacante los Catedráticos de Universidades insignes de continua enseñanza, que también tengan mas de doce años de cátedra efectiva.

(*) Por Real orden de 21 de Febrero de 1776, con el fin de premiar la idoneidad, mérito y servicio de los Españoles Americanos, mandó S. M. que la Cámara de Castilla proponga a los de probada virtud y literatura para Prebendas eclesiásticas en las Iglesias de España, incluyendo los que allá sirvieren, y tornando noticias seguras de la vía reservada de Gracia y Justicia, y de la Cámara de Indias; y esta ejecute lo mismo de la de Castilla; con expresa declaración, de que siempre se reserve la tercera parte de Prebendas de aquellas Catedrales para los Españoles Indianos.

2. Supervivencia del derecho indiano en materia de derechos humanos

Como se mencionó al inicio de este subtema, la consolidación de los derechos humanos en los documentos constitucionales en América no puede pasar por alto el legado del derecho indiano, que a su vez acudirá a su referente en el derecho español.

El tema de los derechos humanos en Hispanoamérica debe entenderse ligado a la tradición del derecho indiano y a las aportaciones de los teólogos juristas españoles, como Francisco de Vitoria, Antonio de Montesinos y Bartolomé de las Casas, que humanizaron la visión jurídica de la conquista³⁹ y protegieron la dignidad del indígena y del español ante las amenazas ideológicas que se presentaron.⁴⁰

En este sentido se buscó, a través de los distintos cuerpos normativos, establecer un panorama cierto de derechos para los habitantes de América. Si bien en el plano del estatuto personal de la sociedad novo hispana se debió atender a los matices de la misma, distinguiendo entre peninsulares y criollos, indios y las distintas castas.

El movimiento insurgente en América, inspirado por las ideas ilustradas imperantes en la época, postuló como una de sus banderas fundamentales la defensa y promoción de los derechos del hombre, propios de su condición humana y, por tanto, irrenunciables e imprescriptibles. Esta fuente ideológica fue enriquecida por la consolidación de un movimiento constitucional codificado, en el mundo de tradi-

³⁹ Debe reconocerse que hubo terribles violaciones a los derechos humanos de los indígenas, que fueron sometidos con la fuerza de las armas.

⁴⁰ Recuérdese el caso de la argumentación de fray Domingo de Betanzos en el sentido de que los naturales americanos no eran seres humanos, lo que deshumanizaba a los españoles por atentar contra la dignidad de sus semejantes y amenazaba la natural absoluta dignidad de los indígenas.

ción occidental, que recogió estos elementales derechos. Es el caso de la Declaración de Independencia de algunos estados de las antiguas trece colonias inglesas en América, en especial Virginia y Massachussets; la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano y la Constitución Política de la Monarquía Española de 1812.

Es innegable que el ideal ilustrado estaba inscrito en las mentes de la época. América no era ajena a esta realidad. Hidalgo, Morelos, Bolívar, Sucre, San Martín, O'Higgins, Toussaint Louverture y los demás líderes insurgentes son concientes de la importancia de concretar la meta de derechos humanos para sus territorios. No es extraño entonces que en la producción jurídica que ellos impulsaron estuviera presente esta finalidad.

En España, en un primer estadio de desarrollo los derechos humanos eran formulados como una protección ante el abuso de la autoridad. Los fueros de Aragón (1176, 1238, 1348 y 1287) consagraron el derecho de seguridad de la persona, la propiedad, garantías para no ser preso ni desposeído de los bienes, hasta que se dictase sentencia en juicio. Los fueros de Castilla y León contemplaron garantías de seguridad del súbdito respeto a la propiedad, la vida y a ser juzgados por ley y autoridades competentes.⁴¹ Esta línea fue conservada por las posteriores recopilaciones y cuerpos legales, siendo aplicable en el Nuevo Mundo de acuerdo con los órdenes de prelación en ellos recogido y posteriormente trasladado, con el tamiz ilustrado independiente, a los cuerpos legales de las nuevas naciones que se formaron de los antiguos virreinos y capitanías generales.

Como se ha visto, en el caso de América las Recopilaciones de Leyes de los Reinos de Indias y la Constitución de Cádiz, vigente intermitentemente, continuarán la postura protectora de derechos fundamentales. La Constitución de Cádiz, por ejemplo, tuteló la libertad civil, la propiedad y los demás "derechos legítimos de todos los individuos que la componen". Estableció la prohibición para el Rey de tomar la propiedad de un particular, para no privar al individuo de su libertad. Igualmente se garantizó una libertad de imprenta relativa, bajo las restricciones y responsabilidad que establezcan las leyes.

⁴¹ Germán, Bidart Campos, *Teoría general de los derechos humanos*, UNAM-III; 1989, pp. 24 y 25.

Al concretarse la independencia de las antiguas colonias americanas los derechos que se reconocieron en los primeros textos constitucionales fueron las garantías referentes a la libertad.⁴² Al lado de los primeros derechos que fueron reconocidos se incluyeron algunas garantías necesarias para su protección. El caso mexicano siguió este camino de desarrollo.

El Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana fue el primer documento constitucional que se formuló en México, si bien con efectos de aplicación territorial limitados. Tiene como base el individualismo, formulando dentro de sí un catálogo de derechos humanos, inspirado a su vez en los artículos 1 y 6 de la Declaración Francesa.

Posteriormente, la Constitución de 1824 consagró los derechos de libertad de expresión, soberanía e igualdad, previendo mecanismos para su defensa, a través de la facultad concedida al Congreso para reprimir las violaciones constitucionales y para decidir sobre las infracciones de la Constitución y leyes federales.

Es importante recordar la subsistencia del derecho indiano ante la independencia de México, que se conservó en tanto no se expidieran normas que reemplazaran a esta legislación, caso es el de los derechos humanos mientras no se expidió la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824. Ello no es óbice para reconocer que en el orden jerárquico de aplicación existe una preeminencia innegable de la Constitución de 1824, colocándose las demás normas en un plano totalmente supletorio de aplicación.

Expresamente en el Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, expedido el 10 de enero de 1822,⁴³ se establece:

Artículo 2. Quedan, sin embargo, en su fuerza y vigor las leyes, órdenes y decretos promulgados anteriormente en el territorio del Imperio hasta el 24 de febrero de 1821⁴⁴ en cuanto no pugnen con el presente reglamento, y con

⁴² Libertad de prensa y libertad de tránsito, por ejemplo.

⁴³ Reproduce esencialmente el artículo 211 de la Constitución de Apatzingán: "Mientras que la Soberanía de la Nación forma el cuerpo de leyes, que han de sustituir a las antiguas, permanecerán éstas en todo su rigor, a excepción de las que por el presente, y otros decretos anteriores se hayan derogado, y de las que en adelante se derogaren".

⁴⁴ Nota bene: Corresponde a la fecha de suscripción del Plan de Iguala.

las leyes, órdenes y decretos expedidos, o que se expidieren en consecuencia de nuestra independencia.

Como se observará detalladamente más adelante, cabe adelantar que existe una coincidencia de los documentos jurídicos del México Independiente y de la interpretación del derecho indiano superviviente para considerar a los derechos humanos un atributo propio de los seres humanos, por lo que no se hizo distinción entre nacionales y extranjeros para su goce, si bien los derechos políticos se limitaron para los ciudadanos.

A. La Constitución de Cádiz de 1812

Este documento surgió debido a la invasión de Francia a España y la oposición del pueblo español a la usurpación del trono por parte de Napoleón Bonaparte y de su hermano José Bonaparte.

El pueblo de España se levantó en armas contra Francia en mayo de 1808 y desconoció al gobierno de José Bonaparte con el fundamento de que las Sesiones de Bayona eran nulas por ser hechas en país extranjero y estar viciadas de voluntad.⁴⁵

Sin embargo, hasta agosto de 1808, el Consejo de Castilla no declaró nulas las abdicaciones de Bayona y todas las actuaciones del gobierno francés.⁴⁶ Y es entonces cuando rescata la orden que le había encomendado Fernando VII, antes de su abdicación, para convocar Cortes Generales del Reino “en el paraje que pareciese más expedito, que por de pronto se ocupasen únicamente en proporcionar arbitrios y subsidios necesarios para atender a la defensa del reino, y que quedasen permanentemente para lo demás que pudiese ocurrir”.⁴⁷

⁴⁵ La Asamblea de Bayona finalizó sus sesiones el día 7 de julio de 1808, siendo jurada por el ya proclamado rey don José I. Ésta Carta Magna se va a caracterizar entre otras cosas por tratarse de una Carta Otorgada, y no de una Constitución propiamente dicha, ya que por un lado en su elaboración el pueblo no participó, y por otro emana directamente de una decisión real. No establece la Soberanía Nacional, aunque impone ciertas limitaciones a la actuación del monarca, que ha de respetar determinados derechos de índole personal.

⁴⁶ Consejo pleno de 11 de agosto de 1808. Archivo Histórico Nacional, Fondos contemporáneos, Ministerio de Hacienda, Libro 6.013. Véase Desdevises du Dezert, *Le Conseil de Castille en 1808*, en *Revue Hispanique*, 17, 1907, pp. 66-378, especialmente 246-256.

⁴⁷ Antes de su abdicación definitiva, firmada el 6 de mayo de 1808, Fernando VII había puesto como condiciones el regreso de Carlos IV a España y la convocatoria de Cortes (Decreto de 5 de mayo de 1808). De ello da cuenta el propio Fernando VII, años después,

Pero las Juntas provinciales desconfiaron de dicho Consejo, tras su sometimiento a los franceses, y, en todo caso, se consideraban legitimadas para decidir sobre la recomposición del gobierno central. De hecho, desde mayo, habían propuesto distintas iniciativas y llevado a cabo diferentes ensayos de unificación política.

Así, en Asturias, Álvaro Flórez Estrada propuso, el 11 de junio de ese año, la convocatoria de unas Cortes, ya muy distintas a las tradicionales del Reino, compuestas de representantes de cada provincia que, unidos, representarían al pueblo español, que había reasumido la soberanía, aunque “sin perjuicio de los derechos que tengan las ciudades de voto en Cortes”. Nuevamente tradición y cambio coinciden en una época de debate y oportunidad histórica única para decidir sobre la constitución del Estado.⁴⁸ Finalmente, se optó por la formación de un Gobierno o Junta Central que, más adelante, nombraría una Regencia —lo que se consideraba más acorde con la legalidad vigente— y decidiría sobre la convocatoria de Cortes, propuesta que partió fundamentalmente de la Junta sevillana (circular de 3 de agosto), a la que se fueron adhiriendo las demás. Así, el 25 de septiembre de 1808, se instaló en Sevilla la Junta Central Suprema Gubernativa del Reino, formada por los representantes elegidos por las Juntas provinciales.⁴⁹ Ésta reasumió el poder de todas esas Juntas

en otro Decreto de 4 de mayo de 1814. Véase Pedro Cevallos, *Exposición de los hechos y maquinaciones que han preparado los usurpadores de la Corona de España y los medios que el Emperador de los franceses ha puesto en obra para realizarla*, Imprenta Real, Madrid, 1808; Manuel Fernández Martín, *Derecho parlamentario español. Colección de Constituciones, disposiciones de carácter constitucional, leyes, decretos electorales para diputados y senadores, y reglamentos de las Cortes que han regido en España en el presente siglo. Ordenada en virtud de acuerdo de la Comisión de gobierno interior del Congreso de los Diputados*, fecha de 11 de febrero de 1881 (Imprenta de los hijos de J. A. García, 1885 y 1900), 3 tomos, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1992, pp. 856-863. El Consejo de Castilla propuso la celebración de Cortes en una circular de 4 de agosto dirigida a las Juntas provinciales. Véase Georges Desdevises du Dezert, *Le Conseil de Castille en 1808*, *op. cit.*, pp. 256-271.

⁴⁸ La propuesta puede consultarse en la Biblioteca de Autores Españoles (BAE) desde la formación del lenguaje a nuestros días, CXIII; Obras de Álvaro Flórez Estrada, II, pp. 408-409. *Cfr.* con su Constitución para la Nación Española presentada a Su Majestad la Junta Suprema Gubernativa de España e Indias en 1 de noviembre de 1809, en “B.A.E.”, CXIII, Obras de Álvaro Flórez Estrada, II, *op. cit.*, pp. 307-344.

⁴⁹ José María Queipo de Llano (Conde de Toreno), *Historia del levantamiento, guerra y revolución de España* (París, 1832, Madrid, 1835), en “B.A.E.”, LXIV; Atlas, Madrid, 1953; Manuel Fernández Martín, *Derecho parlamentario español. Colección de Constitu-*

y limitó progresivamente sus competencias, no sin obstáculos. De este modo, se aprovechó la situación para uniformar la organización político-administrativa del Reino, adelantando así la política centralista de Cádiz: las Juntas supremas pasaron primero a superiores provinciales de observación y defensa, luego a superiores provinciales de armamento y defensa, reducido el número de sus miembros por decisión de la Regencia, para, finalmente, convertirse, ya por obra de las Cortes, en superiores provinciales, antecedentes más o menos inmediatos de las Diputaciones provinciales. Sus funciones quedaron definidas desde un primer momento: alistamientos y recaudación de contribuciones, como órganos periféricos del gobierno central, presididos por sus delegados en las provincias.⁵⁰

Las Cortes, llamadas Generales y Extraordinarias, se reunieron finalmente en Cádiz, el 24 de septiembre de 1810. Su composición, en cámara única, formada por diputados elegidos por los nuevos ciudadanos y por las Juntas provinciales, que, unidos, integraban un único cuerpo que representaba a la nación soberana. Su función, constituyente.

El contenido del documento constitucional que de ella emanó destaca que se basó en la igualdad, al conceder la nacionalidad a todos los hombres libres del Reino, como lo estableció su artículo 5o:

Son españoles: Primero. Todos los hombres libres nacidos y avecinados en los dominios de las Españas, y los hijos de éstos.

ciones, disposiciones de carácter constitucional, leyes, decretos electorales para diputados y senadores, y reglamentos de las Cortes que han regido en España en el presente siglo. Ordenada en virtud de acuerdo de la Comisión de gobierno interior del Congreso de los Diputados, fecha de 11 de febrero de 1881 (Imprenta de los hijos de J. A. García, 1885 y 1900), Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1992, *op. cit.*, pp. 131-261, que recoge los nombres de sus miembros en la p. 132; Manuel Fernández Martín, *Derecho parlamentario español...*, *op. cit.*, I, pp. 309-623; Alfonso García Gallo, *Aspectos jurídicos en la Guerra de la Independencia*, en "Revista de la Universidad de Madrid", III, 5, 1959, pp. 15-27; Pablo Álvarez Rubiano, *Esquema de la administración española durante la guerra de la Independencia*, en "Actas del I Symposium de Historia de la Administración". Estudios de Historia de la Administración, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1970, pp. 381-439.

⁵⁰ Reglamentos de 1 de enero de 1809, 13 de enero y 17 de junio de 1810, y 18 de marzo de 1811. Archivo Histórico Nacional, Estado, legajos 60, 2, H, docs. 142-180, y 82, 2, E, fols. 361 y ss.; Archivo Histórico de Asturias, Junta General, Libro 46, fol. 110 r.; Colección de los Decretos y Órdenes que han expedido las Cortes generales y extraordinarias desde su instalación de 24 de septiembre de 1810 hasta igual fecha de 1811, t. I, pp. 90-103.

Es decir, la idea de igualdad sobresalió en el texto al no hacer distinciones entre los habitantes de los territorios dominados por España. De lo mismo por las Cortes de Cádiz y por la Constitución se trataría de crear el Código Civil, Mercantil, Penal y Procesal; por lo que empiezan a formarse comisiones, pero no se logró nada por la condición en la que vivían. No va a ser sino hasta la segunda mitad del siglo XIX que, en España, se van a dar las primeras codificaciones. Esta idea de Cádiz pasó al México Independiente, en donde Agustín de Iturbide decidió hacer una Constitución de acuerdo con nuestro país. Para ello emitió un decreto instruyendo para que se lleve a cabo el trabajo de codificación. Al respecto se tiene indicios que hubo una comisión, pero se desconocen los alcances de su trabajo.

3. La Independencia

El movimiento iniciado por Hidalgo fue continuado mediante una guerra de guerrillas por el también sacerdote José María Morelos, quien, a diferencia de su mentor, tuvo un plan político de independencia. La insurgencia consiguió organizarse en partidas más eficaces, pero no consiguió transformar el movimiento popular en una revolución política. A pesar de los intentos de Morelos al celebrar el Congreso de Chilpancingo en septiembre de 1813 y la aprobación de la Constitución de Apatzingán trece meses después, el movimiento independentista no tuvo éxito. Tras el fusilamiento de Morelos en 1815, las fuerzas realistas lograron controlar la situación, a excepción de unos pocos focos insurgentes, entre los que destacaban los dirigidos por Guadalupe Victoria y Vicente Guerrero, futuros presidentes de la naciente república. La guerra social de Hidalgo y la revolucionaria de Morelos frustraron el desarrollo de un movimiento autonomista criollo de signo moderado por el temor a la subversión social y sus consecuencias, pero dieron también la ocasión para la formación de una elite militar, preponderantemente criolla, de la que saldrían los futuros dirigentes del México independiente. Y en última instancia, facilitaron el control del virreinato por parte de las autoridades tradicionales, lo que a la postre determinó el modo en que México alcanzó a la independencia en 1821 y la pugna posterior por desbancar a los peninsulares de los puestos relevantes del antiguo virreinato.

En efecto, el virrey Venegas y su sucesor Calleja aplicaron una política de guerra que, entre otras cosas, dejó exhausta la economía

novo hispana y supuso la no aplicación de la Constitución aprobada por las Cortes de Cádiz de 1812, Cortes que ya habían rechazado la mayor parte de las propuestas liberalizadoras y autonomistas de los diputados americanos: gobierno autónomo bajo la soberanía del rey, libertad de comercio, igualdad de derechos para los americanos y distribución por mitades de los puestos administrativos de cada territorio.⁵¹ Así, por ejemplo, los artículos de los criollos, Carlos María Bustamante y José Joaquín Fernández de Lizardi, criticando al gobierno español motivaron a que el virrey Calleja suspendiera el artículo de la Constitución relativo a la libertad de prensa, creando un profundo malestar en los Consejos municipales y entre los representantes a Cortes novo hispanas.

La política absolutista de estos dos virreyes se manifestó también en las elecciones previstas para la formación de nuevos cabildos constitucionales. Celebradas en noviembre de 1812, todos los elegidos fueron criollos, entre los que había algunos partidarios de la insurgencia. El virrey Venegas alegó irregularidades y anuló las elecciones, manteniendo el equipo anterior. Sería su sucesor, Calleja, quien permitió finalizar el proceso electoral en abril de 1813, pero un año más tarde, en agosto de 1814, llegó al virreinato la noticia de la restauración del absolutismo por Fernando VII, quedando disueltos los órganos electivos y volviendo todo a como estaba en 1808.⁵² La insurgencia cobró entonces nuevos bríos, pero Calleja consiguió contenerla, a costa de una política de guerra que acabó por forzar su sustitución en 1816.

*A. Elementos constitucionales de Ignacio López Rayón*⁵³

Sucesor de Hidalgo fue Ignacio López Rayón en el movimiento de independencia. En agosto de 1811, muerto el primer gran caudillo in-

⁵¹ Rubio Mañé, Jorge I., "Los diputados mexicanos a las Cortes españolas y el Plan de Iguala. 1820-1821", *Boletín del Archivo General de la Nación*, IX, núm. 1-2, México, 1968, pp. 347-395. Berruelo, María Teresa, *La participación americana en las Cortes de Cádiz (1810-1824)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

⁵² Ferrer Muñoz, Manuel, *La Constitución de Cádiz y su aplicación en la Nueva España*, UNAM, México, 1993.

⁵³ Nota: tomado de *Manuscrito Cárdenas*, edición preparada por Ernesto Lemoine, México, Instituto Mexicano del Seguro Social, 1980.

surgente, instaló en Zitácuaro la *Suprema Junta Nacional Americana*, encargada de gobernar a la Nueva España en nombre y en ausencia de Fernando VII, a imitación de las juntas que se habían formado en la península ibérica. Además del órgano de gobierno, Rayón se preocupó por formar una constitución, para lo cual elaboró un documento con el título de *Elementos constitucionales*. Tiempo después, en marzo de 1813, Rayón censuró su propio proyecto y le manifestó a Morelos que no podía convenir en que se publicara, sin embargo, el proyecto de Rayón tuvo influencia en las ideas de Morelos y sirvió, sobre todo, para estimular la expedición de una ley fundamental.

Se publicó el 4 de septiembre de 1812, consta de 38 puntos, y aunque son señalamientos breves e incompletos, sirvieron para orientar posteriormente a Morelos y a los insurgentes, así trata el tema de la religión, que con intolerancia sólo admitía a la católica, se expone que la América es libre e independiente de otra nación, al referirse a la soberanía se comenta que dimana del pueblo pero que se instala en la persona de Fernando VII y su ejercicio en el *Supremo Congreso Nacional Americano*, se refiere a su estructura, así también expone la necesidad de un consejo de Estado para los asuntos de guerra.⁵⁴

⁵⁴ Expresa el escrito una parte que se considera ilustrativo citar: "La Independencia de la América es demasiado justa, aun cuando España no hubiera sustituido al gobierno de los Borbones el de unas juntas a todas luces nulas, cuyos resultados han sido conducir a la Península al borde de su destrucción.

Todo el Universo, comprendidos los enemigos de nuestra felicidad, han conocido esta verdad; mas han procurado presentarla aborrecible a los incautos, haciéndola creer que los autores de nuestra gloriosa independencia han tenido otras miras, que, o las miserables de un total desenfreno o las odiosas de un absoluto despotismo.

Los primeros movimientos han prestado apariencia de su opinión; las expresiones de los pueblos oprimidos y tiranizados en los crepúsculos de su libertad se han pretendido identificar con los de sus jefes, necesitados muchas veces a condescender mal de su agrado, y nuestros sucesos se hallan anunciados en los papeles públicos, casi al mismo tiempo en que el Tribunal más respetable de la nación nos atemoriza; sólo el profundo conocimiento de nuestra justicia fue capaz de superiorizarnos a estos obstáculos.

La conducta de nuestras tropas, que presentan un riguroso contraste con la de esos pérfidos enemigos de nuestra libertad, ha sido bastante a confundir las calumnias con esos gaceteros y publicistas aduladores, empeñándose en denigrarnos: la Corte misma de nuestra Nación ha sido testigo del brutal desenfreno, y manejo escandaloso de esos proclamados defensores de nuestra religión; ellos sellan sus triunfos con la impiedad, la sangre de nuestros hermanos indefensos, la destrucción de poblaciones numerosas y la profanación de templos sacrosantos; he aquí los resultados de sus triunfos. Aun todo esto no es suficiente para que esos orgullosos europeos confiesen la justicia de nuestras solicitudes, y no pierden momento de hacer creer a la nación que se halla amenazada de una espantosa anarquía.

Referente a los artículos que trataban los derechos fundamentales que influyeron para la construcción de los siguientes documentos constitucionales, pero sobre todo que pusieron en evidencia el que no se respetaron los derechos de los españoles al legislar las leyes de expulsión son:

Artículo 20. Todo extranjero que quiera disfrutar los privilegios de ciudadano americano, deberá impetrar carta de naturaleza a la Suprema Junta que se concederá con acuerdo del ayuntamiento respectivo y disensión del Protector nacional: mas sólo los patricios obtendrán los empleos, sin que en esta parte pueda valer privilegio alguno o carta de naturaleza.

Artículo 25. Al que hubiere nacido después de la feliz independencia de nuestra Nación, no obstarán sino de los defectos personales, sin que pueda oponérsele a la clase de su linaje; lo mismo deberá observarse con los que representen graduación de capitán arriba, o acrediten algún singular servicio a la patria.

Artículo 28. Se declaran vacantes los destinos de los europeos, sean de la clase que fueren, e igualmente los de aquellos que de un modo público, e incontestable hayan influido en sostener la causa de nuestros enemigos.

(...)

B. Constitución de Apatzingán de 1814

Don José María Morelos y Pavón, al continuar la obra independentista, con influencia del pensamiento de hombres como Andrés Quintana Roo, Ignacio López Rayón y Carlos María de Bustamante, separándose de lo pretendido por López Rayón en sus *Elementos Constitucionales*, convocó a un congreso instaurado en Chilpancingo, Guerrero el 14 de septiembre de 1813. Así buscó actualizar una plenitud soberana para la nación.

Nosotros, pues, tenemos la increíble satisfacción y el alto honor de haber merecido a los pueblos libres de nuestra patria, componer el Supremo Tribunal de la Nación y representar la majestad que sólo reside en ellos; aunque ocupados principalmente en abatir con el cañón y la espada las falanges de nuestros enemigos, no queremos perder un momento de ofrecer a todo el Universo los elementos de una Constitución que ha de fijar nuestra felicidad: no es una legislación la que presentamos, ésta sólo es obra de la meditación profunda, de la quietud y de la paz, pero manifestar a los sabios cuáles han sido los sentimientos y deseos de nuestros pueblos, y Constitución que podrá modificarse por las circunstancias; pero de ningún modo convertirse en otros".

En este marco da a conocer los *Sentimientos de la Nación*, expedidos en Chilpancingo el 14 de septiembre de 1813, que sirvieron de antecedente a la Constitución de Apatzingán. En ellos, Morelos se desprendió de invocar a Fernando VII para considerar en su artículo 50.: "Que la soberanía dimana inmediatamente del pueblo el que solo quiere depositarla en el congreso nacional Americano, compuesto de representantes de las provincias en igualdad de numero". Los *Sentimientos de la Nación* constan de 23 puntos. Hay quienes destacan que en ellos se puede observar el pensamiento social de Morelos, sobre todo, cuando se expone en el número 12: "Que como la buena ley es superior a todo hombre, las que dicte nuestro congreso deben ser tales que obliguen a la constancia y al patriotismo moderen la opulencia y la indigencia, de tal suerte se aumente el jornal del pobre, mejore sus costumbres, aleje la ignorancia, la rapiña y el hurto".

El 6 de noviembre el congreso hizo constar una *Acta Solemne de Declaración de Independencia* haciendo a un lado a Fernando VII declarando "rota para siempre jamás y disuelta la independencia del trono español". Posteriormente se expidió el *Decreto constitucional para la Libertad de América Mexicana o Constitución de Apatzingán* el 22 de octubre de 1814.

Cabe señalar que la promulgación de la Constitución impulsada por Morelos sirvió para dar un mayor énfasis a los ideales políticos que buscaba el movimiento independentista.

Este documento se puede considerar como la primera carta fundamental ya que la eficacia de la Constitución de Apatzingán al no depender sino de la victoria de las armas independentistas se halló circunscrita a los propios insurgentes a los territorios por ellos ocupados. Ello es suficiente para afirmar su validez y vigencia en México como primera carta fundamental.⁵⁵

La Constitución de Apatzingán se compuso de 242 artículos, que se encontraban a su vez divididos en dos apartados:

⁵⁵ Opina diferente el jurista Emilio O. Rabasa, quien considera: "Para mí que las constituciones mexicanas, se inician con el acta constitutiva y la constitución de 1824, donde hay un desprendimiento total de todo tipo de legislación extranjera y el ejercicio absoluto de la soberanía y de la autodeterminación, elementos indispensables para reconocer a una autentica Constitución". Emilio O. Rabasa, *La organización política de México*, Porrúa, México, 1917, p. 74.

Principios o elementos constitucionales. De carácter dogmático; refiere a la religión, que la única aceptada es la católica apostólica romana, principios políticos, sustentaba la autonomía y organización del estado, residiendo la soberanía en el pueblo, así hace referencia a los ciudadanos.

Forma de gobierno. De Naturaleza orgánica; menciona las provincias, las máximas autoridades. Quiénes eran el Supremo Congreso, el Supremo Gobierno y el Supremo Tribunal de Justicia, regula el sufragio y como novedad establece el Tribunal de residencia, para conocer de las acusaciones contra las máximas autoridades, y se tramitaban por medio de un juicio de residencia.

Los artículos que destacaban porque influyeron en los próximos documentos constitucionales de la historia mexicana son:⁵⁶

Artículo 13. Se reputan ciudadanos de esta América todos los nacidos en ella.

Artículo 14. Los extranjeros radicados en este suelo que profesaren la religión católica, apostólica, romana, y no se opongan a la libertad de la Nación, se reputarán también ciudadanos de ella, en virtud de carta de naturaleza que se les otorgará, y gozarán de los beneficios de la ley.

Artículo 15. La calidad de ciudadano se pierde por crimen de herejía, apostasía y lesa nación.

Artículo 16. El ejercicio de los derechos anejos a esta misma calidad, se suspende en el caso de sospecha vehemente de infidencia, y en los demás determinados por la ley.

Artículo 17. Los transeúntes serán protegidos por la sociedad, pero sin tener parte en la institución de sus leyes. Sus personas y propiedades gozarán de la misma seguridad que los demás ciudadanos, con tal que reconozcan la soberanía e independencia de la Nación, y respeten la religión católica, apostólica, romana.

Artículo 24. La felicidad del pueblo y de cada uno de los ciudadanos consiste en el goce de la igualdad, seguridad, propiedad y libertad. La íntegra conservación de estos derechos es el objeto de la institución de los gobiernos, y el único fin de las asociaciones políticas.

Artículo 25. Ningún ciudadano podrá obtener más ventajas que las que haya merecido por servicios hechos al estado. Estos no son títulos comunicables, ni hereditarios; y así es contraria a la razón la idea de un hombre nacido legislador o magistrado.

⁵⁶ Nota: Texto tomado de *Constituciones de México*, México, Secretaría de Gobernación, 1957.

La Constitución de Apatzingán fue uno de los documentos liberales más avanzados de su época, con influencia de la Constitución de Cádiz, recogiendo los ideales de la Francia revolucionaria; aunque esta constitución no tuvo vigencia práctica debido probablemente a la tutela española que de hecho vivía el país, destaca en ella la afirmación de la soberanía, la que reside originalmente en el pueblo, siguiendo así las ideas de Rousseau inherentes en las constituciones norteamericanas de 1787 y la francesa de 1793 las que influyeron en esta constitución sin embargo, siendo esta constitución un intento de unificación de la política nacional, sólo se quedaría en un mero intento.

4. El México Independiente

El sucesor del virrey Calleja, Juan Ruiz de Apodaca, acabó prácticamente con el movimiento insurgente, gracias a la derrota propinada al grueso del ejército de Vicente Guerrero en 1819 y a las disensiones internas de los rebeldes. A este clima contribuyó una mejor situación económica de la Colonia, al haberse restablecido el comercio con Europa tras el fin de las guerras napoleónicas, y una política de apaciguamiento que parecieron devolver la normalidad al país después de casi diez años de conflictos.

El virrey Apodaca buscó en la conciliación la mejor manera de volver a esa deseada normalidad, pero su actitud provocó el descontento tanto entre los patriotas mexicanos como entre los peninsulares más recalcitrantes. Al virrey le tocó restaurar la Constitución de Cádiz en junio de 1820, tras llegar la noticia del levantamiento de Riego y el restablecimiento del régimen liberal en España. En agosto se celebraron elecciones para cubrir los cargos de los Concejos municipales, Diputaciones provinciales y representantes a Cortes. La inmensa mayoría de los que resultaron elegidos eran criollos, muchos de ideología liberal y decididos partidarios de la autonomía.

Continuó el virrey Apodaca su política de pacificación publicando un generoso indulto para todos los miembros del movimiento independentista, en términos muy amplios, lo que invitó a que se acogieron a él más de veinte mil insurgentes, aunque no todos fueron amnistiados. De todas formas, la situación política general estaba cargada de ambigüedad, sobre todo por la errática política del gobierno

liberal metropolitano y su manifiesto anticlericalismo, claramente rechazado por los grupos dirigentes mexicanos, tanto peninsulares como criollos.

A lo largo de 1820 se fraguó la llamada Conspiración de La Profesa, en la que aristócratas criollos y ricos peninsulares, además del alto clero, idearon una fórmula para separar México de una monarquía liberal a la que no podían seguir siendo fieles por temor a perder sus privilegios.

El país alcanzó su independencia por el acuerdo de las principales fuerzas tanto realistas como patriotas, y se evitó así todo derramamiento de sangre. Incluso el caudillo Vicente Guerrero, que representaba los restos de la insurgencia, se movió en la misma dirección. Apodaca, que estaba al tanto de estos movimientos, y compartía, al parecer, sus fines, puso al frente del principal cuerpo de ejército al coronel Agustín de Iturbide, militar criollo de prestigio dudoso y con gran experiencia en la lucha contra la insurgencia, con la idea de llegar a un pacto con Guerrero. Los conjurados de La Profesa pensaron, por su parte, que Iturbide podría encabezar el movimiento que, unificando a españoles y mexicanos, y respetando la religión católica, podría obtener la independencia pacíficamente de una metrópoli impredecible y convulsa.

A. Plan de Iguala

Iturbide hizo sus propios planes y llegó a un acuerdo con Guerrero, que mantenía la insurgencia en los territorios del sur. Al entrevistarse con el jefe de los guerrilleros del Sur, en la población de Iguala, proclamó el 24 de febrero de 1821 el Plan de Iguala o de las Tres Garantías o Trigarante, de manera que el 1 y el 2 de marzo se levantaron las actas en las cuales se juró el Plan de Iguala.

Iturbide hizo público su Plan de Iguala en febrero de 1821, llamado Pacto Trigarante, porque defendía la religión, la independencia y la unión de los americanos y europeos.

En él se encuentran las bases fundamentales de la organización del nuevo Estado independiente, y constituyeron en su momento la única vía posible para separarlo del imperio español sin provocar una nueva guerra civil o alteración grave al orden social. El Plan proclamaba tres principios básicos:

a) La independencia de México; que sería gobernado por un príncipe español designado por Fernando VII. Dicho principio estaba establecido en los siguientes artículos de dicho Plan:

Artículo 2o. La absoluta independencia de este Reino.

Artículo 3o. Gobierno monárquico templado por una Constitución análoga al país.

Artículo 4o. Fernando VII, y en sus casos los de su dinastía o de otra reinante serán los emperadores, para hallarnos con un monarca ya hecho y precaver los atentados funestos de la ambición.

b) El mantenimiento de la religión católica como la única del país; que, como rezaba en el documento: "No le anima otro deseo al ejército que el conservar pura la santa religión que profesamos, y hacer la felicidad general". Establecido dicho principio en el artículo 1o.:

Artículo 1o. La religión católica, apostólica, romana, sin tolerancia de otra alguna.

c) La igualdad de derechos entre todos los habitantes de México; siendo lo más destacable para los fines de este trabajo, pues en este punto se visualizaba la igualdad que debía imperar entre todos los habitantes del país. Dicho principio está establecido en los siguientes párrafos del Plan:

Americanos, bajo cuyo nombre comprendo, no sólo a los nacidos en América, sino a los europeos, africanos y asiáticos que en ella residen...

Espanoles europeos: vuestra patria es la América, porque en ella vivís; en ella tenéis a vuestras amadas mujeres, a vuestros tiernos hijos, vuestras haciendas, comercio y bienes" [...]

Artículo 12. Todos los habitantes de él, sin otra distinción que su mérito y virtudes, son ciudadanos idóneos para optar cualquier empleo.

Artículo 13. Sus personas y propiedades serán respetadas y protegidas.

Americanos: He aquí el establecimiento y la creación de un nuevo Imperio. He aquí lo que ha jurado el Ejército de las Tres Garantías, cuya voz lleva el que tiene honor de dirigíroslo. He aquí el objeto para cuya cooperación os incita. No os pide otra cosa que la que vosotros mismos debéis pedir y

apetecer: *unión, fraternidad, orden, quietud interior, vigilancia y horror a cualquier movimiento turbulento*. Estos guerreros no quieren otra cosa que la felicidad común. Uníos con su valor, para llevar adelante una empresa que por todos aspectos (si no es por la pequeña parte que en ella he tenido) debo llamar heroica. No teniendo enemigos, que batir, confiemos en el Dios de los ejércitos, que lo es también de la paz, que cuantos componemos este cuerpo de fuerzas combinadas de europeos y americanos, de disidentes y realistas, seremos unos meros protectores, unos simples espectadores de la obra grande que hoy he trazado, y que retocarán y perfeccionarán los padres de la patria. Asombrad a las Naciones de la culta Europa; vean que la América Septentrional se emancipó sin derramar una sola gota de sangre. En el transporte de vuestro júbilo decid: ¡Viva la religión santa que profesamos! ¡Viva la América Septentrional, independiente de todas las naciones del globo! ¡Viva la unión que hizo nuestra felicidad!

Las autoridades eclesiásticas y militares se sumaron de forma entusiasta al Plan de Iguala o de las Tres garantías, así como la mayoría de las ciudades, que recibían a Iturbide como a un libertador.

B. *Tratados de Córdoba*

El nuevo jefe político de la Nueva España, figura que remplazaba la institución del Virrey, Juan O'Donojú se percató de la posición de fuerza del ejército trigarante, por lo que se reunió con Agustín de Iturbide en Córdoba, Veracruz, el 24 de agosto de 1821, donde se firmaron los Tratados de Córdoba. Dicho documento está formado por 17 artículos. En él se reconocía la independencia mexicana, se invitaba a Fernando VII a ejercer el reinado en el antiguo territorio virreinal con carácter de emperador de México, puesto que el gobierno sería monárquico, constitucional y moderado. Si bien se reconoció la evidente independencia del país, también se acordó el derecho del rey Fernando VII a gobernar los designios de la nueva nación, excluyendo a casas reales si el monarca español no aceptase el trono mexicano.

O'Donojú logró que las tropas expedicionarias españolas acantonadas en la capital mexicana aceptasen la rendición y se programara su repatriación a España.⁵⁷

⁵⁷ Villoro, Luis, "La revolución de independencia", en Cosío Villegas, Daniel, *Historia General de México*, vol. 1, El Colegio de México, México, 1994, pp. 591-644.

Los Tratados de Córdoba⁵⁸ establecieron que en primer lugar se declaraba a la nueva nación como católica (único credo reconocido), conservando todos los derechos de épocas anteriores; la segunda garantía hacía un llamamiento a la unidad, en donde peninsulares, criollos, castas e indígenas formasen una sola nación; y el tercer principio era la independencia. El plan preveía la pervivencia de la monarquía, invitando al rey Fernando VII a tomar el trono, o en su defecto cualquier miembro de la casa real reinante; como máximo poder en el periodo intermedio se creó una Junta de Regencia, cuya función prioritaria sería la de elegir al futuro monarca y convocar un congreso en donde se debatiera el marco legal de la futura nación.

Los puntos que se retomaron del Plan de Iguala y que sirven para el objeto de este trabajo son:

Artículo 6. Se nombrará inmediatamente, conforme al espíritu del Plan de Iguala, una junta compuesta de los primeros hombres del Imperio por sus virtudes, por sus destinos, por sus fortunas, representación y concepto, de aquellos que están designados por la opinión general, cuyo número sea bastante considerable para que la reunión de luces asegure el acierto en sus determinaciones, que serán emanaciones de la autoridad y facultades que les concedan los artículos siguientes.

Artículo 15. Toda persona que pertenece a una sociedad, alterado el sistema de gobierno, o pasando el país a poder de otro príncipe, queda en el estado de libertad natural para trasladarse con su fortuna adonde le convenga, sin que haya derecho para privarle de esta libertad, a menos que tenga contraída alguna deuda con la sociedad a que pertenecía por delito, o de otro de los modos que conocen los publicistas. En este caso están los europeos avecindados en Nueva España y los americanos residentes en la península; por consiguiente, serán árbitros a permanecer adoptando esta o aquella patria, o a pedir su pasaporte, que no podrá negárseles, para salir de este Imperio en el tiempo que se prefije, llevando o trayendo sus familias y bienes; pero satisfaciendo a la salida por los últimos, los derechos de exportación establecidos o que se establecieron por quien pueda hacerlo.

Artículo 16. No tendrá lugar la anterior alternativa respecto de los empleados públicos o militares que notoriamente son desafectos a la independencia mexi-

⁵⁸ Nota: El texto fue tomado de Felipe Tena Ramírez, *Leyes fundamentales de México*, México, Porrúa, 1967.

cana; sino que estos necesariamente saldrán del Imperio dentro del término que la regencia prescriba, llevando sus intereses y pagando los derechos de que habla el artículo anterior.

El 27 de septiembre de 1821, Agustín de Iturbide desfiló por las calles de la ciudad de México al frente del ejército de las tres garantías —excluyendo de la vanguardia a Vicente Guerrero— hacia el palacio virreinal, en donde los recibió.

Al día siguiente se constituyó una regencia provisional, tal como se estipulaba en los tratados de Córdoba, hasta que la corona mexicana fuera ocupada por el monarca español y en la que se comenzó a reflejar la división de fuerzas del nuevo mapa político mexicano (ejército, iglesia y oligarquía criolla).

El nuevo régimen pretendió reproducir el control central desde las élites capitalinas y frenar el poder de las regiones y de la revolución social. La esperanza de que un miembro de la casa real española ocupara el trono se desvaneció definitivamente en febrero de 1822, al ser anulados por las Cortes españolas todos los acuerdos y tratados alcanzados hasta el momento. Este acontecimiento, junto a la muerte de Juan O'Donojú debilitó las intenciones de los peninsulares partidarios de mantener el vínculo de unidad bajo la corona borbónica, los llamados "borbonistas".

La negativa de Iturbide a separar el mando militar del político y reducir la dimensión del ejército, le granjeó una fuerte oposición política pero a cambio obtuvo el apoyo del ejército, el cual lo proclamó nuevo emperador de México el 18 de mayo de 1822. Un Congreso Constituyente sancionó la decisión tomada por el ejército, que con el apoyo de la oligarquía criolla, del ejército y de la iglesia, Agustín de Iturbide, fue coronado el 21 de julio como emperador con el título de Agustín I en la catedral de México.

Iturbide se enfrentó a diversas crisis, desde la situación económica hasta su legitimación, pues en el Congreso empezó a correr la versión para anular su elección, por lo que Iturbide decidió disolverlo el 31 de octubre de 1822, sustituyéndola por una Junta Nacional Instituyente.

El emperador, consciente de que los líderes militares de la insurgencia no eran afines a su proyecto monárquico, decidió postergarlos sin reconocer sus méritos. Este hecho provocó la sublevación de los

generales Nicolás Bravo y Vicente Guerrero en enero de 1823, siguiéndoles casi todas las plazas militares del país. La unión de estos movimientos rebeldes se plasmó el 1 de febrero de 1823 en el Plan de Casa Mata, cuyo artífice, el general José Antonio de Echávarri, pretendía restaurar el Congreso y derrocar a Iturbide.

Finalmente, tras nueve meses de gobierno, el emperador se vio obligado a abdicar el 19 de marzo de 1823. Restablecido el Congreso con carácter constituyente, se creó un Supremo Poder Ejecutivo Provisional, formado por el caudillo de la insurgencia, Guadalupe Victoria, un representante del poder criollo, el general Nicolás Bravo y el iturbidista y representante de los intereses españoles, general Pedro Celestino Negrete.⁵⁹ Se convocaron elecciones en junio de 1823 para elegir a los diputados que compondrían el nuevo congreso, y a partir del 7 de noviembre los representantes electos empezaron a debatir sobre el tipo de república para México. Dentro de esta opción surgieron dos concepciones diferentes, la centralista y la federal. La primera consideraba la necesidad de continuar con la estructura sociopolítica de la etapa colonial, en donde el alto clero, la jerarquía militar y los grandes hombres de negocios, sobre todo de la capital, mantuviesen su privilegiada posición y en donde las transformaciones debieran producirse paulatinamente, sin alterar el orden establecido bajo el criterio más conservador.

C. Constitución de 1824

Tras varios meses de deliberaciones, se promulgó el *Acta Constitutiva de la Federación* por la que la nación mexicana adoptó la forma republicana, representativa, popular y federal. Entre diciembre de 1823 y a finales de enero de 1824 la Comisión de Constitución creó el *Acta*

⁵⁹ 23 De la Torre, Ernesto y Navarro de Anda, Ramiro, *Historia de México II*, McGraw-Hill, México, 1987, p. 32. Acompañado de su familia y de una pequeña escolta se embarcó en Veracruz en la fragata *Rowllins* propiedad de la Compañía Alemana de Indias, con destino a Livorno (Italia), siendo los gastos del viaje costeados por el general Guadalupe Victoria. Las posibles aspiraciones de los seguidores de Iturbide desaparecieron al ser fusilado éste en la plaza de Padilla el 19 de julio de 1824, tras haber desembarcado cuatro días antes en Soto La Marina para prevenir al pueblo de México de un posible reconquista por parte de la Santa Alianza y desconociendo que había sido declarado "traidor y fuera de la ley", como consecuencia de la fuerte oposición a su persona.

Constitutiva de la Federación Mexicana por la cual se apuntaban las pautas sobre la cuales trabajarían los constituyentes.

El 4 de octubre de 1824 se firmó la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos,⁶⁰ inspirada por la Carta Magna de Cádiz de 1812 y la federal de Estados Unidos. De este modo se pretendió equilibrar la institucionalización regional con un gobierno que coordinase desde la capital la nueva realidad política. La presión política y militar de las elites regionales por defender sus derechos, ante la sospecha de que el nuevo marco político fuera la continuación del sistema colonial centralizado, impidió que existiera una conciencia generalizada de nación.⁶¹

Se convocó a elecciones para elegir presidente y vicepresidente, siendo electos Guadalupe Victoria y Nicolás Bravo respectivamente. La aparente tranquilidad de esos meses de 1825 no fue más que la escenificación de una ficticia paz interna, en la que el presidente Victoria se esforzaba por contentar a todas las partes. Compuso su gobierno con representantes de las dos posturas enfrentadas, la centralista y la federalista, la mayoría provenientes de las clases altas, herederas del poder colonial, los que se hacían llamar "gente decente", a excepción del propio Victoria y del ministro de Hacienda, que no representaban a los ricos criollos.

Guadalupe Victoria advirtió desde el inicio de su mandato el importante poder de la masonería escocesa, que apoyaba el centralismo gubernamental, por lo que auspició la creación de la Logia de York en el mes de agosto de 1825. El origen de la masonería en México se remonta a los años 1813-1814, cuando militares y otros liberales peninsulares fundan la logia llamada de los escoceses, para defender los principios de la Constitución de Cádiz tras la abolición de ésta por Fernando VII. Después de la independencia, el partido de los

⁶⁰ Se articulaba la distribución territorial en virtud de la división del territorio mexicano en diecinueve estados, cuatro territorios dependientes del centro y un distrito federal, escogiéndose para éste la ciudad de México. El poder legislativo se componía de dos cámaras: de diputados y senadores; al ejecutivo le correspondían un presidente y un vicepresidente y el judicial estaba atendido por la suprema corte de justicia, por los tribunales y los jueces de circuito. La libertad de imprenta y pensamiento también quedaron reflejadas así como el impulso a la educación y a las garantías individuales.

⁶¹ Hamnett, Brian, *Historia de México*, Cambridge University Press, Madrid, 2001, pp. 163-165; Brading, David A.: *Los orígenes del nacionalismo mexicano*, FCE, México, 1973.

escoceses, engrosado por los ricos comerciantes y hacendados peninsulares y criollos, retira su apoyo a Iturbide, al aceptar éste la corona imperial y adoptar una política ultra conservadora.

Frente a este partido surgió la oposición de los yorkinos, obedientes a la masonería de influencia estadounidense, defensores de un liberalismo más radical y, sobre todo, decididos a acabar con la influencia del clero en la sociedad y la política mexicanas; el partido yorkino, dirigido en la sombra por el embajador estadounidense Poinsett, tenía como jefes de filas a Lorenzo de Zavala, José Ignacio Esteva y Miguel Ramos Arizpe, y recogió a todos los criollos liberales que habían sido postergados por el partido escocés.⁶² El ministro Esteva fue elegido gran maestro de la logia Yorkina, que extendió su organización a lo largo y ancho de México hasta llegar a las ciento treinta organizaciones. Su ideario político se basaba en el liberalismo, la defensa de la independencia y la consolidación de la federación. Sus enemigos eran los conservadores centralistas, el alto clero, la oligarquía criolla y los españoles que permanecían en el país, y el partido escocés, cercano a éstos. Coincidiendo con la creación de la nueva logia, los federalistas iniciaron el asalto definitivo al poder y, pronto, el equilibrio de fuerzas que tanto pretendía Guadalupe Victoria se inclinó a favor de los federalistas. Ante las elecciones previstas para el 20 de agosto de 1826, los yorkinos acusaron a los escoceses de recibir dinero de los españoles, y de estar más pendientes de retornar a integrar la antigua metrópoli en lugar de construir un México independiente y soberano.

La batalla política se libró primero en la prensa: *El Sol*, periódico representante de los escoceses y *El Águila Mexicana*, de la Logia de York. Este último presentó numerosos documentos en forma de cartas de ciudadanos mexicanos que se quejaban de lo que suponía la presencia de la población española y su perjudicial influencia en la sociedad mexicana.

De las elecciones salieron triunfantes de manera aplastante los yorkinos. Lo lamentable es que en la campaña nadie presentó proyecto político alguno, de manera que se resolvió en pura propaganda cargada de insultos y difamaciones. La política de los vencedores se basó en

⁶² Matute, Álvaro, *México en el siglo XIX. Antología de fuentes e interpretaciones históricas*, UNAM, México, 1993, pp. 265-269.

el acoso y derribo del enemigo, convirtiendo a la población española en la culpable de todos los problemas del país y presentándola como aliada natural de los escoceses.

D. Situación imperante en relación con los españoles

El panorama que vivió la sociedad novo hispana en ese momento histórico de México es retratado con precisión por Lucas Alamán:

La situación de los españoles cambiaría sustancialmente después de consumada la independencia. Los criollos pasarían a ocupar el primer plano en la política nacional, los peninsulares continuarían en absoluta minoría; sin el respaldo de España y sin la influencia y los privilegios de la Colonia. Los problemas a los que se enfrentarían después de 1821 serían muy diferentes a los del periodo anterior. En adelante, no tenían más alternativa que sufrir los vaivenes de la política y las vicisitudes de los primeros gobiernos nacionales.⁶³

La convulsionada sociedad mexicana, deseosa de hacer desaparecer todo vestigio de poder colonial, provocó en los criollos un ansia por desbanicar a los españoles que aún ocupaban importantes empleos en la administración estatal y local. La alianza entre las viejas elites durante el periodo de Iturbide hizo que permaneciera inalterable esa situación, creándose un profundo malestar en la mayor parte de la población criolla y mestiza. Para Lorenzo de Zavala, la desconfianza de los mexicanos hacia los españoles era inevitable, ya que a pesar de haber logrado la independencia, los antiguos opresores seguían disfrutando de cargos en el gobierno nacional, en la burocracia militar y eclesiástica y todos ellos beneficiándose de los frutos del trabajo de los mexicanos.⁶⁴

El investigador Romeo Flores Caballero afirma que el movimiento criollo por renovar los empleos se debió principalmente a la deficiente burocracia, a la malversación de fondos en la administración local y a que los españoles seguían viviendo a expensas del gobierno republicano. En definitiva, el colectivo español fue acusado de suscitar

⁶³ Lucas Alamán, *Historia de México...*, vol. V, p. 811.

⁶⁴ Costeloe, Michael, *La primera República de México (1824-1835). Un estudio de los partidos políticos en México independiente*, Madrid, FCE, 1975, p. 28.

todos los males que padecía la república, lo que provocó continuas manifestaciones de odio hacia los peninsulares.

A la luz de las evidencias históricas parece claro que el sistema burocrático colonial vigente en la Nueva España estaba viciado, pero también es cierto que la continua fuga de los experimentados burócratas españoles redujo a su mínima expresión la organización y eficacia de la nueva administración. Muchos sustitutos criollos no estaban capacitados para llevar las riendas del Estado, además de caer frecuentemente en los mismos vicios y defectos que sus antecesores peninsulares.⁶⁵

En 1821, muchos de los funcionarios españoles destinados en provincias se concentraron en la capital de la nación, por temor a ser víctimas de las violentas reacciones anti-españolas. El gobierno de Iturbide concedió un plazo de ocho días para que se reincorporasen a sus puestos si no querían perderlos. Pero la mayoría no regresó y se produjo así la primera gran transferencia de poder al ser ocupadas las numerosas vacantes que quedaron en las provincias por los llamados "hombres en su sazón", los mexicanos que habían servido en las filas insurgentes.⁶⁶

Surge entonces con fuerza la fiebre anti-española que va a azotar el país a lo largo de un lustro, al menos, y que responde en gran medida a dos factores ya señalados: la lucha por el poder entre conservadores y liberales —escoceses y yorkinos— y el temor, con fundamento, al papel de la "quinta columna"⁶⁷ que pudieran desempeñar los españoles aún residentes en el país en una eventual operación de reconquista por parte de la corona española. El temor a ser invadido no carecía de sentido. Tan pronto el ejército del duque de Angulema repuso a Fernando VII en su absolutismo, los proyectos reconquistadores del monarca español cobraron de nuevo importancia. Así el rey encomendó al conde de Venadito, Juan Ruiz de Apodaca, la preparación de la expedición a México.

Aunque este proyecto no llegó a realizarse, por toda la república corrió el rumor de que el ex virrey de Nueva España organizaba un

⁶⁵ Flores Caballero, R., *La Contrarrevolución en la Independencia*, El Colegio de México, México, 1969, pp. 90-97.

⁶⁶ Flores Caballero, R., *La Contrarrevolución en la Independencia*, op. cit., pp. 86-87.

⁶⁷ Como se le denominaba a una temida fuerza inesperada que contribuyera al intento de reconquista y colonización.

ejército expedicionario que saldría de Cádiz. Agustín de Iturbide conoció durante su exilio en Europa las intenciones de la Santa Alianza, hecho que le incitó a regresar a México en busca de la gloria perdida, lo que refleja que en toda Europa eran un secreto a voces los planes del rey español para América.

El protagonismo que había logrado Francia al recibir la confianza del Congreso de Verona para reinstalar el absolutismo en España influyó en que el primer ministro inglés Canning se decantase más por el apoyo a las nuevas naciones americanas que al régimen español. Así, después de que lo hicieran los Estados Unidos, Inglaterra reconoció en 1825 a México. El rey español intentó frenar esta política de reconocimiento, y en diciembre de ese año invitó a todas las potencias europeas a una convención, a celebrar en París, en donde intentaría, con el apoyo de Francia, formar una coalición que ayudase a España a recuperar las colonias perdidas, lo que daría pie posteriormente a la conformación de la Santa Alianza. La negativa del gobierno británico a participar hizo fracasar la convención, aunque el monarca español se mostró inflexible: "El rey no consentirá jamás en reconocer los nuevos Estados de la América española y no dejará de emplear la fuerza de las armas contra sus súbditos rebeldes de aquella parte del mundo".⁶⁸

Ante las intenciones españolas las potencias mundiales tomaron postura en función de sus intereses. Francia e Inglaterra adoptaron desde el primer momento una posición ambigua en el conflicto planteado entre la antigua metrópoli y la nueva república: por un lado se abrían enormes expectativas económicas y comerciales, en la creencia generalizada entonces de las inmensas riquezas de México; por otro lado, esos gobiernos deseaban mantener buenas relaciones diplomáticas con el rey español. A su vez, el nuevo gobierno mexicano era consciente de que el futuro de la joven nación dependía en gran medida de la política que las potencias europeas mantuvieran con la república y con España. Para estas naciones, México suponía un mercado excepcional y un lugar idóneo para invertir en sus minas y explotaciones agrícolas. A cambio el gobierno mexicano podría obtener los préstamos necesarios para hacer frente a una economía

⁶⁸ Artola, M., *La España de Fernando VII*, Espasa, Madrid, 1999, p. 723.

deficiente, consecuencia del abandono de muchas explotaciones mineras y de la importante fuga de capitales.

Dos años antes, el presidente norteamericano James Monroe había formulado la doctrina que llevaría su apellido, que afirmaba la hostilidad de su país a cualquier intento de reconquista o restablecimiento colonial europeo en el continente americano. Al mismo tiempo ese gobierno reconocía la nueva república de México esperando obtener así una posición ventajosa tanto en términos comerciales como en las negociaciones que habría que llevar a cabo para la fijación de límites entre los dos países. De todas formas, el gobierno norteamericano también adoptó una actitud conciliadora respecto a España a través de su representante en Madrid, Alexander Everett, intentó convencer al rey español de la inutilidad de su inmovilismo en relación con el reconocimiento de la independencia de México. Everett previno también al gobierno español del riesgo de una invasión de Cuba por parte de un ejército compuesto por tropas de México y Colombia, una operación en realidad defensiva ante la amenaza que suponía para las nuevas naciones la actitud beligerante de la antigua metrópoli.

Las naciones europeas fueron poco a poco alejándose de la postura española, preocupándose cada vez más por entablar relaciones comerciales con las nuevas repúblicas. Francia mantuvo buenas relaciones económicas con México desde el primer momento, pero no se atrevió a dar el paso del reconocimiento oficial para no comprometer el cumplimiento de los acuerdos adoptados con España.

La hispanofobia que ya se había manifestado en ciertas provincias del virreinato durante la rebelión de Hidalgo se presentaba más agresiva desde que las cañoneras del castillo de San Juan de Ulúa bombardeasen desde septiembre de 1823 el puerto de Veracruz, impidiendo el libre tránsito de mercancías necesarias para el sustento de la república.⁶⁹

En esta inercia, el Congreso del Estado de Jalisco aprobó medidas por las que se ordenaban recoger las armas a los españoles y además se les retiraba del servicio militar activo.⁷⁰

⁶⁹ Lorenzo de Zavala, *Albores de la república*, Empresas Editoriales, México, 1949, pp. 8-9.

⁷⁰ José María Bocanegra, *Memorias para la historia de México independiente, 1822-1846*, México, FCE, 1987, p. 291.

El cabildo de Cuernavaca aprobó el 17 de enero de 1824 un plan por el que se separaba a los españoles de los empleos públicos, sustituyéndoseles por nacionales, a "quienes correspondían por un derecho natural y legal".⁷¹

En Puebla, el militar Vicente Gómez se sublevó exigiendo que se hiciera efectivo lo aprobado por la Cámara del Estado de Jalisco, ejemplo que fue seguido en el Estado de México al levantarse en armas Francisco Hernández, el 17 de enero de 1824, exigiendo la destitución de todos los españoles que ocupasen cargos:

Hizo la advertencia de que la ruina de la nación estaba próxima porque el monarca español, habiendo derrotado a los liberales en la península, dirigiría ahora su atención hacia México. Aparte de barcos, hombres y dinero, España tenía en el mismo México una quinta columna o ejército de reserva compuesto de todos los españoles residentes, con la excepción de unos pocos. Predijo que cuando se concluyesen todos los preparativos el país sería invadido por un ejército de 5 000 a 6 000 soldados al que se unirían inmediatamente los españoles sublevados. La bandera española ondearía de nuevo sobre el país. Los patíbulos y las guillotinas se dejarían ver por todas partes y las prisiones se llenarían de americanos. La sangre mexicana correría a borbotones en los campos y en las cámaras de tortura.⁷²

Pocos días después, el 23 de enero de 1824, se producía otra sublevación en la capital, esta vez del general José María Lobato, exigiendo del gobierno de Guadalupe Victoria la destitución de todos los españoles de sus cargos, hasta que la independencia del país fuera reconocida por el rey de España, así como la destitución de los ministros Michelena y Domínguez por ser españoles. A pesar del aparente control de la situación por parte de las autoridades gubernativas, el problema ya se había enconado en los sectores más radicales de la Logia de York, que había convertido la causa anti-española en su emblema ideológico y propagandístico.

En Oaxaca, la sucesión de partidas armadas dirigidas por el cabecilla Loreto Castaño provocó el pánico entre los españoles allí

⁷¹ Flores Caballero, R., *La Contrarrevolución en la Independencia*, El Colegio de México, México, 1969, p. 29.

⁷² Costeloe, Michael, *La primera República de México (1824-1835). Un estudio de los partidos políticos en México independiente*, Madrid, FCE, 1975, p. 29.

asentados, después de que dieran muerte a varios peninsulares y saquearan sus propiedades.⁷³ La fiebre "anti-gachupina" se extendió hasta el estado de Campeche, en donde se reavivó el llamamiento de Lobato, al declarar su Congreso el 25 de febrero de 1824 la guerra a España y la separación de todos los españoles de los cargos públicos que estuvieran ocupando.

Para tratar de controlar la situación, el gobierno nacional decidió crear una comisión que regulara los deberes y derechos de los españoles residentes en México. La comisión consideró que los españoles que aún permanecían en el país eran ciudadanos mexicanos al haber aceptado y jurado la independencia, y consecuentemente no se les podía juzgar por haber defendido la bandera española durante la guerra de independencia, pues también muchos mexicanos lo habían hecho; dictaminó además que el gobierno debía garantizar los derechos de los españoles concediéndoles la ciudadanía si fueran residentes en México en el momento que se declaró la independencia; pero a su vez, proponía que no se les aceptara para ocupar empleo hasta que España no reconociese a la república, que se prohibiera la extracción de capitales pertenecientes a españoles emigrados y que se suspendiera de empleo a los españoles y militares considerados sospechosos, otorgándoles pasaportes y dinero para su transporte; también se les obligaba a abandonar los estados en los que residieran y se habilitaba a la Federación para dictar las leyes que consideraran necesarias de acuerdo con particulares. La decisión del comité no fue acordada por falta de quórum. Los diputados Guridi y Zaldívar manifestaron su desacuerdo al entender que no se respetaba el derecho de ciudadanía de todos los españoles residentes en México reconocido en los tratados de Córdoba.⁷⁴

En todo caso, el odio hacia todo lo español invadía la vida política del país provocando la codicia entre los criollos más exaltados. Así lo relata Lorenzo de Zavala:

⁷³ José María Bocanegra, *Memorias para la historia de México independiente, 1822-1846*, México, FCE, 1987, vol. I, p. 29.

⁷⁴ Flores Caballero, R., *La contrarrevolución en la independencia*, op. cit., pp. 110-111. Dictamen de la comisión especial nombrada para regularizar los derechos y deberes de los españoles europeos en el territorio de la federación, leído en la sesión pública el 14 de febrero de 1824. Imprenta del Supremo Gobierno de México, 1824, pp. 1-20.

Los que dependían de los ricos españoles se creían con derecho sobre las propiedades de sus amos y aun les atribuían la pobreza de la población. Consideraban además que éstos se habían enriquecido gracias a los privilegios concedidos a su favor por el gobierno colonial.⁷⁵

El final de la presencia militar española en territorio mexicano tras la capitulación de San Juan de Ulúa no sirvió para mejorar las relaciones con los peninsulares; la amenaza de un intento de reconquista seguía presente y los constantes informes de movimientos de tropas en Cuba parecían confirmarla. Esto fue lo que provocó la radicalización del conflicto. Una prueba más del que se consideraba inminente conflicto armado era la continua salida de españoles de los puertos mexicanos, con destino a La Habana y España. La mayor parte de los obispos decidió abandonar la incierta república y dirigirse a España; sólo permanecieron en sus puestos los de Yucatán, Puebla y Oaxaca.

Los españoles acaudalados, después de un sinfín de ataques por parte de la población nativa, vieron en el proyecto político de los escoceses la conservación del orden hasta donde era posible y lo apoyaron como la única posibilidad que tenían para permanecer en el país. Se advierte que aunque el dinero de los españoles ricos engrosó las arcas de la logia escocesa en un momento de gran rivalidad política, puso en manos de sus adversarios un argumento eficaz que a la larga los perjudicaría enormemente. La propaganda yorkina se dedicó a exacerbar el odio contra todos los españoles, pudiéndose leer títulos tan significativos como los escritos por Pablo Villavicencio, alias "El Payo del Rosario": "Los coyotes vendrán pero los de casa nos la pagarán"; "O se destierra al coyote o mata nuestras gallinas"; "O se van los gachupines o nos cortan el pescuezo"; y "Si vienen los godos nos cuelgan a todos", o abiertamente, "Que mueran los gachupines y la patria será libre". En Tabasco se colocaron libelos anónimos en lugares públicos en donde se mostraba a algunos españoles allí residentes decapitados, con la clara intención de amedrentarlos y obligarles a abandonar México.

⁷⁵ Lorenzo Zavala, *Juicio imparcial sobre los acontecimientos de México en 1828-1829*, op. cit., pp. 8-9.

E. La primera expulsión de los españoles

En medio de esta creciente ebullición patriótica, el caso de la conspiración fallida del padre Arenas supuso un punto de inflexión en la relación entre españoles y mexicanos, porque vino a confirmar ante la opinión pública los temores de una invasión apoyada por una conspiración de los peninsulares dentro de la república. Ya no se trataba sólo de la propaganda atemorizadora propiciada por los yorkinos sino que la contrarrevolución se descubría dentro del país.

Abundando en mayores detalles, el 18 de enero de 1827, Joaquín Arenas, fraile de la orden mexicana de San Diego, invitó al general Ignacio Mora a sumarse al alzamiento armado que importantes figuras de la economía y militares estaban tramando para devolver México a España. El general no quiso verse involucrado en la traición e informó al gobierno. Para conocer el alcance de la conspiración, el general citó en su casa al padre Arenas que, sin saber que había varios testigos ocultos, le dio a conocer el nombre de los demás conspiradores. Tras ser detenido el religioso respondió que el plan había sido urdido en España y que el rey había mandado a México un emisario.⁷⁶ A partir de las investigaciones ordenadas por el gobierno se detuvo a los sacerdotes españoles Aguirre y Torres. En la causa, el padre Arenas afirmó que la razón principal de su movimiento había sido salvar la religión, asustado por el triunfo de los yorkinos a principios de febrero, como consecuencia de la declaración del padre Torres, los generales españoles Pedro Celestino Negrete, José Antonio Echávarri y Gregorio Arana fueron acusados y encarcelados.

A pesar de la tinta que ha hecho correr, todavía hoy existen elementos confusos sobre los motivos y si había alguien más poderoso detrás del religioso español. Pero se pudo demostrar que la conspiración tenía ramificaciones en otras partes de la República, así como

⁷⁶ Respecto al enigmático personaje se barajan varios nombres, ente los que destaca Juan Chimasco Velasco, según la información obtenida en el interrogatorio al padre Aguirre, implicado en el plan del padre Arenas, y tal como se puede leer en la obra de Suárez y Navarro, *Historia de México y del general Antonio López de Santa Anna*, México, 1850. El panfleto pone de manifiesto que México debía volver a la situación política que vivía antes de 1808, haciéndose cargo de esta revuelta el Sr. Velasco, nombrado jefe del ejército con el título de comisionado regio.

la complicidad de otros religiosos peninsulares. Sin embargo, la presunta implicación de los generales peninsulares Arana, Negrete y Echávarri no pudo ser demostrada; el primero fue fusilado, los otros dos fueron exiliados, falleciendo el primero en Burdeos y el segundo en Estados Unidos; siempre se manifestaron fieles a la República y jamás renunciaron a su condición de mexicanos.

En todo caso, este suceso sirvió para legitimar todas las medidas anti-españolas que, a instancias de los yorkinos, se pusieron en marcha a partir de entonces, convirtiendo a los peninsulares en chivos expiatorios de todos los males de la nación. El primer objetivo fue expulsar a los peninsulares de los empleos públicos que aún ocupaban en las administraciones de la república por medio de la Ley de Empleo de 10 de mayo de 1827.

El 14 de febrero de 1827 cuatro diputados yorkinos presentaron en el Congreso de la nación un anteproyecto de ley en el que se proponían fuertes medidas para controlar y sofocar cualquier manifestación de españolismo. Se decía que cualquier persona que conspirase contra la independencia de la nación, o que apoyase públicamente al rey de España sería ejecutada. El senador Alpuche propuso la expulsión de todos los sacerdotes españoles que no fueran afines a la independencia y que todas las armas de los empleados de las haciendas pertenecientes a españoles fueran confiscadas. El discurso anti-español continuó en aumento, tratándose ya la posibilidad de separar a todos los españoles de los empleos de la república e incluso de su expulsión si España no reconocía la independencia.

Hubo voces que se levantaron en contra de estas medidas, como la de Quintana Roo y la del diputado por el estado de Puebla José Domingo Couto. Este último consideraba que la separación de empleo era "injusto, impolítico, innecesario y peligroso", ya que se oponía al principio de igualdad entre mexicanos y españoles tal como lo proclamaban el Plan de Iguala y los Tratados de Córdoba.

El diputado por Michoacán, Francisco Manuel Sánchez de Tagle, voz de los escoceses, a pesar de defender la separación de los españoles de los cargos públicos, reconocía que, en virtud de los tratados firmados, los españoles que hubieran jurado la independencia eran a todos fines ciudadanos mexicanos. Contrario a lo anterior, el diputado por Yucatán, Manuel Crescencio Rejón, alegaba que la medida obligaría a España a reconocer la independencia de México.

Mientras tanto, la fiebre anti-española se extendía por el país. En el estado de Tlaxcala se consideró la necesidad de expulsar a todos los españoles que hubieran llegado a México después de 1810, dándoles un plazo de dos meses para salir del país. Cada cual debía sufragarse los gastos del viaje, y en caso de no poder hacerlo cualquier español más pudiente debería auxiliarle. A partir de esta decisión, otros estados siguieron su ejemplo, proliferando medidas de carácter similar.

El Distrito Federal se percató de que los españoles comprendidos en dichas medidas se trasladarían a la capital de la nación para evitar la expulsión, por lo que la aglomeración de tantos peninsulares podría suponer un peligro. Esta circunstancia provocó que se solicitara al Congreso una ley general por la que se regulara la expulsión de los españoles. El senador escocés Francisco Molinos del Campo propuso al Senado que mientras España no reconociese la independencia de México, los españoles deberían abandonar todo empleo en la administración del Estado; sin embargo, consideró que los sueldos de los afectados deberían ser pagados en su totalidad por las arcas de la nación, y sus empleos cubiertos por empleados mexicanos hasta que el conflicto finalizase. Esta proposición sirvió al Senado para aprobar definitivamente la Ley de Empleo el 10 de mayo de 1827, por la que, según rezaba su primer artículo: "Ningún individuo que sea español por nacimiento podrá ejercer cargo ni empleo alguno de nombramiento de los poderes generales en cualquier ramo de la administración pública, civil y militar, hasta que la España reconozca la independencia de la nación".⁷⁷

La Ley de Empleos no frenó la propaganda yorkina, dirigida ahora a lograr la expulsión de todos los peninsulares que aún quedaban en el país. Su verdadero objetivo era doblegar a los escoceses y hacer caer el gobierno de Guadalupe Victoria. Un sector de los escoceses fundó en julio de 1827 el partido de los Novenarios, en un intento por atraerse a los yorkinos más moderados, pero los más radicales de éstos presentaron a la nueva formación ante la opinión pública como un nuevo intento conspirativo en alianza con los proyectos de reconquista española y en contra de la independencia de la nación.

⁷⁷ Flores Caballero, R., *La contrarrevolución en la independencia*, op. cit., pp. 119-120. La ley fue aprobada por 48 votos a favor y 11 en contra.

Por todo el territorio nacional se siguieron produciendo alzamientos militares de signo anti-español y anti-escocés, como los dirigidos por Cristóbal Méxic en Pátzcuaro o José María Gallardo en Acapulco, reclamando medidas más contundentes contra los peninsulares. El Estado de México dio un paso adelante al prohibir a los españoles portar armas sin consentimiento del gobierno del estado. En septiembre de este mismo año el estado de Jalisco presenta al Congreso el primer decreto de expulsión de españoles, que aquel rechazó por considerarlo anticonstitucional, ya que esos españoles poseían la nacionalidad mexicana. Además advertía que esta medida podría provocar la lógica inquietud entre la población extranjera asentada en la república, en su mayoría comerciantes europeos.

En agosto, la cámara del Estado de México exigió al Congreso nacional que se decretara la expulsión de todos los españoles en el plazo de 30 días, permitiéndoles sacar del país solamente una tercera parte sus bienes; asimismo, todo español que no se presentase ante el comandante general de su estado, como cualquier mexicano que ocultase a un español sería fusilado.

El estado de Jalisco fue el primero en dictar, el 3 de septiembre, un decreto de expulsión de españoles bajo las siguientes condiciones: "Todos los españoles deberían abandonar el país en el plazo de 20 días, y no regresar hasta que España no reconozca la plena soberanía de México". Fueron exceptuados los casados con mexicanas, las viudas con hijos y los enfermos debiendo los excluidos presentarse una vez al mes ante las autoridades competentes. Asimismo, se limitaba a los españoles el derecho de reunión. Las medidas previstas en dicha ley no fueron aprobadas por el Congreso nacional al considerar que eran de su exclusiva competencia.

Un plan similar fue presentado en el Congreso del estado de Oaxaca y por otros caudillos en distintos puntos de la república. En todo caso, el problema estaba en la calle y era motivo de encendidos enfrentamientos entre los moderados, defensores de los españoles, y los radicales yorkinos, que no cejaban en el empeño de expulsar a todos los españoles. La campaña anti-española encontró a su mejor agente en el gobernador del Estado de México, Lorenzo Zavala, quien propagó los continuos intentos de los españoles de organizar grupos de rebeldes por todo México. En su contra surgió la figura del líder liberal José María Luis Mora como defensor de los derechos de

los peninsulares. Para éste los españoles eran ciudadanos mexicanos, con los mismos derechos que los nacidos en México: "inocentes de la persecución más inocua y a quienes con la mayor sangre fría se les preparaba el desamparo, la orfandad y la miseria".⁷⁸

Asimismo constataba la importante participación activa en la economía del país, al contribuir con desembolsos pecuniarios a favor de la independencia y de la libertad de la patria, por lo que su expulsión supondría la pérdida de caudales y la enemistad de amigos y familiares. Los argumentos esgrimidos por Mora fueron replicados por el periódico *El Amigo del Pueblo*, en el que se afirmaba que los españoles que habían aceptado el Plan de Iguala lo hicieron sólo por el tipo de gobierno que se establecía, que garantizaba sus intereses y que tras la caída de Iturbide, habían tratado de minar el nuevo proyecto de nación "por medio del oro y de la seducción de fuerzas para oprimirla, corrompiendo la opinión de los sencillos, a la sombra de la religión, o desconceptuando a los funcionarios que se hallasen al frente de la suprema administración, y a los patriotas más distinguidos por su apego a nuestras libertades, y cuidando sobre todo de imposibilitar el descubrimiento de los conjurados para que a pesar de cualquier desgracia, pudiesen continuar su empresa [...]".⁷⁹

De todas formas, el legislativo del Estado de México adoptó el 6 de octubre el decreto de expulsión dictado por el de Jalisco, con la diferencia de que se les concedía treinta días para salir del territorio, los separaba de sus puestos abonándoles el sueldo, ordenaba vigilar sus reuniones y los obligaba a reportarse cada mes ante las autoridades. Aunque el Congreso de la nación decretó su inconstitucionalidad, como había hecho con el de Jalisco, el decreto fue publicado, y los españoles residentes en el estado huyeron precipitadamente al Distrito Federal,⁸⁰ ya que la capital de la nación ofrecía la posibilidad de pasar

⁷⁸ Luis Mora, José María, *Obras sueltas*, Porrúa, México, 1963, p. 538.

⁷⁹ Flores Caballero, R., *La contrarrevolución en la independencia*, op. cit., p. 128.

⁸⁰ Sims, Harold, *La expulsión de los españoles de México*, 1821, 1828, FCE, México, 1974, p. 177. Consciente de lo que sucedía por los informes de los oficiales de las guardias estacionadas en las garitas, el gobernador Esteva expidió un bando el 17 de enero de 1828 según el cual todos los españoles residentes en el Distrito Federal debían presentarse en la secretaría de su jurisdicción, dentro de un plazo de ocho días, llevando una declaración firmada de su "nombre, edad, nación, estado, residencia y domicilio en la ciudad de México" o el documento que comprobara la legalidad de su condición, expedido por el gobernador del estado en que anteriormente había residido.

más inadvertido, la realización de negocios y la búsqueda de contactos adecuados que permitiesen eludir la aplicación de la ley.

Durante los meses de noviembre y diciembre, los estados de Texas, Coahuila, Guanajuato, Michoacán y Veracruz dictaron sus propias leyes de expulsión, de españoles, siguiendo el ejemplo de Jalisco. En el estado de Veracruz la presión popular hizo que el 4 de diciembre de 1827 se procediera a la expulsión de los españoles allí residentes, incluidos los militares capitulados. Los emigrados podían llevar consigo todos sus bienes o dejarlos a cargo de apoderados de su confianza, ya que el gobierno estatal se los garantizaba.⁸¹

Así las cosas, el diputado por el Estado de México, José María Olloqui, presentó el 17 de noviembre un proyecto de ley federal de expulsión de españoles que afectaba tanto a los españoles capitulados como a los llegados a la república después de 1821, así como a los que hubieran obtenido la nacionalidad estadounidense. La comisión de asuntos constitucionales consideró que, a pesar de que el proyecto de expulsión atentaba contra las libertades personales, no era menos cierto que la defensa de la independencia y del interés común de la nación estaba por encima de los derechos individuales.

Durante esa semana las manifestaciones anti-españolas se acentuaron, en forma de motines, revueltas y disturbios, que sin duda influyeron en la actitud de los diputados. La presión de la opinión pública y de las cámaras regionales obligó por fin al Senado a aprobar el 20 de diciembre de 1827, la primera ley de expulsión de españoles, por 42 votos a favor y 13 en contra, aunque la influencia de los escoceses fue determinante para que las condiciones de la expulsión no fueran tan duras como se podría prever: se ordenaba el destierro de todos los españoles pero con carácter temporal; se les permitió cobrar los sueldos completos, y los gastos derivados del destierro fueron pagados en muchos de los casos por el erario público; los bienes y propiedades de los expulsos fueron respetados.

Tres días después, los escoceses se levantaron en Tulancingo, presentando el llamado Plan de Montaña, que se basaba en cuatro puntos: la extinción de las sociedades secretas (contra los yorkinos), el cambio de gobierno, la expulsión del influyente embajador Poinsett

⁸¹ Carmen Blázquez, *La expulsión de españoles de Xalapa y Veracruz (1827-1828)*, siglo XIX, Cuadernos de Historia, Monterrey, 1992, p. 50.

y el cumplimiento de la Constitución.⁸² Lo que en un principio parecería la reacción a la ley de expulsión se trataba de la culminación de las intenciones de los escoceses de imponerse por medio de las armas, produciéndose así una violación flagrante de la Constitución por éstos que se proclamaban sus defensores. El vicepresidente Nicolás Bravo, máximo responsable de la revuelta, afirmó que su único propósito era liberar al Congreso y al gobierno de Victoria de la pérfida influencia yorkina.

Implícitamente el gobierno entendió que la causa real y principal del levantamiento había sido la promulgación de la ley de expulsión de españoles, por lo que consideraron que el elemento distorsionante de la paz social era la presencia de éstos en el país. El general Guerrero consiguió derrotar a los amotinados, haciendo prisioneros al vicepresidente Nicolás Bravo y a sus ayudantes. Tras ser juzgados entre enero y junio de 1828, fueron expulsados del país. La influencia de los escoceses en la vida política de México tocaba a su fin, y el general Guerrero se alzaba como el líder indiscutible de la defensa del orden constitucional.

F. La segunda expulsión de españoles

La alternativa política a los yorkinos se hizo realidad a partir de 1828, con la creación del partido federalista llamado Los Imparciales, que presentó como candidato a la presidencia al ministro de guerra Gómez Pedraza, quien recibió el apoyo de los centralistas y de los yorkinos más moderados. Los yorkinos radicales que quedaron en minoría, presentaron como candidato a Vicente Guerrero, héroe de la revolución de independencia y vencedor de la última conspiración contra el gobierno, al que sus rivales reprochaban su condición de mestizo y escaso nivel cultural. La candidatura de Guerrero fue acompañada de importantes personajes públicos como Zavala, a la sazón gobernador del Estado de México, y Alpuche, el senador que había propiciado la ley de expulsión. La candidatura de su oponente, Gómez Pedraza, fue apoyada por la vieja aristocracia, el alto clero, militares de alta graduación, escoceses, novenarios y por el ala más moderada de los

⁸² Hamnet Brian, *Historia de México*, Madrid, Cambridge University Press, 2001, pp. 165-166.

yorkinos, que no veía con buenos ojos los mensajes de los más radicales, basados en el anti-españolismo y en la soberanía popular, que implicaba la igualdad social y la democracia pura.

Las elecciones se celebraron el 1 de septiembre de 1828, obteniendo la victoria el candidato moderado Gómez Pedraza. Los resultados no fueron aceptados por el general Guerrero, quien delegó en Lorenzo de Zavala la organización de una revolución. Contó con el apoyo del general Santa Anna, que ocupó la fortaleza de Perote, en donde presentó un plan formal de sublevación que incluía la exigencia de una nueva ley de expulsión de españoles más radical. A pesar de que la intentona apuntaba al fracaso, la sublevación de los coroneles García y Cadena el 30 de noviembre en la ciudad de México, ocupando el edificio de La Acordada, dio un vuelco a la situación. Las tropas exigieron la dimisión del presidente Victoria y su sustitución por Guerrero, mientras Gómez Pedraza huía de la capital renunciando a su derecho a la presidencia.

Este vacío de poder fue aprovechado por la plebe que se dirigió al Parián, corazón del comercio mexicano, saqueando e incendiando tiendas y almacenes, dejando en la ruina a cientos de comerciantes españoles, mexicanos y extranjeros.⁸³

La manifestación de odio hacia los españoles culminó con el asesinato de varios de ellos. Para los más radicales esta jornada supuso la victoria del pueblo sobre la aristocracia, y la más clara convicción popular de que todos los males que padecía la república eran debidos a la presencia de los peninsulares.

El general Vicente Guerrero, elegido presidente en enero de 1829, conformó un gobierno decidido a enfrentarse a tres graves problemas que podrían destruir a la nación: la amenaza de una inminente invasión española, la difícil situación económica, con un fisco inoperante, y la articulación de un ejército abocado a desmembrarse en partidas de caudillos.

Desde principios de año circulaban fuertes rumores en México sobre los preparativos que se hacían en España para la reconquista del país. Ante el temor de que los peninsulares que aún quedaban en el

⁸³ Este ataque no sólo fue contra los españoles, más bien fue la manifestación de odio y rabia contra los poderosos comerciantes del Parián, según manifiesta Bustamante en su diario. Harold Sims, *La descolonización en México: conflicto entre mexicanos y españoles (1821-1831)*, México, FCE, 1982, p. 79.

territorio nacional pudieran auxiliar la operación, el Congreso aprobó el 20 de marzo de 1829, transcurridos tan sólo quince meses desde la primera ley, una nueva ley de expulsión de españoles, con la que se pretendía resolver radicalmente el problema. Esta segunda ley era mucho más estricta al afectar a todos los nacidos en la península —con independencia del estado civil, relación familiar, creencias políticas o vinculaciones personales— y no dejar prácticamente margen para excepciones o exenciones, tal como había sucedido con el artículo segundo de la primera ley.

Esta vez, los efectos se dejarían notar profundamente en la sociedad mexicana y en cientos de familias que dejaron los expulsos en México. La presión de los conservadores, dirigidos por Lucas Alamán, logró que el Congreso destituyera a Guerrero, ocupando su lugar el vicepresidente, general Bustamante, quien formó el 1 de enero de 1830 un gabinete abiertamente conservador. Sin embargo, acuciado por problemas económicos y para acallar a la oposición, dictó un nuevo decreto, en septiembre de 1830, ordenando la incautación de todos los bienes de los residentes en países enemigos, es decir, España. Esta fue la última gran medida anti-española dictada en México, cuando ya habían salido del país la mayoría de los peninsulares que allí habían quedado después de la independencia.

IV. CONCLUSIONES O LAS INCONSISTENCIAS LEGALES DE LOS DECRETOS DE EXPULSIÓN

Como se planteó en la introducción de este trabajo, que ha sido desarrollado en los capítulos propuestos, el objetivo que se busca obtener es realizar un estudio introductorio, haciendo partícipe el devenir histórico de los hechos y del derecho hispano mexicano involucrado, sobre la violación de derechos fundamentales en las leyes mexicanas del 20 de diciembre de 1827 y del 19 de marzo de 1829, referentes a la expulsión de españoles de los Estados Unidos Mexicanos.

En el análisis de esta compleja temática es conveniente tener presentes diversos instrumentos legales como son el Decreto de Gobierno: Acta de Independencia, del 6 de octubre de 1821; el Decreto de Gobierno: Proclamación de la Independencia de México, del 6 de octubre de 1821; la Orden de Prohibición para clasificar ciudadanos, del 17 de septiembre de 1822; el Decreto del Gobierno de Medidas

para la seguridad de la República, del 23 de diciembre de 1824; la Ley de Expulsión de Españoles de 1827; la Ley de Expulsión de Españoles de 1829; el Reglamento de Ley de Expulsión de Españoles de 1829; la Ley sobre la Expulsión de Extranjeros No Naturalizados de 1832 y el Decreto de Gobierno: Libertad de españoles por los Tratados de Córdoba y Plan de Iguala, 1842. Cabe señalar que para efectos de este trabajo, en virtud de ser un estudio introductorio, nos quedaremos hasta el marco legal subsistente en el segundo decreto de expulsión.

Esta situación se plantea a raíz de que en los contenidos de los Tratados de Córdoba y el Plan de Iguala se introduce expresamente como uno de los tres pilares de la nación mexicana, incluido todo su sistema normativo fundamentado en la Constitución de 1824, la garantía de Unión,⁸⁴ la cual no queda anulada a pesar del hecho de que España se haya negado a reconocer la independencia de México y haya postulado la nulidad de los Tratados de Córdoba firmados por Juan O'Donjú.

Se afirma la subsistencia constitucional de los tres principios cordobistas, Religión, Unión e Independencia, en el sentido de que la independencia es un hecho que no está sujeto a la aceptación de la nación de la cual se separa un estado, sino a su consolidación efectiva, lo cual había acontecido en el territorio nacional. Siendo en este caso una declaración unilateral de voluntad del Estado mexicano conformarse en una nación independiente, bajo estos tres principios que permearían la vida nacional, los cuales efectivamente ocurrieron así en la inspiración programática de la Constitución de 1824.

En este sentido, al subsistir las tres garantías dentro del marco constitucional,⁸⁵ una ley del Congreso de la Unión, como son los decretos de expulsión del 20 de diciembre de 1827 y del 19 de marzo de 1829, que no tiene siquiera el rango de ley constitucional al no regular en específico un precepto constitucional, no tiene capacidad

⁸⁴ Recuérdese que el Ejército Trigarante iturbidista postulaba los principios de Religión, Unión e Independencia, mismos que incluso dieron pie a la formación del lábaro patrio; que, con ajustes derivados de la laicidad en cuanto a la materia religiosa, sigue compartiendo los principios de Unión e Independencia.

⁸⁵ Cabe reconocer que en el caso de las garantías de Religión y de Independencia existen declaraciones expresas, lo que no es óbice para sostener la subsistencia de la garantía de Unión.

jurídica, en nuestro concepto, para contravenir una declaratoria programática de la Constitución, como son los contenidos de los Tratados de Córdoba y el Plan de Iguala, documentos sustentadores de su razón de ser, al consistir en la base de la independencia nacional. Por tanto, dichos decretos estaban afectos de una inconstitucionalidad evidente, lo que además derivaba en violaciones de derechos humanos para los españoles pues se alteraban las tres garantías básicas de los ciudadanos para con el Estado mexicano, implícitas en la voluntad del legislador originario de la Constitución de 1824, a saber la Religión, la Unión y la Independencia.

Esta posición se consolida a través de declaración expresa de la Constitución de 1824 en el sentido, por ejemplo, de la obligación del presidente contenida en el artículo 110⁸⁶ de dicha Carta Magna de conservar la unión al interior del país, lo que involucra respetar lo postulado desde los Tratados de Córdoba y el Plan de Iguala. Dicho artículo expresa:

Artículo 110. Las atribuciones del presidente son las que siguen:

[...]

3 Poner en ejecución las leyes y decretos dirigidos a conservar la integridad de la federación, y a sostener su independencia en lo exterior y su *unión* y libertad en lo interior.

Desarrollando esta línea argumentativa es ilustrativo que en los textos de los dos decretos de expulsión no se contempla una argumentación particular para acreditar la nulidad de los Tratados de Córdoba, en particular en lo referente a la garantía de Unión; si bien en los debates que derivó esta problemática esta situación sí fue definida, sin alcanzar posiciones contundentes.

En este tenor, una disposición de una legislatura local como la del estado de Jalisco, que el 31 de agosto de 1827 se convirtió en el primer estado de la nueva república en promulgar una Ley de Expulsión, con mayor razón, es absolutamente inconstitucional.

En los debates que generó esta problemática en las legislaturas locales y en el Congreso de la Unión, el motivo que se esgrimió constantemente, incluso en los decretos de expulsión de españoles,

⁸⁶ Véase Felipe Tena Ramírez, *Leyes fundamentales de México*, Porrúa, México, 1997.

país. En estos términos, México no estaba acostumbrado a recibir a muchos extranjeros y los veía con natural recelo, fuera del campo comercial, que por las características mismas de esta actividad tenían un visor distinto.

Otro problema ligado a éste es el relativo al ingreso de extranjeros en México, particularmente a partir de 1824, ya por los temores de una reconquista o por la inestabilidad política que se vivía en Europa y que podría motivar la llegada de ciudadanos no deseados.⁹⁰ En este marco, para la calificación de los españoles que no deberían abandonar al país, dentro del marco de las leyes de expulsión, se estableció una Junta de Facultativos y, por motivos del derecho internacional, los efectos de la ley de marzo 20 de 1828 se dejaron en suspenso, en la parte referente a las disposiciones relativas a peninsulares de nacimiento, pero nacionalizados en países amigos de México.

Es precisamente este último caso una complicación denunciada con la aplicación de las leyes de expulsión, pues ante la eventualidad de los problemas de la inestabilidad mexicana varios españoles expulsos acudieron ante las legaciones de las naciones amigas del Estado mexicano para acoger esa nacionalidad, lo que les permitía regresar al país al cambiar su situación jurídica y de esta forma poder rescatar a sus familias y propiedades.

Cabe señalar que derivado de las difíciles circunstancias de la expulsión, una vez normalizada la situación entre México y España ante el reconocimiento de esta última de la independencia, el Estado mexicano se encontró ante la problemática de que algunas familias mexicanas que habían emigrado junto con los españoles se encontraban varadas en el extranjero, en situaciones de vida muy difíciles, por lo que se vieron en la necesidad de ser rescatadas por el Estado mexicano, dado su paupérrimo estado económico, derivado muchas veces de la muerte del paterfamilias, escenario común por las enfermedades del clima neworleanense, uno de los destinos más acudidos por los expulsos españoles y sus familias, dada la cercanía al territorio nacional, en la esperanza de regresar pronto.⁹¹

⁹⁰ La Ley de 12 de marzo de 1827 dispuso la obligación de normar a los pasaportes, reformando con ello el Reglamento expedido en marzo 12 de 1826. Esta normatividad pretendía hacer especial énfasis en el tema de los españoles que intentaran ingresar al país.

⁹¹ En 1831 las familias mexicanas abandonadas en Nueva Orleans fueron repatriadas, a petición del cónsul de México en dicha ciudad, sumando la cantidad de 130 personas, entre

El drama de la expulsión de los españoles plantea diversas situaciones de carácter histórico y de reflexión jurídica que muestran serias dudas sobre la constitucionalidad de los decretos de expulsión de españoles de México del 20 de diciembre de 1827 y del 19 de marzo de 1829, que redundan en nuestra perspectiva en serias violaciones a los derechos humanos de los españoles, que fueron afectados por una ley especial, inconstitucional y lesionadora de la garantía de Unión subsistente en la programática de la Constitución de 1824.

Esta situación se refuerza especialmente al acudir ante el marco legal constitucional vigente en esa época de los diversos estados de la naciente federación, que expresamente reconocen la igualdad de derechos para todos los habitantes, sin distinciones incluso de nacionalidad. En este sentido el artículo décimo de la Constitución del Estado de Coahuila y Texas de 1824 expresa: "Todo habitante en el territorio del Estado, aunque sea de tránsito, goza de los imprescriptibles derechos de libertad, seguridad, igualdad y propiedad". El artículo octavo de la Constitución del Estado de Querétaro, vigente en esa fecha, garantiza para todos sus habitantes los "naturales e imprescriptibles derechos de libertad, seguridad, propiedad e igualdad". El artículo décimo de la Constitución del Estado de Chihuahua declara que "la ley es una para todos: ante ella todos son iguales". La Constitución del Estado de Veracruz declara que "reconoce los derechos de libertad e igualdad". El artículo noveno de la Constitución del Estado de Yucatán establece que todos "son iguales ante la ley, ya premie o ya castigue". En esta línea, la Constitución del Estado de Zacatecas establece en su artículo segundo el derecho de igualdad ante la ley. Esta valoración no debe pasar por alto la circunstancia de que todas las constituciones estatales, incluso la propia Constitución de 1824, también preveían el caso de que los derechos del ciudadano quedaran suspendidos. Sin embargo, este matiz es superado en el análisis ya que las leyes de expulsión afectan a los españoles sin certeza sobre la fecha de culminación de la privación de sus derechos a asentarse en el territorio nacional, quedando únicamente abierta esta posibilidad

niños y mujeres. Véase Omar Guerrero, *El Estado y la administración pública en México. Una investigación sobre la actividad del Estado mexicano en retrospectiva y prospectiva*, INAP, México, 1989.

en la condición resolutoria de que España reconozca la independencia de México.

Debe también reconocerse que el debate sobre si el Plan de Iguala y los Tratados de Córdoba pueden considerarse un documento bilateral entre México y España, pues jurídicamente México no era una colonia sino una provincia española según la Constitución de Cádiz, brinda aristas adicionales al tema de su validez y por tanto de la subsistencia de sus contenidos en la programática de la Constitución de 1824, pero creemos al respecto que ésta es contundente derivado de que las tres garantías significan los pilares jurídicos y de intención del legislador en la construcción de la nueva nación.

JUAN BLÁZQUEZ MAYORALGO, PRIMER TEÓRICO DE LA "RAZÓN DE ESTADO" Y DEL DERECHO PÚBLICO EN MÉXICO

Salvador CÁRDENAS GUTIÉRREZ

Sumario: I. *Datos biográficos de Juan Blázquez Mayoralgo*. II. *Estructura y orientación del libro Perfecta razón de Estado del contador Blázquez Mayoralgo*. III. *Del "arte de la guerra" a la "razón de Estado"*. IV. *Las "Memorias augustas" del magistrado Francisco de Samaniego*. V. *El "Elogio apologético" del oidor Gaspar Fernández de Castro*. VI. *Los "aforismos" de Pedro Porter Casanate*.

DATOS BIOGRÁFICOS DE JUAN BLÁZQUEZ MAYORALGO¹

1. De la villa de Cáceres a Veracruz

El juez Juan Blázquez Mayoralgo puede ser considerado como el más importante preceptista y primer teórico de la "Razón de Estado" en nuestra historia jurídica y política. Asimismo, en relación con esta doctrina, ofreció las bases para la primera formulación teórica de lo que hoy denominamos genéricamente "Derecho público". Pero antes de introducirnos de lleno en su obra, digamos algo acerca de su vida como Juez de Hacienda en el puerto de Veracruz en la tercera década del siglo XVII.

¹ Siglas empleadas en este trabajo: AGI: Archivo general de Indias (Sevilla); AGNM: Archivo General de la Nación (México).

Blázquez nació en el seno de una de las familias extremeñas de más antiguo linaje, en la villa de Cáceres el año 1592.² La familia gozó de los privilegios adquiridos o recibidos desde el siglo XIV, hasta la época de los Reyes Católicos.³ En tiempos de Felipe II aparecen algunos señores de la noble casa de Cáceres, con apellidos tales como Ovando, Gómez de Orellana, Blázquez y Enríquez de Mayoralgo, figurando con cargos de prestigio en la burocracia castellana y administrando heredades y haciendas importantes. Sin embargo, la situación debió cambiar para el siglo XVII, pues cuando don Juan recibió su anhelado nombramiento de oficial de las cajas reales de Veracruz en la Nueva España (27 de noviembre de 1623), debió pagar como fianza de ley por el ejercicio del cargo la cantidad de 20 000 ducados, mismos que no logró reunir ni aun recurriendo a su acaudalada parentela extremeña. Permaneció así, negociando su situación, primero en Cáceres, y más tarde en la corte de Madrid, hasta que por fin, dos meses más tarde, consiguió la orden de Felipe IV dirigida a las autoridades de Veracruz en la que mandaba que lo aceptaran en su puesto pagando sólo la mitad de lo que le correspondía.⁴

Tras estas y otras vicisitudes que no es del caso detallar aquí, emprendió el viaje hacia estas tierras en febrero de 1624, acompañado de su esposa Lucía Castello, y de un buen número de sirvientes,⁵

² Los descendientes del valeroso capitán Juan Blázquez de Cáceres, caudillo de la reconquista, y sucesores del mayorazgo fundado en 1320 por el nieto de éste, don Blasco Muñoz, así como del antiguo Señorío de la Torre de Mayoralgo o Torre Velasco. Muñoz de San Pedro, Miguel, "El mayorazgo de Blasco Muñoz. Fundación vincular de principios del siglo XIV", en *Revista de Estudios Extremeños*, Badajoz, 1948, pp. 247-287.

³ Lodo de Mayoralgo, José Miguel, "Los Blázquez de Cáceres, los Mayoralgos y los Ovandos: estudio crítico sobre su origen y genealogía (siglos XIII al XV)", en *Estudios genealógicos y heráldicos* 1, Madrid, Asociación española de estudios genealógicos y heráldicos, 1985, pp. 65-168. El origen de esta familia ha sido un tanto mitificado por algunos genealogistas cacereños que han aceptado la versión legendaria sobre los Blázquez que aparece en el libro de los *Fueros y privilegios de Cáceres* del medievalista Ulloa Golfín, en la que se hace remontar su antigüedad al año 1229, cuando Alfonso IX de León recuperó la villa definitivamente para la cristiandad.

⁴ AGI, Indiferente, 451, LA, 8/1/65 v-66; "[Real cédula] para que Juan Blázquez Mayoralgo que va por contador de la Real Hacienda de la Caja de la Nueva Veracruz, recaudadas a España la mitad de las fianzas que había de dar en estos reinos para el buen huso" [sic]; y lo mismo en: AGNM, Reales cédulas duplicadas, vol. 8, exp. 275, f. 349.

⁵ AGI, Contratación, 5390, núm. 26, "Licencia a Juan Blázquez Mayoralgo para que pase a Nueva España para hacerse cargo de las Cajas Reales de Veracruz, y para que pueda llevar a doña Lucía Castelo, su mujer"; y en el mismo legajo pasaportes de sus sirvientes y acom-

para hacerse cargo de su oficio como juez de la aduana y contador y veedor de las Cajas Reales de Veracruz en el Reino de la Nueva España.⁶ No se había asentado bien en aquella ciudad, cuando murió doña Lucía. Casó más tarde don Juan en la misma ciudad de Veracruz con doña Francisca de Guzmán y Toledo, mujer de enorme prosapia y abolengo, quien falleció al poco tiempo de la boda, parece ser que en la ciudad de Puebla. En 1633 Blázquez contrae nupcias por tercera vez con doña María de Silva, vecina de aquella ciudad, viuda que era del castellano don Antonio Figueroa, Caballero de la Orden de Santiago y oficial del puerto de Acapulco, y hermana del famoso sargento de Filipinas, don Fernando de Silva.⁷

En la época de Blázquez, la Nueva Ciudad de Veracruz se encontraba en plena transformación: la mayor parte de los edificios, hechos de tablas de madera ordinaria, fueron sustituidos por nuevas construcciones de "cal y canto".⁸ Las casas del ayuntamiento, la parroquia y los portales del mercado que bordeaban la plaza, fueron ampliados y remozados. La población en su mayoría era negra, ocupada en tareas del campo o en los embarcaderos del puerto, que requerían de su trabajo para la carga y descarga de la gran cantidad de naves que llegaban y salían con productos de todo tipo. Los pobladores españoles formaban una minoría dedicada sobre todo al comercio y a la navegación. Aquella ciudad era la principal entrada al extenso y vasto territorio del virreinato de la Nueva España. Los virreyes y demás personalidades provenientes de la península eran generalmente recibidos entre grandes manifestaciones de júbilo por las autoridades centrales del virreinato que allí se encontraban y por las de la ciudad. Así ocurrió el 14 de septiembre de 1624 cuando arribó al puerto el XV virrey de la Nueva España, don Rodrigo Pacheco de Osorio, marqués de Cerralvo, y un año después el inquisidor y visitador general del

pañantes gestionados en 1623: [1/5-33] Francisco de Castellanos, Sebastián de los Reyes y de la Hoz, María de Solís Baeza y Leonora de Silva, como acompañantes; y como criados: Bartolomé Gil y María Martínez. AGI, Contratación, 5539, L. 2, f.393. Véase *Catálogo de pasajeros a Indias*, vol. X, 1616-1625, Sevilla, Archivo General de Indias, 1996.

⁶ AGI, Contratación, 5788, L. 2, f.2, 78-79v, "Nombramiento de Juan Blázquez Mayoralgo como contador de las Cajas Reales de Veracruz" y AGI, Indiferente, 451, L. A8, fs. 18-19, "Real provisión a Don Juan Blázquez Mayoralgo, Madrid, 27 de noviembre de 1623".

⁷ AGNM, Matrimonios, vol. 5, exp. 113, fs. 310.

⁸ Blázquez Domínguez, Carmen, *Breve historia de Veracruz*, México, FCE, 2000, p. 69.

virreinato, el implacable Martín Carrillo y Alderete,⁹ personaje que haría ver su suerte al desventurado contador del puerto.

2. El juez de la aduana y contador de las Cajas Reales de Veracruz y del puerto de San Juan de Ulúa

El 3 de enero de 1624, estando en su casa de la villa de Cáceres, Blázquez Mayoralgo recibió la notificación de una real provisión fechada en Madrid el 27 de noviembre del año anterior, en la que Felipe III —a propuesta del Consejo de Indias— lo nombraba titular del principal puerto aduanero de la Nueva España.¹⁰ El cargo se asignaba con el nombre de “Contador de las Cajas Reales de Veracruz y veedor de la Real Hacienda” o de una forma más sencilla, con el de “Juez oficial de la Real Hacienda”,¹¹ si bien, aun cuando fungían como tales, parece que no fue lo común llamarles jueces, pues, como escribía Escalona y Agüero en 1647, “este título sólo competía a los de Sevilla”.¹²

Su primera obligación era cobrar los “almojarifazgos”, que eran los derechos de importación que debían pagar los comerciantes y navieros. El cobro lo hacían el contador y el tesorero, quienes debían acudir al muelle del puerto en cuanto llegaba una embarcación para otorgar la licencia y cuidar que se descargaran los cajones, pipas y barriles en los que se contenía la mercancía. Del desembarcadero eran trasladados a las casas de la Aduana, que estaban en una esqui-

⁹ Rubio Mañé, José Ignacio, *El Virreinato*, vol. I, México, FCE, UNAM, 1983, p. 183.

¹⁰ AGI, Contratación, 5788, L. 2, f.2, 78. 279v. “Nombramiento de Juan Blázquez Mayoralgo como contador de las Cajas reales de Veracruz”.

¹¹ AGI, Indiferente, 451, L. A.8, f. 18-19, “Real provisión a don Juan Blázquez Mayoralgo, dándole el título de contador de la Real Hacienda de Veracruz”.

¹² Escalona y Agüero, Gaspar de, *Gazophilatium regium perubicum, sub præsidiatu et ope Excellentissimi D.D. García de Haro et Avellaneda, Comitis de Castrillo a Consiliis status, belli, et castellæ, ac regia cameræ, summi Præsidis Indiarum Senatus salri cubiculi Præpositi, et in ordine calatravensi comendatarii dela obreria...* Con privilegio, en Madrid, en la Empronta Real, año de 1647, pp. 1-2: “Han tenido los oficiales diferentes nombres y títulos en diversos tiempos y gobiernos, el general y primitivo, respetando el efecto del ministerio y cuidado que debían de tener en guardar la Hacienda de su cargo e inquirir su acrecentamiento fue el de cuestores en el Imperio Romano, como refiere Pomponio en la Historia del derecho, empero con nombre más particular se diferenciaron después y se intitularon procuradores del Cesar, racionales, susceptores, prepósitos, arcarios y cobradores de tributos... criáronse en las Provincias del Perú desde el principio de la conquista y el título que tuvieron y conservan fue de oficiales reales, debajo del cual como genérico, se comprenden el de contador, tesorero, factor, proveedor, pagador y veedor”.

na de la plaza de armas de la ciudad portuaria, para que el contador, acompañado por lo general del alcalde mayor del puerto, fijara el monto que debía pagarse. La revisión la hacían teniendo a la vista un protocolo escrito y firmado de puño y letra por el almojarife de la Casa de Contratación de Sevilla, dirigido a los oficiales reales de Veracruz, en el que se manifestaban las mercaderías señalando el precio y el impuesto que había pagado.¹³ Otra de las atribuciones inherentes al cargo era la teneduría de los libros de cuentas, en los que se llevaba el registro de la recaudación fiscal aduanera, mismos que debían entregarse periódicamente como “relación jurada de cuentas” a los oficiales del Tribunal de Cuentas de México para su revisión.¹⁴ Contaba asimismo Blázquez, entre sus facultades, las de confiscar y vender en pública almoneda aquellos bienes no manifestados, así como la de denunciar el delito de contrabando. Las cuentas del baluarte y presidio de San Juan de Ulúa y el pago a los soldados que defendían esa plaza (“fuerzas portenses”, dependientes de la Real Junta de Guerra de Indias), así como el control del número de esclavos negros que allí trabajaban, también eran parte de sus tareas como oficial de Hacienda.¹⁵

En 1640 lo vemos actuar también como miembro de la junta que convocó el virrey Marqués de Villena en Veracruz, con el objeto de que se encargara de administrar y proveer los fondos necesarios para la creación de la famosa Armada de Barlovento, que habría de servir a la defensa de las flotas mercantes contra los ataques de corsarios, piratas y bucaneros.¹⁶ Blázquez administró los gas-

¹³ Rossell, Cecilia, *Cartascuentas, la Real Hacienda en Nueva España: 1557*, México, CIESAS, SEP, 1984, pp. 156-165.

¹⁴ AGNM, Tierras, vol. 2970, t. 2, exp. 134, f. 301f-y vuelta. “Para que los oficiales reales de Veracruz remitan todos los papeles tocantes a las cuentas que están por dar don Juan Blázquez Mayoralgo con el cargo de contador, y don Diego de Valle Alvarado, con el oficio de tesorero”.

¹⁵ AGI, Indiferente, 112, núm. 130, s.f. “Relación de méritos y servicios de don Juan Blázquez Mayoralgo, contador y veedor de Veracruz”.

¹⁶ Estando todavía en el viaje que lo llevaba al Nuevo Mundo, el virrey convocó al obispo de Puebla, que viajaba con él, para anunciarle que era deseo del rey que limpiara aquellas costas inficionadas de piratas y ladrones (las Islas de Barlovento y el Seno Mexicano), para lo cual debía formar una armada. Se ordenó que llegando al puerto de Veracruz se hiciese reconocimiento de las naos, del armamento que había, se compraran de los particulares las que hicieran falta y se mandaran fabricar más hasta reunir doce con pataches. Con ese fin el Ayuntamiento de la Ciudad de México hizo concesión por decreto de doscientos mil

tos, fábrica y compra de los primeros ocho bajeles que integraron la flota.¹⁷

Hasta donde tenemos noticia la vida de Juan Blázquez Mayoralgo discurrió con cierta paz, entre su trabajo en el puerto de Veracruz y en San Juan de Ulúa y algunos viajes esporádicos que debía hacer a la capital virreinal. A lo largo de ese tiempo cumplió satisfactoriamente con sus tareas administrativas y contables, si bien hubo de afrontar algunos problemas menores con el virrey de Nueva España, el Marqués de Cerralvo, debido a algunos pleitos fiscales y deudas insolutas.¹⁸ Pero la escaramuza que libró con el inquisidor y visitador general de Nueva España fue sin duda el hecho más escandaloso en que se vio envuelto el contador. He aquí una breve secuencia de los hechos.

Corría el año de 1624 cuando Blázquez, acompañado de su familia y séquito, desembarcó en Veracruz. El virreinato atravesaba por entonces una de las crisis más profundas que acabó en una insurrección general de la muchedumbre contra el virrey, que a la sazón lo era el enérgico e intransigente don Diego Carrillo de Mendoza y Pimentel, Marqués de Gelves, enviado por el Conde duque de Olivares para poner orden en la burocracia novohispana. Fue tal su arrebató disci-

ducados, que envió al virrey con la escritura pública. Asimismo, antes de desembarcar en Veracruz dispuso que, lo primero que hicieran fuera convocar a la mencionada junta al general Roque Centeno Ordóñez, su almirante Juan de Campos, don Alonso de Contreras del hábito de San Juan, don Andrés Pérez Franco, corregidor de la ciudad, don Juan Blázquez Mayoralgo y Juan Bides, contador y tesorero de la Real Caja y algunos capitanes de guerra experimentados, "a los cuales —dice el cronista Gutiérrez de Medina— se les envió papeles con tiempo para que viniese más pensada la materia y se procediese con mayor acierto, y a postrero de junio se hizo la dicha junta, y después muchas otras, proponiendo su Excelencia con tanta energía el crédito de las Armas de España, el servicio de Dios y del Rey, el útil de este reino y de La Habana y Cartagena, la seguridad de la carrera, el aumento que con ella tendrían las cargazonas, los derechos crecidos para su Majestad, aumento con lucimiento de la disciplina militar, cuyos premios ilustran las repúblicas, levantan las casas y familias, quedando fundado con esto un plantel de gente disciplinada para mayores empeños del servicio de su Majestad, y defensa de este su reino de Nueva España". Véase Gutiérrez Medina, Cristóbal, *Viaje de tierra y mar, feliz por mar y tierra que hizo el Señor Marqués de Villena, yendo por Virrey de la Nueva España en la flota que envió su Majestad este año [...] 1640, s.ed., f. 22-23* Texto mutilado que se encuentra en el Fondo Americano José Toribio Medina (Biblioteca Nacional de Chile), clasificación: EG 2-2 [27].

¹⁷ AGI, Indiferente, 112, núm. 130 "Relación de méritos..."; y sobre su oficio véase también Torres Ramírez, Bibiano, *La Armada de Barlovento*, Sevilla, Escuela de Estudios Hispanoamericanos de Sevilla, 1981, p. 42.

¹⁸ AGI, México, 31, núm. 27 y AGI, Indiferente 112, núm. 130: "Cartas del Virrey Marqués de Cerralvo".

plinar y celo por la reforma que se le había encomendado en Madrid, que sus acciones no tardaron en afectar los intereses de buena parte de la burocracia, tanto capitular como central del virreinato. La cuestión se tornó más compleja cuando tocó una fibra especialmente sensible al intentar someter al arzobispo de México, Juan Pérez de la Serna. El prelado, indignado, respondió con una sentencia de excomunión contra el virrey, y éste contraatacó con una orden de deportación. Un buen día la chusma enardecida contra un virrey que había sido excomulgado, quemó las puertas del palacio virreinal de la ciudad de México y entró hasta los aposentos reales entregándose al pillaje y al saqueo. Mientras tanto el virrey, escondido en una de las salas de su palacio y vestido de paisano, logró confundirse con los intrusos alborotadores, y con ellos salió del palacio vociferando contra sí mismo para no ser descubierto. Se escondió en el convento de San Francisco, donde permaneció varios meses hasta la llegada del nuevo virrey Marqués de Cerralvo, y del visitador general, que habría de hacer una investigación muy delicada.¹⁹

En octubre de 1625 el inquisidor apostólico y prestigiado miembro del Consejo de Indias, Martín Carrillo y Alderete, recibió la comisión de ir a la capital de la Nueva España para investigar el estado general de la administración pública y de la Real Hacienda, pero especialmente debía indagar las causas del tumulto que había tenido lugar el año anterior. Llegó a México en 1626 dando inicio al temido juicio de residencia al que fueron sometidos el marqués de Gelves, varios miembros de la Real Audiencia de México y los oficiales y tenientes del Tribunal de Cuentas.²⁰

Las largas entrevistas diarias con el Marqués en el convento de San Francisco, levantaron de inmediato sospechas sobre el visitador que supuestamente había hecho amistad con el virrey al grado de poner en grave riesgo la imparcialidad en sus investigaciones. Y no sin razón corrieron estos rumores, pues Gelves informó al visitador sobre más de cien casos de burócratas sospechosos de corrupción. Al tiempo que tenían lugar estos hechos Carrillo descubrió algunos "negocios turbios" imputables al nuevo virrey Cerralvo, quien al parecer había

¹⁹ Israel, Jonathan, *Razas, clases sociales y vida política en el México colonial (1610-1670)*, México, FCE, 1980, c. V-VI, *passim*.

²⁰ AGNM, Reales cédulas duplicadas, vol. 8, exp. 323, fs. 414-415v. "Comisión al licenciado don Martín Carrillo y Alderete para la visita general".

intervenido en Manzanillo en algunas ventas de mercancía de China no declarada ante la Real Hacienda. Cerralvo mientras tanto pidió al Consejo, a fines de 1628, que se destituyera a Carrillo cuanto antes por los muchos desastres que podía ocasionar con sus pesquisas en las que la delación facciosa y los golpes bajos estaban a la orden del día. Unos meses después Carrillo recibió la orden de regresar a Madrid, por lo que dispuso la venta de su casa de México en almoneda pública y el cobro de emolumentos no devengados. Concluidos sus negocios en la capital se encaminó a Veracruz, pues la flota que iba a España estaba pronta a zarpar. Junto con el visitador iban el atribulado Marqués de Gelves y el revoltoso oidor Vergara Gaviria, quienes habrían de ser juzgados por el Consejo de Indias.

A las once de la noche del 7 de noviembre de 1629 llegó el visitador al puerto, y de inmediato le envió al contador de las Cajas Reales un mensaje en el que se presentaba con todos sus cargos y honores, señalando además que llevaba consigo once cajones de plata con valor de diez mil pesos y ocho reales, "procedentes de los gajes y salarios... y del precio de las alhajas y menaje de [su] casa". Pedía al contador del puerto que aceptara como pago de impuestos un cajón de plata y que le permitiera el paso directo al barco que lo conduciría a España. Pero lo que Carrillo no sabía era que Francisco de Manzo y Zúñiga,²¹ que era el nuevo arzobispo nombrado de México y sustituto de Carrillo, y que al parecer estaba en la lista negra de los acusados de corrupción que el visitador llevaba consigo a Madrid, se le había adelantado enviando el día anterior a Veracruz al escribano real de México, Esteban Martínez de Lazcano,²² con una carta dirigida al oficial Blázquez Mayoralgo en la que le ordenaba que retuviera y consignara el cargamento de Carrillo.

A la mañana siguiente de la llegada de éste al puerto se presentaron ante sus sirvientes y arrieros el contador Blázquez acompañado

²¹ El sacerdote Francisco de Manzo y Zúñiga, experimentado miembro del Consejo de Indias, fue comisionado en Madrid para llevar el perdón general a México después del tumulto de 1624 contra el Marqués de Gelves. Para cumplir su cometido contaba con la facultad de revocar allí las medidas dictadas por el visitador Carrillo que le parecieran muy estrictas, y para que tomara el lugar de éste como sustituto del virrey, si Cerralvo dejaba accidentalmente el cargo, y sucediera a Pérez de la Serna como arzobispo de México. Véase Israel, Jonathan. *Razas...* cit., p. 177.

²² AGNM, Inquisición, vol. 268, exp. 1, fs. 2-3.

del tesorero Diego del Valle Alvarado²³ y del escribano para hacer efectiva la orden. Mandaron descargar las mulas que ya estaban listas para salir al muelle y, después de haber registrado en sus libros el material secuestrado se lo entregaron a Juan Miguel, primer maestro de la Nao capitana de la flota en que habría de viajar Carrillo. Los sirvientes perplejos ante aquella situación corrieron a avisar al visitador de lo ocurrido. De inmediato éste se presentó en las casas de la Real Hacienda para reclamar lo que le pertenecía, pero le fue imposible por no encontrarse en las casas ni Blázquez ni Del Valle. Se presentó entonces ante las autoridades de la Inquisición de Veracruz para requerir a los oficiales de la aduana a través de esta instancia. Al fin los localizaron y les notificaron el requerimiento, advirtiéndoles de los castigos que tendrían si no devolvían su cargamento al visitador. Éstos comparecieron y alegaron que no habían hecho sino obedecer las instrucciones del arzobispo de México. Pero Carrillo, no contento con estas "respuestas frívolas", como él mismo las calificó, y ante la inminente salida de su barco, se dirigió nuevamente a la Inquisición y, actuando como inquisidor apostólico que era, ordenó que aperecieran a los oficiales que tenían 45 minutos para comparecer a restituirle sus bienes "so pena de excomunión mayor y multa de cuatro mil pesos de oro común", y además pondría sus nombres en las tablillas de proscripción que los exhibiría en Veracruz como reos del Santo Oficio y "públicos descomulgados" [sic]. El supuesto motivo de la excomunión era que, de acuerdo con un sinnúmero de letras apostólicas y especialmente con la bula de San Pío V, los inquisidores tenían inmunidad y podían pasar sus bienes. Movidos por el peligro de recibir tan severos castigos, los oficiales acudieron ante la autoridad inquisitorial confirmando su anterior declaración de que no hacían sino cumplir órdenes superiores "en el servicio de Su Majestad". Entonces Carrillo, irritado por lo que calificó de "contumacia de los oficiales", ordenó su excomunión y dispuso que se escribieran sus nombres en las tablillas y que éstas se colgaran en las puertas de todas las iglesias del puerto.

²³ AGNM, Reales cédulas originales, vol. 1, exp. 73, f. 131; y más sobre este personaje puede leerse en: AGNM, Reales cédulas duplicadas, vol. 9, 409, exp. 409, fs. 291v-292f y AGNM, Reales cédulas duplicadas, vol. 9, 407, exp. 409, f. 290.

Por fin, aunque con retraso de varias horas, al mediodía zarpó la flota con las arcas de Carrillo secuestradas en la Nao capitana. Esa misma noche hubo una tormenta tal que algunos barcos encallaron en un islote cercano a Cuba, obligándoles a permanecer allí varias horas en las que trataron de arreglar el entuerto; pero no habían salido de un problema cuando ya se presentaba otro. Estando encallados y en plena maniobra apareció el famoso pirata holandés Nicolás Von Horn, quien se apoderó de algunos pertrechos y, desde luego, de los cajones del malhadado Carrillo. Ante tales contrariedades decidió quedarse con su familia en Cuba, alojándose en las casas de un ingenio. Desde allí inició un nuevo ataque contra Blázquez y Del Valle. Envío sendas cartas a la Audiencia y a la Inquisición de México levantando una demanda contra los oficiales y escribano para que la autoridad los obligara a regresarle su dinero más el pago debido por daños y perjuicios que le causaron. Alegaba Carrillo que desde hacía tiempo debía una fuerte suma a un acaudalado comerciante de Sevilla, y que esa deuda la pensaba pagar con el dinero que le habían confiscado los oficiales de la Real Hacienda, por lo que consideraba justo se les obligara a éstos a pagar al comerciante, pues si no había llegado a España ni había hecho frente a sus deudas era por culpa de ellos. También los acusa de supuesto desacato en el que habían incurrido por actuar sin más facultad que la que concedía una carta.²⁴

El proceso judicial concluyó desfavorablemente para el contador. En septiembre de 1630 Blázquez es encarcelado en la ciudad de México, por lo que empieza una nueva guerra de defensa, no sólo de su cargo, del que había sido destituido, sino también de su honor y buen nombre. Es entonces cuando aparece como defensor de su causa, su propio hermano, Luis Blázquez Mayoralgo.²⁵ Los alegatos que éste presentó ante el juez insistían en que el hermano y el tesorero no habían hecho sino cumplir las órdenes del arzobispo Manzo y Zúñiga. El pleito se alargó por tres años. Carrillo, empobrecido y relegado, defendía su causa desde la isla de Cuba, y Blázquez, ayudado por su

²⁴ AGNM, General de Parte, vol. 7, exp. 115, f. 78, f. "Comisión al doctor don José de Canseco, oidor de esta Audiencia para sustanciar las causas que siguen en el gobierno contra los oficiales reales de Veracruz".

²⁵ AGNM, Reales cédulas duplicadas, vol. 50, exp. 18, f. 29. "Cédula real al virrey de Nueva España en recomendación de don Luis Blázquez Mayoralgo, en consideración de sus servicios y los de sus pasados".

hermano y por algunos amigos de la Real Audiencia de México, peleó por salvar su situación, la cual obedecía más a una compleja trama de intereses políticos que a realidades concretas de carácter jurídico.

En 1634 Cerralvo envía una carta al Tribunal de México en la que le ordenaba que acelerara el proceso y dictara sentencia de inmediato. Y por si esto no fuera suficiente a los pocos días llegó una real cédula de Felipe IV ordenando la liberación de Blázquez,²⁶ y así se hizo. De inmediato se dictó la sentencia absolviéndolo no únicamente a él sino también a su amigo y compañero de oficio, el tesorero Del Valle. Se mandó borrar sus nombres de las tablillas que los exhibían en Veracruz²⁷ y se les restituyó en su puesto concediéndoles una compensación como parte de los sueldos no devengados.²⁸ Al final de esta enredada situación, nadie –salvo nuestro contador– fue debidamente juzgado y castigado; imperó el silencio y la impunidad probablemente porque las listas negras que llevaba Carrillo se perdieron en el fondo del mar, o quizá porque así convenía a la "razón de Estado" que vivió y padeció Blázquez Mayoralgo mientras escribía un libro sobre tan escabrosa materia.

II. ESTRUCTURA Y ORIENTACIÓN DEL LIBRO *PERFECTA RAZÓN DE ESTADO* DEL CONTADOR BLÁZQUEZ MAYORALGO

Como ya habrá observado el lector, Blázquez Mayoralgo no fue un humanista consagrado al cultivo de las letras, y hasta donde sabemos tampoco fue un universitario ni un orador o un escritor consumado. No se sabe que haya escrito nada más aparte del libro sobre Fernando el Católico y la razón de Estado. Fue quizá durante su estancia en la

²⁶ AGNM, Tierras, vol. 2970, exp. 134, fs. 301-301v, "Don Felipe a los Oficiales de mi Real Hacienda y Caja de la Ciudad de la Nueva Vera Cruz y Puerto de San Juan de Ulúa" [21 de enero de 1634 Felipe IV en cédula dirigida al contador Pedro Montero ordena que se libere Blázquez del encierro en que se encuentra por orden del Marqués de Cerralvo].

²⁷ AGNM, Inquisición, vol. 821, exp. s/n, f. 642; AGNM, Inquisición, vol. 268, exp. 1, f. 1 y 1v. "Causa civil por comisión del Consejo de su Majestad, de la Santa Inquisición, seguida por el licenciado Matías de Palacios a nombre del licenciado Martín Carrillo y Alderete contra don Juan Blázquez Mayoralgo y don Diego del Valle Alvarado.

²⁸ AGI, Escribanía, 1024, A, "Pleitos del Consejo, 1634-1637" Juan Blázquez Mayoralgo y Diego del Valle Alvarado, contador y tesorero de Veracruz con el fiscal, sobre restitución a sus oficios, despojados por el virrey Marqués de Cerralvo, determinado en 1634.

cárcel de México o más probablemente en los ratos de ocio que le permitían sus faenas burocráticas y sus deberes familiares en el puerto de Veracruz, cuando escribió el libro que ahora nos ocupa, *Perfecta razón de Estado deducida de los hechos del Señor Rey Don Fernando el Católico, Quinto de este nombre en Castilla y Segundo en Aragón contra los políticos ateistas*. Fue impreso por única vez en México, en el año 1646. La edición es del impresor Francisco Robredo, apareció en cuarto, con el escudo de armas reales al pie de la portada, y dedicatoria para el virrey Conde de Salvatierra.

Distribuida en catorce libros, la obra de Blázquez expone los hechos y hazañas de Fernando el Católico que considera dignos de ser guardados en la memoria para servir de guía a los príncipes. La vida del rey aragonés es cotejada con la de los grandes personajes bíblicos y con las gestas heroicas de los generales asirios, griegos, cartagineses y romanos. Sus páginas abundan en glosas vetero-testamentales, preceptos de los grandes moralistas latinos y de los Padres de la Iglesia. Cita a Ulpiano y Modestino, autores del *ius civile* romano, y a los del derecho común de su época, Andrés Alciato, Gregorio López, y el “Bártolo español” Diego de Covarrubias y Leyva. Pero especialmente se refleja en su libro la lectura y reflexión que había hecho de las obras de Tácito y Séneca, a quienes cita constantemente al lado de los comentarios del primer tacitista y senequista europeo Justo Lipsio.

En torno a esta obra se produjo abundante literatura política. Gaspar Fernández de Castro, oidor de la Audiencia de México, escribió un *elogio apologético* en el que exalta la pericia militar y prudencia política del monarca español; Francisco de Samaniego, también magistrado de México, escribió un texto que aparece como proemio de la *Perfecta razón de Estado*, titulado *Memorias Augustas*. Y al final del libro aparece la *atención del Almirante Pedro Porter Casanate*, quien extrae de la historia de Blázquez “muchos avisos políticos” que se presentan como índice temático general en forma de aforismos.

Mayoralgo no es un pensador criollo al que le preocupen los problemas novohispanos. Ni asomo de una referencia a la tierra que lo acogió. Se trata de un escritor hispano trasplantado al Nuevo Mundo que escribe sobre temas generales como el Estado y el gobierno de los príncipes, con un extraordinario criterio jurídico, lo cual, aunado a su

temperamento agonístico, lo acercan a los más grandes exponentes de la política moderna del barroco europeo, especialmente a Baltasar Gracián y a Diego de Saavedra Fajardo. Pero antes de entrar de lleno al estudio de su pensamiento es conveniente que nos detengamos para explicar las corrientes y tendencias doctrinales de la época dentro de las cuales se inscribe nuestro preceptista.

III. DEL “ARTE DE LA GUERRA” A LA “RAZÓN DE ESTADO”

Es un tópico del *ius publicum*, desde el siglo XVI hasta nuestros días, considerar la actividad política como simulación de guerra, por la que el enemigo a muerte (*inimicus*) se transforma en competidor o émulo (*hostis*), el campo de batalla en escenario de representaciones, y el arte de la guerra en razón de Estado. El punto de partida para esta interpretación bélica de la política es una concepción pesimista de la naturaleza humana en la que el individuo aparece como un ser constitutivamente egoísta, en permanente guerra con sus semejantes. Bajo esta premisa antropológica se suele afirmar que el Estado fue creado por el hombre para transformar sus instintos de aniquilación (*cupiditas belligerandi*, había dicho Nebrija) en un juego de astucia y cálculo que se rige por unas reglas propias, extraídas del arte de la guerra, que en ocasiones poco o nada tienen que ver con el derecho de los juristas o con las leyes civiles, naturales y religiosas. Es a ese conjunto de reglas de excepción al que se llamó a partir del siglo XVI “arte político” o, de un modo más común, “razón de Estado”.

1. Maquiavelo y las dos caras de la razón de Estado

No obstante que Maquiavelo jamás utilizó la expresión “razón de Estado”, es un hecho que fue a partir de sus postulados cuando cobró fuerza la teoría del arte político cuyas reglas se tomaron del arte de la guerra. Esta teoría fue objeto de constante censura por parte de moralistas y juristas, especialmente desde que las obras del secretario florentino aparecieron en el *Índice de libros prohibidos*. Sin embargo, en algunos círculos intelectuales católicos —sobre todo españoles y portugueses— se aceptó que la política era en parte un juego de negociación que si bien, se regía por los principios de la estrategia

PERFECTA
 RACON DE
 ESTADO
 CONTRA LOS
 POLITICOS ATHEISTAS.



BIBLIOTECA NACIONAL
 MEXICO

militar, también debía considerar los principios de la virtud moral de la prudencia.

Surgió de este modo una razón de Estado *more christiano* a la que se asignó con los calificativos de “jurídica”, “buena”, “verdadera” o “perfecta”, opuesta a la así llamada “maquiavélica”, “astuta”, “falsa” o “ateísta”. Así lo entendía, entre otros, el jurista Pedro Barbosa, para quien había dos razones de Estado: una era “la razón de Estado verdadera o católica y cristiana”, y otra “la razón de Estado o policía a guisa de Machiavello y Bodino, cabezas de la venenosa y falsa”.²⁹ La primera, según Claudio Clemente, debido a su naturaleza no sólo técnica sino también moral, podía equipararse a “la sabiduría y prudencia cristianas”; la segunda, en cambio, que no atendía sino a las reglas de la guerra, era “la astuta y depravada prudencia de Machiavello y todos los demás engañadores y errados maestros de formar repúblicas” [sic].³⁰

Los autores de esta corriente, comúnmente llamada “antimaquiavelismo”, reconocieron que el éxito de Maquiavelo se debía sobre todo al realismo, en ocasiones descarnado, alejado de modelos ideales y arquetípicos, con que éste describía las acciones del príncipe. Sabían que la historia había sido su fuente principal, que de ella había tomado, sin demasiados escrúpulos, casos reales susceptibles de ser imitados por los gobernantes en situaciones similares.³¹ Así pues,

²⁹ Barbosa Homem, Pedro, *Discursos de la jurídica y verdadera razón de Estado, formada sobre la vida y acciones del Rey Don Juan el II de buena memoria, rey de Portugal, llamado comúnmente, el Príncipe Perfecto. Contra Machavelo y Bodino, y los demás políticos de nuestros tiempos sus secuaces [...] dirigida a la Católica Magestad del Rey Felipe IV, de las Españas, nuestro Señor*. Impreso en Coimbra, en la Imprenta de Nicolao Carvalho, Impresor del Rey, 1623, f. 3.

³⁰ Clemente, Claudio, *El Machiavelismo degollado por la christiana sabiduría de España y Austria. Discurso Christiano Político a la Católica Majestad de Philipo IV, rey de las Españas [...] Traducida de la segunda edición latina, añadida con cosas muy particulares y del tiempo*. Con licencia, en Alcalá, por Antonio Vázquez, año de 1637, “dedicatoria”.

³¹ Así lo asienta en la dedicatoria de *El Príncipe* que dirige a Lorenzo de Medicis, cuando dice que lo mejor que puede ofrecerle es “...la cognitione delle attioni delli huomini grandi imparata da me con una lunga spirenza delle cose moderne, & una continoua lettione delle antiche”. Su realismo extremo lo expresa de modo especial en aquel pasaje ya clásico del capítulo XV donde sitúa el arte político por encima de cualquier consideración normativa ideal: “Ma essendo l'intento mio scrivere cosa utile à chi l'intende m'è parso più conveniente andare dietro alla verità effettuale della cosa che à l'imaginazione di essa (& molto si sono imaginati republiche & principati, che nom si sono mai visti, ne cognosciuti esser in vero)...”. Machiavelli Nicolo, *Il Principe...* al Magnifico Lorenzo di Piero de Medici” en:

si la doctrina cristiana de la razón de Estado pretendía contrarrestar el maquiavelismo no sólo exhortando al príncipe a la bondad, sino ofreciendo a los cristianos alternativas de comportamiento que fuesen practicables y realistas, era necesario contar con una base histórica y empírica adecuada a tal objeto. Pues bien, fue en este contexto en el que surgió la corriente doctrinal del tacitismo y a su lado la del neoestoicismo, suministrando los cimientos metodológicos para aquella “verdadera” y “perfecta” razón de Estado.

2. Tacitismo, neoestoicismo y razón de Estado

La doctrina tacitista se inició con el descubrimiento de las obras del historiador romano Cayo Cornelio Tácito,³² debido, en primer lugar, al jurista y filólogo flamenco Justo Lipsio (1547-1606), quien llevó a cabo una ingente labor de sistematización sobre algunos manuscritos que se encuentran en la Biblioteca Laurentiana de Florencia, hasta lograr una edición crítica de los *Anales*, publicada en Amberes en 1574, seguida de varios textos en los que comenta el pensamiento tacitista al lado del senequista. Destaca en este sentido su obra cumbre *Politicorum sive civilis doctrina libri sex*, escrita en Leiden y publicada en Amberes el año 1589.³³

Tutte le Opere di Nicolo Machiavelli, cittadino et Segretario Fiorentino. Divise in V. Parti, et di nuovo con somma accuratezza ristampate. s.l., 1550, p. 38.

³² A pesar de que los manuscritos de Tácito fueron leídos y copiados en algunos monasterios medievales de Italia y del norte de Europa, prácticamente no se conocieron. Se tiene noticia del primer contacto fuera de los monasterios hasta 1360, cuando fue llevado a Florencia, probablemente por Bocaccio. Cfr. Mellor, Ronald. *Tacitus* Londres, Routhledge, 1993, pp. 13-140. Sobre esta trayectoria de la obra tacitiana pueden consultarse, además, Syme, R. *Tacitus*, 2 vols., París, Clarendon Press, 1988; Etter, E. L., *Tacitus in der Geistesgeschichte der 16. und 17. Jahrhunderts.* s.ed., Basilea, 1966; Martin, Ronald, *Tacitus*, Londres, B. T. Basford, 1989; Benario, Herbert W., *An introduction to Tacitus*, Athens, University of Georgia Press, 1975; Haverfield, “Tacitus During the Late Roman Period and the Middle Ages”, en *Journal of Roman Studies* VI, 1916, pp. 196-201; Kenneth Schellhase, *Tacitus in Renaissance Political Thought*, Chicago, The University of Chicago Press, 1976, pp. 151-166.

³³ Iusti Lipsi, *Politicorum sive Civilis Doctrinae Congregationis Libri Sex, Qui ad principatum maximè spectant. Additae Notae auctiores, tum & De una Religione Liber. Omnia Postremò Auctor resensuit. Antuerpiae ex officina Plantiniana. Apud Balthasarem Morteum & Viudam Ioannis Moreti, & Io. Merusium. M. DC. XXIII., cum privilegiis Casareo & duorum Regum, et principem Belgarum.*

Dentro de la obra lipsiana que recoge su pensamiento tacitista y senequista destacan otras obras que cito a continuación:

Los trabajos lipsianos de ordenación y edición —como ha señalado Cid Vázquez— tuvieron su complemento en los realizados por Curcio Pichena, que fue secretario del gran duque de Toscana, quien trabajó sobre los manuscritos *Mediceus* y sobre la edición de Lipsio, llegando a publicar en Francfort y en Florencia, una edición depurada en 1600.³⁴

La forma en que Tácito había escrito la historia, traspasando los límites de la narrativa monumental para describir hechos menudos de batallas y consejos de guerra y descender a los bajos fondos de la urdimbre del poder romano, atrajo la atención de juristas y políticos que vislumbraron en las páginas de los *Anales* y de las *Historias*, los posibles fundamentos de una teoría política prudencial basada no sólo en principios éticos, sino ahora, ilustrada con casos de la historia militar y política.³⁵

Lipsi, I., *Monita et exempla Politica libri duo qui virtuties et vita principum spectant* (Antverpiae), clc. Icc. XXIII cum privilegio casareo & duorum Regum & Principum Belgarum.

De una religione, adversus Dialogistam liber. In quo tria capita Libri quarti. *Disertanticula apud principes: item C. Plini Panegyricus Liber Traiano dictus.* Lipsi Perpetuo Commentario. Editio Tertia et emendata. (Antverpiae), ex officina Plantiniana. M.DC.XXII.

Ad Libros politicorum breves notae. (Lugundi), in officina Hvg. A Porta, apud fratres de Gabiano. clc. Icc. XCII

C. Plini Secundi Panegyricus Liber, quem Imp. Nervae Traiano Optimo Principi scripsit sive dixit: *Et ad eum I. Lipsi Comentarium P.P.* (en Id.).

³⁴ Cid Vázquez, María Teresa, *Tacitismo y Razón de Estado en los “Comentarios Políticos” de Juan Alfonso de Lancina*, Madrid, Fundación Universitaria Española, 2002, pp. 39-42.

³⁵ Esta era la visión que los preceptistas del barroco tenían del historiador latino y así lo reconocía el censor de la edición española de una de sus obras a fines del siglo XVI, cuando asentaba en su dictamen: “Estas dos obras de Cornelio Tácito (los *Anales* y las *Historias*) son uno por uno, de los mejores pedazos de historia que hay escrito en las lenguas que sabemos... por el ingenio, elocuencia y prudencia del escritor; que lo escribe todo, de manera que pone delante de los ojos, no sólo seco, lo que pasó, sino cómo y por qué, qué principios tuvieron los sucesos, qué medios, cómo correspondieron estos entre sí o no, con juicio y aviso propio de lo que se debe sentir de cada cosa, tan prudente, cuanto puede caber en un entendimiento de hombre político y versado en negocios y corte de grandes príncipes... esta es la opinión común, no haber pedazo de historia más conveniente que esta para hombres que gobiernan y tratan grandes Estados, y aun para los que en ellos, son gobernados...”. Véase “Aprobación del Licenciado Antonio de Covarrubias”, en Álamos de Barrientos, Baltasar, *Aforismos al Tácito Español* [año de 1614]. Cito por edición del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, p. 14.

Era, pues, la obra de Tácito, una forma de escribir y contar la historia que sirvió como *futurorum magistra temporum*,³⁶ donde el acontecimiento histórico no está adscrito a fechas inmemoriales, sino intencionalmente registrado en la memoria como posibilidad real y concreta, es decir, como un catálogo de experiencias de gobierno. Tácito no sólo cuenta la historia, sino además, cuenta con ella. La prevención está siempre presente en los hechos narrados: “en principio Tácito —dice Tierno Galván—, es de los escritores clásicos el que vio la vida pública desde la privada, la sociedad desde el hombre. El hecho histórico está para él teñido siempre de intención individual. De aquí que aparezca como un escritor profundo para quienes consideran la historia desde el ángulo de la voluntad humana, caso concreto de la historiografía barroca”.³⁷

Siguiendo esta línea, en Italia el humanista Alciato escribió unas *Anotationes in Tacitum*, subrayando la importancia de las obras de este autor para la memoria de los hechos que sirvieran de experiencia útil a la vida cortesana. En Francia el jurista Guillermo Budé tachó a Tácito por ser “el historiador más depravado de todos los escritores antiguos”, pues sus descripciones de tiranos le resultaban morbosas. El legado de la obra de Tácito en ese país sobrevivió gracias al uso que Montaigne le dio para desarrollar su teoría sobre el estoicismo. En Inglaterra, Francis Bacon, que había trabajado como consejero de la reina Isabel y necesitaba trabajo con el nuevo rey, dedica a Jacobo I su obra *Briefve Discourse Touching Happie Union of Kingdoms of England and Scotland*, en la cual hace uso por vez primera, de la política de Tácito. En Alemania el introductor de Tácito fue Arnold Clapmarius, profesor de derecho de la Universidad de Altdorf, con su obra *De Arcanis rerumpublicarum* (1605), en la que, al igual que

³⁶ Tácito, C., *Historias*, cito por la edición de Aguilar, Madrid, 1961, p. 25. Fue el mismo Tácito, quien, en una breve introducción que hace a sus *Historias*, advierte la utilidad que puede reportar el conocimiento del pasado. Refiriéndose al periodo que abarca este libro (desde el comienzo del imperio de Galba hasta la muerte de Domiciano), señala: “Bien que no fue aquel siglo tan estéril de virtud, que faltasen muchos buenos ejemplos de que tomar enseñanza... y a más de multitud y variedad de casos humanos, se ven prodigios en el cielo, amonestaciones de rayos en la tierra, presagios de cosas venideras...”.

³⁷ Tierno Galván, Enrique, “El tacitismo en las doctrinas del Siglo de Oro español”, en *Escritos (1950-1960)*, Madrid, Tecnos, 1971, p. 61.

Ammirato, fue capaz de entresacar de la obra de Tácito, principios legales y políticos.³⁸

En España no se conoció la obra de Tácito al mismo tiempo que en el resto de Europa. Sólo se le conocía indirectamente a través de las obras de Bodino, Botero o Ammirato. Tácito fue accesible para los españoles hasta que Manuel Sueyro, un lingüista flamenco de origen portugués, tradujo sus obras al español, que fueron publicadas en Amberes en 1613. Un año más tarde Baltasar Álamos de Barrientos, amigo del malhadado secretario de Felipe II y consejero de Felipe III, inspirado por Sueyro, publicó su *Tácito Español ilustrado con Aforismos*. De esta manera Tácito pronto se convirtió en el recurso del antimachiavelismo español del barroco. La tarea entonces sería “cristianizar” a Tácito, a lo cual dedicaron sus mejores esfuerzos autores de la talla de Fernando Alvia de Castro, Pedro de Rivadeneyra, Eusebio Nieremberg, Fadrique Moles, Andrés Mendo, Juan Márquez, Claudio Clemente, Juan Blázquez Mayoralgo, Baltasar Gracián y Diego de Saavedra Fajardo, sólo por mencionar a algunos.³⁹

Junto al tacitismo político y siempre confundido con éste, encontramos el neoestoicismo debido también al trabajo recopilador de Justo Lipsio. Esta doctrina aspiraba a la educación de cortesanos y burócratas a partir de algunas ideas de la sicología de Séneca y del humanismo estoico, especialmente de la virtud de la constancia, que no es otra cosa que la entereza y resignación del hombre ante

³⁸ Schellhase, Kenneth, *Tacitus in Renaissance Political Thought*, Chicago, The University of Chicago Press, 1976, pp. 151-166.

³⁹ Una visión general del pensamiento tacitista español puede verse en la obra de José Antonio Maravall, especialmente *La teoría española del Estado en el siglo XVII*, Madrid, I. E. P., 1944; y los diversos trabajos contenidos en los volúmenes II y III de su serie *Estudios de historia del pensamiento español*. También ofrecen una visión panorámica sobre el tema: Méchoulan, Henry, “Tacite et Machiavel révélateurs des inquiétudes de la pensée politique espagnole du Siècle d’Or”, en *Théologie et droit dans la Science Politique de l’État Moderne*, Roma, CNRS, 1987; Fernández Santamaría, José A., *Razón de Estado y política en el pensamiento español del barroco (1595-1640)*, C.E.C., Madrid, 1986; F. E. Sutcliffe, “La notion de Raison d’Etat dans la pensée française et espagnole au XVII^e siècle”, en Schnür, Roman *Staatsräson. Studien zur Geschichte eines politischen Begriffs*, Berlín, Duncker & Humboldt, 1975; Sanmartí Boncmpte, *Tácito en España*, Barcelona, C.S.I.C., 1951; Antón Martínez, Beatriz, *El tacitismo en el siglo XVII en España. El proceso de “receptio”*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1992; Murillo Ferrol, Francisco, *Saavedra Fajardo y la política del barroco*, Madrid, I.E.P., 1957.

la adversidad, acompañadas de una severa devoción por el deber.⁴⁰ Sin embargo, no debemos olvidar que Séneca no fue únicamente un estricto moralista, también fue un hombre de teatro, creador del género dramático.⁴¹ No es de extrañar, por tanto, que los autores del neoestoicismo busquen obtener algún provecho útil de las virtudes presentándolas como instrumentos aptos para participar en un juego teatral de representaciones y máscaras, juego al que se llamó en el barroco “razón de Estado”.⁴²

3. El tacitismo en la Nueva España

Recientemente los historiadores han empezado a apreciar la influencia ejercida por el pensamiento tacitista y neoestoico en la teoría española del Estado, pero, como lo ha señalado Horst Pietschmann,

⁴⁰ Oestreich, Gerhard, *Antiker Geist und Moderner Staat bei Justus Lipsius (1547-1606). Der Neostoizismus als politische Bewegung*. Schriftenreihe der Historischen Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaften 38. Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1989, p. 152.

⁴¹ Amoroso, Filippo, *Seneca Uomo di Teatro? Le Troiane e lo Spettacolo*, Palermo, Palumbo editore, 1984, p. 6. En *Troiane* Séneca se manifiesta con un gran talento dramático, si bien, como dice Mellor, Tácito tampoco estaba lejos de cierta teatralidad, pues parte de su narrativa está teñida de efectos dramáticos. Véase Mellor, Ronald, *Tacitus*, Londres, Routledge, 1994, p. 118.

⁴² El término *razón de Estado* se debe a monseñor Giovanni della Casa (1503/1556), quien en la *Orazione a Carolo V Imperadore, intorno alla restituzione della Città di Piacenza*, supuestamente realizada en 1547, pidiéndole al Emperador la devolución de esa plaza en favor del duque Octavio Farnese, emplea la locución *ragion di Stato* que estaba destinada a la celebridad. La expresión fue cobrando fuerza sólo algunos años después, cuando Francesco Sansovino, a quien ya nos hemos referido en páginas anteriores, recoge la *Orazione* en una antología varias veces reimpresa, titulada *Orationi volgarmente scritte da diversi uomini illustri de tempo nostri*. Della Casa emplea el término *razón de Estado* para contrastarlo con aquel más noble de “razón civil” o con aquella palabra más exhaustiva y sencilla de “razón”. Es por esto que la locución *ragion di Stato* nació marcada con el estigma de la tiranía y la avaricia de poder: “Y aunque algunos —decía en la *Orazione*—, obcecados por su avaricia y por su deseo, afirman que Vuestra Majestad no consentirá jamás abandonar Piacenza, aunque tal cosa acepte la *razón civil*, porque se lo ordene la *razón de Estado*, digo que este término no sólo es poco cristiano, sino poco humano...”. Véase Mattei, Rodolfo de, “Il problema della Ragion di Stato nei suoi primi affioramenti”, en *Loc. cit.*, pp. 720 y ss. Pero, como lo ha señalado A. Tenanti, en realidad el término vino a expresar una “nueva sensibilidad social”, hasta que en 1589 Giovanni Botero publicó un libro titulado por primera vez *Della Ragion di Statu*, Tenanti, Alberto, “Dalla Ragion di Stato di Machiavelli a quella di Botero”, en *Botero e la Ragion di Statu*. Atti al Convegno in memoria di Luigi Firpo (Torino 8/10 marzo 1990), Enzo Baldini (ed.), Florencia, Leo S. Olschki (ed.), 1992, p. 20.

prácticamente nada se ha investigado sobre esta influencia en Hispanoamérica.⁴³

En la Nueva España también se conoció la teoría moderna de la razón de Estado. El hecho de que la obra de Maquiavelo no haya pasado a estas tierras debido a los férreos controles llevados a cabo por la Inquisición, y que por principio no se haya leído en los ambientes intelectuales novohispanos, no significa en modo alguno la “frustración del proyecto moderno”, como lo sostienen algunos autores,⁴⁴ pues se leyó y comentó la obra tacitista y senequista de Lipsio⁴⁵ sobre la razón de Estado, doctrina de la que Blázquez Mayoralgo puede ser considerado su principal representante en Hispanoamérica. Quizá a su lado podríamos mencionar, aunque no sin algunas reservas, a quien fuera obispo y virrey de Nueva España, Juan de Palafox y Mendoza, ya que escribió y publicó en México una obra titulada *Historia real sagrada, luz de príncipes y súbditos* (1643), en la que se nota una clara impronta tacitista y senequista, no siempre declarada.

Pero es sobre todo en la literatura circunstancial, es decir, en esos impresos en los que se describen los actos ceremoniales de la corte, como los monumentos funerales, los tablados para las juras reales y

⁴³ Pietschmann, Horst, “Corrupción en las Indias españolas: revisión de un doble debate en la historiografía sobre Hispanoamérica colonial”, en AA.VV., *Instituciones y corrupción en la historia*, Valladolid, Instituto de Historia de Simancas, 1998, p. 35. Sólo en fechas muy recientes hemos comenzado a reparar en la importancia de esta doctrina. Uno de los trabajos pioneros en la materia es el de Peer Schmidt, quien estudia algunas expresiones del pensamiento neoestoico en la literatura colonial hispanoamericana, Schmidt, Peer, “Neoestoicismo y disciplina social en Iberoamérica colonial”, en Kohut, K. y Rose, S. [eds.], *Pensamiento europeo y cultura colonial*, Vervuet Vlg., Francfort, 1997, pp. 181-204.

⁴⁴ Orozco, José Luis, “Del porqué Maquiavelo nunca llegó a quedarse en Nueva España. Notas en torno a la modernidad política frustrada”, en *Anuario del Departamento de Historia*, núm. 4, Madrid, Universidad Complutense, 1992.

⁴⁵ De Tácito y especialmente de Lipsio, así como de su maestro, el humanista francés M. A. Muret, consta que había ejemplares de las obras de estos autores en las librerías mexicanas en 1634, 1661 y 1665. Véase Osorio Romero, Ignacio, *Floresta de gramática, poética y retórica en Nueva España (1521-1767)*, México, UNAM, 1980, pp. 62 y 77. Por lo que respecta a Séneca sabemos que fue leído en el convento grande de San Francisco de la ciudad de México y también el Colegio Imperial de Santa Cruz de Tlatelolco; lo mismo se observa en la Biblioteca Turriana de la Catedral Metropolitana de México, y de modo especial abundan sus obras en la biblioteca del Colegio Máximo de San Pedro y San Pablo, de la Compañía de Jesús. Véase Viveros, Germán, *Boletín del Instituto de Investigaciones Bibliográficas*, México, UNAM, 1972, núm. 7, pp. 9-63, y Malagón Barceló, Javier, *La literatura jurídica española del Siglo de Oro en la Nueva España*, B.N.M., Instituto Bibliográfico Mexicano, México, 1959, p. 51.

los arcos de triunfo para la entrada de virreyes, entre otros, en donde podemos encontrar la presencia del pensamiento tacitista y senequista en la Nueva España. Así, por ejemplo, Sor Juana Inés de la Cruz se muestra como una profunda conocedora del pensamiento de Tácito y Séneca en aquella obrita que apareció publicada en la corte mexicana con el título *Explicación suscinta del Arco Triunfal [para] la feliz entrada del Conde de Paredes* (1680), y desde luego en esa bella pieza poética de altísimo contenido político llamada *Neptuno Alegórico, Océano de colores, Simulacro Político* (1680), en la que se contiene un arco de triunfo exornado con empresas y emblemas que hacen referencia a la doctrina senequista del arte político o razón de Estado. También podemos mencionar, como parte de esta corriente doctrinal en el virreinato, buena parte de la obra publicada por el polígrafo criollo Carlos de Sigüenza y Góngora: en primer lugar el *Panegírico que la muy Noble, Imperial Ciudad de México aplaudió al Excelentísimo Señor [...] Conde de Paredes*, (1680), en donde se manifiesta la imagen moderna del “príncipe cristiano” impregnada de valores estoicos; y después esa magnífica composición repleta por todas partes de citas de Lipsio y Tácito, conocida como *Teatro de las virtudes políticas* (1681). Igualmente tacitista y buen conocedor de la obra senequista se nos muestra el agudo emblemista Sebastián Ramírez de Vargas en sus obras *Elogio Panegírico, festivo aplauso, iris político y diseño triunfal de Eneas verdadero con que la muy noble y leal Ciudad de México recibió al Marqués de Mancera* (1664), y en esa estupenda síntesis de ciencia política, en la que el mismo autor trata de unir la prudencia cristiana con la razón de Estado, que es el *Zodiaco ilustre de blasones heroicos, girado del sol político, imagen de príncipes que ocultó en su Hércules Tebano la sabiduría mitológica [...] en el festivo aparato del triunfal arco [erigido para el virrey] Don Joseph Sarmiento Valladares* (1696).

Desde luego, debemos incluir dentro de esta literatura novohispana de corte tacitista y senequista aquellas obras pertenecientes a ese género literario llamado “Emblemática”, que sólo en fechas muy recientes ha despertado el interés de los historiadores. Tales son, por mencionar sólo algunas, el impreso de Fray Andrés de San Miguel, publicado en México el año 1701 con el título de *El sol eclipsado antes de llegar al zenit. Real Pira [al] Rey N.S.D. Carlos II*, y lo mismo encontramos en el famoso *Túmulo Imperial de la Gran Ciudad de México*

que apareció en la capital virreinal en 1560, o ese otro del erudito novohispano Isidro Sariñana, publicado como *Llanto del Occidente en el ocaso del más claro sol de las Españas*, en el que se recoge la real pira de Felipe IV en la catedral de México (1666). En estos y otros impresos hay mucho más que formas ornamentales o que arcos y tabladros ceremoniales, trátase sin duda del desarrollo doctrinal de la “cristiana razón de Estado” expresada en imágenes y símbolos.⁴⁶

4. El antimachiavelismo blazqueño

En la dedicatoria a Felipe IV, Blázquez Mayoralgo señala con claridad los temas fundamentales sobre los que se ocupa en el libro:

Sea el efecto de razón de Estado la prudencia para gobernar y ampliar los Reinos y conservar la Corona, acciones, donde si faltan los medios, ni tendrán fuerza los fundamentos, ni se podrá gozar de la ocasión, cuando el Príncipe católico ni ha de ir contra la religión en las empresas, ni de atropellar en la violencia la obligación, contra el error de los políticos cuyos preceptos bárbaros son (y principalmente de su capitán Machiavello), que todas las cosas penden del hado y la fortuna; que el príncipe debe fingir la religión y no ser religioso, atendiendo siempre a la utilidad propia y a lo soberano de su imperio... que el último fin de las repúblicas es su misma conservación, que en el príncipe no son forzosas las verdaderas virtudes para tenerlas, pues basta para la razón de estado que sepa fingirlas; que puede ir contra la fe jurada, negar lo piadoso y apartarse de lo humano para perpetuar su estado... [sic].⁴⁷

Contra lo que pudiera pensarse al leer esta enérgica advertencia introductoria, en realidad sus tesis antimachiavelicas están muy lejos

⁴⁶ De las expresiones políticas y jurídicas del tacitismo y del senequismo en México, también me he ocupado en otros trabajos. Véase Cárdenas Gutiérrez, Salvador, “Razón de Estado y emblemática política en los impresos novohispanos de los siglos XVII y XVIII”, en *Relaciones*, 71, vol. XVIII (1997), pp. 61-99; y “La razón de Estado en Nueva España (siglos XVII y XVIII)”, en *Ius Fugit*, 3-4, Universidad de Zaragoza, 1994-1995, pp. 309-330.

⁴⁷ Blázquez Mayoralgo, Juan, *Perfecta razón de Estado, deducida de los hechos del señor rey Don Fernando el Católico, quinto de este nombre en Castilla, y segundo en Aragón, contra los políticos ateistas, escribióla a la Magestad Augusta, Don Felipe IV, nuestro Señor... Con licencia del Excelentísimo Señor Conde de Salvatierra, virrey de esta Nueva España*. Impreso en México, por Francisco Robledo, Impresor del Secreto del Santo Oficio, año de 1646, f. 32.

de un dogmatismo intransigente, pues en ningún momento reprueba la realidad histórica del Estado moderno de tendencias legalistas, holistas e individualistas, sus modos de operar, las reglas por las que se rige y la dinámica cortesana de competición a que había dado lugar el desarrollo de las burocracias administrativas. Lo que nuestro tacitista busca es encuadrar estas realidades dentro de los principios de la virtud de la prudencia y de la doctrina del *ius commune*, con el objeto de que los cristianos no queden atrapados en la inmutabilidad y rigidez de unos principios morales mal entendidos que los priven de participar en la actividad política.

5. El Fernandismo político de Blázquez Mayoralgo

La *Perfecta razón de Estado* de Blázquez trata de una historia, la de Fernando el Católico, rey de Aragón y regente de Castilla, considerado como fundador de la monarquía española y ofrecido como paradigma de buen gobierno en la guerra y en la paz.⁴⁸ Para conseguir su objetivo la narración histórica se pierde por momentos para dar cabida a la consideración política y viceversa: cuando la hilación de las ideas sobre el buen gobierno empieza a construir una temática específica (por ejemplo, la prudencia, la circunspección, el papel de los consejeros), irrumpe nuevamente el biografista con pormenores históricos. Así pues, quien pretenda encontrar en la *Perfecta razón de Estado* de Blázquez Mayoralgo la pureza metódica o el orden cronológico que caracteriza a las biografías como las que sobre aquel rey escribieron Zurita y Sículo, se encontrará con una prosa asistemática, cuando no prolifica, por sus constantes digresiones moralizantes y escauceos lingüísticos tan apreciados en la retórica del barroco. La

⁴⁸ Entendemos por "Fernandismo español" una corriente del pensamiento político que se desarrolló en la época de Felipe II. Consiste en el rescate de la imagen de Fernando el Católico, quien había sido considerado por Maquiavelo y por Guicciardini como el modelo de artista político experto en simulación. Algunos historiadores del siglo XVI transforman esa imagen en la de un héroe fundador de una monarquía destinada a grandes empresas espirituales. Así los historiadores de los siglos XVI y XVII, reconstruyen la biografía fernandina a partir de su guerra contra el infiel morisco del reino de Granada y de los inicios de la conquista espiritual americana. Esta "consciencia misional" y la imagen de adalid del catolicismo en la que se envuelve al rey aragonés, se avienen bien con la teoría de la razón de Estado española del barroco que busca exaltar un arte político *more christiano*. Véase Méchoulan, H., "Tacite et Machiavel...", cit., p. 296.

historia blazqueña es, pues, una biografía de doble intención: por una parte, se trata de un panegírico que exalta la figura de un rey, motivo por el cual, un autor contemporáneo llamó acertadamente al libro de nuestro autor "perfecta obra de panegíricos".⁴⁹ Y por otra, de acuerdo con el tacitismo europeo, advierte en los hechos narrados los posibles aciertos y errores de su protagonista, pretendiendo con ello transmitir al lector experiencias útiles para actuar en ese "teatro de juego", como le llamaba a la corte. Su objetivo principal, como el de todos los autores de libros sobre razón de Estado en el siglo XVII, no era, por tanto, enseñar el arte de la guerra, sino el arte político necesario para mantener el equilibrio de fuerzas en situaciones de paz.

Pues bien, ¿cómo se explica entonces, que este libro pretenda descubrir las reglas para "jugar" en la política, a partir de la vida de un rey guerrero como Fernando de Aragón?, ¿qué ejemplos de política agónica y paciaria se pueden extraer de una vida que en su mayor parte transcurrió entre combates, batidas a muerte y conquistas bélicas? A primera vista resulta paradójico, pues quien vivió en una constante lucha existencial cuyo punto de partida es la discordia, difícilmente podría aportar algo a la doctrina de esa lucha agonal que supone un acuerdo básico de concordia. Podemos tratar de explicar esta aparente contradicción analizando dos aspectos de la obra de Blázquez en los que se refleja con claridad el paso del arte de la guerra a la razón de Estado. Uno es el llamado "arte de la disimulación", que se inspiraba tanto en Tácito como en Séneca. El segundo es la justificación que el preceptista novohispano hace de estas artes de acuerdo con los principios del *ius commune*.

6. El arte de la disimulación en los orígenes del *ius publicum*

Una idea que encontramos en las obras de Tácito y que se ve reflejada en el libro de Blázquez, es aquella que aparece bajo el nombre de *arcana imperio*,⁵⁰ que se refiere a los secretos de los príncipes que

⁴⁹ Andrea, Peter Frank de, "Blázquez Mayoralgo, un preceptista de la razón de Estado en la Nueva España", publicado en el *Suplemento dominical* del diario *El Nacional*, México, 7 de septiembre de 1947, pp. 3-4.

⁵⁰ Tácito, *Anales*: I, 6 *arcana domus*; II, 36 *arcana imperii*; II, 59 *arcana dominationis*; *Historias*: I, 4 *arcanum imperii*; *Orat.*: I, 2 *arcana dictionis*.

formaban parte de una estrategia de guerra trasladada a la política. “Tacito –decía Ammirato en sus *Comentarios* al historiador romano– llamaba *arcanos de gobierno*, a ciertas leyes profundas, íntimas y secretas hechas para conservar la seguridad del imperio o señorío”.⁵¹ Más tarde Arnold Clapmarius definió la doctrina de los *arcana imperii* en su libro *De arcanis rerum publicarum* [I,1], diciendo: “son las artes ocultas y recónditas empleadas [por el príncipe] para adquirir y conservar el Estado”; y en su *Disputatio de iure publico* que aparece como introducción en una de las ediciones de su libro, se adelanta a explicar la legitimidad de estos medios según la doctrina de Tácito: “Son ciertas reglas secretas para conservar los gobiernos, introducidas siempre en favor de una *justa causa pública*, y opuestas a la tiranía [*dominationis flagitia*]”.⁵²

La doctrina del secreto político expuesta por Tácito se inspiraba en el arte de la guerra de los grandes generales romanos. Esta era la fuente de uno de los más grandes tacitistas del barroco, Giovanni Botero, quien en su libro *Della Ragion di Stato* (1589), hace esta descripción y decidida defensa del secreto como táctica militar y razón de Estado:

No hay cosa más necesaria para quien se ocupa de negocios de importancia, de paz o guerra, que el secreto. Éste le facilita la ejecución de sus designios y el manejo de sus asuntos, que de ser descubiertos les traerían muchos inconvenientes. Porque así como las minas, si se ocultan producen efectos maravillosos, por el contrario, si se hacen evidentes, son más de daño que de beneficio. Lo mismo sucede con los consejos de los príncipes, mientras permanecen secretos son eficaces y expeditos, pero no si se hacen públicos, ya que entonces pierden toda su fuerza y efectividad, pues los socios, los enemigos y los émulos tratarán de impedir sus resoluciones y obstaculizar sus acciones.⁵³

De acuerdo con las precisiones que habían señalado Tácito, y a su vera Ammirato, Clapmarius y Botero, la mayoría de los autores que

⁵¹ Ammirati, Scipionis. *Celeberrimi inter neotericos Scriptoris. Dissertatines Politicae sive Discursus in Cornelium Tacitum* [...] Cum gratia et consensu Superiorum. Helenopolis Impensis Johannis Theodobaldi Schnovetteri Praelo Richteriano, 1609, disc. 1,235.

⁵² Cit. por Stolleis, Michael, *Staat und Staatsräson in der frühen Neuzeit. Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts*, Frankfurt-Main, Suhrkamp, 1990, pp. 45 y ss.

⁵³ Botero, Giovanni, *Della Ragion di Stato*. Cito por la edición de Luigi Firpo, Turin, U.T.E.T., 1948, p. 112.

se ocuparon de elaborar la doctrina de la razón de Estado en la época barroca distinguían dos tipos de secreto. Uno era el legítimo y necesario, al que también se llamaba “disimulación”, equiparable, según lo expresara Canonhiero en 1609, al *ars silendi* y *ars nescendi* de la doctrina jurídica clásica.⁵⁴ Para el padre Juan Márquez el empleo de la disimulación es lícito en la política, por la misma razón que lo es en la guerra: como estratagema en juego “para turbar al enemigo”.⁵⁵ Otra forma de secreto era el engaño doloso, que se entendía siempre como hermetismo encubridor de trapacerías. En el *Norte de Príncipes* (1626), obra del humanista español Juan Pablo Mártir Rizo, se recoge esta distinción:

La disimulación es muchas veces no sólo conveniente, sino forzosa. Ella y la simulación difieren en que la disimulación es no manifestar lo que uno ha sabido o sospechado, y la simulación es decir o prometer una cosa y pensar hacer otra, que es engañar, cualidad indigna de príncipes, y aun de los hombres inferiores.⁵⁶

Si, como lo he señalado, el Estado moderno fue visto desde sus orígenes como una forma de inhibir y encauzar el supuesto impulso beligerante del hombre por medio de la representación de la guerra o, mejor aún, como su recreación por medio de un certamen, entonces resulta lógico que se acepte el recurso al disimulo para “burlar” al contrario y ganarle la jugada. El “contrario” podía ser un rival o una eventualidad, a la que se designaba con la palabra “fortuna”. Por ello Blázquez, siguiendo la doctrina de Tácito, no duda en echar mano de las tácticas bélicas para aplicarlas a la actividad política en forma de estratagema intelectual. Reconoce que con las “armas de la inteligencia” extraídas de la prudencia militar se tienen mayores

⁵⁴ Canonhiero, Andrea, *Il Perfetto Cortegiano et dell'Ufizio del Prencipe, verso L' Cortegiano. (di.) All' Illustrissimo Signor Iacopo Doria*. In Roma, Per Bartolomeo Zannetti. Con Licenza de' Superiori, 1609, f. 39.

⁵⁵ Márquez, Juan, *El Gobernador Christiano deducido de los hechos de la vida de Moysen y Iosue, príncipes del Pueblo de Dios*. [...] Dedicado al Doctor Don Juan Osorio y Guadalaxara, abogado más antiguo de los Reales Consejos & c. Quinta edición aumentada en diferentes partes, con extensión de la doctrina y nuevas cuestiones, con cuatro tablas muy copiosas. En Madrid por Gregorio Rodríguez, año de 1651, f. 11.

⁵⁶ Mártir Rizo, Juan Pablo, *Norte de Príncipes y Vida de Rómulo*. Cito por edición del Centro de Estudios Constitucionales (Estudio preliminar de José Antonio Maravall), Madrid, 1988, pp. 97-98.

posibilidades de éxito, pues “se han ganado más batallas sin armas que [con] las armas sin cautelas”.⁵⁷

Inspirado nuestro tacitista en las tácticas empleadas por Fernando para burlar a los moros en la guerra de Granada, afirma que en política “siempre han de ser nuevas las resoluciones al enemigo, porque no hay armas tan fuertes contra él como hallarse en el engaño sin el remedio que prevenía y con la novedad que no esperaba”. Pero como en casi toda la obra, apenas extrae la regla de razón de Estado, de inmediato puntualiza la advertencia sobre el peligro implícito en el uso de estos medios, pues fácilmente podrían entenderse al modo de Maquiavelo a quien intenta contrarrestar diciendo: “siempre el ardid fue máquina marcial [...], cuando no se rompa la fe, [ni] se vaya contra la obligación”. Cumplidas estas condiciones, entonces es lícito el empleo del disimulo y del secreto, siempre que se recurra a ellos como “medios de defensa” contra el enemigo, es decir, de modo pasivo, como lo recomendaba Séneca al tratar de la virtud de la constancia, sólo así, dice Mayoralgo, le es “permitida al príncipe en la necesidad, la industria, cuando el enemigo acomete la traición en la defensa” [sic].⁵⁸

La razón de Estado equiparada a secreto, según la entiende nuestro autor, es parte de la virtud de la prudencia con la que se ha de resolver sobre situaciones imprevistas, y así, con un criterio genuinamente tacitista, y quizá inspirado en Botero, sostiene:

El más poderoso nervio en el gobierno del rey –paz o guerra– es el consejo secreto, porque viene a ser un instrumento inmediato de la ejecución determinada en el entendimiento y ajustada con las empresas en la ocasión [...] porque (como es opinión de Festo Pompeyo) consejo y silencio todo es uno,

⁵⁷ Blázquez Mayoralgo, *Perfecta...*, cit., f. 54.

⁵⁸ *Ibid.*, fs. 54 v-55. La palabra *industria* significa –en el siglo XVII– “la maña, diligencia y solercia, con que uno hace cualquier cosa con menos trabajo que otro... industrioso, el que tiene maña para lo que quiere hacer...”, Covarrubias, Sebastián de, *Tesoro de la Lengua castellana o española [...] Dirigida a la Majestad Católica del Rey Don Felipe III, N.S.* [1a. ed. 1611], Madrid, Turner, 1984, p. 735. Maravall ha señalado la cualidad de “artificio” que encierra el término en el barroco, de tal manera que se equipara a *razón* que produce artefactos, y se aplica también a la conducta, por lo que una persona industriosa –en la vida política de la corte– es aquella que con artificios intelectuales, es decir, estratagemas y tácticas calculadas, logra engañar al contrario, para vencerlo. Véase Maravall, José Antonio, “Dos términos de la vida económica: la evolución de los vocablos industria y fábrica”, en *Cuadernos Hispanoamericanos*, núms. 280-282, Madrid, 1973, pp. 622 y ss.

y Cornelio Tácito escribe en el primero de los *Anales*: *parum enim est recte deliberare, conferre, atque consulare arcana nisi consilia silentio obsignentur* y más adelante *tam nesci re quaedam quam scire oportet*, ¡Grande argumento de sabiduría saber callar!⁵⁹

En la época barroca estas ideas se resumieron con la antigua sentencia de Plauto *Nescit regnare qui nescit disimulare* (No sabe gobernar quien no sabe disimular) que se convirtió en un lugar común de la literatura política. Gracián afirmaba que “quien supo disimular, supo reinar”⁶⁰ y Saavedra Fajardo lo repite a su modo: “quien no sabe fingir, no sabe reinar”;⁶¹ Benito Arias Montano, el “Maquiavelo español”, como es conocido, afirmaba en uno de sus *Aphorismos* que “el fingir y disimular se tiene por propio atributo de los príncipes, de tal manera que hay quien piensa, que no sabe reinar, quien hacerlo no sabe” [sic].⁶²

En términos generales se aceptó, pues, esta doctrina si bien para algunos no quedaba del todo libre de sospechas.⁶³

Para nuestro autor novohispano el recurso al disimulo estaba plenamente justificado porque lo consideraba necesario como arma útil para “engañar” al contendiente en juego. El mejor modo de hacerlo era a través de la actitud externa, del donaire, del rostro, de la expresión gestual del cuerpo: “alta razón de Estado –concluye– ostentar valor para alentar a los propios a las conquistas y desmayar al enemigo en la fortuna”. Cuando Blázquez dice que el príncipe ha de “ostentar valor”

⁵⁹ Blázquez Mayoralgo, *Perfecta...*, cit., f. 93 a la vuelta.

⁶⁰ Gracián, Baltasar, *El Discreto en Obras completas*. Edición de Romera Navarro, Madrid, Aguilar, 1947, p. 339.

⁶¹ Saavedra Fajardo, Diego de, *Razón de Estado del Rey Don Fernando el Católico*, en *Obras completas*, Madrid, Aguilar, 1946, p. 1244.

⁶² Arias Montano, Benito, *Aphorismos sacados de la Historia de Publio Cornelio Tácito... para la conservación y aumento de las monarquías hasta ahora no impresos... dirigidos al Ilustrísimo y Reverendísimo Señor D. Luis Sans, del Consejo de su Majestad y Obispo de Barcelona*. Con licencia, en Barcelona, por Sebastián Matevat, a costa de Miguel Manescal, mercader de libros, año de 1614. Los *Aphorismos* se publicaron en Setanti, Ioachim. *Centellas de varios conceptos*, con licencia por Sebastián María Acosta de Miguel, Manescal, 1614, c. 23.

⁶³ Así lo entendía, por ejemplo, el portugués Fernando Alvia de Castro, quien en 1616 publicó un libro en el que afirma: “Es sentencia que el que no sabe disimular, no sabe reinar, de que infiere Maquiavelo que conviniéndole al príncipe disimular en las cosas de religión y virtudes lo puede y debe hacer”. Alvia de Castro, Fernando, *Verdadera razón de Estado. Discurso político*. Imprenta de Pedro Cresbeck, Lisboa, 1616, f. 46/46 v.

se está refiriendo nuevamente a la virtud estoica de la constancia con la que es posible mantener el dominio propio y, consecuentemente, el mando sobre los acontecimientos y las personas, pues, dice, “es desdichado [el príncipe] que no sabe disimular su sentimiento”.⁶⁴

Como podrá verse, la doctrina de Blázquez Mayoralgo no se inclina ni en una dirección puramente moralista que repruebe la utilidad de la virtud y un cierto pragmatismo técnico de la conducta, ni se acoge sin más a las reglas de estrategia situacional y mecanicista que Maquiavelo había tomado del arte de la guerra, y tampoco me parece que estemos ante una moral acomodaticia. A mi modo de ver lo que nuestro preceptista se había propuesto era encontrar en la antropología cristiana, ilustrada por el tacitismo y el neoestoicismo, todas las posibilidades que ésta ofrece para el juego político.

7. La doctrina del *ius commune* en Blázquez

El arte de la disimulación como parte de la razón de Estado encontró su justificación, no sólo en el tacitismo político y en la moral estoica, sino también en los textos del *Ius commune*. Así, en la famosa recopilación canónica del jurista Graciano, comúnmente llamada *Decreto*, se aborda el tema dentro de la doctrina de la tolerancia. La *dissimulatio*, denominada en esta obra *comparativa permissio* (D. III/c. 4), se refiere a la dispensa y a la costumbre *contra legem*, casos en los cuales se sugiere que el gobernante no aplique una norma generalmente fingiendo que desconoce el hecho que en circunstancias normales originaría su aplicación.⁶⁵ Esta doctrina, como lo ha estudiado Tau Anzóategui, fue conocida también en el Nuevo Mundo. La *dissimulatio* se transformó en una institución jurídica acorde con las

⁶⁴ Blázquez Mayoralgo, *Perfecta...*, cit., fs. 60-61. El tema de fondo en las formas de conducta planteadas es el *engaño y el desengaño*, preocupación tan característica de los pensadores del neoestoicismo. Blázquez lo expresa de modo claro cuando dice: “justicia es no engañar, prudencia no ser engañado” f. 74 v. El desengaño sólo se logra mediante el autodomínio que mantiene el ánimo del príncipe imperturbable ante las influencias exteriores y las apariencias engañosas: “Virtud inexcusable del rey [...] la fortaleza [...] que su ánimo ha de ser, ya demostrarse tan firme en las adversidades, que parezca peñasco combatido de las ondas [olas], con ímpetu arrojadas a él, pero con imperio quebrantadas”, f. 143v.

⁶⁵ Olivero, Giovanni, *Dissimulatio e tolleranza nel'ordinamento canonico*, Milán, Giufrè editore, 1953, p. 19.

necesidades de flexibilidad de los jueces ante la cambiante y difícil realidad americana.⁶⁶

Pero el disimulo no sólo es una institución jurídico-canónica, constituye también una elaboración del derecho civil a partir de la teoría jurídica romana del “*dolus bonus*” pues, según lo había señalado Ulpiano en su *Epitome de Festus* (60, 29), la palabra *dolo* se puede entender de dos modos: como acción hecha con malicia, o como recurso bueno y lícito.⁶⁷ Esta doctrina es recogida por Blázquez cuando dice que Fernando, en las negociaciones que sostuvo con el Duque de Milán, medía sus propias fuerzas y se mantenía cauteloso, dueño de sí, para “descubrir la intención del enemigo”. Deduce que esto no es ardid sino “dolo bueno”, lícito en el combate y en la negociación política pues el engaño en este caso “no induce ofensa” y, después de un gran número de citas de la Biblia, de Plutarco, Homero, Valerio Máximo y Quinto Curcio, entre muchos otros, concluye citando a Ulpiano:

El dolo se entiende hoy en su aspecto negativo, como fraude, sin que sea necesaria maquinación para engañar a uno. Pero los antiguos también lo entendían en un sentido positivo como habilidad o destreza empleadas principalmente contra los contendientes... por esto es que decimos dolo, porque el dolo también era llamado bueno entre los antiguos. Por esto el derecho lo determinó [el concepto de dolo] entre malo y bueno.⁶⁸

⁶⁶ Tau Anzóategui, Víctor, “La disimulación en el derecho indiano”, en *Derecho y administración pública en las Indias Hispánicas*, vol. II, Toledo, Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, 2000, pp. 1733-1752.

⁶⁷ “*Doli vocabulum nunc tantum in malis utimur, apud antiquos in bonis rebus utebatur. Unde adhuc dicimus sine dolo malo nimirum quia solebat dici et bonus*” [“la palabra dolo que ahora se emplea generalmente sólo para algo malo, entre los antiguos también significaba algo bueno. Así que, si se habla de un dolo malo, es porque entonces también hay uno bueno”]. Cfr. Maldonado de Guevara, Francisco, “Emblemática y política. La obra de Saavedra Fajardo”, en *Revista de Estudios Políticos*, vol. XXIII, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, p. 33.

⁶⁸ “*Dolum quod nunc in malam tantum partem accipitur, hoc est pro fraude, sine machinatione ad fallendum aliquem: veteres etiam in bonam partem accipiebant pro solertia ac calliditate, que prefertim adversos hostes, sine latrones adhibetur. Quare nunc dolum dicimus quoniam bonus etiam dolus a veteribus dicebatur*”. Hemos querido traducir la palabra latina *hostes* que utiliza Ulpiano, como *contendientes*, y no como *enemigos* ya que el dolo bueno se emplea en la competición inteligente y no en la guerra de enemigos a muerte. *Perfecta razón de Estado*. f. 94 v.

En el *Digesto* también se justifica el uso de estas artes en el juego de negociación señalando que “en el precio de la compraventa es naturalmente lícito a los hombres el engañarse” (D. 4, 4, 16,4). Y la *Glosa* lo recoge en un texto que dice: “naturalmente les es lícito a los que hacen contratos involucrar mutuamente en el precio de las compras y de las ventas”.

Pues bien, en el barroco, por influencia de una visión burguesa heredada del renacimiento italiano, se entendía que la política era equiparable a un juego de estrategia parecido al de los contratantes en el comercio. Así lo advertía, entre otros, Francesco Guicciardini en su *Discurso de Logroño*, en donde sostiene que el arte de Estado (derivado del arte de la guerra) y el del comercio se rigen por reglas de negociación semejantes.⁶⁹ Por eso los tratadistas de la “jurídica razón de Estado” encontraron en la teoría romana del dolo bueno aplicado a la compraventa la justificación para el empleo de la estratagema y el disimulo en el juego de poder.⁷⁰ Llegan incluso a emplear términos como “fraude”, “ardid” o “engaño”, identificándolos con la “habilidad de ingenio”, como le llamaban Covarrubias y Suárez.

En efecto, Francisco Suárez, en su *Tractatus de Legibus* (1612), comentando los argumentos de Covarrubias, afirma que cuando en el *Digesto* se utiliza la palabra “envolver” para describir la negociación

⁶⁹ Viroli, Maurizio, *From politics to reason of State. The acquisition and transformation of the language and Politics 1250-1600*, Cambridge, 1992, pp. 178-179.

⁷⁰ El *dolus bonus* como instrumento de negociación en el mercado y específicamente en el contrato de compraventa, también fue sido justificado por Clapmarius, quien lo vincula a la teoría de los *arcana imperii*: “sed ab his arcanis omnis doli species abesse potest... in mercatura autem f. contractibus sunt doli quibus aliud alitur, aliud simulatur agi...”. Siguiendo el libro VI de los *Anales* de Tácito define así la justificación de estos secretos: “vulgo occulta consilia... Pro vero ratione Reipublicae...”. Luego menciona la virtud de la prudencia que obliga al secreto según recomienda Aristóteles: “Et in iurisprudentiae aliud est iustum et simpliciter aliud pro hac vell illa repub. hac vell illa gente, unde aristoteli excidit illud... veluti ad multa facinora tacere, legatos dffentientes mittere, discordias, sive, ut dicebat cato, oppositiunculas serere inter primates, principum facta atrollere... quod nau-tae vocant promontorium flectere. Quib. atribus quod Tiberius instructissimus fuit ideo eius verba plerumque Tacitus apellat obscura, susspensa, nunc perplexa, nunc eluctantia, nunc verba in speciem recusantis composita...”. Clapmarius, Arnold, *De Arcanis Imperii magnam partem correctus auctus & castigatus per Martinum Schoockium, Serenisimi & Potentissimi Electoris Brandenburgici Consiliarium, Historiographum & Professorem Honorarium in Academia Viadrina / qui adjecit plures libros Arcanorum, qua generalium, quia Specialium eodem pertinentium*. Francofurti ad oderam. Impensis Haeredum Jobi Wilh Fincelli. Typis Friederici Eichron. Anno 1668, f. 33.

en la compraventa, no se debe interpretar “en el sentido riguroso de engaño con dolo y fraude, sino en cuanto que significa habilidad de ingenio humano, pues el comprador procura rebajar el precio cuanto puede y el vendedor subirlo”. En cuanto al adverbio “naturalmente”, que emplean tanto el *Digesto* como la *Glosa*, para referirse a este modo de proceder en la contratación, el mismo Suárez, recoge la doctrina del *ius gentium* y advierte que no debe entenderse como lícito en sentido propio, sino “desde el punto de vista del juicio humano, según suele decirse, lo que se hace impunemente y se tolera en el uso, lo cual es lo mismo que permitirse”. Y más adelante aclara: “también puede decirse, y casi equivale a lo mismo que naturalmente, es decir, según el derecho de gentes, eso es lícito”.⁷¹ En consonancia con estas ideas Blázquez Mayoralgo acepta que “no es engaño que hace el rey desmentir con apariencias lo que pueden destruir asechanzas [pues] forzoso es al príncipe (y más en tiempo de guerras) usar de fraude en la necesidad, no para quebrantar la fe, sino para asegurar la justicia”.⁷² ¿Qué significa en este contexto la palabra “fraude”? Pareciera que con el solo hecho de decir que se permite “para asegurar la justicia”, Blázquez se estuviera acogiendo sin más al principio achacado a Maquiavelo, “el fin justifica los medios”. Sin embargo, en el contexto doctrinal de la época la palabra *fraude*, tomada del léxico de la guerra, es equivalente, por una parte, al disimulo o *arcanum imperii* de Tácito, y por otra, al *dolus bonus* de Ulpiano.

El *dolus bonus* es parte de un juego, entendido como lucha de desgaste entre contendientes, es decir, como simulación de guerra, como competencia de ingenios en la corte, “donde cada uno vive en la fe de engañar al otro”, dice el propio Blázquez. Por ello, como ha visto Maldonado de Guevara, la teoría del derecho romano fue la solución hallada por la doctrina cristiana de la razón de Estado, para que ante las exigencias del individualismo propiciado por el Estado moderno, los cristianos no quedaran excluidos del juego y la competición áulica.

⁷¹ Suárez, Francisco, *Tratado de las leyes y de Dios Legislador*. Rep. anastática de la edición príncipe de Coimbra 1612. Versión española por J. R. Eguillor Muniozguen S. J., vol. I, lib. 2, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, pp. 192-193.

⁷² Blázquez Mayoralgo, *Perfecta...* cit., 94.

8. La “jurídica” razón de Estado

De múltiples formas se expresa en la ley y en la doctrina de los juristas castellanos la necesidad de gobernar mediante el derecho, esto es, creándolo y cumpliéndolo ejemplarmente. Estas ideas ya se encontraban en el *Fuero Juzgo* y en las *Partidas*,⁷³ pero no es sino hasta el siglo XVI, con la aparición del Estado moderno en España, cuando cobran nueva fuerza en la doctrina de los juristas que se ocupan esencialmente del derecho como un conjunto de normas impuestas por el rey legislador.

Blázquez, con un criterio más jurisprudencial que legalista, entiende que todo ordenamiento estatuido por el poder estatal por principio debe ser respetado y aplicado por el príncipe y sus ministros. Pero considera que esto ha de hacerse no sólo atendiendo a la forma legal potestativa (*vis coactiva*), sino además a la justicia de cada caso, por ello aconseja que “no siempre los reyes han de gobernar por las leyes”, sino también atendiendo a “la naturaleza de los casos inopinados”.⁷⁴ No es esto un mero recurso contemporizador del estadista, al menos no lo entiende así el casuismo jurídico, ni de Blázquez ni de los juris-

⁷³ En el primer Ordenamiento leemos: “Rey serás si fecieres Derecho et si non fecieres Derecho non serás rey” [sic]. *Fuero Juzgo en latín y castellano cotejado con los más antiguos y preciosos códices por la Real Academia* por Ibarra, Impresor de Cámara de S.M., 1815, Ley II, Tit. I. En el de Alfonso el Sabio la “gobernación o regimiento” de los pueblos se identifican igualmente con la justicia legal: “Al governamiento de las gentes pertenecen las leyes que ayuntan los coraçones de los omes por amor. E esto es Derecho e Razón, ca destas dos sale la justicia complida que faze a los omes vivir cada uno como conviene” [sic]. *Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso El Sabio. Cotejadas con varios códices antiguos por la Real Academia de la Historia y glosadas por el Licenciado Gregorio López del Consejo Real de Indias de su Majestad*, París, Ed. Lasserre, 1847, Partida I, 1,7.

⁷⁴ Blázquez Mayoralgo, *Perfecta...*, cit., f. 148. Esta era la opinión común de juristas, teólogos e historiadores, de modo especial para el Nuevo Mundo, por ello el padre José de Acosta en su *De procuranda indorum salute*, afirmaba que en América, salvo el derecho natural, las leyes civiles de tradición romana y castellana, podrían resultar muchas veces inaplicables, por lo que se debía atender al caso ya regional, ya particular y concreto. Mendieta, más radical que el jesuita, había afirmado a este respecto: “ni código ni Digesto, ni hombre que había de regir a hombres por ellos pasara a estas partes; porque ni Justiniano hizo leyes, ni Barthulo ni Baldo las pusieron para este mundo y su gente” (cita la “Carta a fray Francisco de Bustamante, México, 1562). Este es el sentido en que Blázquez Mayoralgo, en el texto que estamos comentando, entiende la posible oposición entre “leyes introducidas” y “casos inopinados”. Cfr. Tau Anzóategui, Víctor, *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del derecho indiano*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992, pp. 89-90.

tas de todos los tiempos. Esta habilidad, o *solertia* como le llamaban los juristas romanos, requería en el gobernante, según Blázquez, el ejercicio de ciertas artes derivadas de la virtud de la prudencia con el objeto de anteponer la justicia o equidad de cada caso a la ley general.⁷⁵

Todo esto querían significar los tacitistas con la palabra “jurisprudenciar”, entendida como sinónimo de equidad (*bonum et æquum*) e insertada en el mundo de la decisión política, siendo probablemente éste el sentido más genuino de la expresión “Jurídica razón de Estado” tan empleada en el barroco. Quizá donde nuestro tacitista expresa mejor esta idea es en esa máxima con la que comenta una gesta militar de Fernando, en donde dice: “esto es reinar: esto es variar las formas para que se gane por gobierno, lo que puede perderse por confusión; si el rey no se transforma según el accidente, menos sabrá resolverse según la causa”.⁷⁶

El término “confusión” a que alude el autor se entiende como la generalidad de una ley que, por sus mismos términos, no puede prever todos los casos concretos posibles, lo cual exige la aplicación de esa virtud moral –forma de la justicia legal– que se llama *epiqueya* que, según Santo Tomás, “modera la observancia de los términos de la ley” I (S. Th. IIa-IIæ, 120, 2 ad 3). Esta virtud, según la jurisprudencia civil, produce un “derecho superior” de carácter prudencial por el que la ley pierde su carácter obligatorio.

El tema sin duda era muy espinoso, pues los defensores de las tesis maquiavélicas no habían hecho mayores precisiones en torno a la relación o posible contraposición entre las reglas del derecho y las de la guerra trasladadas a la política. Para evitar cortapisas al ejercicio del poder, muchos sostenían que frente a las disposiciones convenientes al príncipe podía perder su vigencia el derecho común. Así lo entendía, por ejemplo, Joaquín Setanti en sus *Centellas de varios avisos*, donde decía que aun cuando los reyes están sujetos “a derecho y razón [...]

⁷⁵ Christ ha señalado recientemente a este respecto, que la historia de Tácito bien puede considerarse como un relato experiencial ligado por el método al casuismo de la jurisprudencia romana, que tanto auge cobró en la época barroca. Christ, Karl, “Geschichte, Rethorik und Recht. Zur Interdependenz von Historie und Recht bei Tacitus”, en *Überlieferung, Bewahrung und Gestaltung in der rechtsgeschichtlichen Forschung*, S. Buhholz, P. Mikat, D. Werkmüller, München, F. Schöningh, 1993, pp. 53-68.

⁷⁶ Blázquez Mayoralgo, *Perfecta...*, cit., f. 148.

de esto los desvían muchas veces, las reglas de Estado”.⁷⁷ Blázquez en cambio, como lo he señalado, acepta la aplicación prudencial de la ley por el príncipe, pero insiste a lo largo de su extensa obra en la necesidad de imponer condiciones a cualquier acción que pretenda pasar por encima de la del orden legal: “declarada tiranía —dice— es no sólo romper las leyes con la espada [sino además] arbitrarlas con el poder: si por alguna causa se puede quebrantar el derecho por reinar (dijo Eurípides), ha de ser: *si violandum est sui regnandi causa violandum est*” [sic].⁷⁸ Todo depende, pues, de la virtud de la prudencia del príncipe llamada por Blázquez “perfecta razón de Estado”, de la que Fernando de Aragón se ofrece como el modelo más acabado.

IV. LAS “MEMORIAS AUGUSTAS” DEL MAGISTRADO FRANCISCO DE SAMANIEGO

El oidor Francisco de Samaniego era amigo personal de don Juan Blázquez Mayoralgo. En el prefacio a una de sus obras se lee: “natural de Caicedo, valle de la Ribera, obispado de Calahorra, hermandad de la provincia de Alaba, Fiscal de su Majestad, allá en la Audiencia Real de Manila, Islas Filipinas, segundo Mundo de la Europa, primero de la América”.⁷⁹ Sabemos, además, por datos que recoge Ángel Ferrari, que había sido colegial y profesor de derecho en la Universidad patricia de Osuna, hasta su destierro “en este otro mundo, testigo de mis desgracias”, según palabras del propio Samaniego. Debió llegar a la Nueva España con su mujer, Catalina de Quiñones, a finales de 1632, siendo nombrado relator de la sala del crimen de la Audiencia de México desde 1633,⁸⁰ cargo que desempeñó sin interrupciones

⁷⁷ Setanti, Ioachim, *Centellas de varios conceptos*, con licencia por Sebastián María Acosta de Miguel, Manescal, 1614, f. 18v. Con mayor radicalidad se expresa el secretario del cardenal Richelieu, Gabriel Naude, quien llega a decir que la razón de Estado es “aquella que deroga el derecho común en ventaja del interés público”. Naude, Gabriel, *Science des Princes ou Considerations Politiques sur les coups d’Etat [...] Parisien, Avecque Les reflexions Historique Morales, Chrétienes, & Politiques* de L.D.M.C.S.E.D.M. qui Admire, ce qu’elles ont de Subtil, E’claircit, cc qu’elles ont d’Obscur, Rejete ce qu’elles ont de mauvais. Et les considere toujours, & par tout avec indifference, & sans aucune passion. Imprimées l’An 1673, 47.

⁷⁸ Blázquez Mayoralgo, Juan, *Perfecta...*, cit., f. 8v.

⁷⁹ Vindel, Francisco, *Manual gráfico-descriptivo del bibliófilo hispanoamericano (1475-1850)*, Madrid, 1931, t. IX, p. 1.

⁸⁰ AGNM, General de parte, vol. 7, exp. 309, fs. 336v/337r.

durante diez años, pues sabido es que regresó a España con permiso temporal en 1643.⁸¹

Samaniego era especialista en panegíricos, entre los que destacan aquel *Elogio en admiración del gobierno del arzobispo mexicano Manso y Zúñiga*, y el *Llanto a la muerte del duque de Lerma*, escrito en memoria de su protector, el nieto del ministro de Felipe III. Pocos años antes de que se publicaran las *Memorias* anejas a la obra de Blázquez, confiesa hallarse compenetrado literariamente con el canónigo de Tlaxcala y más barroco escritor de México, Juan Rodríguez de León, iniciador de los “panegíricos augustos” en estas tierras. Fruto de esta relación intelectual es ese impreso titulado *Elogio a las letras, prudencia y virtud del Doctor Juan Rodríguez de León, Canónigo de la Santa Iglesia Catedral de Tlaxcala en Nueva España*, publicado en 1639.⁸²

El escrito de Samaniego que aquí nos interesa es más que una reflexión sobre la razón de Estado, se trata de un panegírico del soberano español cuyo título completo es: *Memorias augustas al más soberano príncipe que ha merecido España, el rey Don Fernando el Catholico, Quinto de Castilla y Segundo de Aragón, y primero de todo el Orbe*.⁸³ Comprende veinte páginas en folio que aparecen al principio de la *Perfecta razón de Estado*, y ha sido considerado por Ángel Ferrari como una obra con entidad suficiente para constituir libro aparte, lo cual es cierto no únicamente por su volumen, sino por su singularidad metodológica y doctrinal respecto al texto de Blázquez.

⁸¹ AGNM, Reales Cédulas Originales, vol. 49, exp. 501, fs. 405r-406r. “Para que se le pague al doctor don Francisco Samaniego Relator de la Sala del Crimen de lo procedido de lo que se le debe de su salario después de pasado el despacho de flota y escolta y de las penas de común se restituya a la caja lo que importare”.

⁸² Ferrari, Ángel, *Fernando el Católico en Baltasar Gracián*, Madrid, Espasa Calpe, 1944, p. 466.

⁸³ Samaniego, Francisco de, *Memorias augustas al más soberano príncipe que ha merecido España, el rey Don Fernando el Catholico, Quinto de Castilla y Segundo de Aragón, y primero de todo el Orbe, panegirizábalas Don Francisco de Samaniego, Relator en la Sala del Crimen Audiencia Real de México, gloriando lo admirable de sus virtudes, aplaudiendo los aciertos de sus ejecuciones, vitoreando los laureles de sus triunfos, recordando los sucesos de su reinado, jurisprudenciando lo mucho de sus méritos y cortejando la ‘Perfecta razón de Estado’, que con tan dichosos estudios y acertados períodos ha impreso, llevado de su devoción Don Juan Blázquez Mayoralgo, hijo de la Villa de Cáceres, Primogénito de Minerva, Año de 1645 a 27 de diciembre*, fs. 10f-20v.

La idea principal de este escrito del oidor novohispano es exaltar a Fernando el Católico como el primer monarca de España, como el fundador del primer Estado moderno en Europa entendido como “empresa racional”, esto es, como fruto del cálculo y de la capacidad de aquel rey para proyectar una organización artificial del poder que sustituyera gradualmente a la guerra como modo de coexistencia.⁸⁴ Este propósito se puede observar desde las primeras páginas de sus *Memorias* en las que comienza diciendo:

He de escribir las hazañas del mayor rey que tuvo el mundo, así de la gloria de ellas, como porque fue el primero que supo ser rey, y porque fue el que dio principio a la Monarquía de España, hasta entonces Reino, y después la más poderosa entre cuantas celebran, de asirios, griegos y romanos...⁸⁵

Haciendo eco del espíritu moderno del barroco Samaniego destaca la grandeza de Fernando debida a su habilidad artística personal para crear redes de poder, y no a la nobleza de su sangre:

Nunca fue mérito lo que se granjea con acasos, no ennoblece las dignidades lo grande, ni soberaniza lo real, los puestos. Las virtudes son las que merecen, los méritos los que aclaman [...] La más, según esto, estimable nobleza es la que se granjea por la virtud adquirida, no la que se recibe de la sangre heredada [...] No hay pues porque agradecer tanto al que nació rey, como al hidalgo que supo adelantar a sus padres [sic].

Dicho en términos de Maquiavelo, Fernando el Católico aparece en este texto como un “príncipe nuevo”, “artífice de su propia fortuna –dirá nuestro autor– pues de sus obras procede el estado de su dicha”. A esta grandeza debida al mérito personal se debe la profunda admiración que sentían por este monarca Nicolás Maquiavelo, Paolo Sarpi y Francesco Guicciardini, entre otros. Pero nuestro panegirista no admira en aquel rey sólo su “virtú”, tal como se entiende esta palabra en el léxico maquiavélico, es decir, el arte político y la capacidad militar, pues estas habilidades meramente técnicas no son, dice, sino “razones de estado que por adelgazadas se rompen”. Cree que

⁸⁴ Sobre este tópico literario véase Arco, Ricardo del, *Fernando el Católico. Artífice de la España Imperial*, Zaragoza, Heraldo de Aragón, 1939, especialmente cap. XXIX.

⁸⁵ Samaniego, Francisco de, *Memorias...*, f. 1.

la virtud de la prudencia es más rica en posibilidades de éxito que la razón de Estado extraída únicamente del arte bélico, que era como lo entendían los italianos, por eso concluía diciendo:

No se que cariños tienen las acciones de este católico rey entre los políticos bien entendidos. Más razones dicen, supo de Estado católicas, que Cornelio Tácito, gentiles, y Machiavello inhumanas [sic].⁸⁶

Nuestro tacitista novohispano entiende que la ciencia política cristiana o perfecta razón de Estado, se forma de dos partes esenciales: en primer lugar, los principios éticos universales derivados de los primeros principios y de la sindéresis; en segundo –dice con singular expresión–, de un “prudenciar y reñir con razón”, esto es, del dominio técnico o artístico (emparentado con el *ars belli*) sobre los acontecimientos.

El arte de la disimulación tomado del arte de la guerra también aparece en este escrito como parte de la razón de Estado. Sostiene Samaniego, siguiendo a Séneca, que si el Rey Católico fue grande se debe a que no padecía los avatares del mundo exterior, pues “al tiempo que se sentía menesteroso de todo, acudía con más valor a su remedio, [para] no dar a entender a sus enemigos que sus fuerzas se embarazaban en el gobierno doméstico”. Con este señorío, gracias al cual “nunca se dejó llevar del ímpetu sino de lo más noble de la razón”, pudo el rey mantenerse por encima de las circunstancias y escapar de las asechanzas del enemigo. De ahí colige el autor que la virtud moral tiene un sentido útil y pragmático, pues implica un comportamiento enérgico de lucha contra las debilidades personales, y es compatible con la práctica de la disimulación que se requiere en el arte de la guerra y en el de la política: “*arte in bello est simulatio regenda, non quod caret suspitione est fraude oportuna*”.⁸⁷ El resto de la obra escrita por el juez mexicano es un conjunto de

⁸⁶ *Ibid.* f. 16. Su crítica a Tácito es sólo aparente, pues era común entre algunos moralistas del barroco atacar a Tácito a la vez que tomaban actitudes típicamente tacitistas. Tal es el caso, por ejemplo, del padre Ribadeneira, en su libro *Príncipe Cristiano*, o de Saavedra Fajardo, en su *República Literaria*. La explicación de este rechazo podemos encontrarla en el hecho denunciado por algunos críticos de la época de que hubo quienes emplearon el pensamiento y el nombre de Tácito, no tanto para darle mayor realismo a sus planteamientos éticos, cuanto para encubrir su maquiavelismo.

⁸⁷ Samaniego, Francisco de, *Memorias...*, f. 39.

reflexiones sobre la “jurídica” o “cristiana razón de Estado”, que se exponen siempre bajo la perspectiva moderna de un juego en el que se representa la guerra.

V. EL “ELOGIO APOLOGÉTICO” DEL OIDOR GASPAR FERNÁNDEZ DE CASTRO

Gaspar Fernández de Castro, Caballero de la Orden de Santiago, fungió como oidor supernumerario de la Audiencia de México hasta el 8 de noviembre de 1641.⁸⁸ El Conde de Salvatierra lo nombró Juez de Traslados del Consulado de México en 1643,⁸⁹ más tarde le da el encargo de cuidar de la elección de alcaldes y oficiales en algunos barrios de indios de la ciudad de México⁹⁰ y lo nombra juez de alzada en el año 1657.⁹¹ En 1661 fue ascendido a numerario, siendo al poco tiempo suspendido y desterrado durante dos años hasta el 6 de julio de 1663, en que el Consejo de Indias lo restituye en el cargo.⁹² Después de su jubilación regresa a España en 1665 en donde muere al poco tiempo.⁹³

El texto que ahora comentamos es el *Elogio apologético* que, como habíamos mencionado, aparece como proemio de la *Perfecta razón de Estado* de Blázquez. Para Ángel Ferrari, el *Elogio* tiene una visión del príncipe aún más emparentada con Baltasar Gracián que las obras de Blázquez y Samaniego.⁹⁴ A mi modo de ver, el texto de Fernández de Castro es fiel reflejo de ese pesimismo antropológico y existencial que caracteriza no sólo a Gracián sino a un buen número de autores españoles del XVII.

⁸⁸ Schäfer, Ernesto, *El Consejo Real y Supremo de las Indias. Su historia, organización y labor administrativa hasta la terminación de la Casa de Austria*, t. II, “La labor del Consejo de Indias en la Administración colonial”, Sevilla, Escuela de Estudios Hispanoamericanos, 1947, p. 456.

⁸⁹ AGNM, General de Parte, vol. 9, exp. 169, f. 125.

⁹⁰ AGNM, Indios, vol. 15, exp. 1, f. 2.

⁹¹ AGNM, Reales Cédulas, Duplicadas, vol. 18, exp. 72, fgs 31v, “Nombramiento de Juez de alzada del Consulado de esta Ciudad en el Señor Licenciado don Gaspar Fernández de Castro Caballero del Orden de Santiago oidor de esta Real Audiencia Enero del año de 1657”.

⁹² AGNM, Reales cédulas duplicadas, vol. 25, exp. 620, fs. 379/379v.

⁹³ AGNM, Reales cédulas duplicadas, vol. 26, exp. 14, f. 19.

⁹⁴ Ferrari, Ángel, *Fernando el Católico...*, cit., p. 490.

Desde las primeras páginas el texto rezuma una enorme acritud. Su discurso se desenvuelve en temas como la envidia de los émulos, la suspicacia del príncipe, y las prevenciones a éste sobre los recelos, discordias e infidelidades de sus pares y súbditos. Por momentos su pesimismo no le permite ver en la política más que seres en destrucción y guerra permanente (*bellum omnia contra omnes*). Con mayor desconfianza que Blázquez y Samaniego ante esa humanidad belicosa, don Gaspar asume con resignación un cierto pragmatismo, recomienda, por ejemplo, que el príncipe se aproveche de la enemistad natural entre los hombres, pues es “legítimo y prudente derecho de estado [tomar] el fruto propio de la discordia que sembró ajena mano”. Pero más adelante pondera su visión fatalista, y entonces da comienzo su alegato en favor del héroe de España, culpando de la oscuridad que recae sobre la imagen de Fernando a los “políticos” (Maquiavelo principalmente), que no habían sabido ver aquel monarca sino la astucia de un “ciego lince” como si sólo se tratara de un experto en estrategia militar, y no de un rey prudente. Conmina con dureza a quienes han llevado a cabo esta mala interpretación, con un discurso típicamente antimachiavelista dirigido a los políticos:

Fatales son tus discursos (no me admiro ya que tienes enferma la voluntad, imán de las potencias) ya los encamines a hacer mal conformes a los príncipes, ya a malquistarlos con sus vasallos en las quejas que tu ambición les persuade. Tiras la piedra y escondes la mano [...] deja ya de sembrar descréditos y discordias, que no hace fe de tu dolor a las proposiciones desmentidas en las obras de aquel príncipe divino que, prudente, sin ofenderse el oído redujo a consonancias suaves las voces tantas veces destempladas de los grandes, poco acordes entre sí y el pueblo turbulento y malajustado [sic].

El oidor novohispano se presenta así como un defensor de la *Perfecta razón de Estado*, contra los “políticos italianos y franceses”. Sin embargo, a pesar de esta diatriba, Fernández no se separa del pensamiento político moderno: elogia a Blázquez, por el hecho de haber penetrado con su libro “los secretos y cuidados palaciegos, donde tanto suele parecer uno y ser otro, en que es menester adivinar, pues no son los sucesos evidencias de los principios, ni de los medios”.

Resulta especialmente valioso en este breve texto el vínculo que su autor establece entre el fernandismo español y el tema americano,

pues, si como he mencionado anteriormente, Blázquez no discurre sobre América, sí en cambio Fernández de Castro, quien inserta el descubrimiento y conquista de América dentro del discurso sobre las artes militares y políticas del Rey Católico.⁹⁵

VI. LOS "AFORISMOS" DE PEDRO PORTER CASANATE

Pedro Porter Casanate, de conocida familia aragonesa, nació en Huesca el 30 de abril de 1611, ciudad en cuya universidad cursó sin concluir los estudios de derecho. Empezó a servir al Rey a los 16 años con plaza ordinaria de soldado en la Real Armada.⁹⁶ Su vida en el Nuevo Mundo es una aventura digna de escribirse en muchos volúmenes. En 1635 ofreció sus servicios al virrey de Nueva España, el marqués de Cerralvo, para hacer sus exploraciones en las Californias. Se le concedieron licencias para realizar esos viajes a su costa, pero se quemaron las naves que había dispuesto para ello. Tras un gran número de peripecias, que no es este el lugar para narrar, logra llegar a la Baja California, y es más tarde nombrado primer gobernador de Sinaloa. En 1655 se traslada a Chile, donde dirige varias campañas contra los mapuches y araucanos. Muere en 1662, en Concepción (Chile).

Porter debió conocer a Blázquez Mayoralgo en Veracruz durante los años en que éste escribía su *Perfecta razón de Estado*. No contamos con datos sobre este hecho, pero es de suponerse, pues es sabido que mientras se construían sus fragatas en el río Santiago, Porter se trasladó a aquel puerto para comprar anclas, lona y jarcia para su próximo viaje. Era entonces el año de 1643, y el libro de Blázquez se publicó en 1646. Las naves de Porter se quemaron ese año, y sólo pudo volver a su empresa hasta 1647. Por ello colegimos que en este periodo de 1643 a 1647, Porter y el Contador de las Cajas de Veracruz, debieron mantener buenas relaciones de amistad. Fue así como

⁹⁵ Fernández de Castro, Gaspar, *Elogio apologético de Juan Blázquez Mayoralgo*, s.f.

⁹⁶ Portillo, Álvaro del, *Descubrimientos y exploraciones en California*, vol. I, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1947, p. 297. También véase Arco, Ricardo del, "El Almirante Pedro Porter Casanate, explorador del Golfo de California", en *Revista de Indias*, núm. 30, VIII, oct.-dic. de 1947, pp. 783-844; Gotor, Gascón de, *Aventurero Genial. Aragón en América*. Zaragoza, Stilo, 1950.

suponemos que éste pidió a su amigo que escribiera unos aforismos a modo de "tabla" o índice temático para su libro.

La principal obra de Pedro Porter es el *Reparo a errores de la navegación española* publicado en 1634, misma que le valió alcanzar cierta fama literaria e iniciar su correspondencia con Vicencio Juan de Lastanosa y Baltasar Gracián, así como con el cronista de Aragón Juan Francisco Andrés de Ustarroz.⁹⁷ Así lo prueban varias referencias de Gracián al Almirante, como aquella que leemos en una carta del jesuita a Ustarroz, en que le comenta: "Hoy nos han leído un gran elogio de su amigo de Vm el Almirante Porter, en tomo que ha compuesto de las misiones de Sinaloa, el Padre provincial de Nueva España".⁹⁸ Quizá se deba a esta relación con Porter, la influencia que Gracián ejerció indirectamente en Mayoralgo. De los autores que se han ocupado de este personaje, ninguno da noticia del texto que ahora comentamos. Álvaro del Portillo, Ricardo del Arco, Gascón de Gotor y Michel W. Mathes, se refieren a todas sus obras excepto a ésta, lo cual es hasta cierto punto entendible, pues los aforismos hechos al texto de Blázquez, aparecen como parte de la obra de éste, es decir, como su índice de voces. Sin embargo, aun cuando en muchas ocasiones el formato sentencioso y aforístico, pueda parecer no más que el resumen de una obra principal, me parece que los aforismos de Porter Casanate tienen tanto valor en sí mismos como lo tiene la *Memoria* del oidor Samaniego, y por ello he querido detenerme en este autor.

Los aforismos aparecen bajo el epígrafe "La curiosa atención del almirante Don Pedro Porter Casanate Caballero de la orden de Santiago, amigo de Juan Blázquez Mayoralgo entre los muchos 'avisos políticos de su razón de Estado'. Deducido de los gloriosos hechos del señor rey Don Fernando el Católico. Observó estas sentencias por dignas de índice y de estar en la memoria por notables". Están ordenados alfabéticamente, con el objeto de servir como un manual o compendio.

Así pues, la tarea de Porter no puede reducirse a la de un comentarista, pues su mérito está en reducir la doctrina de la razón de Estado

⁹⁷ Mathes, Michel W., "Datos biográficos sobre el Almirante de las Californias, Pedro Porter Casanate", en *Estudios de Historia Novohispana*, vol. 5, México, UNAM, 1979, pp. 78-87.

⁹⁸ Gracián, Baltasar, "Huesca, 12 de enero de 1648 a don Francisco Andrés de Ustarroz", en *Obras completas*, edición de E. Correa Calderón. Madrid, Aguilar, 1944, p. 937.

contenida en la ingente masa de hechos narrados por Blázquez a sentencias y refranes que sirvan de referente normativo. A ello se refiere Baltasar Gracián cuando dice que “el no menos ingenioso que valiente zaragozano, el Almirante Don Pedro Porter y Casanate suele decir (que la sentencia es útil) para valer méritos y medios”.⁹⁹ Esta era la costumbre de los tacitistas de la época, pues como lo había señalado Antonio de Guevara, en sus *Aphorismi Politici pro principe, pace, bello*, era el mejor medio de aprendizaje para los oficios y las artes ya que extraía y resumía en sentencias la experiencia de los hombres sabios e ilustres contenida en la historia.¹⁰⁰ Se trata, en efecto, de aquel “saber de resúmenes” que se empleaba en la Edad Media para adoctrinar técnica y moralmente a los menestrales de oficios mediante ejemplos recogidos como tópica prudencial. En la época moderna los aforismos son inspiración de Erasmo, quien extraía sentencias de los pensamientos de los grandes sabios de la antigüedad, idea que toma como modelo el fundador del tacitismo, Justo Lipsio, para aplicarla a la política.¹⁰¹

Porter, sin embargo, no deja de ser menos sospechoso que el propio Blázquez en algunas de sus máximas, pues si, como hemos visto, es tarea no fácil discernir el arte de la guerra del prudencialismo político en quien escribió en prosa, más difícil resulta elaborar este juicio en quien redujo toda explicación a una expresión sentenciosa.

La guerra y la paz están siempre presentes en sus avisos. El principio de toda razón de Estado es conservar la paz: “siempre fue más provechoso asentar [la paz] con la prudencia que acabar en la guerra con batallas” [f. 4]. Pero el juego político tiene sus límites. Porter piensa que es preferible afrontar la guerra que regirse por engaños y traiciones, entendidas como *dolo malo*, pues el príncipe “que vence con engaños hace más ofensas que el que lastima con las armas” [f. 11]. Luego se detiene a deducir de los ardidés de la guerra, narrados

⁹⁹ Gracián, Baltasar, *Arte y agudeza de ingenio*, en O. C. cit., p. 178.

¹⁰⁰ Guevara, Antonio, *Aphorismi Politici pro principe Republica, pace, bello, oeconomia & Bonis Moribus ex Horologio Principum Anthoni de Guevara collecti et ordinati*. Guelferbiti. Typis Paul Weis. Anno (1670), Introducción, f. 1. “*Aphorismi secundum Hipocratem sum sententiae omnes rei proprietates sapienter breviter et acute complectentes sive profectae sint ad Illustribus viris sive ab oratoribus et poetis sive ab aliis quibus cunque Hinc Sylloge sententiarum...*”.

¹⁰¹ Maravall, José Antonio, *La teoría...*, cit., p. 63.

por Blázquez, las estratagemas de la política. Recomienda al príncipe que, del mismo modo que en las batallas, es necesario que sepa “esconder en su pecho con recato el intento que puede dar prevención al enemigo”, y le advierte que “nada le esfuerza tanto [al enemigo] como temerle en la guerra y desestimarle en la paz” [f. 6].

De la misma manera que a Maquiavelo y a los preceptistas del barroco europeo a quienes nos hemos referido en estas páginas, a Porter le preocupa de manera especial el tema de la “fortuna”, que es esa “inopinada fuerza [que] ni admite preceptos en lo contingente ni sufre reglas en lo dudoso” [f. 8]. A la fortuna se le vence con dos armas, una es la virtud moral y otra la táctica calculada. La síntesis es la conducta lúdica: “el que gobierna —dice siguiendo a Séneca y a Tácito— ha de “enflaquecer las fuerzas del enemigo [...] o con la industria que las dispone o con el valor que las desmaya” [f. 45].

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL TRATAMIENTO DEL ADOLESCENTE INFRACTOR EN MÉXICO

Edmundo CASTRO MEDINA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Época precolombina*. III. *Los Tribunales para menores en la América en 1863*. IV. *Los Tribunales de Menores en México (1880) y las escuelas correccionales*. V. *Reglamento de los Tribunales de Menores y sus Instituciones Auxiliares*. VI. *Ley Orgánica y el Procedimiento ante los Tribunales para Menores y sus Instituciones Auxiliares*. VII. *El Consejo Tutelar para Menores y sus Instituciones Auxiliares*. VIII. *Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal*. IX. *Tratados internacionales*. X. *Reforma del artículo 18 constitucional*. XI *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

En una travesía por el tiempo resulta interesante analizar el tratamiento del adolescente infractor en México. En el devenir histórico el registro de sus primitivos y rígidos vislumbres como el "Código de Netzahualcóyotl". Ya en la conquista, tenemos la incorporación a nuestra cultura de las "Siete Partidas de Alfonso X", en la que se concibe la figura de la inimputabilidad hasta los 17 años, para ser después madurada en la independencia de México dentro del Código Penal de 1871, surgiendo las primeras casas correccionales. Es a fines del decimonónico cuando emergen propiamente los tribunales de la especie en Estados Unidos, institución vertiginosamente adoptada en otros países; pero fue en los albores del siglo XX cuando se implementaron en nuestro país, con la definida visión de extraer al menor de la esfera penal, creándose las legislaciones y reglamentos

correspondientes; y en la búsqueda por la unidad de estos ordenamientos en nuestra nación como en el continente, resultaron los consejos tutelares y la Ley para Menores Infractores. A mediados de la misma centuria, en los primeros destellos el fenómeno de la globalización cobra efervescencia internacional el interés por el tema, proyectándose en la construcción de nuevas estructuras como la “Convención de los Derechos del Niño” y “Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores”, entre otros. Esta nueva perspectiva ubica al menor como un sujeto de garantías y derechos procesales. Así, el Congreso Constituyente reforma el artículo 18 de nuestro Pacto Federal generalizando la edad penal, haciendo eco los demás estados innovando instituciones de administración de justicia. No se trata de reformar ciudadanos capaces de adaptarse a las nuevas reglas del juego impuesto por la globalización, sino lograr desarrollar seres humanos competentes e íntegros, y aunque predecir es imposible prever es pretencioso y planear incierto, sí es relevante considerar el avance legislativo logrado por el bien de la juventud.

II. ÉPOCA PRECOLOMBINA

En la historia de México por cuanto a justicia de menores, contamos con antecedentes, que nos muestran un derecho penal dotado de rigorismo y severidad, draconiano, donde la pena de muerte era comúnmente utilizada en las distintas estructuras sociales pertenecientes a las diversas culturas en que se constituyeron nuestros antecesores.

Entre los ordenamientos de mayor relevancia encontramos el “Código de Netzahualcōyotl”,¹ que no sancionaba a los niños menores de 10 años. Después de esa edad la autoridad podía elegir entre: la pena de muerte, la esclavitud, la confiscación de bienes, o el destierro, entre otras penas.

La cultura maya fue una de las más avanzadas en el México precolonial; su historia se ha dividido en tres épocas para su estudio: un periodo preclásico, de 1500 a.C. a 292 de nuestra era; el periodo clásico, de 292 a 900; y el post-clásico, de 900 a 1250.

¹ Villanueva Castilleja, Ruth, *Menores infractores y menores víctimas*, Porrúa, México, 2004, p. 32.

Su estructura social se fundó en la educación de sus integrantes, quienes en su primera infancia disfrutaban de gran libertad, y su educación se encomendaba a los padres; a los doce años, los varones salían de su hogar para ser entregados a las escuelas, que se dividían en dos: una para los de alto linaje y otra para el resto”.²

Había dos tipos de reacciones sociales, una que realizaba el estado y la otra que estaba a cargo de la comunidad; en cuanto al derecho penal maya era severo, el robo se sancionaba, grabando en la cara de los ladrones el símbolo del delito, un mérito del primitivo derecho maya era la diferenciación entre el dolo e imprudencia en materia de incendio y homicidio; el ahogamiento en el cenote sagrado,³ era tan sólo alguno de los castigos, no había apelación, el juez —el *bata*— decidía en forma definitiva y los *tupiles*, policías-verdugos, ejecutaban la sentencia inmediatamente, a no ser que el castigo fuera la lapidación por la comunidad entera, había una responsabilidad de toda la familia del ofensor por los daños y perjuicios.

El pueblo azteca implantó una de las culturas de mayor relevancia en México. Vale la pena decir que al ser este grupo étnico de los últimos en llegar al valle de México, se vio obligado a ocupar la zona pantanosa que por ese tiempo se encontraba situada en el centro de país; este hecho se comenta porque fue en condiciones poco favorables que los aztecas consolidaron un imperio tan poderoso como organizado, contaba con infraestructura de acueductos, grandes construcciones en honor a sus dioses, practicaban la poligamia, eran politeístas como la mayoría de las culturas de esa época, su sociedad se dividía en tres clases: esclavos, plebeyos y nobles; las mujeres eran educadas para realizar las labores del hogar exclusivamente y los varones para la guerra.

En el ámbito jurídico, sus normas se caracterizan por ser rígidas. Los juicios eran públicos, pero no era un beneficio como tal, sino una humillación; se respetaba a las personas, pero no su vida; se aplicaban penas como la esclavitud, arresto, prisión, demolición de la casa del infractor, sanción pecuniaria, y comúnmente, la pena de

² Rodríguez Manzanera, Luis, *Criminalidad de menores*, 4a. ed., Porrúa, México, 2004, p. 5.

³ Del maya *tz' onot*, pozo, abismo. Laguna, depósito natural de agua alimentado por corrientes subterráneas.

muerte";⁴ por ejemplo, la embriaguez de los jóvenes era castigada con pena de muerte por garrote, la mentira del niño se castigaba con pequeños cortes en los labios del mentiroso, el que injuriase, amenazara o golpease a sus padres sería castigado con pena de muerte y declarado indigno para heredar, el delito de incesto se penaba con la muerte por ahorcamiento o garrote.

Como sostiene Edmundo Buentello: "En términos generales, el derecho azteca es consuetudinario y oral, de aquí la dificultad de su estudio, sin embargo, sus principales normas son bien conocidas".⁵ Así, podemos citar: el *Código Mendocino* (1535 a 1550), que disponía sanciones extremas para los niños entre 7 y 10 años,⁶ entre las penas que se les imponían se les daba pinchazos en el cuerpo desnudo con púas de maguey,⁷ tipo de cactus originario de México; se les hacía aspirar el humo de chile asado, o permanecer desnudos durante todo el día atados de pies y manos, comer sólo una tortilla y media, etcétera.

Durante la época de la conquista y la Colonia: hubo un resquebrajamiento del orden cultural indígena, ya que el colapso provocado por la irrupción de los españoles, derrumbó el mundo en el cual habían sido educados los pueblos precolombinos de México.

En la caída de la gran Tenochtitlán —hecho ocurrido el 13 de agosto de 1521— influyó favorablemente para los conquistadores, que los aztecas los consideraron como semidioses, y creyeron que jinete y caballo constituían un solo ser; posteriormente los indígenas captaron la triste realidad de que los españoles eran sólo hombres con sed de riqueza; quienes los oprimieron a través de una servidumbre, en algunos casos cercana a la esclavitud, y manifestaron un comportamiento despótico, brutal y hostil que finalmente animó a la emancipación.

En cuanto a la situación en que se encontraban los niños de ese tiempo, se les desvaloró a tal grado que eran considerados menos que

⁴ Que podía ser mediante incineración, decapitación, empalamiento, estrangulación, descuartizamiento, lapidación, garrote y machacamiento de la cabeza.

⁵ Cfr. Buentello, Edmundo, "Algunas reflexiones sobre la delincuencia infantil azteca", en *Criminalia*, año XXI, México, 1955, pp. 785 y ss.

⁶ Villanueva Castilleja, Ruth, *Menores infractores y menores víctimas*, Porrúa, México, 2004, p. 32.

⁷ Planta con hojas carnosas, originaria de México, con su savia se elaboran el tequila y el mezcal.

cosa, ante la imposición de nuevas concepciones. Junto al mestizaje, esta sociedad estaba caracterizada por lo híbrido de sus valores, presentando en consecuencia condiciones que favorecían toda clase de abusos, sobre todo a los más débiles; mujeres, niños, ancianos, enfermos.

Estos son los movimientos que se realizaron al imponer un mundo diferente como define a la conquista Eulalia Guzmán al señalar: "Además de aniquilar a los vencidos, implantó un sistema penal que más que controlar se constituyó en factor criminógeno, que ni siquiera la religión pudo contener ni mucho menos eliminar".⁸

En la Colonia, fueron aplicadas las leyes de las Indias,⁹ además *Las Siete Partidas* de Alfonso X, el Sabio.¹⁰ Se consideraba que no había responsabilidad penal para el menor de diez años y medio, y se mencionaba una semi-imputabilidad para las edades entre los diez años y medio a los diecisiete.

Después de 300 años de dominación española, el pueblo mexicano logra la independencia política del país, mediante la revolución encabezada principalmente por criollos intelectuales, quienes con el estandarte de la virgen de Guadalupe, obtienen el apoyo necesario de los indígenas para llevar a buen término esta importante empresa emancipadora.

Una vez declarada la independencia de México, en el año 1821, se realizan los primeros intentos por organizar el orden político, económico y administrativo del nuevo Estado, pero en cuanto al ámbito legal, seguían operando las mismas normas utilizadas durante la Colonia. Al concluir la guerra de independencia abundaron las pandillas de niños callejeros, desamparados, que cometían desorden

⁸ Sánchez Galindo, Antonio, *Menores infractores y la transición en México*, p. 39.

⁹ Esa recopilación de ordenamientos se publicó en el libro *Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias*, mandada imprimir y publicar por la majestad católica del rey Carlos II, en Madrid en el año 1641, integradas por nueve libros, en los cuales el tema de los menores quedaba inmerso en varios libros como títulos. En el cuarto se encontraban que disponía reglas aplicables a vagabundos y gitanos; en el quinto trata de mulatos, negros, berberiscos e hijos de indios.

¹⁰ Rey de Castilla (1222-1284). Entre sus aportaciones más significativas se encuentra el haber publicado *El libro del Fuero de las Leyes*, mejor conocido casi un siglo después, como *Las Siete Partidas*, que es una codificación que se inicia en 1256 culminándose en 1565. Tenía como propósito dar una unidad legislativa, a un reino fraccionado en multitud de fueros, que se dividieron en 182 títulos, en total 2 802.

social, y en consecuencia se publicó en 1829 un bando de policía que señalaba: "...los muchachos que se encontraren en esta clase perniciosa de diversión, serán conducidos a la cárcel de la ciudad para que los alcaldes los destinen a aprender oficio en que puedan ser útiles a la sociedad y a sí mismos".

Como destellos en la atención de los menores infractores en los primeros años de independencia de México, es digno de destacar: primero que el presidente Santa Anna formó la Junta de Caridad para la Niñez Desvalida, establecida en la ciudad de México en 1836.¹¹ En segundo lugar tenemos que, en 1841, Miguel Eduardo Gorostiza fundó una casa de corrección para jóvenes delincuentes; además, en 1850, bajo el gobierno de José Joaquín Herrera, se estableció otra institución de índole semejante, que se llamó primero Tecpan de Santiago y después fue conocida como Colegio Correccional San Antonio. La función de esta institución era educar a los menores de dieciséis años y brindarles asistencia médica.

III. LOS TRIBUNALES PARA MENORES EN LA AMÉRICA DE 1863

De acuerdo con la forma de pensamiento de esa época se consideró que los menores, aunque eran irresponsables y sin discernimiento, al delinquir, requerían de alguna respuesta, la que se materializó con la creación de los tribunales de menores.

Pero antes de analizar la creación de los tribunales de menores en México, revisaremos algunos antecedentes de los mismos en el orden internacional. Así, tenemos que el origen inmediato se encuentra en: "la fundación de la Casa de Refugio, para adolescentes en Nueva York en 1825, a la que siguió otra similar erigida en el estado de Massachussets en 1847 y se señala que para 1875 aquella clase de instituciones se había extendido a casi todos los estados de la Unión Americana".¹²

¹¹ Rodríguez Manzanera, Luis, *Criminalidad de menores*, Porrúa, México, 2004, p. 27.

¹² Kenney, *Técnica policiaca*, p. 72; planeamiento, p. 416. Una publicación de las Naciones Unidas destaca como primera institución especializada la "House of correction", de Detroit, Michigan, establecida en 1861, señalando que en 1876 se creó un reformatorio de menores en Elvira (Naciones Unidas, adultos jóvenes delincuentes, p. 2).

Formalmente se reconoce que los tribunales para menores tienen su origen en Estados Unidos. En 1899, cuando aparece "el primer tribunal de menores en la ciudad de Chicago, Illinois, que tenía como base jurídica, la Ley para el tratamiento y control de menores abandonados así como delincuentes",¹³ ubicado en el condado de Cook.

"Se ha constatado que hubo una rápida difusión internacional, de esos tribunales. En Suiza se crearon el 9 de mayo de 1903; en Birmingham, Inglaterra, el 13 de abril de 1905; en París, Francia, en el año 1906; en Colonia, Alemania, en 1907; en Austria-Hungría el 19 de agosto de 1908; en Portugal en 1911; en Bélgica en 1912; en Austria en 1919; en Bilbao, España, el 1 de mayo de 1920; en Holanda en 1921, y en Italia en 1934.¹⁴

De acuerdo con algunos autores, el movimiento por la implantación de las cortes juveniles en Estados Unidos se extendió tan rápidamente que en 1925 todos los estados, con excepción de dos, tenían cortes similares.

Estos tribunales actuaban en el convencimiento de que su competencia y resoluciones estaban juzgando delincuentes, razón por la cual nunca se abandonó la mentalidad penal.

A pesar de las deficiencias, su aparición indica, principalmente un interés especial por los menores que transgredían la norma.¹⁵ Una de las aportaciones de mayor valía de estos tribunales era considerar como medida, la libertad vigilada,¹⁶ aunque sólo se otorgara a aquellos que hubieran delinquido por primera vez, y ésta se podía extender a una duración de dos años, lo cual considero que era excesivo.

¹³ Solís Quiroga, H., *Justicia de menores*, pp. 45-46.

¹⁴ López Riocerezco, *Delincuencia juvenil*, t. I, pp. 354-355.

¹⁵ Hasta ese momento se le juzgaba al menor de igual forma que al adulto, sin ninguna atenuación de la pena. Podemos ver que en Inglaterra, alrededor de 1816 aproximadamente, se imponía el ahorcamiento como pena para el robo en comercios, en donde no era extraño que la mayoría de los condenados fueran menores de 21 años.

¹⁶ Que consistía en devolver al infractor a su ambiente familiar habitual, quedando bajo la tutela de un oficial de la libertad condicional (*probation officer*), quien acompañaba en todo momento al menor hasta que pudiera comprobarse que había retomado el buen camino.

IV. LOS TRIBUNALES DE MENORES EN MÉXICO (1880) Y LAS ESCUELAS CORRECCIONALES

En México se trató a los menores en forma diversa en las épocas: prehispánica y colonial; y aunque en la primera se tuvo un mayor control de la delincuencia infantil y juvenil, las medidas utilizadas adolecían de una severidad desmesurada, y en la segunda, que se caracterizó por la represión, el efecto no favoreció suficientemente a la sociedad. Podemos entonces concluir que ambos tratamientos fueron inadecuados; y ya en el México independiente, los menores lamentablemente fueron tratados de conformidad al Código Penal de 1871,¹⁷ legislación en la cual los pilares para determinar la responsabilidad del menor, eran la edad y el discernimiento; en dicho ordenamiento se establecía que a los menores de 9 a 14 años de edad se les consideraría en situación dudosa para efectos de responsabilidad, y para los que su edad oscilaba entre los 14 y 18 años, se consideró que contaban con discernimiento para la ley —para sustentar la responsabilidad de su conducta—, por lo que eran enviados a la cárcel de Belén, donde cumplían sus condenas junto a los delincuentes adultos.

Fue durante el mandato del general Porfirio Díaz, que se acondicionó el caserón de San Pedro y Pablo, para crear la primera “Escuela correccional para Varones”, en la cual se interna en su inicio a los menores infractores de 14 a 18 años. De acuerdo con Bostelmann Karín, ésta “estaba dividida en dos secciones de las cuales una era utilizada para aquellos menores detenidos hasta por 72 horas, cuya situación jurídica no estaba aún definida por el juez; la otra se destinó a los menores que ya habían sido sentenciados”.¹⁸ Sus condenas eran, además de la prisión, trabajos forzados y en ocasiones eran enviados a las Islas Marías.¹⁹

El 15 de noviembre de 1904 fue inaugurada la “Casa de corrección para mujeres”.

¹⁷ También conocido como Código de Martínez de Castro, influenciado por la escuela clásica, representaba el avance más significativo codificador, cuyos trabajos de compilación se iniciaron en 1862, que fueron detenidos por la invasión extranjera, y es hasta 1969 cuando se culminan dichos trabajos.

¹⁸ Bostelmann Lepine, K., *Instrucciones de tratamiento y normas de tutela*, México, s.e., 1952.

¹⁹ Colonia penitenciaria creada por decreto en 1908, al igual que la pena de deportación.

Desafortunadamente, las casas correccionales cumplieron funciones diversas. Ahí eran recluidos los jóvenes de 14 a 18 años, sin distinción alguna; así, apreciamos que se detenía a aquellos que se encontraban en un conflicto familiar, igual que a los que observaban una conducta desordenada, a los etiquetados como perturbadores del orden público, así como los que transgredían la norma, también llamados incorregibles.

Al crearse la Dirección de Beneficencia Pública, adscrita a la Secretaría de Gobernación, por medio de una circular esa Secretaría dispuso: “todos los hospitales, hospicios, casas de corrección y establecimientos de beneficencia que hasta entonces habían pertenecido al ayuntamiento de la capital, pasarán a ser administrados por la Dirección de Beneficencia pública aludida”.²⁰

1. Los Tribunales de menores de San Luis Potosí de 1923

Estos tribunales fueron el resultado de las propuestas del Congreso Criminológico celebrado el año 1923; y con la creación de la Junta Federal de Protección a la Infancia, en 1924, se va definiendo con mayor claridad el ámbito jurídico de responsabilidad de los menores, al ir considerándolos como sujetos de derechos y obligaciones.

2. El Tribunal Administrativo para menores en el Distrito Federal de 1926

El 10 de diciembre de 1926²¹ se inauguran los trabajos de ese organismo, quedando formado por tres jueces de menores: un médico, un profesor, y un experto en estudios psicológicos, además de contar con un cuerpo de delegados de protección a la infancia a quienes se les podía entregar los menores detenidos por haber cometido infracciones para someterlos al tribunal bajo su responsabilidad; también eran los encargados de mantener el contacto con lo menores puestos en libertad bajo la vigilancia del tribunal.

²⁰ Azaola, Elena, *La institución correccional en México*, Siglo XXI, México, 1990, pp. 47 y 48.

²¹ Siendo los principales impulsores la Sra. Guadalupe Zúñiga de González y el médico psiquiatra Solís Quiroga.

Posteriormente, en 1928, se amplió la Ley sobre la Previsión Social de la Delincuencia Infantil al Distrito Federal y territorios.²²

3. Ley sobre la Previsión Social de la delincuencia infantil del Distrito Federal de 1928

Presenta nuevos aspectos de gran trascendencia, como la de sustraer a los menores de quince años de la esfera de competencia del Código Penal; fijando las bases para corregir sus perturbaciones físicas o mentales o su perversión, así como limitar la intervención de la policía y de los jueces del orden común, para que sólo enviaran a los menores al tribunal.

La competencia de los tribunales para menores se extendió a los casos de niños y adolescentes abandonados, menesterosos, vagos e indisciplinados. Estos últimos catalogados como incorregibles, quienes eran tratados en el tribunal a petición de los padres.

En los "considerandos" se determinó que los menores de quince años de edad que infringieran las leyes penales, eran víctimas y necesitaban más de medidas de carácter médico, de educación, de vigilancia, de corrección, que los restituyera al equilibrio social. Como se aprecia, se establecía la edad de quince años como límite de responsabilidad penal.

Pero, además, el ámbito de aplicación de la Ley era amplio y se refería a los menores de quince años de edad que violaran leyes penales, pues también se les aplicaba a aquellos que eran víctimas de abandono legal o moral, que tenían ejemplos deplorables, consecuencia de un ambiente social inadecuado o malsano, resultado de un medio familiar deficiente o corrompido por el descuido o perversión de los padres, de su ignorancia o incomprensión ya fuera del equilibrio de la vida en sociedad o de las perturbaciones sicofísicas que provoca la evolución puberal.²³

²² También llamada la *Ley Villa Michel*. Esta Ley fue expedida por Plutarco Elías Calles, como titular del Ejecutivo, en uso de las facultades que le había concedido el Congreso de la Unión, de acuerdo con los respectivos decretos, para reformar, entre otros ordenamientos, al Código Civil. En tal acto legislativo se hacen manifiestas las ideas del licenciado Primo Villa Michel, quien fuera creador del Tribunal para Menores.

²³ Sustituida por la Ley Orgánica y Normas de procedimiento de los Tribunales de Menores y sus instituciones auxiliares.

En el capítulo primero, denominado "Disposiciones generales", establecía que los menores de quince años no podrían ser sometidos a proceso ante autoridades judiciales, y quedarían bajo la protección directa del Estado. De especial importancia resulta el segundo párrafo del artículo 1o., al preceptuar que por lo que hace a la guarda y educación de los menores, éstos quedaban sujetos a las modalidades que le imprimían las resoluciones que dictara el poder público, de acuerdo con la Ley. Lo que va más allá de lo asentado en el artículo 413 del Código Civil.²⁴

En el capítulo segundo, del Tribunal de Menores, se consignaba que en el Distrito Federal habría un Tribunal para Menores, dependiente del gobierno del Distrito. El Tribunal se dividía en salas y cada sala estaba integrado por tres miembros: un profesor normalista, un médico y un experto en estudios psicológicos, dos serán varones y uno mujer.

El Tribunal se integraba, de acuerdo con esta Ley, con las secciones de: investigación y protección social, pedagogía, psicología, medicina, un cuerpo de delegados para la protección de la infancia y un establecimiento destinado a la observación previa de los menores.

En el capítulo tercero, "De las funciones del Tribunal", este órgano se ocupaba en primer lugar del estudio y observación de los infractores menores de quince años, con la posibilidad de extender sus acciones a menores abandonados, menesterosos e incorregibles. El Tribunal podría tomar medidas de carácter médico, de amonestación, de vigilancia, de guarda, de educación, de educación correccional, de corrección; medidas que no eran limitativas, sino enunciativas, pues el Tribunal podía actuar con plena libertad.

En el capítulo cuarto: "Del procedimiento", tan pronto como se recibía en el Tribunal un menor de edad se pasaba a determinar su edad; si era menor de quince años, desde luego era matriculado en la Casa de Observación; si era mayor de edad pero no mayor de dieciocho años, era remitido a la Escuela Correccional; y si era mayor, a la cárcel preventiva.

²⁴ Que a la letra señala: "La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto, en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal".

El régimen que privaba en la Casa de Observación era familiar; las audiencias privadas y desprovistas de todo carácter judicial, pero que revestían severidad paternal y crítica serena, necesarias para hacer comprender al menor los errores o malas acciones cometidos. Las decisiones del Tribunal no tenían el carácter de sentencias, sino proponían medidas preventivas o educadoras, según lo exigían las necesidades de los niños.

En esta parte de la Ley es donde podemos inferir, a nuestro parecer, la filosofía de actuación que impregnaba a todo el Tribunal para Menores; y en virtud de ella se creaba una institución reeducadora.²⁵

En las disposiciones transitorias se estableció como inicio de su vigencia el 1 de octubre de 1928, y ahí mismo anunció la expedición del Reglamento de la misma Ley.

La finalidad de esta ley era lograr una mayor protección a la colectividad mediante el acercamiento de las instituciones a la realidad social.

En 1929, se modifica la ley sobre la prevención social de la delincuencia infantil del Distrito Federal, en la cual se aumentó la edad en un año; los menores de 16 eran responsables socialmente, para poder sujetarlos a un tratamiento a cargo del tribunal para menores. Desafortunadamente, las medidas, a pesar de ser llevadas a cabo por instituciones educativas, se aplicaron de tal forma que pueden ser equiparables a las sanciones de los adultos; no obstante, se crea el Consejo Supremo de Defensa y Prevención Social, dependiendo del gobierno del Distrito Federal, que se encargaría de la libertad vigilada de los menores. Las medidas especiales²⁶ para menores eran:

1. Reclusión en la escuela correccional.
2. Libertad vigilada.
3. Arresto escolar.
4. Reclusión en la colonia agrícola para menores.
5. Reclusión en el navío-escuela.

²⁵ En respaldo de esta apreciación, mencionaremos que el 11 de marzo de 1929, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* un acuerdo por el cual se previene que el cargo de juez del Tribunal para Menores debía considerarse con carácter docente, pues desempeñaba una labor esencialmente educativa.

²⁶ Se consideraba entonces que las medidas de seguridad eran para "menores anormales".

Las últimas dos no se aplicaron. En ese año lo único que se modificó, respecto de menores, fue que aunque el tribunal debía seguir formado por tres jueces; hubo una variación relativa a sus especialidades, así el tribunal debía estar integrado por un perito en psiquiatría, otro en educación y el que presidiría el tribunal, debía ser abogado con cinco años de experiencia, como mínimo, ante los tribunales penales. Los tipos principales de medidas eran:

- *De carácter educativo.* Aplicada principalmente a ciegos, sordomudos, epilépticos, menores de doce años abandonados.
- *De carácter correccional.* Para menores de doce a dieciséis años moralmente abandonados, pervertidos o en peligro de estarlo, y para aquellos que por sus circunstancias requerían ese tipo de medidas.

En 1932, los Tribunales para menores y casas de tratamiento pasaron a depender del Departamento de Prevención del Distrito Federal en lo económico y en 1939 pasaron definitivamente a depender —técnica y económicamente— del Departamento de Prevención de la Secretaría de Gobernación.

V. REGLAMENTO DE LOS TRIBUNALES DE MENORES Y SUS INSTITUCIONES AUXILIARES (1934)

En el plan sexenal del general Lázaro Cárdenas, la política social se basó en impulsar la unificación de las legislaciones penales en México. En 1935, el Departamento de Prevención Social ya se había reorganizado y su objetivo era cumplir y generar una real preocupación por la delincuencia infantil y juvenil.

Basado en ello se desarrollaron las labores relacionadas con el tratamiento de menores y el control que llevaba, también abarcaba la consideración y resolución de su externación, para lo cual integraba un expediente que contemplaba el examen social del medio familiar, el estudio médico y pedagógico del menor, al momento de solicitar su salida.²⁷

²⁷ En 1934 el Código Federal de Procedimientos Penales estableció que serían competentes los Tribunales de Menores de los Estados para conocer, de casos de menores que cometieran delitos del orden federal, disposición que subsiste en ese mismo instrumento actualmente.

Dada la problemática que aquejaba al sistema penitenciario en 1936, se realizó la Convención Nacional para la Unificación de la Legislación Penal e Intensificación de la Lucha contra la Delincuencia.²⁸ En esta reunión, los delegados penitenciarios de los estados y del gobierno federal, llegaron a los siguientes acuerdos: correspondería a los estados la creación inmediata de los tribunales para menores, mejorar los existentes y abolir la pena de muerte; reconocieron la urgencia de emprender una reforma penitenciaria; utilizar las "Islas Marías" como institución de readaptación social; y designar al personal directivo de los reclusorios. Posteriormente, el Departamento de Prevención Social realizó un estudio de los reos, incluyendo los aspectos: médico, económico, social, pedagógico y condiciones laborales; lo anterior para integrar los expedientes que eran utilizados para otorgar la libertad anticipada o el indulto y para clasificar a los grupos de reos que debían ser enviados a las Islas Marías para comurgar sus sentencias.

Seis años después de que la Ley entrara en vigor, se expidió el Reglamento para los Tribunales de Menores y sus Instituciones Auxiliares.²⁹

El Reglamento establecía que las instituciones auxiliares de los Tribunales para menores serían un centro de observación e investigación, entre otros establecimientos (artículo 30). Dentro del Centro se incluían diversos aspectos: investigación y protección, pedagógico, médico psicológico y paidográfico (artículo 39). Se pretendía estudiar el medio social del menor y sus antecedentes hereditarios, estudiar al menor desde el punto de vista de su educación y de sus precedentes escolares y extraescolares, proponiendo las bases para su tratamiento pedagógico, el estudio de su personalidad psicofísica, así como llevar una estadística de todos los casos sometidos a los tribunales.³⁰

²⁸ Se creó la Comisión Instaladora de los Tribunales para Menores con atribuciones para emitir directrices a nivel nacional en cuanto a legislación, construcción de edificios, calidades de personal y hasta aspectos presupuestales, fundándose diversos Tribunales de Menores en diversas entidades federativas.

²⁹ *Diario Oficial de la Federación*, de 22 de enero de 1934.

³⁰ El reglamento establecía como función esencial estudios y observación de los menores infractores de 15 años, así como decidir sobre las medidas a que debían ser sometidos, que en todo caso no debería exceder de 15 días.

El problema de tan buenas intenciones es que se quedaron sólo en el papel, mientras que la situación del menor siguió igual. No se mejoraron sus condiciones, como consecuencia de esa norma positiva sin aplicación.

En 1940, al Departamento de Prevención Social también le fue encomendada la vigilancia de los menores externados y de los reos liberados que gozaban de una libertad condicional.

VI. LEY ORGÁNICA Y EL PROCEDIMIENTO ANTE LOS TRIBUNALES PARA MENORES Y SUS INSTITUCIONES AUXILIARES (1941 A 1974)

Es la primera legislación que en forma completa y definida estableció el procedimiento especial a que deberían sujetarse los menores infractores, bajo la insistente presión que como consecuencia había producido el Congreso Panamericano del Niño, celebrado en Río de Janeiro, Brasil, en 1922, en el que se trató y sostuvo la idea de que el mal llamado menor delincuente debería ser sometido a un procedimiento de tutela y protección social.³¹ Esta ley es la última que aún consagra, dentro de su articulado, ideas establecidas en la ley punitiva y a partir de ella se empezó a crear conciencia en las legislaciones de los estados de la República para regular fuera de toda norma punitiva y represiva a los menores de conducta antisocial, y tomar al menor como un sujeto que requiere especial atención y trato, expidiéndose para ello diversas leyes que regulen esa actividad antisocial, pero fuera de toda medida represiva e incorporando dentro de ellas el fin primordial de toda forma aplicable a los menores infractores: "La rehabilitación". Entre las leyes que posteriormente se expidieron, encontramos: la ley que crea los Consejos Tutelares para Menores Infractores del Distrito Federal de 1974.³²

³¹ Hay casi cincuenta años de justicia de menores, años en los cuales se pudo unificar y se pudo trabajar arduamente en el aspecto de fortalecer el área de justicia de menores.

³² Es entonces cuando el menor infractor en México queda fuera de la esfera del derecho penal, incorporándose a un derecho de menores en la llamada Justicia Tutelar, que en ese tiempo era la moda en otros países; con este sistema de menores se evita la judicialización.

VII. EL CONSEJO TUTELAR PARA MENORES INFRACTORES DE 1974

En 1971 surgieron con mayor énfasis inquietudes sobre el tratamiento de menores, al pretender modificar la legislación penal, formulándose la iniciativa de ley que establece las normas mínimas sobre readaptación social de sentencias, así como para desarrollar las actividades que en esa ley se indicaba; se crea la Dirección de servicios coordinados de prevención y readaptación social, bajo la cual funcionaba la Dirección General de los tribunales para menores, como parte de la Secretaría de Gobernación. Solís Quiroga propuso a dicha Secretaría la transformación del Tribunal para menores en Consejo Tutelar, considerando como edad límite la de 18 años.

La finalidad de tal propuesta era que siendo consejos tutelares los que deberían decidir el tratamiento para cada menor, se evitaría la imposición de sanciones de carácter retributivo o punitivo.

Fue en 1973 cuando el Dr. Solís Quiroga, al celebrarse el congreso sobre el régimen jurídico de menores, planteó en su ponencia que se tomara en consideración un primer periodo de 48 horas para resolver la situación del menor, estando dentro de una sección separada del centro de observación. Así se evitaría su contaminación, al no ser internado inmediatamente en el de observación; además que el promotor intervendría al representar al menor en casos de incapacidad o ignorancia de los padres, quien se encargaría de hacer las resoluciones que fueran apropiadas para las necesidades del menor como persona.

La propuesta del Dr. Solís Quiroga fue ampliamente discutida y comentada dentro y fuera de las cámaras legislativas, aprobada el 26 de diciembre de 1971 y entró en vigor en septiembre de 1974.³³

³³ Por efecto de esta ley, las personas mayores de seis años y menores de 18 no podrán ser perseguidas penalmente al incurrir en conductas previstas por las leyes penales como delictuosas; quedarán en este caso bajo la protección directa del Estado.

VIII. LEY PARA EL TRATAMIENTO DE MENORES INFRACTORES, PARA EL DISTRITO FEDERAL, EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA, EN MATERIA FEDERAL (1991)

El objeto de esta Ley es reglamentar la protección de los derechos de los menores, así como la adaptación social de aquéllos cuya conducta se encuentra tipificada en las leyes penales federales y del Distrito Federal (artículo 1o., primera parte).

Esta Ley se aplica en el Distrito Federal en materia común y en toda la República en materia federal (artículo 1o., segunda parte).

Se crea con esta Ley el Consejo de Menores como órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación (artículo 4o.). Todavía en esta época, cuando el menor infringía la norma, tenía que pasar por la policía y el Ministerio Público, para después remitirse al consejo de menores.³⁴

El Consejo de Menores descentralizado, es competente para conocer de la conducta de las personas mayores de 11 y menores de 18 años de edad. Los menores de 11 años serán sujetos de asistencia social por parte de instituciones de los sectores público, social y privado que se ocupen de esta materia, las cuales con este propósito se constituirán en auxiliares del consejo (artículo 6o.). Algunas características del procedimiento son:

- En las diligencias que se practiquen ante los órganos del Consejo de Menores no se permite el acceso al público (artículo 41).
- Todas las actuaciones que se lleven a cabo en el procedimiento, deberán reunir los requisitos establecidos en el Código Federal de Procedimientos Penales (artículo 45).
- Son admisibles todos los medios de prueba, salvo los prohibidos por el Código Federal de Procedimientos Penales (artículo 55).

³⁴ No obstante la loable labor que han realizado el Consejo de Menores y la Dirección General de Prevención y Tratamiento de Menores, primero en la Secretaría de Gobernación y ahora en la Secretaría de Seguridad Pública a favor de la protección de los derechos de los menores y de la adaptación social de los mismos cuando transgreden la norma penal, consideramos que el tema del tratamiento de los menores infractores que realiza el gobierno federal, debe percibirse con una nueva óptica.

- El tratamiento externo no podrá exceder de un año y el tratamiento interno de cinco años (artículo 119).
- En todo lo relativo al procedimiento, así como a las notificaciones, se aplicará supletoriamente lo dispuesto por el Código Federal de Procedimientos Penales (artículo 128).
- Por lo que hace a las faltas administrativas contenidas en los reglamentos de policía y buen gobierno en que incurran los menores, en tanto se instaure el órgano competente, serán atendidas por los consejos auxiliares existentes (artículo 6o. transitorio). Cabe aclarar que con la nueva estructura del Consejo de Menores ya no existen los Consejos Auxiliares, y en consecuencia el Consejo de Menores no se ocupa de faltas administrativas en que incurran los menores y que estén contempladas en los reglamentos de policía y buen gobierno.

Considero apropiado hacer la siguiente mención: recordemos que el Consejo de Menores es un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación. Y tal Consejo de Menores tiene competencia para conocer de la conducta de los menores que tengan más de once años, pero menos de dieciocho de edad.³⁵

Al revisar la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (LOAPF) nos percatamos que corresponde a la Secretaría de Gobernación, entre otros asuntos, organizar la defensa y prevención social contra la delincuencia, por lo que tiene la facultad de establecer en el Distrito Federal un Consejo Tutelar para menores infractores,³⁶ donde se remite a niños con una edad de más de seis años.

Como se aprecia, tenemos una contradicción, pues la facultad de la Secretaría de Gobernación interesa a menores de más de seis años, y el Consejo de Menores excluye de su tratamiento a los menores de once años, situación que evidentemente perjudica a los menores.

Desde la Ley de 1928, no sólo se hacía referencia a los menores que se vieran involucrados en la violación de leyes penales, sino que

³⁵ Actualmente, varios estados han reducido la edad penal a 16 años y en el caso de Tabasco, se considera imputable a los 17; este tipo de variaciones constituyen una violación a la convención internacional de los derechos del niño, además de ser un serio obstáculo para el manejo de este ámbito.

³⁶ Fracción XXVI, del artículo 27, LOAF, *Diario Oficial de la Federación* de 29 de diciembre de 1976.

también se protegía a los menores que eran víctimas de abandono legal o moral cuya conducta se veía afectada por ejemplos deplorables, consecuencia de un ambiente social inadecuado para su normal desarrollo, un medio familiar deficiente, ya sea por perversión de los padres, por ignorancia o demás factores que les afectaran.

En la Ley de 1941 se ponderó a lo largo de todo su articulado la reeducación del menor.

La Ley de 1974 nos señala como objetivo principal la readaptación social de los menores de edad, además de los casos en que infrinjan leyes penales o reglamentos de policía y buen gobierno; también cuando muestren conductas que hagan presumir una inclinación a causar daño a sí mismo, a su familia o a la sociedad.

En la Ley de 1991 se planteó como objetivo central reglamentar la protección de los derechos de los menores, además de buscar adaptar socialmente a aquellos que realizarán conductas tipificadas como delito en leyes penales, federal y del Distrito Federal.

IX. TRATADOS INTERNACIONALES QUE CONSIGNAN DERECHOS A FAVOR DE LOS ADOLESCENTES INFRACTORES

Por lo que corresponde a los derechos de menores, existen disposiciones de carácter internacional en las que se consignan derechos a su favor, mismos que forman parte de nuestro derecho positivo mexicano, al ser tratados internacionales adaptados en nuestro país con satisfacción de los presupuestos consignados en el artículo 133 de la Constitución federal;³⁷ dentro de éstos podemos mencionar: la Convención sobre los Derechos del Niño,³⁸ adoptada en la ciu-

³⁷ Que implica el principio de Supremacía Constitucional y a la letra señala: "Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la unión. Los jueces de cada estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los estados".

³⁸ Que de acuerdo con la UNICEF, es el instrumento de derechos humanos que más ha recibido ratificaciones en toda la historia y está compuesta de una serie de normas y obligaciones aceptadas por todos que no son negociables.

dad de Nueva York, el 20 de noviembre de 1989,³⁹ ratificado por México, y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 25 de enero de 1991; y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, mejor conocidas como "Reglas de Beijing", adoptadas por la Asamblea General de la ONU, mediante la resolución 40/33 de 29 de noviembre de 1985. En esta última disposición se señala:

Artículo 1. Orientaciones fundamentales.

1.1. Los Estados Miembros procurarán, en consonancia con sus respectivos intereses generales, promover el bienestar del menor y de su familia.

1.4. La justicia de menores se ha de concebir como una parte integrante del proceso de desarrollo nacional de cada país y deberá administrarse en el marco general de justicia social para todos los menores, de manera que contribuya a la protección de los jóvenes y al mantenimiento del orden pacífico de la sociedad.

1.6. Los servicios de justicia de menores se perfeccionarán y coordinarán sistemáticamente con miras a elevar y mantener la competencia de sus funcionarios, e incluso los métodos, enfoques y actitudes adoptados.

Lo anterior crea las bases para la adopción de un nuevo modelo de administrar justicia para adolescentes, por lo que el sistema tutelar ha sido abandonado a nivel universal, por ser incompatible con el reconocimiento de que los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derechos, y por tanto, titulares de las garantías del debido proceso.

X. REFORMA DEL ARTÍCULO 18 CONSTITUCIONAL
Y LA ADOPCIÓN DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD
DE LOS ADOLESCENTES INFRACTORES

El 12 de diciembre de 2005 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto por el que se declara reformado el párrafo cuarto y se adicionan el quinto y sexto, y en consecuencia se recorren en su orden los últimos párrafos del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, donde se indica que la Federación, los estados y el Distrito Federal establecerán, en el ámbito

³⁹ El 26 de enero de 1990, siendo presidente de la República Carlos Salinas de Gortari, firmó, *ad referendum*. Aprobada en el mes de julio de 1990.

de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia que será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad, en el que se garanticen los derechos fundamentales que contempla la propia Constitución, para todo individuo, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos. Las personas menores de doce años que hayan realizado una conducta prevista como delito en la ley, sólo serán sujetos de rehabilitación y asistencia social.

En el segundo artículo transitorio del decreto antes citado se dispuso que los estados de la Federación y el Distrito Federal cuenten con seis meses a partir de la entrada en vigor del Decreto, para crear las leyes, instituciones y órganos que se requieran para la aplicación del mismo.

Podemos observar que aun cuando con base en el párrafo cuarto del artículo 18 constitucional, la Federación está obligada a establecer el sistema integral de justicia para adolescentes, como el artículo segundo transitorio no le fija plazo para cumplir con ese deber, hasta la fecha no se ha implantado el citado sistema de justicia para adolescentes en el ámbito federal.

En cambio, en las entidades federativas ya se cuenta con un nuevo modelo para administrar justicia a los adolescentes infractores. Así tenemos que en Tamaulipas, mediante el Decreto núm. LIX-584, publicado en el Periódico Oficial del Estado con fecha 12 de septiembre de 2006, se expidió la Ley de Justicia para adolescentes del Estado, en la cual se determina en su artículo 2:

1. Todo adolescente a quien se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito en las leyes penales del Estado, será sujeto al régimen especial previsto por esta ley. En ningún caso podrá ser juzgado como adulto, ni se aplicarán las sanciones previstas por las leyes penales para los adultos.
2. Los adolescentes responderán por sus conductas ilícitas en la medida de sus consecuencias, en forma diferente a los adultos.

A través del artículo segundo transitorio se abrogó la Ley del Sistema de Justicia juvenil, expedida mediante Decreto núm. 726 de 18

de mayo de 2004, publicado en el Periódico Oficial, núm. 135, de 10 de noviembre de 2004.

Con lo anterior dio inicio en Tamaulipas, al igual que en el resto de las entidades federativas, un nuevo modelo de responsabilidad para los adolescentes infractores, donde se les considera como sujetos de derechos y obligaciones, pero se determina que las medidas que se les impongan, serán proporcionales a la conducta realizada y tendrán como fin la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades. Y se determina que el internamiento se utilizará sólo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de catorce años de edad, por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves.

En relación con la responsabilidad del adolescente infractor, la doctrina empieza a realizar algunas precisiones. Así tenemos que Rubén Quintino señala: Las personas menores de edad pueden configurar, dolosa o culposamente, el injusto penal. El injusto penal representa un comportamiento típico y antijurídico, cuya consecuencia es la sanción legal. Sólo se impondrá alguna sanción legal, cuando se pruebe el comportamiento típico y antijurídico del sujeto del sistema legal.⁴⁰

Ciertamente que ahora el adolescente infractor ya no es un inimputable como lo percibía el sistema tutelar, sino un sujeto de derechos y obligaciones, pero la consecuencia jurídica que se previene para el caso de que realice una conducta tipificada como delito, nunca será una sanción, sino más bien una medida dirigida a su reintegración social y familiar, así como buscará el pleno de desarrollo de su persona y capacidades.

XI. CONCLUSIONES

Primera. El fenómeno delincencial en menores ha sido objeto de un importante estudio y análisis en México, ya que desde la época precolonial se dio un trato especial a los menores que realizaban acciones consideradas delictivas.

⁴⁰ Quintino Zepeda, Rubén, *Manual para poner en práctica la justicia penal para adolescentes en el Distrito Federal*, Instituto de Formación Profesional de la PGJ del Distrito Federal, México, 2008, p. 167.

Segunda. En cuanto a las sanciones impuestas a los menores han ido modificándose según es paradigma imperante en el momento histórico, por lo que denominándoles castigos, medidas de seguridad o penas, en ellas se hace manifiesta la reprobación social de la conducta cometida por el menor.

Tercera. Durante los últimos cinco años, México ha implementado importantes adecuaciones jurídicas en el tratamiento del menor que delinque, ya que se implantó una nueva legislación acorde con las disposiciones que en el ámbito internacional pugnan por la defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Cuarta. En México, con la reforma del artículo 18 de la Constitución federal, de fecha 12 de diciembre de 2005, se abandonó el modelo existencialista tutelar, siendo reemplazado por uno nuevo llamado de justicia juvenil, que regula la condición jurídica de la adolescencia, considerando dos aspectos básicos: nuevos sujetos de derecho, nuevos sujetos de responsabilidad.

Quinta. El adolescente infractor ya no es un inimputable, como lo percibía el sistema tutelar, sino un sujeto de derechos y obligaciones, pero la consecuencia jurídica que se previene para el caso de que realice una conducta tipificada como delito, nunca será una sanción, sino una medida dirigida a su reintegración social y familiar, así como buscará el pleno de desarrollo de su persona y capacidades.

LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE MÉXICO

Osmar Armando CRUZ QUIROZ

SUMARIO: I. Juicio de amparo. II. Amparo contra leyes. III. Controversias Constitucionales y Acciones de Inconstitucionalidad. IV. Controversias Constitucionales. V. Acciones de Inconstitucionalidad.

El advenimiento del respeto y salvaguarda del orden constitucional en nuestro país ha conducido, de modo *sui generis* a la creación de un tribunal especializado con competencia para dirimir los conflictos que supone el ejercicio de los derechos inherentes a los principios constitucionales que alientan este nuevo orden.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, por disposición expresa de la Constitución,¹ se erige como Tribunal Constitucional pues en tratándose del control de la constitucionalidad de leyes y actos que violen garantías individuales, es la facultada para su resolución como última instancia; además se constituye como intérprete máximo de la norma fundamental al conocer de forma única y exclusiva de los procedimientos de Controversias y Acciones de Inconstitucionalidad.

Pues bien, derivado de una reforma constitucional en el año de 1987, misma que tuvo como resultado establecer como competencia exclusiva de la Suprema Corte las cuestiones directas de constitucionalidad, y remitir las referentes a la legalidad a la competencia de los Tribunales Colegiados de Circuito, guardando siempre la posibilidad de que la Corte pueda atraer cualquier asunto, acorde con su *facultad*

¹ Artículos 49, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

de atracción en tratándose de asuntos de importancia y trascendencia nacional, reservándose la capacidad de ser la última instancia interpretativa en la materia constitucional.²

Tras el paso anterior, apareció la reforma al texto de la Constitución en diciembre de 1994, mediante la que se ampliaron los supuestos de procedencia de las controversias constitucionales, se implementaron las Acciones de Inconstitucionalidad a través de las que se pueden invalidar normas de carácter general siempre y cuando ocho de los ministros de la Suprema Corte así lo decidan mediante su voto, de igual forma se facultó al Pleno para remitir a las Salas de la Propia Corte y a los Tribunales Colegiados de Circuito los asuntos que así lo determine, todo esto con la finalidad de una más pronta y mejor impartición de justicia.³

Con estas reformas se trazó el rumbo a seguir, que era conocer de la constitucionalidad mediante diversos procesos, pero al mismo tiempo mantener facultades en materia de legalidad, respecto de los cuales una vez que se haya establecido jurisprudencia pudieran ser remitidos a los Tribunales Colegiados de Circuito para su resolución.

Lo anterior da sustento para demostrar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación constituye un Tribunal Constitucional, tal cual lo concibió Hans Kelsen en su obra *La garantía jurisdiccional de la Constitución*:

...es necesario un tribunal constitucional; ya que toda invasión de la competencia de la Federación por un estado miembro, así como toda invasión a la competencia de los estados-miembros por parte de la Federación es una violación a la Constitución general del Estado federal que hace de la Federación y de los estados-miembros una unidad total.

...se deduce que para que la Constitución sea efectivamente garantizada, es necesario, que el acto sometido al control del tribunal constitucional sea directamente anulado en su sentencia, en caso de que lo considere irregular.

² Acuerdo General del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 5/2001.

³ Artículo 94, párrafo séptimo y exposición de motivos remitida por el entonces presidente Ernesto Zedillo Ponce de León, presentada en diciembre de 1994 al Congreso de la Unión.

Esta sentencia debe tener, aun cuando se refiera a normas generales —éste es precisamente el caso principal—, fuerza anulatoria.⁴

Pues bien, los tribunales constitucionales tienen entre sus funciones más sobresalientes las siguientes:

- Recursos de amparo promovidos contra sentencias judiciales en países como Alemania y España.
- El control de normas legales, de manera concreta así como de forma individualizada.
- La resolución de conflictos competenciales derivados de la actuación de los órganos del Estado.

Para el caso de nuestra Suprema Corte de Justicia, podemos señalar lo siguiente, pues conoce:

- Del control de normas generales, mediante el *control abstracto*, es decir, por medio de las acciones de inconstitucionalidad o a través de un control concreto a través del juicio de amparo.
- Conflictos competenciales, mediante las controversias constitucionales.
- Juicio de amparo, en cuanto se trate de cuestiones o interpretaciones directas de los preceptos de la Constitución.

Lo que constituye la cuestión medular para determinar si la Suprema Corte de Justicia es o no un Tribunal Constitucional redonda en su capacidad y facultad exclusiva de ser el intérprete final de la Constitución y que, además, conoce de los procesos que le permiten controlar la constitucionalidad de las leyes, dirimir conflictos competenciales y garantizar la protección de los derechos humanos.

En este contexto podemos decir con toda certeza que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ejerce la misma jurisdicción y cumple la función política y jurídica que en el modelo que se creó en Europa o que en el sistema de control constitucional que practica la Suprema Corte de Estados Unidos de su Constitución, pero mediante un diseño

⁴ Pp. 102 y 82, respectivamente, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001.

propio, que responde a contextos únicos y que posee todas y cada una de las características propias de la jurisdicción constitucional.⁵

Pues bien, el ejercicio del Poder⁶ encontró una distribución mucho más compartida entre la Federación, los estados y los municipios, de igual forma entre los partidos políticos y muy recientemente en la materia referente a los derechos humanos, con la única diferencia de que ahora existen los mecanismos por los que dichas relaciones siempre se den dentro de un contexto de igualdad, tal como lo establece la normatividad aplicable.

Por lo que en la medida en que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sido la piedra de toque y punto de partida en la resolución de conflictos, con una intensidad política y jurídica de gran envergadura, también ha sido árbitro y arquitecto de la construcción democrática nacional, así como de la nueva relación entre los entes de gobierno, Poder Ejecutivo y Poder Legislativo federales, órganos de gobierno estatales y, por supuesto, el Distrito Federal.

De los asuntos que ha resuelto la Suprema Corte más sobresalientes, cabe resaltar a los siguientes:

- Controversia suscitada entre el Poder Ejecutivo Federal y la Cámara de Diputados, en el caso de la auditoría al Fobaproa (Controversia Constitucional 26/99).
- Controversias Constitucionales presentadas a raíz de las reformas a la Constitución en materia de derechos indígenas.
- Controversia Constitucional referente al horario de verano (Controversia Constitucional 36/2003).
- Controversia Constitucional y juicios de amparo, presentada por la Cámara de Diputados y el Auditor Superior de la Federación respectivamente, ante la negativa del Ejecutivo Federal de acatar las observaciones de la Auditoría Superior de la Federación en el caso del Fobaproa.
- Controversia Constitucional sobre las facultades del Poder Ejecutivo de hacer observaciones al Decreto de Presupues-

⁵ *Idem.*

⁶ Entiéndase por *Poder* la facultad que posee un Estado para hacer o dejar de hacer algo sin que otro pueda exigirselo de forma alguna.

to de Egresos de la Federación emitido por la Cámara de Diputados.

Ahora analizaremos la actividad propia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al establecer los efectos de las resoluciones que ésta emite en el ejercicio de sus facultades como Tribunal Constitucional. El *Diccionario de la Lengua Española* define el término sentencia como:

Dictamen o parecer que alguien tiene o sostiene; Dicho grave y sucinto que encierra doctrina o moralidad; Declaración del juicio y resolución del juez; Decisión de cualquier controversia o disputa extrajudicial, que da la persona a quien se ha hecho árbitro de ella para que la juzgue o componga; Secuencia de expresiones que especifica una o varias operaciones; Oración gramatical. La sentencia es la forma culminante de la función jurisdiccional, que consiste en aplicar y declarar el derecho al caso sometido a la consideración de los órganos estatales encargados de la misma.

La Suprema Corte ha establecido que por *sentencia* debe entenderse el juicio lógico de hechos, la subsunción de los hechos en normas jurídicas y la conclusión de resolutivos que contienen la verdad legal; por lo mismo la integran las proposiciones que fijan el sentido de tal resolución.

Desde el punto de vista lógico y conforme al positivismo jurídico, la sentencia constituye un silogismo compuesto por una premisa mayor (ley), una premisa menor (el caso) y una conclusión o proposición (aplicación de la norma al caso concreto); el silogismo es una argumentación deductiva, un raciocinio en el cual en supuestas proposiciones o premisas se llega a una nueva proposición, calificándosele como la expresión perfecta del raciocinio perfecto, entonces, el acto procesal más importante de cualquier órgano jurisdiccional es la sentencia, la cual constituye la resolución por antonomasia y, es a través de ella que se resuelve la litis sometida a la consideración del juez constitucional.

Al contrario de esto, la lógica formal de la deducción trata solamente de la corrección formal de la inferencia, pero no suministra ningún criterio para elegir entre las varias premisas que sean posibles. El juez es quien tiene que decidir la elección de la premisa mayor, sobre la

cual vaya a fundar su sentencia, si es que se presenta el problema de que haya más de una premisa posible, cada una de ellas vigente en el ordenamiento jurídico positivo; pero las premisas son elegidas en función de lo que se estima como *el fallo correcto*. La valoración que servirá de base para la ulterior manifestación de la voluntad del Estado, a través de la resolución, por lo que con propiedad se afirma que: *sentenciar no es conocer sino valorar*.

Si por medio de la sentencia se logra la individualización de la norma jurídica, al supuesto concreto, podemos inferir con toda propiedad que el quehacer del *jurídico* tiene una naturaleza *eminente-mente creadora*, puesto que el desarrollo de la función jurisdiccional supone una serie de actividades interrelacionadas y simultáneas para constatar el hecho jurídico relevante y para determinar su calificación conforme a derecho.

En lo académico, en lo cotidiano, en lo político, las sentencias de los tribunales federales y en especial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, han trascendido de su mera expresión escrita y, a los efectos que entre las partes pudieran tener a una manera más clara y explícita en la toma de decisiones y la fijación del derecho nacional, en claro beneficio de los justiciables.

La justicia constitucional se ha ido desarrollando de una manera imprevisible en la segunda mitad de este siglo, convirtiéndose en el tema fundamental del derecho constitucional. La razón es el hecho de que buscamos sistemas que nos garanticen un ejercicio racionalizado del Poder y unos medios para reparar las situaciones anómalas o irregulares.

La interpretación constitucional goza de una particularidad derivada de su concepto y de su finalidad, que la aleja claramente de la interpretación de una ley, lo que queremos decir es que es una ley fundamental y de su carácter fundamental no se identifica con su supremacía que es una nota formal, ni con su rigidez, sino que la hace ser fundamento formal y valorativo de las demás normas jurídicas. Entendiendo las cosas de esta forma, la interpretación constitucional, o más aún, la justicia constitucional se ennoblece y se convierte en piedra de toque del orden social.

En este sentido, el uso de los medios de control constitucional adquiere un papel determinante, para darle a la Constitución la oportunidad de esclarecer las normas de funcionamiento del sistema

que en otros tiempos eran definidas exclusivamente a través de otros procedimientos (normalmente políticos), pero no a través de la resolución jurídica de los conflictos.

Las constituciones influyen en la democracia de un país de diversas maneras, ya sea generando estabilidad para las instituciones políticas; protegiendo los derechos de todos, particularmente los de las minorías; manteniendo la neutralidad en los procesos de creación de las leyes; proporcionando a los ciudadanos instrumentos para exigir la responsabilidad de los funcionarios públicos y principalmente; creando un gobierno eficaz.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que el principio de congruencia externa de las sentencias estriba en que éstas deben dictarse en concordancia con la demanda y la contestación formuladas por las partes. Toda vez que los efectos del amparo tienen estrecha vinculación con el acto reclamado, y según su naturaleza, ya sea de carácter positivo o negativo, se precisarán los alcances de la sentencia protectora, con el fin de restituir al agraviado en el goce de sus garantías individuales violadas, por lo que los efectos del amparo son una consecuencia del pronunciamiento de inconstitucionalidad y su determinación depende de la naturaleza del acto reclamado o de la interpretación y alcance de la norma declarada inconstitucional.

La Constitución, como ley suprema, es el único texto que puede limitar los poderes y deberes generales de los tribunales para decidir la ley aplicable en cada caso, es la única habilitada para atribuir dichos poderes y deberes, en lo referente a ciertos actos del Estado y a ciertos órganos constitucionales.

I. JUICIO DE AMPARO

La sentencia en el juicio de amparo es el acto culminatorio de la actividad jurisdiccional pronunciado por la Suprema Corte de Justicia, el Tribunal Colegiado de Circuito, el juez de distrito, por el que resuelve si concede, niega o sobresee el amparo solicitado por el quejoso contra el acto reclamado de la autoridad responsable.

Los artículos 76 y 78 de la Ley de Amparo mencionan a las sentencias, dando a entenderlas como las decisiones del órgano judicial; el artículo 77 se refiere a las sentencias como documentos, señalando

lo que deben contener y el artículo 80 usa la palabra sentencia lo mismo referida a una decisión que a un documento.

Cabe resaltar que el artículo 76 de la Ley de Amparo contiene la llamada fórmula *Otero*, o sea el principio de la relatividad de las sentencias de amparo, que sólo benefician a quienes interpusieron la demanda y a no personas ajenas al juicio.

Las sentencias que se dictan en el juicio de amparo sólo exigen cumplimiento una vez que hayan causado ejecutoria aquellas en las cuales se haya concedido el amparo y protección de la justicia federal, toda vez que el efecto genérico de las mismas es *el de restituir al agraviado en el goce de sus garantías individuales violadas*; no así aquellas sentencias en las que se haya negado el amparo o se haya sobreesido en el juicio.

El efecto de sentencia concesoria del amparo y protección de la justicia de la Unión, lo encontramos regulado en el artículo 80 de la Ley de Amparo, la que textualmente señala:

Artículo 80. La sentencia que conceda el amparo, tendrá por objeto restituir al agraviado en el pleno goce de la garantía individual violada, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación, cuando el acto es de carácter positivo; y cuando sea de carácter negativo, el efecto del amparo será obligar a la autoridad responsable a que obre en el sentido de respetar la garantía de que se trate y cumplir, por su parte, lo que la misma garantía exija.

Cuando en el amparo directo se aleguen violaciones al procedimiento origen del acto reclamado, la sentencia de amparo, en caso de encontrar ciertas violaciones, tendrá el efecto de que se anule el acto reclamado, o sea, la sentencia definitiva, laudo o resolución que ponga fin al juicio, y en la violación; por otro lado, si no se encuentran dichas violaciones, la autoridad de amparo estudiará los conceptos de violación en cuanto a las violaciones de fondo se refiere y por consiguiente, en caso de encontrarlos fundados, otorgará la protección federal solicitada y el efecto será que la autoridad responsable deje insubsistente el acto reclamado para que resuelva en los términos precisados en la ejecutoria, purgando las violaciones que haya cometido en perjuicio del quejoso, restituyéndolo así en el goce de las garantías individuales violadas.

En los términos de la fracción XVI del artículo 107 constitucional, al concederse el amparo, si la autoridad responsable insistiera en la repetición del acto reclamado o tratara de eludir la sentencia de la autoridad federal, será inmediatamente separada de su cargo y consignada ante el juez de distrito.

En consecuencia, el efecto difiere si el acto reclamado es de carácter positivo o negativo, si es del primer tipo, la sentencia tiene efectos restitutorios y debe reponer al quejoso en el pleno goce de la garantía violada, con efectos retroactivos al momento de la violación.

Para lograr esta finalidad, la autoridad responsable debe llevar a cabo los procedimientos jurídicos y aun materiales que sean necesarios, acorde con la naturaleza del acto, razón por la cual se llega necesariamente a una solución casuística, en efecto, si la reposición implica hechos materiales, la posesión de un inmueble, por ejemplo, la ejecución implicará la restitución material del mismo. Si se trata de una persona que se encuentra privada indebidamente de su libertad, la reposición implicará la excarcelación del interesado, y si el acto reclamado es una orden de aprehensión, la reposición será la anulación de dicha orden.

En caso de que se trate de un acto negativo, el efecto del amparo será obligar a la autoridad responsable a que obre en el sentido de respetar la garantía de que se trate y cumplir por su parte lo que la misma exija.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por actos negativos debe entenderse aquellos en que la autoridad responsable se rehúsa a hacer algo y, por tanto, al concederse la protección constitucional en contra de uno de estos actos, la única forma de ejecución es la que establece la ley, es decir, el realizar aquello que se le ha negado al quejoso.

En esta situación, la actividad del órgano de control constitucional cesa al dictar la sentencia en la que señala la existencia de una violación procesal alegada como agravio por el quejoso; por otra parte, como quiera que el acto reclamado es necesariamente una sentencia definitiva y, por tanto, una sentencia de segunda instancia y la violación pudo haberse cometido tanto en la primera instancia como en la segunda, el alcance de lo resuelto no se detiene en ésta, sino que puede y debe trascender a la primera; en ese caso, el tribunal de segunda instancia debe, en cumplimiento de la sentencia, determinar

lo conducente para hacer llegar los autos al juez de primera instancia, para que éste los reponga al estado que tenían en el momento en que se cometió la infracción y de nuevo los someta a trámite.

La resolución desestimatoria que niega la protección de la justicia federal, tiene el carácter indudable de ser una sentencia jurídica simplemente declarativa, es decir, que se limita a evidenciar una situación jurídica bien determinada, la constitucionalidad del acto reclamado o, en otro sentido, la existencia o ineficacia de los conceptos de violación hechos valer por el quejoso, sin implicar modificación alguna de derechos o de situaciones existentes.

Únicamente una sentencia que concede el amparo y la protección de la justicia federal tiene efectos restitutorios lógicos y jurídicamente, jamás podrán tener efectos positivos las sentencias que nieguen el amparo, tal y como ha quedado establecido.

El principio general que rige la ejecución o cumplimiento de las sentencias de amparo, es el de que la autoridad responsable queda vinculada a los términos establecidos en el texto de la propia sentencia, para lo cual debe dictar una nueva resolución sobre dichas bases. A manera de resumen podemos hacer la siguiente clasificación.

1. Sentencias que conceden el amparo

- Es definitiva, en tanto que resuelve el fondo de la litis constitucional planteada, acogiendo en sentido positivo la pretensión de que se establezca que el acto reclamado viola las garantías constitucionales.
- Es de condena, en tanto que obliga a la autoridad responsable a restituir al agraviado en el pleno goce de la garantía individual violada, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación, cuando el acto reclamado es de carácter positivo y, cuando el acto reclamado es de carácter negativo el efecto de la sentencia de amparo será obligar a la autoridad a que obre en el sentido de respetar la garantía de que se trate y a cumplir por su parte, lo que la misma garantía exija.
- Es también declarativa, en tanto establece que el acto reclamado ha resultado contrario a la Constitución, violando garantías individuales.

Se establece en el artículo 107 constitucional y en los artículos 76, 78, 79 y 227 de la Ley de Amparo, con las excepciones que los mismos establecen:

Artículo 107. Todas las controversias de que habla el artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la ley, de acuerdo con las bases siguientes:

II. La sentencia será siempre tal que se pronuncien en los juicios de amparo; sólo se ocuparán de los individuos particulares o de las personas morales, privadas u oficiales que lo hubieran solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda y protegerlos, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare.

Artículo 76. Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo, sólo se ocuparán de los individuos o de las personas morales, privadas u oficiales que lo hubieran solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare.

Por tanto, los efectos de la sentencia, según el principio comentado, se limitan a la persona o personas que hubiesen promovido el juicio de amparo. Si la sentencia niega el amparo solicitado, esto no impide que otro u otros que están en un caso idéntico no puedan alegar como ejecutoria el fallo pronunciado para resistir el cumplimiento de la ley o acto que lo motivó.

Algunos juristas piensan que el juicio de amparo debe de ir más allá, por ejemplo, en el caso de que la Suprema Corte de Justicia declara jurisprudencialmente que una ley es inconstitucional, debiera obligar al Congreso de la Unión o a las legislaturas locales a revocarla o en su caso enmendarla.

La sentencia de amparo es una norma individual creada por el juez, cuyo cumplimiento es obligatorio para las autoridades, y es el propio órgano jurisdiccional quien tiene las facultades necesarias para hacer cumplir sus determinaciones.

Debe referirse y especificar la naturaleza de la violación a las garantías atropelladas (para así poder evaluar como afecta el acto) y el agravio causado, su trascendencia y en qué medida se debe materia-

lizar o configurar la restitución resultante. El pronunciamiento de la sentencia que concede el amparo puede ser en ocasiones, genérico, extensivo o en abstracto y, en otras, específico, concreto y detallado acerca de cómo y por qué se dio la violación de garantías, detalles todos que, en conjunto deben tomarse en cuenta de manera sistemática y relacionada, para efectos de la consecuente restitución.

La declaratoria debe involucrar no sólo los actos reclamados en cuanto a su naturaleza, sino extenderse a sus consecuencias, para advertir la suma de las implicaciones que conlleve la cabal restitución.

Pueden ser varios los actos reclamados por los cuales se dictó la sentencia que concede el amparo y, por ello, también múltiples los efectos de las consecuencias imbricadas que deban ser restituidos o reparados en el cumplimiento, derivadas de los agravios y la violación de las garantías.

La declaratoria de inconstitucionalidad implica restituir y reparar los efectos y consecuencias a cargo de las responsables y, eventualmente, de los terceros. Es así que el artículo 80 de la Ley de Amparo dispone restablecer al agraviado en el estatus que tenía antes de la violación, o bien, obligar a la autoridad a actuar en el sentido de respetar lo que la garantía establezca o exija.

II. AMPARO CONTRA LEYES

En tratándose del juicio de amparo contra leyes la Suprema Corte de Justicia ha determinado que el principio de congruencia externa de las sentencias estriba en que éstas deben dictarse en concordancia con la demanda y la contestación formuladas por las partes.

Toda vez que los efectos del amparo tienen estrecha vinculación con el acto reclamado, y según su naturaleza, ya sea de carácter positivo o negativo, se precisarán los alcances de la sentencia protectora, con el fin de restituir al agraviado en el goce de sus garantías individuales violadas, por lo que los efectos del amparo son una consecuencia del pronunciamiento de inconstitucionalidad y su determinación depende de la naturaleza del acto reclamado, o de la interpretación y alcance de la norma declarada inconstitucional, según se trate.

Conforme al artículo 80 de la Ley de Amparo, el efecto de la sentencia es restituir al quejoso en el pleno goce de la garantía individual violada, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de

la violación. En ese sentido, cuando se otorga el amparo contra una norma general, el efecto de la sentencia será que dicha disposición no se aplique al particular y que las autoridades que aplicaron tal norma, por ejemplo, en caso de recaudación de contribuciones, le restituyan no sólo las cantidades que como primer acto de aplicación de esa norma se hayan enterado, sino también las que de forma subsecuente se hayan pagado, dado que al ser inconstitucional la norma, todo lo actuado con fundamento en ella es inválido.

Los efectos del juicio de amparo contra leyes no son derogatorios de la norma estimada inconstitucional, sino de proteger al quejoso contra los actos que se fundaron en la norma que se impugnó de inconstitucional, que constituyeron el primer acto de aplicación y aun contra los actos futuros que pudiesen emitirse con apoyo en la norma que estuvo vigente desde que entró en vigor hasta la fecha en que se declaró su invalidez.

Sin embargo, la sentencia sólo protege al quejoso mientras el texto en que contienen no sea reformado o sustituido por otro, la eficacia probatoria del fallo federal sólo subsiste mientras subsiste el acto legislativo que dio origen al juicio, lo cual implica que cuando el texto de la ley reclamada es objeto de una reforma legal, cualquiera que sea el contenido y alcance de ésta, similar o incluso, debe estimarse que se está en presencia de un nuevo acto.

III. CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES Y ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD

Las Controversias Constitucionales y la Acción de Inconstitucionalidad se inician con una demanda, esa es la denominación procesal correcta, por lo tanto culmina en una sentencia que siempre es declarativa, pues anula el acto contrario a la Constitución.

Tenemos como base o fuente de desarrollo el artículo 105 constitucional, la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del mismo artículo, el derecho comparado y los conceptos que la doctrina nos ofrece para estructurar de la mejor manera posible un sistema integral de justicia constitucional.

La Controversia Constitucional, invención del constituyente de 1917, y la Acción de Inconstitucionalidad, producto de una reforma realizada en 1994 por el Poder Reformador de la Constitución, son dos

medios por los cuales se controla la constitucionalidad, se defiende y se hace operante el principio de supremacía que es propio de una carta magna, se sancionan con *nulidad* los actos que atenten contra ellos y se encauza la acción de los poderes y órganos previstos por ella.

Dentro de aquellas, en el derecho comparado existen las Acciones de Inconstitucionalidad promovidas por órganos legitimados o las Acciones Populares de Inconstitucionalidad y dentro de las Controversias Constitucionales se pueden encontrar mecanismos para resolver conflictos entre diversos niveles de poder (órganos federales, locales o municipales), o bien hacer distinciones según la materia.

IV. CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES

Las sentencias dictadas en las Controversias Constitucionales deben tener los siguientes elementos:

- La fijación breve de las normas generales o actos objetos de la controversia, así como, en su caso, la apreciación de las pruebas conducentes a tenerlos por no demostrados.
- Los preceptos que los fundamenten.
- Las consideraciones que sustenten su sentido y los preceptos, que en su caso, se estimen violados.
- Los alcances y efectos de la sentencia, determinando claramente que órganos están obligados a cumplirla, cuáles son las normas generales o los actos respecto de los cuales opere y, por último, los elementos necesarios para su eficacia en el ámbito correspondiente.
- Los puntos resolutivos que decreten el sobreseimiento o declaren la validez o invalidez de las normas generales, o los actos impugnados; y, en su caso, la absolución o condena respectivas, indicando el término para el cumplimiento de las adecuaciones señaladas, y
- En todo caso, el término en que la parte condenada debe realizar una actuación.

Es posible que una Controversia Constitucional produzca la *invalidez absoluta de una norma general*, para ello es preciso que la

controversia se haya promovido contra una norma de este tipo, y debe tratarse de los siguientes supuestos:

- Una controversia suscitada entre el Poder Ejecutivo Federal y el Congreso de la Unión, cualquiera de sus cámaras o la Comisión Permanente.
- Una controversia planteada entre dos poderes de una entidad.
- Una controversia surgida entre dos órganos de gobierno del Distrito Federal.
- Una controversia promovida por un estado en contra de uno de sus municipios.

Es indispensable que la resolución emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación cuente con un voto favorable de cuando menos ocho ministros, sólo en cinco de los casos señalados con anterioridad, la sentencia dictada podrá tener efectos generales, en cualquier otro no será de esta manera. Una sentencia de este tipo surte sus efectos a partir del momento que haya dispuesto la propia Corte dentro de la sentencia.

Las sentencias relativas a la no conformidad de leyes electorales con la Constitución sólo podrán referirse a la violación de los preceptos expresamente señalados en el escrito de demanda.

Las razones contenidas en los considerandos que funden los resolutivos de las sentencias aprobadas por ocho votos, son obligatorias para las Salas de la propia Corte, los Tribunales Colegiados de Circuito, Juzgados de Distrito, Tribunales Militares, Agrarios y Judiciales del Orden Común de los Estados y del Distrito Federal, administrativos y del trabajo, ya locales, ya federales.

Tanto la Controversia como la Acción tienen en común como característica especial y propia, la de que cuando la acción intentada próspera, los efectos de las resoluciones que dicta la Suprema Corte de Justicia no se limitan a quienes fueron partes, pueden tener efectos generales.

Por virtud de las controversias la Suprema Corte de Justicia asume las funciones de defender la Constitución, definir su sentido e impedir que los órganos de autoridad de los entes previstos por ella, rebasen su campo de acción e invadan el que ha sido asignado a otros.

Las controversias no buscan sancionar a las autoridades de las violaciones e invasiones competenciales, esa es función que corresponde al Gran Jurado y a las autoridades que señala la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos, previa una acusación formulada por el Ministerio Público o los particulares, en los términos previstos en los artículos 21 y 109 última parte, la Constitución en este caso atribuye a las sentencias que dicte el Pleno de la Suprema Corte, efectos generales.

La controversia persigue en un juicio simple, llano y exento de tecnicismos y de forma sumaria, constreñir la actuación de los poderes y órganos previstos por la propia Constitución, se busca hacer cesar una invasión al campo de acción que como autonomía, facultades o atribuciones, tienen concedida la anulación de un acto de autoridad que es contrario a la Constitución.

Las sentencias que dicta el pleno tienen efectos vinculativos, siempre que versen sobre disposiciones generales de los estados o los municipios, si la impugnación provino de la federación o de los municipios, si la impugnación provino de los estados, tendrá efectos generales, si aquellas son aprobadas por ocho votos de los ministros.

La finalidad de este juicio es obligar y constreñir a que todos los órganos y poderes que se deriven de la Constitución federal conformen y ajusten su actuación y la realización de sus actos a lo que dispone la Constitución general de la República, además, tiende a preservar la distribución de competencias entre los diferentes niveles de gobierno con estricto apego a las disposiciones de la Constitución general de la República con el fin de garantizar y fortalecer el equilibrio de derecho, el equilibrio de Poderes, la Supremacía Constitucional y el Sistema Federal.

Respecto de los efectos de la sentencia debe mencionarse que ésta tendrá efectos generales siempre que las controversias versen sobre disposiciones generales de los estados o municipios, impugnadas por la federación, de los municipios impugnadas por los estados, en los casos a que se refieren los incisos c), h) y k) de la fracción I del artículo 105 constitucional y la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación las declare inválidas.

Dicha resolución tendrá efectos generales cuando hubiera sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos, en los demás casos las resoluciones tendrán efectos únicamente, respecto

de las partes en la controversia, es decir, tendrán efectos relativos a las partes.

Siguiendo el discurso del maestro Fix-Zamudio, la controversia es una institución procesal que tiene por objeto garantizar el equilibrio entre las facultades de la federación y las de las entidades federativas.

La sentencia en estos casos no tiene como finalidad sancionar a los autores de las invasiones o de los actos inconstitucionales, ni la acción se endereza contra las partes sino contra el acto, se persigue que se declare su nulidad a través del expediente de invocar, fundar y probar causales de invalidez.

Si una resolución de la corte declara inconstitucional, por ejemplo, una ley local, esta sentencia afectará la validez de los actos jurídicos de aplicación de la ley, pero la Suprema Corte se ceñirá a su análisis al problema constitucional.

Una de las diferencias que se señalan entre la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad, es que la primera debe haber un agraviado. Si la finalidad de la controversia fuera solamente entre los órganos entonces no procedería solamente el equilibrio entre los órganos entonces no procedería la controversia constitucional salvo cuando hubiera interés jurídico directo, pero toda vez que la controversia pretende el respeto de la Constitución, como un medio de jurisdicción constitucional orgánica, nos parece que el interés puede ser indirecto.

De conformidad con la fracción I, penúltimo párrafo del artículo 105 constitucional y 42 de la ley reglamentaria, tratándose de controversias constitucionales entre dos órganos de gobierno del Distrito Federal, en las que se impugne una norma general, los efectos de la sentencia serán generales, sin hacer distinción alguna; sin embargo, ya que si bien la SCJN ha determinado que, tratándose de las controversias constitucionales, las delegaciones constituyen un órgano de gobierno del Distrito Federal, también precisó que sólo es respecto del ámbito territorial que abarcan, a diferencia de los restantes órganos de gobierno de la entidad que sí tienen jurisdicción en todo el territorio, por lo que los efectos de la sentencia no podrían ser generales.

El artículo 45 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional, en su primer párrafo establece la regla general de que las sentencias pronunciadas en las controversias constitucionales surtirán sus efectos a partir de la fecha en que dis-

crecionalmente lo determine la SCJN y en su segundo párrafo, otro mandato de observancia igualmente genérica en el sentido de que la declaración de invalidez de las sentencias no tendrá efectos retroactivos, salvo en materia penal.

Cualquiera que sea la materia, puede indicar en forma extraordinaria que la declaración de invalidez sea efectiva a partir de la fecha de la presentación de la demanda, cuando por virtud de la suspensión de los actos reclamados se hayan mantenido las cosas en el estado que se encontraban al momento de la promoción de la controversia, o bien desde el momento en que se hubiese otorgado esa medida cautelar, cuando con su concesión ocurrió con posteridad a la presentación de aquélla.

Conforme a los artículos 105, penúltimo párrafo constitucional y 42 primer párrafo de la Ley Reglamentaria y del citado precepto constitucional, los efectos de las sentencias dictadas en controversia constitucional tratándose de normas, consiste en declarar la invalidez con efectos generales cuando se trate de disposiciones generales emitidas por los estados, los municipios o la Federación o bien en conflicto entre poderes y cuando la resolución de la SCJN las declare válidas, dicha resolución tendrá efectos generales cuando hubiera sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos.

Las resoluciones de las controversias constitucionales a que se refieren los incisos c), h) y k) siempre tendrá efectos generales cuando se cumpla con los requisitos establecidos en la Constitución.

Las resoluciones de las controversias constitucionales a que se refieren los incisos d), e), f), g) y j) nunca tendrán efectos generales, sino sólo entre las partes, ya que se trata de controversias planteadas entre entidades federativas, entre éstas y entre entes públicos pertenecientes al mismo nivel de gobierno o que siendo de diferente nivel no existe integración territorial entre ellos.

Las resoluciones de las controversias a que se refieren los incisos a), b) e i) podrán tener efectos generales o sólo entre las partes, dependiendo de quién sea el actor, siempre que sea de un nivel superior (en el sentido de que el demandado esté integrado en su territorio) tendrán efectos generales (la Federación impugna alguna norma estatal o municipal o un estado impugna una municipal), por el contrario, cuando el actor sea un nivel inferior sólo tendrá efectos entre las partes.

A mayor abundamiento cabe analizarse los dos supuestos en los que las resoluciones conllevan efectos generales:

- Cuando el actor tenga un ámbito de competencia espacial que incluya el territorio del demandado.
- Cuando el actor y el demandado tengan un mismo ámbito de competencia espacial.

En el primero de los supuestos, el que la Federación tenga un ámbito de competencia espacial que incluya el territorio de los municipios y de los estados o que éstos lo tengan respecto de los municipios, obviamente implica que la resolución tenga efectos generales, ya que no podría ser de otra manera, pues al estar comprendido su territorio en el ámbito de competencia espacial del actor, las resoluciones aunque fueran entre las partes siempre gozarán de efectos generales para el demandado.

En el caso de las controversias constitucionales suscitadas entre poderes u órganos del mismo nivel de gobierno, es lógico que siempre tengan efectos generales, ya que las autoridades que intervienen en la controversia poseen un mismo ámbito de competencia territorial. Incluso, si los efectos únicamente fueran entre las partes tendría exactamente el mismo alcance.

La conjetura sobre la relación entre efectos generales y ámbito de validez especial cobra mayor sentido si consideramos que las controversias constitucionales tienen por objeto la salvaguardia de las competencias que la Constitución establece para cada ente público, es decir, acorde con la exposición de motivos de reforma a la Constitución de 1994, señalaron que la Controversia Constitucional sirve para proteger las esferas de competencia del sistema político nacional.

Lo anterior está íntimamente ligado al ámbito material de validez de las normas que se refieren a las diferentes materias que el orden jurídico puede regular, y que determina la distribución de competencias de tanta relevancia en un régimen federal.

La interpretación de la Suprema Corte ha ido ampliándose en cuanto a su criterio sobre la materia que puede ser objeto de las controversias constitucionales.

- Sólo pueden plantearse problemas de invasión de esferas.
- Pueden plantearse violaciones a la Constitución, careciendo de atribuciones para conocer sobre violaciones indirectas a la Constitución.
- También pueden estudiarse violaciones de modo fundamental con el acto o la ley reclamados.
- Pueden examinarse todo tipo de violaciones a la Constitución.

V. ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD

En sus efectos, dichas sentencias encuentran diferencias notables, respecto a lo que podía observarse hace una década.

Los efectos de las sentencias, en acción de inconstitucionalidad se extienden a la ley y, por tanto, comprenden a todos, sin excepción *erga omnes*, como dice la expresión latina.

De acuerdo con distintos criterios clasificadores podemos señalar que las acciones de inconstitucionalidad previstas en la fracción II del artículo 105 constitucional corresponden a un mecanismo de control constitucional de revisión judicial *a posteriori* y abstracto, en la clasificación de Mauro Capelleti se tipifica como un sistema de control constitucional de revisión judicial concentrado por vía principal, de efectos generales declarativos y futuros.

Dentro de nuestra terminología constitucional propiamente se está en presencia de una garantía constitucional.

El objeto de las acciones de inconstitucionalidad es plantear una posible divergencia entre una norma de carácter general y la Constitución. En el primer párrafo de la fracción II del artículo 105 se refiere a una norma de carácter general y no a una ley por lo que pareciera que pueden ser combatidas por esta vía no sólo actos formales y materialmente legislativos (leyes en sentido estricto) sino también otros que comparten las características de generalidad, abstracción e impersonalidad, tales como los reglamentos y los tratados internacionales.

El precepto mencionado establece un quórum de votación especial para que la resolución pueda declarar la invalidez de las normas y es el de una mayoría de ocho votos, el cual es idéntico al número exigido para integrar jurisprudencia obligatoria del Pleno de la Suprema

Corte de Justicia de la Nación. Las partes conducentes del artículo 105 establecen:

...la declaración de invalidez de las resoluciones a que se refieren las fracciones I y II de este artículo no tendrá efectos retroactivos, salvo en materia penal, en la que regirán los principios generales y disposiciones legales aplicables de esta materia...

El artículo respectivo de la ley reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece:

Artículo 45. Las sentencias producirán sus efectos a partir de la fecha que determine la Suprema Corte de Justicia de la Nación. La declaración general de invalidez de las sentencias no tendrá efectos retroactivos, salvo en materia penal, en la que regirán los principios generales y disposiciones legales aplicables de esta materia.

Los efectos de la sentencia serán declarativos y futuros salvo en materia penal, respecto a la invalidez, de la norma impugnada, sin embargo, no afectarán las actuaciones o hechos realizados con anterioridad a la fecha de la resolución.

La circunstancia de que no se haya publicado tesis de jurisprudencia relativa a una acción de inconstitucionalidad en cuya resolución se declaró la invalidez de alguna norma general, no es óbice para que los Tribunales Colegiados de Circuito apliquen el criterio sostenido en ella, pues de conformidad con el artículo 43, en relación con el 73 ambos de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional, las sentencias pronunciadas en acciones de inconstitucionalidad, aprobadas por lo menos por ocho votos, son de observancia obligatoria y conforme al artículo 44 de la ley citada, la resolución se inserta de manera íntegra en el *Diario Oficial de la Federación*, así como el órgano oficial en que tales normas se hubieren publicado.

Debido a la diferente naturaleza de los citados mecanismos de control de la constitucionalidad, así como las partes que en ellos intervienen, existe una regulación específica para cada uno, no obstante que algunas de sus disposiciones son muy similares, además de que

se aplica de forma supletoria a las acciones de inconstitucionalidad lo dispuesto por las controversias constitucionales.

Las resoluciones en las controversias constitucionales sólo tendrán efectos generales cuando:

- La Federación impugne normas estatales o municipales.
- Los Estados impugnen normas municipales.
- Se trate de una controversia entre Poderes de la Unión.
- Se trate de una controversia entre órganos de gobierno del Distrito Federal.

En cuanto a la mayoría calificada, es necesario que se pronuncien a favor de la inconstitucionalidad ocho de los once ministros que integran la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya que de lo contrario la controversia será desestimada.

Lo anterior demuestra que los efectos generales dependen no sólo de que se trate de un determinado tipo de conflicto, sino que se requiere un determinado actor, es decir, que dependen de la categoría de las partes que intervienen.

En el caso de las acciones de inconstitucionalidad, las resoluciones invariablemente tendrán efectos generales, siempre y cuando cumplan con el único requisito relativo a la mayoría calificada; en otras palabras, que sean aprobadas por cuando menos ocho ministros, según lo establece el artículo 105, fracción II de la Constitución.

Las resoluciones en las acciones de inconstitucionalidad siempre tendrán efectos generales (cuando sean adoptadas por mayoría calificada), ya que son un medio de control abstracto de la constitución, por lo que no existe un interés jurídico que se tutele y, por lo tanto, sería imposible que surtiera efectos sólo entre las partes, cuando una de ellas (el actor) no sufre ninguna afectación a su esfera jurídica.

Esto se debe a que las citadas acciones no se puede plantear en contra de actos de autoridad sino sólo contra normas generales y a que las acciones tienen diferentes partes legitimadas como se explicó en el párrafo anterior, caber hacerse una acotación por lo que respecta a la mayoría calificada, ésta tiene su razón de ser en el hecho de que al considerarse una declaración de invalidez con carácter general reviste tal trascendencia, era necesario contar con una mayoría calificada

para tal efecto y se estima de gran relevancia porque constituye una excepción a la división de poderes, ya que implica que una norma emitida por otro poder, pierde su validez por la determinación de un órgano jurisdiccional, también implica una alteración al régimen federal ya que una decisión de un Poder Federal invalida una norma emitida por una autoridad estatal.

Por lo que respecta a las acciones de inconstitucionalidad, es mucho más sencillo entender la racionalidad de sus disposiciones ya que las resoluciones que se dicten en este tipo de procesos siempre tendrán efectos generales, pues los actores son:

- Minorías parlamentarias que impugnan normas emitidas por el órgano del que forman parte, lo cual implica que al ser parte del todo, tienen la misma competencia.
- El Procurador General de la República.
- Los partidos políticos contra leyes electorales federales o estatales las cuales les serán aplicadas.
- La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del distrito federal, así como de tratados internacionales celebrados por el ejecutivo federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos. Asimismo los organismos de protección de los derechos humanos en los estados, contra leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, contra leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

Debido a que las Acciones de Inconstitucionalidad son un mecanismo de control abstracto de la constitucionalidad de normas generales no es necesario que exista una afectación ni, por lo tanto, que se tenga un interés jurídico.

La desestimación no está expresamente contemplada en el artículo 105 de la Constitución, sino que se encuentra prevista en la Ley Reglamentaria del mencionado precepto constitucional. En el último párrafo de la fracción I del artículo 105 constitucional se determinan los requisitos para que las resoluciones de las controversias constitucionales tengan efectos generales y, en el siguiente párrafo, se prescribe que en los demás casos tendrán efectos entre las partes.

En concordancia con el espíritu de la disposición constitucional, en el artículo 42 de la Ley Reglamentaria se estableció que los proyectos en los que se proponga la inconstitucionalidad de alguna norma que no alcancen la votación necesaria serán desestimadas. La desestimación daría como resultado:

- El tribunal pleno desestimaré la acción ejercida y ordenará el archivo del expediente.
- No existe pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia en la parte considerativa de la resolución sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes.
- No se emiten tesis ni jurisprudencia.

No obstante que las normas hayan sido declaradas inconstitucionales, continúan vigentes, toda vez que se determina la invalidez de la norma impugnada, la cual no se deroga, ya que de lo contrario la SC estaría invadiendo la esfera de competencia de otros poderes federales o locales.

En caso de que las autoridades no dejen si efecto los actos de que se trate, si el Tribunal Pleno declara que efectivamente hay una aplicación indebida de una norma general o acto declarado inválido, mandará que se cumpla con lo dispuesto por el último párrafo del artículo 105 constitucional, es decir, que la autoridad sea separada de su cargo y consignada al juez de distrito, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107, fracción XVI constitucional o que se opte por el cumplimiento sustituto de acuerdo con la citada disposición.

Finalmente y a manera de conclusión, considerando lo hasta aquí presentado no encontramos elemento alguno que pueda desvirtuar el carácter de Tribunal Constitucional que posee desde hace más de 10 años la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya que asegura, regula y ejerce los mecanismos de regularidad constitucional que debe tener una norma fundamental, puesto que si no fuera ese el caso estaríamos frente a una norma ineficaz e inválida, dicho de otra forma sería, como lo vuelve a señalar Hans Kelsen:⁷

⁷ *Op. cit.*, p. 95.

Una Constitución a la que le falte la garantía de anulabilidad de los actos inconstitucionales no es plenamente obligatoria en su sentido técnico... Una Constitución en la que los actos inconstitucionales y en particular las leyes inconstitucionales se mantienen válidos—sin poder anular su inconstitucionalidad—equivale más o menos, desde un punto de vista estrictamente jurídico, a un deseo sin fuerza obligatoria...

ANTECEDENTES HISPÁNICOS DE LAS LEYES DE REFORMA

Francisco DE ICAZA DUFOUR

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El antiguo Régimen*. III. *Las Cortes de Cádiz*. IV. *Política bonapartista*. V. *El Trienio Liberal*. VI. *Desmembración de la Monarquía*.

I. INTRODUCCIÓN

Previo al desarrollo del tema materia de este trabajo, precisa señalar que el término iglesia puede referirse a dos realidades distintas, una es la Santa Sede, que a lo largo de los siglos XVIII y XIX, se vio obligada a definir su posición ante las novedades de la política española que vinieron a afectar sus relaciones diplomáticas, las cuales no son materia de este trabajo y la segunda realidad la encarna el clero, tanto secular como regular, que fue el más afectado, al ser el objetivo de las reformas pretendidas por la política real española, lo cual derivó en relaciones extremadamente tensas, mismas que serán la materia de este ensayo. Asimismo, también es necesario tener presente que los conceptos de laicismo, de libertad de conciencia, y algunos otros más que hoy nos parecen normales y casi universalmente aceptados, son creaciones relativamente nuevas, que con anterioridad al siglo XIX, simplemente, eran inimaginables. Hasta los finales del siglo XVIII, bien o mal llamado Siglo de las Luces, por laico se entendía a aquella persona que no pertenecía al estado eclesiástico, la libertad de conciencia era impensable, pues aún permanecía en vigor el principio de que la religión del príncipe es la religión del Estado y por último, la separación entre Iglesia y Estado, era un disparate, ya que todos los

príncipes, de una u otra forma, aspiraban a mantener en sus manos el control de la Iglesia en su reino. Sin embargo, en los siglos precedentes, a causa de los constantes enfrentamientos por la supremacía surgidos entre la Iglesia y el Imperio, llevaron a teólogos y juristas a buscar fundamentos para justificar la preeminencia de uno u otro y entre ellos se cuenta Guillermo de Occam (1298-1349), un inquieto teólogo franciscano revisionista del aristotelismo, cuyas tesis, rayanas en la heterodoxia, bajo la protección del emperador Luis de Baviera, plantearon las bases de la separación entre el papado y el Imperio. Más lejos que Occam, llegó en sus conclusiones Marsilio de Padua (1275-1343), al proponer la necesidad de una autonomía plena del poder temporal y su predominio sobre la Iglesia, al considerar al Estado como una sociedad perfecta, pero será, sin duda, la obra del inglés John Locke (1632-1704) la clave del laicismo y en especial su ensayo intitulado "Carta sobre la tolerancia", en donde asienta como fundamento de la paz civil, la neutralidad del Estado en la materia religiosa.

El siglo XVIII trajo consigo novedosas corrientes del pensamiento humano, tales como el racionalismo, la ilustración, el enciclopedismo y finalmente el liberalismo, que habría de incidir en el movimiento revolucionario francés de 1789, para el desmantelamiento y sustitución del Antiguo Régimen y por consiguiente, un replanteamiento de las relaciones Iglesia-Estado. Es en estos momentos cuando la palabra laico viene a adquirir un significado muy distinto al que hasta entonces había tenido, cuando la libertad de conciencia será reconocida como derecho de todo hombre, la separación entre Iglesia y Estado, se convierte en paradigma y toma fuerza el proceso de secularización, iniciado en la centuria anterior, consistente en la "paulatina reconducción de los valores religiosos a la esfera de lo privado",¹ que deriva, sobre todo, en el siglo XIX "en una aparente división entre el mundo de lo religioso y el derecho que, para aquel entonces no pocos pretendían estrechamente someter a la voluntad estatal".² La parte culminante de este proceso secularizador es la creación y establecimiento del Estado liberal que viene a sustituir al

¹ Rosa María Pugliese Lavalle, *Apuntamientos sobre el proceso secularizador en el siglo XIX*. En homenaje a Alberto de la Hera, José Luis Soberanes Fernández y Rosa María Martínez de Codes (coords.), UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2008, p. 682.

² *Idem*.

Antiguo Régimen y entre sus presupuestos se encuentran el laicismo y la desamortización de los bienes del clero.

Hoy día es incuestionable que el laicismo aparece como un imperativo del Estado democrático moderno, sin embargo, también debe tenerse presente que no existe un solo concepto de laicidad o mejor dicho, hay muchas maneras de entender y vivir esa laicidad y a veces esas maneras no sólo resultan opuestas, sino contradictorias con el régimen de libertades que el Estado pretende defender. Con el término laicismo puede expresarse, en primer lugar, la justa separación que debe existir entre el Estado y toda confesión religiosa, lo cual no implica la inexistencia de relaciones, ya que al ser reconocido el hecho religioso como un derecho del ciudadano, como tal deben garantizarse la seguridad y la libertad de su ejercicio. Un sentido muy distinto es el que dan a este término quienes conciben al laicismo como la ausencia de relaciones entre el Estado y cualquier iglesia o confesión religiosa, al considerar que las iglesias no tienen el carácter de instituciones públicas, sino simplemente asociaciones de creyentes que deben reducirse al ámbito privado de la conciencia individual y en consecuencia debe ser impedida cualquier manifestación pública de índole religiosa. Esta segunda acepción ha llegado a extremos tan radicales que ha constituido una violación a la libertad de expresión e inclusive a la libertad religiosa, al convertir al Estado en un Estado confesional, aunque en sentido negativo. A la primera forma se le ha llamado laicidad y a la segunda laicismo y es obvio que entre una y otra pueden existir una infinidad de matices.³

II. EL ANTIGUO RÉGIMEN

El siglo XVIII trajo desde sus inicios cambios profundos para la monarquía española, de acuerdo con el ideario de la nueva dinastía reinante, cuyos miembros consideraron a la España heredada de los austrias como el mejor ejemplo de atraso y pobreza en todos los aspectos de la vida, motivo por el cual la modernización constituyó su principal preocupación, con el más absoluto desprecio e ignorancia de las instituciones multiseculares españolas y tomando como paradigma

³ Véase Javier Saldaña Serrano y Cristóbal Orrego Sánchez, *Poder estatal y libertad religiosa*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2009.

a Francia, el país de su origen que por aquel entonces era la mayor potencia del Viejo Continente.

La política reformista adoptada por los borbones tuvo por principal objetivo conseguir la unificación de la monarquía en la persona del rey, de acuerdo con la máxima de Luis XIII "*une foi, une loi, un roi*", y en ese contexto las relaciones con la Iglesia jugaron un papel prominente, al pretender los monarcas la recuperación de todas las regalías o supuestos derechos pertenecientes a la corona, que por circunstancias diversas se habían disminuido o perdido en el decurso del tiempo. Esta política regalista, por fuerza, provocó acres enfrentamientos con la jerarquía eclesiástica, que no estaba dispuesta a consentir las intromisiones de los reyes en sus asuntos internos.

La intrusión de la potestad civil en los asuntos eclesiásticos era problema viejo en España, sin embargo, el regalismo borbónico presentó modalidades particulares y una diferencia esencial con las concepciones de sus predecesores en relación con el fundamento de sus derechos, lo cual acarreó importantes consecuencias en las relaciones con la Iglesia. Mientras los austrias consideraron como justificación de sus derechos en la materia eclesiástica a la voluntad pontificia de premiar sus servicios a la Iglesia de Cristo, los borbones consideraron a esos derechos no como un don gracioso del Papa, sino como algo inherente a sus facultades mayestáticas, por lo que, para los austrias los límites de sus derechos se encontraban marcados por la concesión pontificia, en cambio para los borbones eran impuestos por la voluntad del monarca. Con estos fundamentos pudo Felipe V romper con Roma y ordenar a sus obispos usar de las facultades que por derecho les correspondían, de acuerdo con los principios de la antigua disciplina eclesiástica y asimismo Carlos III no tuvo empacho para convocar a la celebración de concilios episcopales. Por eso, Menéndez Pelayo no dudó en calificar al regalismo como una herejía administrativa.⁴

El regalismo fue una moda de los reinos católicos europeos durante el siglo XVIII, provocada, en buena medida, por el ejemplo de los príncipes cismáticos y protestantes, que a raíz de su rompimiento

⁴ *Los heterodoxos españoles. Regalismo y enciclopedia. Los afrancesados y las Cortes de Cádiz. Reinados de Fernando VII e Isabel II. Krausismo y apologistas católicos*, Porrúa, Sepan Cuantos, núm. 389, México, 1983. Cap. I, núm. II, p. 22.

con Roma disfrutaron del control absoluto sobre las iglesias en sus respectivos reinos, a diferencia de los soberanos católicos que se encontraban sujetos a la potestad pontificia en el ámbito eclesiástico y espiritual. Con la finalidad de superar ese inconveniente, sin provocar una ruptura con el papado, los soberanos adoptaron las doctrinas llamadas en España regalistas, en Francia galicanismo, josefinismo en Austria, febronianismo en Alemania y en Italia jurisdiccionalismo. En cada país los reales derechos tuvieron sus expositores y doctrinarios al servicio de los reyes, cuyos antecedentes pueden encontrarse en Edmond Richer, Marsilio de Padua y Justino Febronio, principalmente. El más importante exponente del galicanismo francés fue Jacques Bénigne Bossuet, cuyas ideas tuvieron especial repercusión entre los regalistas españoles y más tarde inspiró la política eclesiástica de los Bonaparte. En España los principales expositores de esas novedades doctrinales fueron: Antonio Álvarez de Abreu, premiado por sus servicios con el título de marqués de la Regalía por Carlos III, el conde de Floridablanca, Campomanes, Melchor de Macanaz, el conde de Aranda y en Nueva España, Antonio de Rivadeneira y Barrientos, autor del Manual Compendio del Regio Patronato Indiano.

Resulta manifiesto que la política regalista implementada por los monarcas ilustrados daba un cariz muy especial a las relaciones con la Iglesia y aunque podemos afirmar que en cada país y con cada rey había variaciones en esta materia, en términos generales, todos pretendían la sujeción absoluta e incondicional de la Iglesia al príncipe y confinar a la autoridad pontificia exclusivamente a las materias de fe y costumbres. Por lógica, esta política tropezó con grandes opositores entre la clerecía, aunque también contó con apasionados defensores, especialmente en el alto clero. Es también evidente el que para estos déspotas ilustrados continuaba en vigor el principio justiniano de que "la religión del príncipe es la religión del Estado", con exclusión de cualquiera otra.

Entre las regalías o derechos de los reyes en la materia eclesiástica, reviste especial importancia para los fines de nuestro trabajo la llamada "regalía de la desamortización", cuyo estudio dio motivo a un extenso tratado del famoso ministro de Carlos III, Pedro Rodríguez de Campomanes, en el que culpa a la Iglesia de ser la causa de la decadencia española, debido a la posesión y falta de explotación de extensas propiedades territoriales, pero en realidad, fue hasta la

segunda mitad del siglo XVIII cuando puede ya hablarse de una política desamortizadora en España, bajo la dirección de Carlos III que intenta llevarla a cabo con el objetivo de emprender la reorganización social y económica de su reino, sobre la base de dar una mayor movilidad a la riqueza inmobiliaria. El primer programa desamortizador lo encontramos en 1766, organizado por el fiscal de la Real Hacienda Francisco Cardoso, con base en el citado tratado del ministro Campomanes, que más tarde también habría de influir en la obra de José María Luis Mora, de clara anticipación a las Leyes de Reforma. Un primer ensayo no vinculado con los fines socioeconómicos perseguidos por Carlos III, sino por razones de carácter meramente políticas, lo encontramos en el Real Decreto de 27 de febrero de 1767, por el que se dispuso la expulsión de los miembros de la Compañía de Jesús de todo el territorio de la monarquía española y el traspaso de sus bienes a manos del Estado.

La política desamortizadora llevada a cabo por Carlos III fue proseguida por su hijo Carlos IV, aunque con una diferencia importante, mientras que con el primero se trataba de implementar una política socioeconómica, con el segundo se llevó a cabo con el propósito de remediar las urgencias económicas de una hacienda deficitaria. La primera, dice Rosa María Martínez de Codes, era una política constructiva, la segunda ocasional.⁵ Sin embargo, detrás de ambas, señala Levaggi, "se ocultaba la pretensión de quebrar el poder temporal de la Iglesia".⁶

En 1798, las penurias de la Real Hacienda impulsaron a Carlos IV a dar un primer paso en la desamortización de bienes eclesiásticos, llamada de Godoy, por el ministro que la implementó, que en este primer momento versó sobre patrimonios paraeclesiásticos, o actuó sobre los bienes de determinadas instituciones eclesiásticas extinguidas, como era el caso de las temporalidades de los jesuitas y algunas otras obras pías.

⁵ Rosa María Martínez de Codes, "Luces y sombras de un proceso de larga duración", en *El proceso desvinculatorio y desamortizador de bienes eclesiásticos y comunales en la América Española. Siglos XVIII y XIX*, Cuadernos de Historia Latinoamericana, núm. 7, Holanda, 1999, p. 10.

⁶ Alejandro Levaggi, *Las capellanías en la Argentina. Estudio histórico-jurídico*, Buenos Aires, 1992, p. 142.

Sin embargo, la moderación presentada por estas primeras medidas desamortizadoras, fue algo meramente temporal, porque al presentarse nuevas y mayores urgencias económicas, la ampliación de la medida desamortizadora no se hizo esperar y la voraz Hacienda se lanzó sobre otras propiedades, en esa ocasión con la aquiescencia del papa Pío VII, que autorizó la venta de bienes eclesiásticos hasta por la suma de 200 000 ducados de oro. De esta forma se dio inicio en la Monarquía Española al proceso de desamortización, incrustado en un periodo histórico de extrema complejidad, en el que vinieron a coincidir el tránsito del Antiguo Régimen al Estado liberal, con la invasión francesa y la desmembración de la Monarquía. A consecuencia de estos procesos, por necesidad, debieron replantearse las relaciones Iglesia-Estado.

Otro duro golpe asestado a la Iglesia con consecuencias insospechadas para la Monarquía Española, fue el propinado por Carlos IV en su Real Cédula de 25 de octubre de 1795, por medio de la cual ordenaba a las autoridades novohispanas dar cumplimiento a tres leyes contenidas en el Nuevo Código de Indias,⁷ elaborado durante el reinado de Carlos III, con las cuales, prácticamente, se acababa con el varias veces centenario fuero eclesiástico.

Como es bien sabido, en el año de 1789 estalló la Revolución Francesa, que además de liquidar al Antiguo Régimen acarreó profundos cambios en el pensamiento, no sólo de los franceses sino del mundo entero. Este nuevo orden de ideas, con fuertes raíces en la ilustración y el racionalismo, fue llamado liberalismo, término, por cierto, acuñado en España,⁸ para designar a esta corriente, que no consiste sólo en una defensa de la libertad, ni se reduce tampoco a una doctrina económica, sino que se trata de un modo completo de concebir la vida, despojándola de cualquier relación o liga trascendente o corporativa que de alguna forma pudiera limitarla.

El año de 1808, la Monarquía Española se precipitó en una crisis insalvable, "no sólo inesperada —dice François-Xavier Guerra— sino también inédita," que la llevó fatalmente a su desintegración. Fue una

⁷ Leyes 17.15. 1; 12.9.1; y 13. 12. 1.

⁸ José Luis Abellán, "Liberalismo y descolonización. Un capítulo de las relaciones entre España y América, en *Quinto Centenario. América: economías, sociedades, mentalidades*, Departamento de Historia de América, Universidad Complutense. Instituto de Cooperación Iberoamericana, núm. 3, Madrid, 1982, pp. 29-49.

crisis con dos facetas entremezcladas, por una parte, nos encontramos con una aparente inconformidad suscitada por el desprestigio en el que había caído la persona del rey y por las frivolidades de su familia, que en realidad ocultaban un malestar con raíces más profundas, motivado por ingentes reclamos de cambios sociales, que la falta de visión del rey y de los que le rodeaban minimizaron e ignoraron, para desembocar en una revolución en contra del Antiguo Régimen, para conducir a España a la Modernidad y en segundo lugar, provocar la desmembración de la Monarquía Española en más de una veintena de distintas nacionalidades, fenómeno producido bajo la influencia innegable del liberalismo gaditano, como lo han demostrado Alfredo Ávila,⁹ Roberto Breña¹⁰ y Jaime del Arenal,¹¹ entre otros e inclusive hay quienes, como José Luis Abellán,¹² que sostienen que algunos de los liberales doceañistas y los radicales que les siguieron, no sólo vieron con buenos ojos las independencias americanas, sino que hubo quienes las propiciaron, por considerarlas como un paso adelante del pasado imperial, irreconciliable con la ideología liberal.

En ese mismo año de 1808, junto con el Motín de Aranjuez que obligó a Carlos IV a abandonar el trono, se produjo un nuevo conflicto en España, al verse invadida por el ejército francés, en tanto sus reyes (Carlos IV y Fernando VII) huyeron a Francia para convertirse en prisioneros de Napoleón en la ciudad fronteriza de Bayona, en donde representaron uno de los episodios más vergonzosos de la historia española. El pueblo español, dice Toribio Esquivel Obregón, supo defender su independencia con gran valor, pero no sucedió lo mismo en el campo de las ideas, toda vez que los españoles asimilaron la ideología de los invasores, que era la de la Revolución Francesa. El hecho de que un pueblo hubiera podido romper con el régimen político tradicional y además haya logrado sustituirlo con uno nuevo, era una lección que muchos quisieron repetir, de aquí que los mecanismos

⁹ *Liberalismos decimonónicos: de la historia de las ideas a la historia cultural e intelectual*, en Guillermo Palacios (coord.), *Ensayos sobre la nueva historia política de América Latina, Siglo XX*, El Colegio de México, México, 2007.

¹⁰ *El primer liberalismo español y los procesos de emancipación en América. 1800-1824. Una revisión historiográfica del liberalismo hispánico*, El Colegio de México, México, 2006.

¹¹ *Un modo de ser libres. Independencia y Constitución en México (1816-1822)*, El Colegio de Michoacán, México, 2002.

¹² *Idem*.

jurídicos y políticos utilizados en Francia para la implantación del nuevo orden, como fueron la codificación y el constitucionalismo, no obstante el estado de guerra y el profundo sentimiento antifrancés generalizado entre los españoles de ambos mundos, ejercieran entre los grupos liberales una poderosa e indiscutible influencia y sirvieran como principal fuente de la legislación que habría de emanar de las famosas Cortes extraordinarias, reunidas en la ciudad de Cádiz.

III. LAS CORTES DE CÁDIZ

El año de 1808 da inicio el periodo llamado por Tomás y Valiente como el “de las frustraciones”,¹³ cuya duración se prolonga hasta 1833, año del fallecimiento de Fernando VII. Durante este lapso de tiempo ciertamente azaroso, la ideología revolucionaria se hará manifiesta en diversos textos jurídicos, emanados principalmente de las Cortes de Cádiz, cuya vigencia fue interrumpida y frustrada por voluntad del rey en dos ocasiones, la primera a su regreso a España en 1814 y más tarde en los años que siguieron al llamado trienio liberal, conocidos como “la década ominosa.” Pero, ese año de 1808 es también de singular importancia histórica para América, porque, dice Martiré, es “la clave del derrumbe del imperio español y nacimiento de las naciones independientes de Hispanoamérica”.¹⁴

Las Cortes de Cádiz, así como la legislación emanada de ellas, para algunos autores, constituyen la consecuencia lógica de los sucesos y las circunstancias producidas en España a partir de 1808, en tanto que para otros, son el resultado de un proceso evolutivo, cuyo objetivo principal consistía en la modernización de la Monarquía Española con la adopción del orden constitucional, previa la liquidación del Antiguo Régimen. Estas Cortes cuya convocatoria y conformación fue hecha de muy distinta forma a la prevista en la legislación española, quedaron integradas, según cuentas de Suárez Verdeguer,¹⁵

¹³ Francisco Tomás y Valiente, *Manual de historia del derecho español*, Tecnos, Madrid, 1979.

¹⁴ Eduardo Partiré, *Ensayo histórico-jurídico sobre la clave de la emancipación hispanoamericana*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 2001, p. 17.

¹⁵ Federico Suárez Verdeguer, *Conservadores, innovadores y renovadores en las postrimerías del Antiguo Régimen*, Pamplona, 1955.

con 302 diputados, de los cuales, 97 eran eclesiásticos, 137 ejercían profesiones liberales o eran funcionarios públicos, 56 pertenecían al ejército y a la nobleza titulada, 15 eran propietarios y cinco comerciantes. En cuanto a las tendencias ideológicas de los diputados que las integraron, pueden clasificarse en tres grupos: el de los realistas, partidarios de la conservación del Antiguo Régimen; los liberales, influidos por el iusnaturalismo racionalista, en particular de autores alemanes como Pufendorf, Vattel, Grocio y Heinecio, así como por el constitucionalismo anglofrancés; y, por último, los iusnaturalistas tradicionales, seguidores de las doctrinas aristotélico-tomistas, especialmente de los teólogos-juristas españoles del siglo XVI, entre los que se contaban los diputados americanos y algunos realistas.

Además de hacer frente al estado de emergencia suscitado a raíz de la invasión napoleónica y la prisión de los reyes, las Cortes doceañistas de inmediato se adueñaron de la soberanía nacional y consideraron que como depositarias de ella, gozaban de facultades suficientes para llevar a cabo por sí solas la organización de la Monarquía mediante la reforma de sus instituciones, con la abolición del Antiguo Régimen y la implantación de un orden constitucional, con todo lo que ello implicaba.

De acuerdo con el credo liberal, un paso fundamental para allanar el camino al liberalismo era llevar a cabo la reforma de la propiedad territorial, con el fin de reintegrar al derecho de propiedad en el concepto del derecho romano, es decir en su individualización y la potestad plena de su disfrute, toda vez que en el Antiguo Régimen una parte importante de ella se encontraba amortizada, o sea vinculada a determinadas instituciones, como eran la nobleza, los ayuntamientos, la Iglesia y el propio Estado. El principal y económicamente más dañino efecto de esas vinculaciones era, entre otros, la inmovilización de la propiedad territorial en unas cuantas manos, cuyos titulares, además, no tenían la libre y plena disposición de ella (no podía enajenarse, subdividirse, etc.) o sea que esos bienes se encontraban, prácticamente, fuera del comercio, por lo cual los ilustrados les llamaron "de manos muertas". Es bien sabido que para los finales del siglo XVIII, gran parte de la tierra en España pertenecía a la Iglesia, a instituciones religiosas con fines asistenciales, a las órdenes militares, a la Inquisición o a entidades civiles, como los ayuntamientos y otra buena parte de esa riqueza estaba inmovilizada en manos de la nobleza

bajo el régimen de mayorazgos, de tal manera que eran muy escasas las tierras que circulaban en el mercado inmobiliario.

Para poder llevar adelante la reforma al derecho de propiedad de acuerdo con los postulados liberales, fue necesario estructurar dos procesos distintos aunque coincidentes en el fondo, el de la desvinculación y el de la desamortización de bienes inmuebles. El primero se relacionaba con los bienes inmuebles vinculados a particulares por virtud de señoríos o de mayorazgos y el segundo, se refería a bienes amortizados o en poder de manos muertas, como se consideraba a las corporaciones, en especial la Iglesia y los ayuntamientos.

El proceso para reincorporar los bienes llamados de manos muertas en el mercado libre fue llamado de "desamortización", que según hemos visto, referido a los bienes eclesiásticos fue considerado por el Antiguo Régimen como una regalía y en el Estado liberal como un derecho del Estado, cuyo objetivo principal era el desarrollo del capitalismo, especialmente en el campo, la resolución de problemas hacendarios y desde un punto de vista político, restar el poder y la influencia de la Iglesia en la sociedad.

La desamortización no fue un hecho aislado ni circunscrito a un determinado lugar o país, sino parte del proceso de secularización, característico del siglo XIX, que se produjo prácticamente en todos los países europeos y americanos, aunque con particularidades y circunstancias distintas en cada uno de ellos. El proceso de desamortización consistió en nacionalizar los bienes y derechos de las corporaciones civiles (ayuntamientos) y religiosas, para ser enajenados al mejor postor, beneficiándose las arcas del Estado con los productos de las ventas.

Con la finalidad de consolidar su poder y de atraer la voluntad popular, a poco tiempo de su instalación, el 5 de noviembre de 1810, las Cortes declararon la libertad de imprenta, con la mira de crear un ambiente favorable a las reformas que planeaban; el 8 de agosto de 1811, expidieron otro decreto, para declarar incorporados a la nación todos los señoríos jurisdiccionales y "Los señoríos territoriales y solariegos quedan ahora en la clase de los demás derechos de propiedad particular, si no son de aquellos que por su naturaleza deban incorporarse a la Nación".¹⁶ Este decreto tenía una doble finalidad,

¹⁶ Alfonso García Gallo, *Manual de historia del derecho español*, 5a. ed., Madrid, 1973, t. I, p. 1206.

primero, incorporar a la nación la jurisdicción señorial y en segundo término, los derechos reales de que disfrutaban los señores, los cuales, en adelante, estarían normados como cualquier bien de propiedad particular. En América este decreto sólo tuvo repercusiones en Nueva España, toda vez que era la única provincia en donde existían derechos señoriales, como era el caso del marquesado del Valle de Oaxaca y del ducado de Atlixco.

Para los inicios del siglo XIX la deuda pública de la Monarquía Española había alcanzado cifras record y esta situación, de por sí crítica, se vio incrementada con la invasión francesa, lo cual obligó a las Cortes a la búsqueda de soluciones urgentes, no sin muchos problemas, pues los diputados que las conformaban, estaban divididos al respecto en dos grupos cuyos intereses eran muy opuestos: en primer lugar se encontraban aquellos que no eran propietarios de vales reales, que eran documentos de crédito emitidos por el Estado y se inclinaban por no reconocer la deuda y declarar en bancarrota a la Monarquía; en segundo lugar estaban los pertenecientes a la burguesía que detentaban vales reales y se inclinaban por el reconocimiento de todas las deudas contraídas por el Estado.

Los problemas planteados en el seno de las Cortes, fueron resueltos por el ministro interino de Hacienda, José Canga Argüelles, tratando de conciliar los intereses de ambos grupos. En la Memoria presentada a las Cortes el 30 de marzo de 1811, Canga sugería tres puntos fundamentales: 1. La liquidación de los créditos a cargo del Estado, por medio de unos títulos denominados "*billetes*," que representaban letras a la vista a cargo del Estado. 2. Para la amortización de esos billetes, los titulares podían destinarlos al pago de impuestos o para la adquisición de ciertos inmuebles puestos a la venta por el propio Estado en pública almoneda. 3. Los inmuebles materia de esas enajenaciones provendrían de las órdenes militares,¹⁷ los bienes confiscados al ex ministro Manuel Godoy y a los afrancesados y en caso extremo los del séptimo eclesiástico. Las propuestas del ministro Canga con algunas modificaciones, sirvieron para elaborar el decreto de las Cortes de 13 de septiembre de 1813 y hubiera podido sino resolver, por lo menos aliviar las urgencias de la Real Hacienda, pero su vigencia vino a interrumpirse con el retorno de Fernando VII al trono.

¹⁷ Las órdenes españolas de Santiago, Calatrava, Alcántara y Montesa.

El paso más importante en el proceso revolucionario emprendido por los diputados doceañistas fue la promulgación de la Constitución de 1812, cuya elaboración estuvo encomendada a una comisión integrada por quince diputados, de los cuales, cinco de ellos pertenecían al grupo liberal (Muñoz Torrero, Oliveros, Argüelles, Espiga y Pérez de Castro). La redacción del texto constitucional se debió principalmente a un jurista afrancesado que había intervenido en la elaboración del llamado Estatuto de Bayona, de nombre Antonio Ranz Romanillos. La fuente principal de la Constitución gaditana se encuentra en la Constitución francesa de 1791, como lo ha demostrado en su estudio Warrem Martin Diem,¹⁸ en donde señala que, de los 384 artículos de la Constitución de 1812, 175 proceden de ella y el resto de las constituciones francesas de 1793, 1795 y 1799 y sólo cinco artículos pueden considerarse originales de las Cortes españolas y son los relacionados con la confesionalidad del Estado.

No obstante la eclosión liberal en las cortes gaditanas, así como la filiación liberal de varios de sus diputados, la Constitución de 1812, al igual que el Estatuto de Bayona, proclamaron a la Religión Católica como la religión del Estado:

Art. 12. La religión de la Nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera. La Nación protege la por leyes sabias y justas y prohíbe el ejercicio de cualquiera otra.

Es obvio que el texto de este artículo contradice los principios filosóficos básicos del liberalismo, al igual que sucede con el exordio de la Constitución, en donde se invoca a "Dios Todopoderoso, Padre, Hijo y Espíritu Santo, autor y supremo legislador de la sociedad", a todas luces contrario a la concepción mundana y positiva del poder. El tratamiento constitucional de la religión tan alejado del laicismo propio del pensamiento liberal, no debió agrandar a los liberales doceañistas, pero se vieron obligados a transigir, a actuar con la prudencia y la sensatez política, indispensables para sacar adelante el proyecto constitucional y, por lo pronto, conformarse con limitar el poder del rey y la influencia de la Iglesia, con la adopción de principios

¹⁸ "Las fuentes de la Constitución de Cádiz", en *Estudios sobre la Constitución de Cádiz*, Pamplona, 1967.

tan importantes como el llamado dogma de la soberanía, que trae implícita la negación del origen de la autoridad de los reyes y de la jerarquía eclesiástica fuera del ámbito de la representación nacional; la división de poderes, antes concentrados en la persona del rey; el reconocimiento de la igualdad jurídica de los ciudadanos, con lo cual implícitamente quedarían anulados todos los fueros hasta entonces subsistentes, en especial el militar y el eclesiástico; y la declaración de los derechos del hombre como finalidad de toda asociación política. Estos derechos son: la libertad, la propiedad; la seguridad y la resistencia a la opresión, lo cual conduce necesariamente a la negación de la vida comunitaria propia de las ordenes religiosas, con sus votos de pobreza, castidad y obediencia. Es el catolicismo intransigente de este texto constitucional, junto al sentimiento nacionalista y antinapoleónico, dice Varela Suanzes,¹⁹ los elementos que explican su prestigio y proyección en Hispanoamérica.

Con el establecimiento del Estado liberal, los diputados doceañistas consideraron incompatible la subsistencia del Tribunal de la Inquisición, de aquí que se dieran a la tarea de propugnar por su extinción, no obstante la resistencia que se manifestaba, inclusive en el seno de las Cortes, en donde muchos diputados se oponían a su desaparición. La oposición a esta medida debió fundarse en que Napoleón, para congraciarse con los españoles, ya había decretado, aunque sin éxito, su derogación. Finalmente, el 22 de febrero de 1813, se consiguió aprobar el decreto que ordenaba su extinción y la consiguiente nacionalización de sus bienes.

Al retornar a España Fernando VII en 1814, se produjo una reacción absolutista que echó por tierra el sistema constitucional gaditano y fortaleció al rey con la recuperación de sus poderes absolutos, desató una persecución feroz de los llamados afrancesados y de los diputados doceañistas, lo que obligó a muchos de ellos a abandonar España, porque, decía Mariano José de Larra, "ser liberal en España, es ser un emigrante potencial". Los exiliados, especialmente en Francia e Inglaterra, pudieron relacionarse con políticos e intelectuales que habrían de influirlos para modificar su pensamiento en forma radical. En Nueva España la derogación de la Constitución y el restablecimiento

¹⁹ Joaquín Varela Suanzes, "Las Cortes de Cádiz y el liberalismo español en el siglo XIX", en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 10, Madrid, 1997.

del absolutismo, fue dado a conocer por el virrey Calleja, en bando de 15 de septiembre de 1814.²⁰

El regreso al trono de Fernando VII, significó para la Monarquía Española el retorno de la legitimidad y por consiguiente, perdieron terreno los movimientos independentistas surgidos en América. En la Nueva Granada y en el Perú, las tropas realistas sometieron a los insurgentes y, Morelos fue derrotado en la Nueva España, con lo que la causa emancipadora prácticamente se extinguió. Mientras eso sucedía en América, en el Viejo Continente también se experimentaban cambios importantes. La buena estrella de Napoleón parecía haberse extinguido, mientras el viejo orden europeo parecía regresar bajo la égida del príncipe de Metternich, que en el Congreso de Viena (1814-1815) pretendió devolver a Europa a su antigua división territorial y conformar los apoyos necesarios para la restauración y defensa del Antiguo Régimen.

Pese a la timidez de sus reformas y a su derogación en España, la Constitución de 1812 se convirtió en paradigma de libertades, lo mismo en España que en América, de tal forma que la restauración del régimen constitucional pronto se transformó en un ideal masivo. En el resto de Europa, en donde la Santa Alianza pugnaba por el restablecimiento del Antiguo Régimen, el texto doceañista se convirtió en bandera de libertad, inclusive en Francia, en donde la restauración borbónica había dictado la Constitución de 1814, por cierto, muy distinta a la de 1791, inspiradora de la gaditana.

IV. POLÍTICA BONAPARTISTA

Acostumbrado Napoleón Bonaparte a disponer de los reinos como si se tratara de bienes propios, mantuvo a Carlos IV y a su hijo prisioneros en Bayona, obligándolos a cederle sus derechos al trono de España, en el que decidió sentar a su hermano José, previa abdicación al trono de Nápoles, en el que con anterioridad lo había impuesto.

Los dos Bonaparte, deseosos de ganarse la voluntad del pueblo español, dictaron abundante legislación con el claro objetivo de liquidar al Antiguo Régimen y sustituirlo por una monarquía constitucional

²⁰ Véase *La Constitución de 1812 en la Nueva España*, t. 2, Archivo General de la Nación, Luis González Obregón (dir.), México, 1913, p. 148.

a la manera de la francesa, en donde Napoleón había truncado el régimen revolucionario por una monarquía absoluta. Aun cuando la legislación bonapartista no tuvo mayor vigencia que la que le daba el ejército francés en los territorios ocupados por él, de alguna forma influyó y constriñó al legislador español para llevar a efecto sus cambios institucionales.

Además del Estatuto de Bayona, promulgado como constitución para España y las Indias y que de alguna manera debió influir en la de Cádiz, los Bonaparte, tanto Napoleón como José, con la experiencia revolucionaria que habían tenido en Francia, promulgaron para España una nutrida e importante legislación en la materia eclesiástica, mucho más radical que la dictada por los borbones e inclusive que la gaditana y aunque de inmediato fue rechazada, a largo plazo inspiraron a las dictadas en el trienio liberal, a las de Juan Álvarez de Mendizábal (1836) y a las de Pascual Madoz (1855). A escasos meses de su llegada a España, José I dictó una serie de decretos para suprimir a las comunidades del clero regular (1809), primero de una manera parcial y más tarde en su totalidad, con la consecuente expropiación de todos sus bienes muebles e inmuebles, para de esta forma venir a conformar la primera gran desamortización de los bienes eclesiásticos en la historia de la Monarquía Española.

Es importante señalar que José Bonaparte abrigaba un proyecto mucho más amplio y ambicioso que los decretos mencionados, pretendía llevar a cabo una reforma estructural de la Iglesia española, a la manera francesa, encaminada a lograr una mayor injerencia a la autoridad civil en la materia religiosa y convertir al clero en agente de la política bonapartista. Para la elaboración de este proyecto, José integró una comisión encabezada por el famoso abate Dominique de Pradt, capellán mayor de Napoleón y arzobispo de Malinas y primer europeo en pedir abiertamente la independencia de la América española.²¹ El proyecto era mucho más radical que cualquiera de los españoles propuestos hasta entonces y entre otras cosas, contemplaba la supresión de los diezmos y la desamortización de los bienes eclesiásticos, dejando en poder de la Iglesia tan sólo aquellos bienes considerados como indispensables para la realización de su ministerio.

²¹ David A. Brading, *Orbe indiano. De la monarquía católica a la república criolla, 1492-1867*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998.

Una vez despojado el clero de todas sus riquezas y de sus fuentes de sustento, sus miembros pasarían a convertirse en asalariados del gobierno civil, se trataba de crear lo que Thierry Lenz denominó una "Iglesia administrativa". El proyecto bonapartista también contemplaba una drástica reducción en el número de clérigos y de diócesis, así como su recomposición territorial. Llama en especial la atención el que el proyecto no toma en cuenta a la iglesia Indiana, pese a que entre los clérigos colaboracionistas con la nueva dinastía, destaca en forma especial Ramón José de Arce, arzobispo de Zaragoza y patriarca de las Indias, quien probablemente también formó parte de esta comisión.²²

El proyecto josefino encuentra sus fuentes en la Constitución civil del clero francés de 12 de julio de 1790 y en el concordato suscrito el 15 de julio de 1801 entre la Santa Sede y Francia, cuya vigencia llegó hasta los inicios del siglo XX. La primera de las obras mencionadas, fue realizada por una comisión designada para tales efectos por la Asamblea Constituyente y estuvo encabezada por Louis Alexandre Expilly de le Poipe, que al amparo de su obra se convertiría en el primer obispo constitucional de Francia y también figuraba como miembro de la comisión el inquieto abad Henry Grégoire. El texto de la Constitución puede ser considerado como "la última y definitiva culminación del Galicanismo radical",²³ ya que prácticamente hacía cismática a la iglesia francesa y convertía a los miembros del clero en empleados públicos. La parte más drástica de esta Constitución era considerar a los obispos como funcionarios públicos, cuya designación ya no se reconocía como facultad del Papa, sino que debido a la función social que desempeñaban, su nombramiento concernía a la comunidad, de tal manera que debía hacerse por medio del sufragio del cuerpo electoral del departamento correspondiente y en lo referente a los párrocos, su elección correspondería a cada distrito, debiéndose notificar al Papa el resultado de la elección en el caso de los obispos, como un mero acto protocolario para mantener la unión de la Iglesia.

²² Luis Barbastro Gil, *Plan de reforma religiosa de la iglesia española impulsado por Napoleón Bonaparte*, Hispania Sacra, LX, 121, enero-junio, pp. 267-295, 2008.

²³ José Orlandis, *El pontificado romano en la historia*, Palabra, Madrid, 1996, p. 225.

Los liberales expatriados, en unión con los afrancesados y algunos iberoamericanos que deambulaban por las cortes europeas, pronto conocieron un liberalismo muy distinto al que había emergido en Cádiz, sobre todo más radical y más agresivo. Tal fue el caso de los exiliados en Inglaterra, a cuya cabeza estuvieron el inquieto José María Blanco White, que ya tenía un buen tiempo de exiliado en Londres y el diputado doceañista Alcalá Galiano, que fueron influenciados por el pensamiento inglés, principalmente de Bentham, Locke, Mill, Hume, Smith, etcétera, y a través de publicaciones periódicas como: *El Español Constitucional* y *Ocios de Españoles Emigrados*, hicieron severas críticas a la Constitución de Cádiz. Asimismo hubo también un grueso contingente de exiliados en Francia, entre los que se distinguieron el conde de Toreno y Martínez de la Rosa, que en su destierro recibieron influencias del liberalismo francés.

V. EL TRIENIO LIBERAL

El 1 de enero de 1820, cuando el ejército destinado a sofocar la insurrección americana permanecía acantonado en Cabezas de San Juan, cerca de Cádiz, en espera de los navíos que habrían de llevarlos al Nuevo Mundo, el teniente coronel que lo comandaba, Rafael de Riego, se sublevó bajo pretexto de restablecer la vigencia de la Constitución. Amedrentado Fernando VII por los acontecimientos suscitados, no vaciló en proclamar "*marchemos francamente, y yo el primero, por la senda constitucional*", al tiempo que tomaba el compromiso de jurar la Constitución, promesa que cumplió dos días más tarde, lo que dio inicio al llamado Trienio Liberal (1820-1823), y a una segunda etapa del liberalismo decimonónico español, con graves repercusiones en América.

Además del reconocimiento a la Constitución de 1812,²⁴ la sanción real abarcó todo lo actuado por las Cortes de Cádiz durante los cuatro años de su actuación. Todos los decretos de carácter político, económico y social, fueron promulgados por orden cronológico, con lo cual se volvió al sistema imperante antes de 1814, sin que mediara

²⁴ Publicada solemnemente en la ciudad de México por el virrey Juan Ruiz de Apodaca, el 9 de junio de 1820. Véase Publicaciones del Archivo General de la Nación, *op. cit.*, pp. 169 y ss.

discusión ni enmienda alguna de los textos gaditanos y sólo con las adecuaciones necesarias por los años transcurridos. Sin embargo, a pesar de los logros, el nuevo régimen surgido de esta revuelta estaba fatalmente destinado al fracaso, pues el gobierno estaba profundamente fracturado en tres grupos antagónicos, reacios a cualquier arreglo. Por una parte, se encontraba el rey y sus partidarios, pugnando por la restauración del Antiguo Régimen; un segundo grupo de ideas moderadas, integrado por los viejos diputados doceañistas, dispuestos a pactar con el rey; y por último, los más exaltados, el grupo de los llamados "veinteañistas", conformado por los repatriados que pedían la aplicación exacta de la Constitución, a la vez que reclamaban cambios más profundos en la sociedad en consonancia con las nuevas tendencias liberales conocidas en su exilio.

Convocadas de nueva cuenta las Cortes e integradas con nuevos diputados, llevaron adelante las reformas inconclusas del periodo gaditano, entre las que se cuentan varias relacionadas directamente con la Iglesia. Estas reformas estuvieron encaminadas a reducir la influencia de la Iglesia en la sociedad, al disminuir el número de clérigos por una parte y por otra, mermar el poder económico de la Iglesia. El golpe más fuerte fue el asestado a las comunidades religiosas con la supresión de las ordenes monacales, las militares y las hospitalarias y a las que se libraron de la excomunión se les prohibió el abrir nuevas comunidades y aceptar nuevos miembros, al tiempo que se ofrecían 100 ducados a todo religioso o monja que abandonase su convento. Los conventos con menos de veinte miembros serían objeto de clausura y rematados sus todos sus bienes y de nueva cuenta se suprimió la Compañía de Jesús.²⁵ Como medidas económicas, dirigidas al aumento de los ingresos del Estado, se suprimieron las vinculaciones, se prohibió a la Iglesia la adquisición de bienes inmuebles y se redujo el diezmo.

Este conjunto de medidas ciertamente radicales y además contrarias a la tradición multiseccular española de ver marchar unidos al poder temporal y al espiritual, alarmaron al rey, que con el apoyo del nuncio se negó a sancionar las leyes, para desenlazar con ello el enfrentamiento entre el rey y sus partidarios con los liberales, tanto exaltados como moderados. De este enfrentamiento en un primer

²⁵ La Compañía de Jesús había sido restablecida en 1815.

momento salió victorioso el rey, que logró restablecer el Antiguo Régimen e iniciar la llamada “década ominosa”.

Mientras España se debatía entre la liquidación del Antiguo Régimen o su pervivencia, en América se rivalizaba entre la fidelidad y la ruptura con el rey. En la Nueva España los primitivos insurgentes, entre los que se contaban muchos clérigos, se levantaron en contra del mal gobierno y en defensa de la religión, Morelos en sus *Sentimientos* y en la Constitución de Apatzingán, de manera similar a la Constitución de Cádiz, había proclamado a la fe católica como la del Estado y con exclusión de cualquiera otra.

VI. DESMEMBRACIÓN DE LA MONARQUÍA

Tradicionalmente, la historiografía mexicana ha explicado la participación del clero en la revolución de Independencia, presentando una Iglesia fracturada en dos diferentes grupos antagónicos entre sí, un alto clero mayoritariamente peninsular, incondicional del rey, conservador y enemigo de la independencia y por otra parte, un bajo clero conformado por criollos, indios y castas, reformista y revolucionario, partidario de la independencia, con grandes resentimientos en contra del alto clero “gachupín”, detentador de todas las altas prebendas eclesiásticas. Sin embargo, los estudios modernos han desmentido esta panorámica maniquea, al encontrarnos con que la Iglesia americana, en un principio, por necesidad estuvo en manos de peninsulares, para después, como lo ha señalado Martiré,²⁶ convertirse en reducto del criollismo, a tal grado que, para los mediados del siglo XVII los criollos eran mayoría en el clero regular y en el siguiente siglo ocupaban más del 60% de las sedes episcopales de este continente.

Los anteriores datos también ponen de relieve, una vez más, el desconocimiento y falta de interés del gobierno borbónico sobre las instituciones tradicionales y especialmente de la conformación de la Monarquía Universal Española, la creación político-jurídica de Carlos V para abarcar los infinitos territorios esparcidos por los cinco continentes y situados bajo su soberanía. En su ánimo reformador, los borbonos no tuvieron reparo en pasar sobre los intereses de sus súbditos y destruir las instituciones tradicionales para sustituirlas por

²⁶ Eduardo Partiré, *op. cit.*, p. 122.

otras de importación, creadas en Francia, para la solución de problemas distintos, en tierras distintas y para hombres distintos y lo mismo sucedió con los políticos doceañistas y veinteañistas, cuya actuación estuvo enfocada a la solución de los problemas peninsulares y a la protección de los intereses de la burguesía que se revelaba en contra de las instituciones arcaicas de una sociedad estamentaria, en tanto que la América seguía siendo una gran desconocida, cuyos problemas les eran igualmente desconocidos, de tal forma que, pese al discurso oficial, no se preocuparon por entender y atender las aspiraciones de los americanos. La consecuencia de esa ceguera no pudo ser otra más que la desmembración de la Monarquía.

Entre los muchos errores de la política regalista seguida por los borbonos, se encuentra el de no haber tomado en cuenta la realidad para el implemento de sus reformas, lo cual era primordial para la conservación de la integridad de la Monarquía, como era el peso y la influencia de la Iglesia en Indias, por eso Carlos III no se detuvo en expulsar de todos sus dominios a los jesuitas, sin siquiera detenerse a meditar acerca de su ascendiente sobre las elites a las que había educado o el daño que con ello se infligía a los naturales del Paraguay y de las californias por el abandono de las misiones. En aras de la Modernidad, los gobiernos revolucionarios privaron de sus privilegios multiseculares a la Iglesia, con lo que la Monarquía española perdió a su principal aliada y la garante de su unidad e integridad en la inmensidad territorial de las Indias, en donde ni siquiera existía un ejército lo necesariamente fuerte y numeroso para mantener esa unión.

La Iglesia y su comunidad de fieles que habían permanecido leales al legítimo rey durante su cautiverio, que habían combatido a los franceses y a su emperador, a quienes además de usurpadores y tiranos, consideraban enemigos de la fe católica y constituyó este uno de los principales motivos de su rechazo, en 1820 se encontraron con que los diputados a Cortes y los políticos que rodeaban al rey pensaban de manera similar al enemigo invasor que habían combatido y para colmo, los escasos reclamos que los representantes americanos habían expuesto ante el constituyente gaditano, habían sido desechados, no habían conseguido la anhelada autonomía, ni siquiera, el solicitado restablecimiento de la Compañía de Jesús y lo peor, el rey legítimo, al que alguna vez llamaron “El Deseado”, para después llamarle “El

Rey Felón", proseguía una política inestable, guiada por los avatares políticos y las presiones partidistas. Fue entonces cuando cayeron en cuenta los americanos que los decretos y convocatorias de las cortes, al igual que los elocuentes discursos de Argüelles, de Quintana o de Flórez Estrada, no habían sido más que frases bonitas y que con las reformas planteadas, sólo se buscaba proteger los intereses peninsulares.

En esas circunstancias, ante los acontecimientos acaecidos en España hacia 1820, la Iglesia indiana, tanto el alto como el bajo clero, tomaron el partido de la independencia, se inclinaron por la fractura de la Monarquía y junto con ellos el ejército, que también se había visto golpeado en sus privilegios. Con esta alianza entre clero y milicia, la independencia americana se convirtió en un hecho irrefrenable, lo cual explica porque el movimiento Trigarante de Iturbide fue un paseo militar.

Los conspiradores de La Profesa concibieron un proyecto más conciliador que el propuesto por Hidalgo y Morelos, se trataba de "desatar, sin romper", de acuerdo con los postulados del Plan de Iguala, ratificados más adelante en el Tratado de Córdoba, en los cuales, de igual manera que en la Constitución de Apatzingán y en la de Cádiz, la religión católica fue proclamada como la oficial del Estado, con exclusión de cualquiera otra. Es lógico pensar que para aquellos años de 1820-1821, muchos americanos habían pasado a engrosar las filas del liberalismo, cuya doctrina habían aprendido en España o a través de ella habían conocido, pero se trataba de una posición moderada, que de ninguna manera pretendía el restablecimiento del absolutismo regio, ni la restauración de ninguna institución del Antiguo Régimen, buscaban, incluyendo al propio Iturbide, la instauración de una monarquía moderada por un texto constitucional, similar a los que por entonces había en Europa. Para esos momentos, la América española ya había experimentado una transformación ideológica generalizada, gracias a la modernización acelerada provocada por la actuación de las Cortes gaditanas, por encontrarse en ellas el motor que dio origen y difusión a esa "versión particular de la modernidad, que es el liberalismo hispánico".²⁷ Por mucho tiempo, la historiografía mexicana

²⁷ François-Xavier Guerra, *Modernidad e independencias. Ensayo sobre las revoluciones hispánicas*, Mapfre, Fondo de Cultura Económica, México, 1993.

ha identificado, por una parte los términos liberalismo, república y Modernidad y como antagónicos a éstos, monarquía, conservadurismo y Antiguo Régimen, lo cual es inexacto y por lo mismo ha llevado a conclusiones erróneas. Recordemos como ejemplo a los regímenes monárquicos aparecidos en la Francia de la Restauración, en especial el orleanista, en los que tanto el liberalismo como el constitucionalismo experimentaron avances significativos, con figuras tan importantes como los constitucionalistas Benjamín Constant y Laboulaye, su editor y alumno, Thiers y los doctrinarios de Royer-Collard.

Tanto en el Plan de Iguala como en el Tratado de Córdoba, con una insoslayable influencia liberal, se preveía que el naciente Imperio Mexicano, en tanto se le dotaba de una constitución acorde con los usos y costumbres del país,²⁸ estaría regido por la Constitución de Cádiz y las demás leyes de la Monarquía Española. No obstante los esbozos liberales que se perciben en el texto constitucional gaditano gozó del apoyo del clero, posiblemente porque veían en él una limitación a la potestad regia y esperaban que la constitución del nuevo Imperio fuese garantía para sus intereses.

Por lo que a España se refiere, el proceso para la creación del Nuevo Régimen prosiguió a lo largo del siglo XIX, periodo por demás convulso, en el que además de los vaivenes de la política fernandina, se vio asolada por las luchas entre liberales y conservadores, republicanos y monárquicos, carlistas e isabelinos, etcétera. Hacia 1836, España padeció una nueva desamortización de los bienes pertenecientes al clero regular, de acuerdo con los planteamientos de Juan Álvarez de Mendizábal, completada por la de Espartero (1841), sobre bienes propiedad del clero secular y más adelante la de Pascual Madoz²⁹ (1855) sobre los bienes de los ayuntamientos, para llegar a finiquitarse hasta 1924, con el estatuto municipal de Calvo Sotelo.

América, incapacitada para conservar la unidad del viejo Imperio, se vio fragmentada en una veintena de países, en los cuales continuó también el proceso para la adopción del Nuevo Régimen, dándose cada uno de ellos modalidades distintas y soluciones distintas para resolver los tres problemas heredados de España en relación con la

²⁸ Véase Jaime del Arenal Fenochio, *op. cit.*

²⁹ Véase Francisco Tomás y Valiente, *Marco político de la desamortización en España*, Ariel, 3a. ed., Barcelona, 1977.

Iglesia: las relaciones diplomáticas con la Santa Sede, que forzosamente involucraban a la Vieja España y que ameritaban una política cautelosa de la Iglesia, sobre todo en esos momentos en que la Santa Alianza parecía convertirse en una realidad. Las relaciones internas de los diversos estados con la Iglesia de cada uno de ellos, que comprendían dilemas tan importantes como eran los derechos de patronato y el laicismo; y por último, el relativo a los bienes del clero.

En México el proceso para la instauración de un régimen acorde con la Modernidad fue tan complejo y tan violento como el de España, pues no se trataba tan sólo de resolver acerca de la forma de gobierno y de decidirse por la forma republicana, optar entre el centralismo y el federalismo, sino también el determinar las relaciones con la Iglesia, que se fueron tornando cada vez más complicadas. No obstante, la variedad de opciones y la diversidad de los problemas, existía el consenso generalizado entre todas las facciones, en el sentido de que el Antiguo Régimen debía sucumbir para ceder su lugar al Nuevo, ya fuera bajo la forma monárquica o republicana, centralista o federalista, cualquiera que esta fuera, el nuevo Estado debía encontrarse normado por un texto constitucional, en el que, es obvio, serían adoptados el llamado dogma de la soberanía, la división de poderes, etcétera. En lo que no se consiguió lograr unificar los pareceres fue en lo relacionado con el tratamiento de la Iglesia y se hizo necesario el transcurso de varias décadas de inestabilidad política y guerras intestinas para llegar a la culminación del proceso, con las llamadas Leyes de Reforma y la Constitución de 1857, que si bien consiguieron el establecimiento del Estado liberal y su separación de la Iglesia, estuvieron muy lejos de dar una solución satisfactoria al problema eclesiástico. Cuatro décadas después de los acontecimientos de Cádiz, con la aparición de las nuevas corrientes francesas y las veinteañistas, hicieron que el liberalismo gaditano llegara a parecer conservador y la nueva generación de políticos mexicanos radicalizaron sus ideas, bajo la influencia de las corrientes del republicanismo jacobino³⁰ de Jules Michelet, Edgar Quinet y Victor Hugo.

³⁰ David A. Brading, *op. cit.*, p. 715.

VASCONCELOS, EN EL CINCUENTENARIO DE SU MUERTE. SU PENSAMIENTO JURÍDICO: REVOLUCIÓN Y SOBERANÍA; LEY Y JUSTICIA

Jesús Antonio DE LA TORRE RANGEL

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Rasgos generales de Vasconcelos*. III. *Revolucionario y político*. IV. *Educador*. V. *Escritor, místico y profeta*. VI. *Filósofo*. VII. *Jurista*. VIII. *Epílogo*.

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 30 de junio de 2009 se cumplieron cincuenta años de la muerte de José Vasconcelos, acaecida en la ciudad de México. Había nacido en Oaxaca, el 27 de febrero de 1882.

El cincuentenario del deceso de Vasconcelos, considerando el hombre extraordinario que fue por sus aportes a la cultura, la educación y la filosofía, tanto en México como en América Latina, me motiva a escribir de él y su obra. En un primer momento, quizás parezca un disparate escribir de Vasconcelos en una revista jurídica, porque, pese a que Vasconcelos fue abogado, no es en el rubro de esta profesión en el que destaca. Sin embargo, creo que el artículo tiene cabida en este lugar, porque, después de referirse, sintéticamente y a grandes trazos, al hombre y a su obra, se destacan algunas cuestiones teórico-jurídicas de la obra de Vasconcelos que considero muy interesantes. Se hace un análisis del “estudio jurídico” que lleva a cabo para fundamentar la legitimidad de la Convención de Aguascalientes (1914) y las resoluciones político-jurídicas, que emanan de ella; y trata de algunos

tópicos de filosofía del derecho en torno a ley y justicia, a partir de unas reflexiones del filósofo mexicano, atreviéndome a apuntar como podría construirse una filosofía jurídica desde el pensamiento vasconceliano.

II. RASGOS GENERALES DE VASCONCELOS

Creo, como Alejandro Avilés, que "a Vasconcelos no hay que aceptarlo en bloque. Hay que saber hallar en él sus grandes verdades y superarlas de sus yerros, quemar la paja y quedarnos con la simiente".¹ A Vasconcelos quizás haya que dividirlo, como a otros autores, en el "joven" y el "viejo". En el caso del ilustre oaxaqueño es el "joven" el de la simiente fecunda; Emmanuel Carballo escribe: "...su vida es, si se le compara con la de sus contemporáneos, una de las más plenas hasta cierta fecha, el año de 1929, en que participa como candidato a la presidencia de la República y pierde las elecciones, y después una de las más errátiles y lastimosas. La vida plena de Vasconcelos concluyó en 1929; parte de su mejor obra, que produce después de este año, rememora únicamente lo que hizo y vivió en esos años tan de lujo como irrecuperables".²

No aceptamos al Vasconcelos pro nazi, ni aquel que escribió: "Probablemente lo que ocurre es que ya es tiempo de que este ensayo turbio de la Creación que es la vida, termine como estruendo",³ en elogio de una posible guerra nuclear. Sino que queremos recordar al Vasconcelos de la *Estética*, capaz de mirar y emocionarse con la belleza de la creación y el arte humano, y aquel que postula el amor cristiano como base de la organización social, porque "libera y engendra vida", dice.

Es el Vasconcelos ateneísta, revolucionario, rector de la Universidad Nacional, secretario de Educación Pública, autor de *La raza cósmica* y la *Indología* fundamentalmente, el que queremos recordar.

¹ Alejandro Avilés, "Reivindicación de Alfonso Reyes y José Vasconcelos", *Señal*, núm. 1054, México, junio 14 de 1975.

² Emmanuel Carballo, "Vasconcelos: vida y obra", *El Gallo Ilustrado*. Semanario de *El Día*, México, febrero 14 de 1982, p. 2.

³ José Vasconcelos, "La B-H", en *En el ocaso de mi vida*, Populibros La Prensa, México, 1957, p. 222.

Vida llena de matices y de contradicciones la de Vasconcelos. Pero, a final de cuentas, lleva razón Arturo Paoli cuando escribe: "Nos parece más 'destruida' una vida que, por su armonía, por la ausencia de tensiones dialécticas, mantiene a la persona en un infantilismo beato, contento de sí mismo, capaz de transmitir a los descendientes, con el capital ahorrado, el tedio acumulado, que una vida ardiente, quemada, que expresa todo el amor del que es capaz una persona, no obstante la irregularidad del juego, y la inmensa ambigüedad de las opciones".⁴

Es difícil resumir en unas cuantas líneas, vida y personalidad tan brillantes y llenas de matices como las de Vasconcelos, que él mismo comparó con la del héroe homérico Ulises. Escribir sobre Vasconcelos y su obra, es una tarea análoga a lo que se propuso en su sistema filosófico: reducir todo a la unidad, siguiendo a Plotino con su teoría del Uno Absoluto. José Vasconcelos, vendría a ser la unidad de la cual emanen el filósofo, el escritor, el revolucionario, el político, el educador, el místico, el profeta y el jurista.

III. REVOLUCIONARIO Y POLÍTICO

Nuestro Ulises no se quedó en la fría especulación filosófica ni fue un escritor metido dentro de una torre de marfil, sino que su pensamiento lo unió a la acción. Aborrece al intelectual que no se compromete a la lucha social: "Impropio de una conciencia cabal es vivir sin coherencia", escribió en algún lugar de sus *Memorias*. Y buscando esa adecuación de su vida a su pensamiento político fue lo que lo llevó de lleno a la lucha revolucionaria. Fue activo maderista; después combatió al usurpador Huerta; más tarde fue acérrimo defensor del gobierno de la Convención, a la cual le dio una fundamentación filosófico-jurídica en Aguascalientes, que más adelante analizaremos; por su "convencionalismo" se convierte en opositor de Carranza. Los fraudes electorales le impidieron ser gobernador de su estado y, más tarde, en 1929 —después de una campaña de apoteosis— presidente de la República.

⁴ Arturo Paoli, *La perspectiva política de San Lucas*, Siglo XXI, Buenos Aires, 1974, p. 102.

El hecho, entonces, de apoyar a la Convención, colocó a Vasconcelos nuevamente en la oposición, como lo había estado con el maderismo en contra de Porfirio Díaz, y como cuando estuvo en las fuerzas que lucharon frente a Victoriano Huerta.

Después vendría un periodo en que hará política desde el poder. Será política constructiva: política educativa. Será rector de la Universidad Nacional y más tarde, durante el periodo presidencial de Álvaro Obregón (1920-1924), ministro de Educación Pública. Volverá a estar de nuevo en la oposición, durante la campaña presidencial de 1929.

Después de la muerte del nuevamente presidente electo Obregón, a manos del militante cristero León Toral, el presidente Calles (1924-1928), el 1 de septiembre de 1928, ante el Congreso de la Unión, prometió que no se quedaría en el poder, que no haría más política, y que entregaría la Presidencia de la República al concluir su mandato.

Portes Gil, como Presidente Provisional, convocó a elecciones, las cuales tendrían verificativo el 17 de noviembre de 1929.

Vasconcelos aceptó el reto. Cruzó la frontera con Estados Unidos (en donde se encontraba desterrado voluntariamente), trayendo en los bolsillos una proclama: "En el pensamiento luz, en la acción libertad y en la intención amor",⁵ escribe Antonieta Rivas Mercado.

El panorama político de México, previo a las elecciones, nos lo describe también Rivas Mercado: "La situación imperante en México era de confusión. País que al romper los viejos moldes, sin aún tener los nuevos en que verter su contenido vital, parece haberse contentado con regar sus propias entrañas por la tierra, girando, como ciega mula de noria, en un círculo vicioso".⁶ El desencanto de las grandes mayorías se une a la confusión.

Vasconcelos inicia su campaña presidencial en Nogales, estado de Sonora. Su primer discurso en esa ciudad es una extraordinaria pieza de contenido político, que sintetiza el pensamiento vasconceliano al respecto. Entre otras cosas dice:

Hay que añadir en el programa económico de distribución agraria y de reivindicación obrera, también la libertad que obtiene el castigo de los malos funcionarios y desenmascara a los revolucionarios falsos... Se necesita que el

⁵ Antonieta Rivas Mercado, *La campaña de Vasconcelos*, Ed. Oasis, México, 1981, p. 36.

⁶ *Ibidem*, p. 30.

sufragio sea efectivo porque nadie debe remplazar el juicio del pueblo cuando se trata de elegir a los aptos...; para asegurar la efectividad del sufragio, es necesario que el pueblo entero salga de su apatía y exprese su voluntad. Entendemos que sólo una legal contienda de votos podrá libertarnos de la fatalidad de nuevas contiendas armadas.

Lo primero que urge cambiar es nuestra disposición ante la vida, sustituyendo al encono con la disposición generosa. Sólo el amor entiende, y por eso sólo el amor corrige. Quien no se mueva por amor verá que la misma justicia se le torna venganza. Y sólo saliendo de este círculo, el círculo del odio, solamente inclinándose a una nueva disposición de concordia, podremos abordar situaciones como la religiosa, que lleva años de estar desgarrando las entrañas de la Patria. Para empezar, proclamaremos que el fanatismo se combate con libros, no con ametralladoras... que toca al Estado mediar en los conflictos de todos los fanatismos en vez de abrazarse a uno de ellos.⁷

Jorge Hernández Campos nos muestra como Vasconcelos y su movimiento político están perfectamente inscritos en el proceso histórico de la Revolución Mexicana.⁸ A Vasconcelos muchas veces nos lo han presentado como antirrevolucionario. Esto es falso, Vasconcelos es parte de la misma Revolución Mexicana. Sólo que con un proyecto político distinto. Un proyecto mucho más democrático. El proyecto político de la Revolución triunfante, como dice Arnaldo Córdova, optó por el populismo y no por la democracia. Es decir que institucionalizó a un gobierno fuerte, con un poder ejecutivo paternalista y autoritario, teniendo como base de su poder las masas obreras y campesinos controlados por organizaciones adheridas al partido oficial.⁹

El carácter democrático del proyecto vasconceliano está de manifiesto tanto en el modo de hacer su campaña presidencial, como en su Programa de Gobierno. Destacaremos algunos aspectos del segundo por ser más desconocido que la primera.

Plantea el problema político como "esencial", ya que "sin garantías políticas definidas e intocables no es posible alcanzar ningún verdadero progreso colectivo y en ninguna parte ha sido, y es, más necesaria la libertad que en este país nuestro, castigado por las iniquidades de mil suertes de tiranías", dice en el Programa. "Para salir del círcu-

⁷ José Vasconcelos, *Discursos (1920-1950)*, Ed. Botas, México, 1950, pp. 119-121.

⁸ Cfr. Jorge Hernández Campos, "Vasconcelos, el otro yo de la Revolución Mexicana", en *Uno más uno*, México, 20 de junio de 1978.

⁹ Cfr. Arnaldo Córdova, *La ideología de la Revolución Mexicana*, Era, México, 1973.

lo vicioso de la tiranía local que se engrana en la dictadura del centro a la vez que una y otra se apoyan y justifican”, propone las siguientes medidas, las cuales constituyen la base de su proyecto democrático.

1. La creación de un poder Ejecutivo severamente controlado por las leyes, las instituciones y la opinión

Dentro de este mismo rubro propone “establecer el equivalente del juicio de residencia, la obligación impuesta al Presidente de dar cuentas del importe de los bienes antes y después del desempeño de su cargo, con pena de confiscación en caso de ocultaciones”.¹⁰

Para Vasconcelos, además, se deben limitar o suprimir los poderes políticos del Presidente, pero sin quitarle sus facultades de administración. Los presidentes deben ser administradores, creadores, arquitectos, por eso deben ser capaces y honestos.

2. Fortalecer la institución municipal

Vasconcelos considera el municipio la “base eterna de las libertades públicas y asiento de todas las verdaderas democracias”.

Para fortalecer el municipio propone que desaparezcan los estados independientes, que considera “ficciones de soberanía local”, que sólo estorban la unidad nacional. En sustitución aboga por una República libre y soberana con soberanía de cada región y de cada individuo; una República de municipios independientes y confederados.

Coherente con esta propuesta, al referirse a la materia fiscal, considera que los impuestos más fuertes deben ser recaudados por los propios municipios para hacer efectiva su autonomía.

3. Fortalecer, de nuevo, de hecho y de derecho, el Poder Legislativo

Vasconcelos considera que las Cámaras deben recobrar los poderes plenos establecidos en la Constitución de 1857.

¹⁰ “Programa de gobierno que se propone desarrollar el licenciado José Vasconcelos si triunfa en las elecciones”, en *José Vasconcelos y la cruzada de 1929*, de John Skirius, Siglo XXI, México, 1978, pp. 207-220.

4. Independencia real del Poder Judicial

Vasconcelos es, pues, como dice Hernández Campos, “el otro yo de la Revolución”, ya que su proyecto político aunque inscrito en el mismo proceso histórico-social de la Revolución Mexicana, daba las bases para la constitución de una verdadera democracia política.

Con el advenimiento del vasconcelismo —que pretendía un gobierno civil, honesto y democrático frente a la corrupción militar encumbrada en el poder—, vino también la participación de la mujer en la vida política. Hasta entonces la participación femenil había sido excepcional, a pesar de nuestras heroínas y revolucionarias. Con el vasconcelismo se inicia la participación masiva de la mujer en la política con los centros y clubes femeniles en apoyo a Vasconcelos. Esto es importante, pues la mujer en México obtuvo el derecho al voto hasta los años cincuenta, más de veinte años después de esta campaña política.

Sus pronunciamientos acerca del petróleo son muy importantes. Hasta entonces se consideraba al petróleo, únicamente, como exportable para obtener ingresos al país. Vasconcelos sustentaba una actitud más nacionalista: vender el petróleo mexicano sin consumirlo era un crimen, puesto que podía proporcionar energía para la industria.

Mientras que Vasconcelos preconizaba el consumo nacional del petróleo para fomentar la industria, el gobierno mexicano cedía a las exigencias de las compañías petroleras extranjeras de que se les hicieran más concesiones para perforación y exportación del llamado oro negro.

Siendo coherente con el cristianismo anarquista que profesaba en aquel tiempo, declaró en Orizaba, Veracruz, que no conocía código superior a los diez mandamientos; y que en ellos basaba su campaña.¹¹

IV. EDUCADOR

La lucha política de Vasconcelos está entrelazada con su labor educativa. De 1910 a 1929, Vasconcelos vive periodos de labor política en estricto sentido, combinados con periodos de una labor educativa extraordinaria.

¹¹ Skirius, *op. cit.*, p. 113.

En 1920 es nombrado rector de la Universidad Nacional de México. Su discurso de toma de posesión del cargo es también un programa en el que muestra el modo en que entiende la educación superior, y mucho de lo que dice sigue teniendo vigencia en nuestra América Latina.

Vasconcelos establece el contraste de programas educativos europeizantes y alejados de nuestra realidad, que nos muestra “el espectáculo de los niños abandonados en los barrios de todas nuestras ciudades, de todas nuestras aldeas... La pobreza y la ignorancia son nuestros peores enemigos, y a nosotros nos toca resolver el problema de la ignorancia. Yo soy en estos instantes, más que un nuevo Rector que sucede a los anteriores, un delegado de la Revolución que no viene a buscar refugio para meditar en el ambiente tranquilo de las aulas, sino a invitarlos a que salgáis con él a la lucha, a que compartáis con nosotros las responsabilidades y los esfuerzos. En estos momentos yo no vengo a trabajar por la Universidad, sino a pedir a la Universidad que trabaje por el pueblo. El pueblo ha estado sosteniendo a la Universidad y ahora ha menester de ella, y por mi conducto llega a pedirle consejo... Organicemos entonces al ejército de educadores que sustituya al ejército de destructores. Y no descansemos hasta haber logrado que las jóvenes abnegadas, que los hombres cultos, que los héroes de nuestra raza se dediquen a servir los intereses de los desvalidos y se pongan a vivir entre ellos para enseñarles los hábitos de trabajo, hábitos de aseo, veneración por la virtud, gusto por la belleza y esperanza en sus propias almas. Ojalá que nuestra Universidad pueda alcanzar la gloria de ser la iniciadora de esta enorme obra de redención nacional”.¹²

Durante el periodo presidencial del general Álvaro Obregón, ocupó el cargo de ministro de Educación Pública, secretaria que él mismo planeó y luchó por su implantación. Se echaba auestas, como lo manifiesta en *El desastre*, “la aventura de regenerar a un pueblo por la escuela”. Una vez más adecuaba su pensamiento a la acción, pues “desde que se constituye en gobierno una revolución, tiene que volverse creadora y serena, constructiva y justa”.¹³

¹² Vasconcelos, *Discursos (1920-1950)*, op. cit., p. 712.

¹³ José Vasconcelos, *Qué es la Revolución*, Ed. Botas, México, 1937, p. 17.

Vasconcelos puso las bases para la educación en México. Su tarea alfabetizadora fue monumental; su administración, honrada y limpia; los resultados, bastante esperanzadores.

El llamado “Maestro de América”, dio gran impulso a todos nuestros valores culturales. Alentó a nuestros muralistas y pintores, como Diego Rivera, David Alfaro Siqueiros y José Clemente Orozco. En lo referente a la música, resucitó el Conservatorio Nacional y fundó la Orquesta Sinfónica, encomendándole la dirección a Julián Carrillo; además apoyó a Carlos Chávez. Varios poetas fueron movilizados con el impulso vasconcelista, como José Gorostiza, Xavier Villarrutia, Salvador Novo y los católicos Ramón López Velarde y Carlos Pellicer. Esa vieja institución novohispana de arte, la Academia de San Carlos, fue resucitada también por Vasconcelos. Y, por si fuera poco, revalorizó nuestra artesanía.

Ha sido llamado “iluminado de alfabetización” y un “constructor”; sin su obra, “México sería probablemente una llanura estéril. La educación, la cultura y el arte le son particularmente deudores”.¹⁴

Como secretario de Educación Pública, crearía las famosas misiones culturales, que tanto bien harían a la educación en México. Sobre éstas escribe Pugh lo siguiente:

Cada grupo de “misioneros” se componía originalmente de un jefe, un trabajador social, experto en higiene, cuidados infantiles y primeros auxilios; un instructor de educación física; un maestro de música; un especialista en artes manuales, instruido para aprovechar en lo posible los recursos de cada región, y un especialista en organización de escuelas y métodos de enseñanza, cuya principal tarea era la coordinación de los recursos académicos con la agricultura y las industrias manuales.¹⁵

La Secretaría de Educación Pública se hizo famosa en todo el mundo de lengua española, por las publicaciones masivas que hizo de literatura clásica universal, los conocidos como “clásicos de Vasconcelos” (con un plan de 524 títulos), con una amplia distribución, a precios muy baratos.

Arturo Burnes dice que Vasconcelos “asumió” la cultura como una función descolonizadora... “con el apoyo de Obregón fue visto como

¹⁴ Carballo, op. cit., p. 2.

¹⁵ Howard Pugh, *José Vasconcelos y el despertar del México moderno*, Jus, México, p. 33.

el Mesías descolonizador en toda Iberoamérica".¹⁶ Carlos Monsiváis escribe al respecto: "De 1920 a 1924, Vasconcelos es —enérgica e imaginativamente— el centro de una actividad creadora en todos los órdenes. El nacionalismo cultural es una consecuencia del vigor de la Revolución Mexicana y es un resultado nuevo, deslumbrante. Si se juzga ahora el vacío demagógico de los sedicentes herederos de ese proyecto nacional, se olvida la renovación vital que para el país significó el periodo 1921-1924 de José Vasconcelos en la Secretaría de Educación Pública".¹⁷

V. ESCRITOR, MÍSTICO Y PROFETA

Vasconcelos no sólo fue un gran filósofo sino también un gran escritor. Dice Carballo: "Pocos le igualan en la escritura de una obra literaria, compuesta en su parte más valiosa por sus memorias, sus ensayos, sus libros de viaje, sus cartas y algunos de sus artículos periodísticos... sus memorias no tienen par en nuestras letras, son de la misma familia que las confesiones de San Agustín y de Rousseau".¹⁸

Las *Memorias* autobiográficas de Vasconcelos se componen de cinco libros: *Ulises criollo*, *La tormenta*, *El desastre*, *El proconsulado* y *La flama* (este último reproduce capítulos completos de *El proconsulado*).

Algunos consideran que las *Memorias* de nuestro Ulises constituyen una novela. Creo, sin embargo, que rebasa con mucho el género, como piensa José Emilio Pacheco.¹⁹ Jesús Guisa y Azevedo dice que es "la novela más bien acabada que se haya escrito en castellano en América".²⁰

En su obra póstuma, *Letanías del atardecer*, aparece el Vasconcelos místico. En esos escritos se proyecta el hombre de fe, aquel que empieza a sentir inundado su ser de Dios. Es el escritor frente a la muerte, que le siente como una liberación, como un nacimiento a una

¹⁶ Arturo Burnes Ortiz, "José Vasconcelos: una aproximación", en *Diálogo*, Revista Interdisciplinaria de la Universidad Autónoma de Zacatecas, julio-agosto de 1988, p. 15.

¹⁷ Carlos Monsiváis, "José Vasconcelos: el profeta proscrito", en *La Opinión*, Torreón, 21 de agosto de 1977.

¹⁸ Carballo, *op. cit.*, p. 2.

¹⁹ José Emilio Pacheco, *Proceso*, núm. 280, 15 de marzo de 1982.

²⁰ Jesús Guisa y Azevedo, *Me lo dijo Vasconcelos*, Ed. Polis, México, 1965, p. 30.

vida plena; es el Vasconcelos que ha ingresado a la orden tercera de San Francisco, es un franciscano laico.

Dice Manuel Corral: "El escrito de Vasconcelos evidencia su humanismo, un humanismo que tomando en serio al hombre se abre a la trascendencia de Dios; El hombre, cargado de pasiones y mezuquindades se rebasa a sí mismo por su sed de Dios".²¹

*Hago entrega de mi albedrío para decir:
Por los siglos de los siglos hágase Señor tu voluntad,
en los cielos y en la tierra.*²²

De esa misma joya literaria que constituye las *Letanías del atardecer* extraemos este párrafo: "No es profeta en los tiempos actuales, un escritor, si no sabe reñir con los poderes del mal. El término obligado del profeta es el cadalso. Al inicuo corresponde el éxito".

Y Vasconcelos, más que místico, es profeta. Se puede decir que sigue la doble vocación del profetismo según la tradición bíblica: la denuncia y el anuncio. Alza su voz para gritar la opresión de que somos víctimas y de la cual no escapamos a tener parte de culpa, y para anunciar la vocación de nuestros pueblos.

"Y así como la América Española tiene su héroe en Bolívar y su poeta con Rubén Darío, puede enorgullecerse de tener su profeta en Vasconcelos... Amó a su raza como un profeta; le dedicó elogios y censuras, y, cansado de esperar la grandeza que para ella había soñado, se dolía y la apostrofaba exigiendo una excelsitud que era su medida de la verdadera grandeza",²³ manifestó Antonio Castro Leal, ante la tumba de Vasconcelos.

VI. FILÓSOFO

Vasconcelos es considerado, por muchos, como el más grande filósofo que ha dado Latinoamérica. Dice Carballo que él "ha sido entre nuestros filósofos el único capaz de concebir coherentemente

²¹ Manuel J. Corral, "Vasconcelos: el sentido de la vida humana", en *Temas*, núm. 43, México, enero-febrero de 1970, p. 60.

²² José Vasconcelos, *Letanías del atardecer*, Editora Librería, México, 1959, p. 61.

²³ *En la muerte de José Vasconcelos*, Instituto Nacional de Bellas Artes, México, p. 23.

un sistema".²⁴ Abelardo Villegas afirma que su pensamiento es poco conocido y los eruditos y críticos no se han acercado a su obra, por su extensión enorme y su escaso rigor.²⁵ "Vasconcelos marcó un rumbo —dice Margarita Vera—, detectó un problema y esa es su importancia... tiene el valor de haber sido un precursor, tanto en la educación como en el intento de elaborar una filosofía latinoamericana que promueva la emancipación de nuestra América".²⁶

Junto con sus compañeros del llamado "Ateneo de la Juventud", fue uno de los primeros pensadores que se opuso al positivismo, signo intelectual del porfiriato, a principios del siglo pasado. El positivismo combinado con el evolucionismo social de Spencer, no sólo fue la "doctrina científica" de la dictadura mexicana del general Díaz, sino que caló más o menos hondo en toda nuestra América. Ardiles escribe: "Con la consolidación socio-política de la burguesía comercial y financiera dependiente de la América indo-ibérica, se despertó en nuestros 'intelectuales' el fervor por un complejo doctrinal que, bajo la égida del pensamiento positivista, agrupó tendencias materialistas, evolucionistas, etcétera".²⁷

Además, Vasconcelos dio los fundamentos para la creación de una filosofía latinoamericana. Incorporó la temática iberoamericana al esquema de la filosofía.

A su pretensión de una filosofía propia se le presentó la siguiente dificultad: cómo hacer una filosofía que rescate nuestros valores nacionales y nos salve, nos libere, de la opresión nórdica, sajona, sin hacer una filosofía nacionalista, sino auténtica filosofía, o sea, universalmente válida. En otras palabras: cómo hacer una filosofía de la liberación latinoamericana, que no sea nacionalista, sino con validez universal.

Es menester, con urgencia de salvamento —escribe el Maestro de América—, dar una filosofía a las razas hispánicas... Se dirá que, a fin de no caer en otro

²⁴ Carballo, *op. cit.*, p. 2.

²⁵ Abelardo Villegas, "El sistema filosófico de José Vasconcelos", *El Gallo Ilustrado*. Semanario de *El Día*, 14 de febrero de 1982, p. 20.

²⁶ Margarita Vera y Cuspinera, *El pensamiento filosófico de Vasconcelos*, Ed. Extemporáneos, México, 1979, p. 233.

²⁷ Osvaldo Ardiles, "Bases para una destrucción de la historia de la filosofía en la América Indo-Ibérica", en *Hacia una filosofía de la liberación latinoamericana*, Ed. Bonum, Buenos Aires, 1973, p. 18.

nacionalismo filosófico, es mejor adoptar verdades, ya se les encuentre en Europa, ya en Asia. Pero no hay en estos instantes una raza libre del prejuicio nacionalista, y nunca ha habido un pueblo elegido de la filosofía; es, por ende, tarea irrenunciable la de forjar nosotros mismos nuestra síntesis de vida, siquiera sea una síntesis provisional que nos acerque a la verdad profunda... La doctrina engendra la práctica, y no podemos aspirar a liberarnos socialmente si antes no libertamos el pensamiento. Pero esta última liberación no se alcanza negando lo extraño; se logra construyendo lo propio. Sacudimos la filosofía de importación, para buscar la eterna filosofía universal... Pero si esto no fuese posible y no pasara de ser una ilusión, aun así prefiero el error de una filosofía involuntariamente nacionalista a la iberoamericana, al error de una filosofía calculadamente europeizante o yanquizante a lo extranjero.²⁸

Esta cuestión de una filosofía propia de nuestras tierras, de un pensar latinoamericano, es una temática actual en la filosofía en América Latina, de unos años acá. Se puede decir que la columna vertebral del discurso de la Filosofía de la Liberación latinoamericana actual es la búsqueda de un pensamiento en y desde nuestras tierras y que reflexione sobre el proceso de liberación integral.

Vasconcelos mismo hace un intento de síntesis de su pensamiento filosófico en una de sus últimas obras: *Todología*. Manifiesta que en ella se recogen las conclusiones finales de su experiencia.

Dos cuestiones fundan su método en filosofía: 1. Concibe la realidad como una unidad, a la manera del Uno Absoluto de Plotino, siendo los seres destellos de esa unidad inefable. 2. Postula a la emoción como el medio más adecuado para el conocimiento pleno de la realidad, colocando en un segundo plano a la razón.

Cada cosa es parte de un todo... Descubrir la colocación y la fundación de las partes dentro del Todo, es sin disputa el problema y también el propósito de una filosofía completa".²⁹ "¿Razón nada más, cuando precisamente postulamos un método que pretende superar el discurso completándolo con la imagen y la revelación?... Más bien se trata de un experiencialismo vivo al cual concurren cada uno en su función, los datos de los sentidos,

²⁸ José Vasconcelos, *Ética*, en *Obras completas*, t. III, Limusa, México, pp. 681-682.

²⁹ José Vasconcelos, *Filosofía estética. Todología*, en *Obras completas*, t. IV, Limusa, México, 1961, pp. 820-821.

los arreglos de la razón, los propósitos de la voluntad, todo en armonía que engendre amor.³⁰

Para conocer el Todo y sus partes, propone, pues, el Método de la Coordinación. “El problema de la unificación de los heterogéneos ocupa sitio central y da origen a la teoría del conocimiento como coordinación”.³¹

Comenzamos definiendo la verdad como una combinación acertada de factores disímbolos, por encima de fórmulas de igualdad e identidad. La filosofía nos convierte, entonces, en ciencia de la armonía... en vez de manejar abstracciones nos dirigimos a los hechos mismos, a los seres en su integridad. Sus determinaciones particulares hallan intención y equilibrio en el poder que rige la complejidad del Todo. Contemplamos entonces el despliegue de cuanto existe según armonía, que no es simple música, sino ejercicio del amor que liga la creación con el Creador... Postulé la existencia en nuestra conciencia de un *a priori* especial, el *a priori* estético, que opera según ritmo, melodía y armonía, y al cual responde la realidad cuando se expresa según cualidad. Debiéndose reservar para la cantidad las formas lógicas conceptuales... la verdad se nos revela como armonía en vez de la verdad como identidad... Según la armonía se resuelve el problema de las relaciones de la pluralidad con la unidad mucho mejor que por reducciones matemáticas como la suma y la sustracción. Las leyes de la armonía nos permiten establecer el orden que rige el concurso de los irreducibles en todas las esferas del ser... Las filosofías analíticas tienden a reducir la realidad a uno de sus elementos... Lo que importa advertir es la tendencia de consumir reducciones que empobrecen la realidad y la imaginan homogénea... anulan la riqueza de la pluralidad... la naturaleza es más rica de contenido que todas las ideologías... Filosofías de síntesis (comprehensivas) tratan de explicar la realidad por la coordinación de todos sus factores.³²

Lo anterior se trata, entonces, de una original teoría del conocimiento y concepción del ser. De alguna manera veremos cómo su concepción de la unidad en la pluralidad y acceso a la verdad por la “coordinación” se refleja en su propuesta de filosofía latinoamericana y una posible filosofía del derecho.

³⁰ *Ibidem*, p. 818.

³¹ *Ibidem*, p. 819.

³² *Ibidem*, pp. 825-862.

La superación del pensamiento de la modernidad y la búsqueda de un pensamiento nuestro, constituyen lugares centrales en la reflexión filosófica actual en América Latina. Esa temática parte desde la realidad misma que viven nuestros pueblos. Necesariamente, entonces, se encuentra con la opresión de que son víctimas y de su lento andar hacia la liberación.

La reflexión más genuinamente vasconceliana contiene la misma temática de la filosofía latinoamericana actual. No digo que sea el mismo método, ni que las conclusiones sean las mismas, pero sí los temas y el objetivo: Latinoamérica y su liberación. En este sentido, indiscutiblemente, Vasconcelos es un precursor. Y es un precursor –insisto– con intuiciones que es necesario recuperar y desarrollar.

La voluntad de lucro y poderío caracterizan al pensamiento de la modernidad. Conocer racionalmente y dominar constituyen el centro de la reflexión filosófica del pensamiento moderno. Dice Ardiles, en la obra citada, que la primacía del sujeto y la ideología de la *voluntad de dominio*, en su doble aspecto de *voluntad de poder* y *voluntad de riqueza* tonalizan la “textura cultural” de la Modernidad.³³

Vasconcelos con su método y sistema filosófico, así como con su “Utopía” para América Latina, desarrollada en *La raza cósmica* y en *Indología*, rompe con el pensamiento de la modernidad. Desacredita el racionalismo como base del conocimiento para el hombre de América Latina y anuncia, “utópicamente”, una relación nueva entre los seres humanos, no dada por la voluntad de poder ni de lucro, sino por la comunión, en el amor. Con esto Vasconcelos está también acentuando la necesidad del desarrollo de un pensamiento nuestro.

El filósofo mexicano descubre a fondo y des-vela, la relación de opresión que soporta nuestra América. Ve la dominación económica y política, que se da en un contexto filosófico que no es nuestro sino impuesto. Reclama, por lo mismo, la urgencia de un pensamiento *de y desde* nuestra manera de ser y en el espacio que habitamos, en nuestras tierras:

Cada raza que se levanta necesita construir su propia filosofía, el ‘*deus ex machina*’ de su éxito. Nosotros nos hemos educado bajo la influencia humillante de una filosofía ideada por nuestros enemigos, si se quiere de una

³³ *Cfr.* Ardiles, *op. cit.*

manera sincera; pero con el propósito de exaltar sus propios fines y anular los nuestros. De esta suerte nosotros mismos hemos llegado a creer en la inferioridad del mestizo, en la irredención del indio, en la condenación del negro, en la decadencia irreparable del oriental. La rebelión de las armas no fue seguida de la rebelión de las conciencias. Nos rebelamos contra el poder político de España, caímos en la dominación económica y moral que ha sido señora del mundo desde que terminó la grandeza de España. Sacudimos un yugo para caer bajo otro nuevo... pero ahora que se inicia una nueva fase en la Historia se hace necesario construir nuestra ideología y organizar conforme a una nueva doctrina étnica toda nuestra vida continental. Comencemos, entonces, haciendo vida propia y ciencia propia. Si no se liberta primero el espíritu, jamás lograremos redimir la materia.³⁴

Para Vasconcelos la América hispánica necesita de una filosofía propia en función de su liberación. Y es para Vasconcelos, precisamente el carácter de oprimida de América Latina, lo que le permite llegar a un auténtico pensar filosófico. La misma expoliación que sufre impulsa a nuestros pueblos a la creación de una verdadera filosofía. “Y en resumen, la filosofía, hoy como ayer, sigue siendo disciplina que no depende de las contingencias del exterior ni del arbitrio de los vencedores conforme al mundo. Al contrario, cada hombre y cada pueblo deben resolver el problema según las propias luces, y es de explorada ocurrencia que suelen resolver mejor el problema especulativo los temporalmente vencidos. Quienes están embriagados por un éxito efímero, a fuer de humanos, padecen incapacidad de generalización. Cosa de universalidad y desinterés, la filosofía, ciencia de la síntesis, se lleva mal con las ambiciones inmediatas y con el éxito político”.³⁵ Y es que la “filosofía” de los vencedores se convierte en doctrina y en ideología justificadora de la dominación. Dussel, con otras palabras corrobora el discurso vasconceliano: “La filosofía no piensa la filosofía, cuando es realmente filosofía y no sofisticada o ideología... La filosofía piensa lo no-filosófico: la realidad... lo cierto es que pareciera que la filosofía ha surgido siempre en la periferia, como necesidad de pensarse a sí mismo ante el centro y ante la exterioridad total, o simplemente ante el futuro de liberación”.³⁶

³⁴ José Vasconcelos, *La raza cósmica. Obras completas*, t. II, Limusa, pp. 935-936.

³⁵ Vasconcelos, *Ética*, op. cit., pp. 675 y 676.

³⁶ Enrique Dussel, *Filosofía de la Liberación*, Edicol, México, 1977, p. 13.

Vasconcelos, así, desde la periferia, desde América Latina, propone el auténtico pensar filosófico, un pensar de liberación.

Vasconcelos nos urge, pues, a hacer “vida propia y ciencia propia”. Para ello necesitamos reencontrar nuestro ser, nuestra manera de ser. Y será esa manera de ser redescubierta, la que nos permita hacer “vida propia y ciencia propia”.

En el siguiente párrafo Vasconcelos expresa una intuición genial no debidamente desarrollada por nuestros pensadores:

Y como yo anduve siguiendo ‘el bizantino’, a causa de un estudio que preparo para convencer a nuestra América de que no debe construir en gótico, sino en un estilo propio de base irania, estilo tropical, puesto que nosotros somos el paraíso virgen del trópico...³⁷

“Construir un estilo propio, en estilo tropical”. Significa hacer vida propia y ciencia propia. Lo que equivale a pensar y actuar frente a la naturaleza, de acuerdo con nuestra manera de ser latinoamericana y en relación con las propias características de la tierra que es nuestra y habitamos. No somos sajones, racionalistas, ni habitamos la dureza física de las tierras nórdicas. Somos latinoamericanos, con imaginación e intuición, y habitamos el trópico. Esto lleva, por ende, a concluir, que somos distintos a la manera de ser del nórdico dominador y, por lo tanto, nuestro quehacer debe ser distinto también.

Las distinciones están: en la concepción de la vida; en la manera de tener acceso a la verdad de un modo no racionalista; y con una tierra, que es la nuestra, con caracteres distintos a la nórdica.

1. Distinta concepción de la vida: el “ethos” de la esperanza

Los antropólogos hablan del “ethos” de los grupos humanos, que viene a ser un complejo total de actitudes que predeterminando los comportamientos, forman sistema, fijando la espontaneidad en ciertas funciones e instituciones habituales. El pueblo latinoamericano posee un “ethos” distinto al del español o al del indio. Como dice Enrique Dussel “nuestro ‘ethos’ posee indiscutiblemente una actitud funda-

³⁷ José Vasconcelos, *Indología. Obras completas*, t. II, op. cit., p. 1075.

mental de esperanza".³⁸ El latinoamericano tiene acceso a la vida, concibe la existencia, con una actitud fundamental de esperanza.

El hombre latinoamericano, hasta ahora humillado y negado por las culturas superpuestas, mantiene en el fondo de su ser y manifiesta como puede una actitud de esperanza. El espíritu festivo de nuestros pueblos refleja la actitud de esperanza del hombre de nuestras tierras. La esperanza "aflora en forma de fiesta en la cual el pueblo celebra la gratitud de la liberación esperada",³⁹ escribe Scannone. Es una esperanza de ser nosotros mismos; de desarrollar nuestros propios valores.

Es precisamente en el pensamiento filosófico de Vasconcelos donde se recoge la actitud de esperanza de América Latina. Vasconcelos logra, con su pensamiento profundamente enraizado en el ser de Latinoamérica, la síntesis de una filosofía de la esperanza para estas tierras. Esa esperanza se traduce, pues, en fiesta: "para el iberoamericano la vida es festín".⁴⁰

2. Distinto modo de alcanzar la verdad: una manera emotiva de interpretar el mundo

Vasconcelos escribe: "Yo creo que corresponde a una raza emotiva como la nuestra sentar los principios de una interpretación del mundo de acuerdo con nuestras emociones". Esto significa que para nuestro filósofo, por su manera de ser distinta, emotiva, el hombre latinoamericano, tiene acceso al conocimiento por la emoción fundamentalmente y no por la razón.

Con esto Vasconcelos apunta dos cosas importantes: reafirma nuestra manera de ser distinta, y da los elementos para superar la filosofía de la modernidad, basada en un saber racional para dominar el mundo y a otros seres humanos.

La emoción no es únicamente función estética —dice Vasconcelos—, aunque alcance su utilidad plena en la estética. La emoción es condición primaria

³⁸ Enrique Dussel, *Historia de la Iglesia en América Latina*, Ed. Nova Terra, Barcelona, 1974, p. 71.

³⁹ Juan Carlos Scannone, *Teología de la Liberación y praxis popular*, Ed. Sígueme, Salamanca, 1976, p. 13.

⁴⁰ Vasconcelos, *Indología*, op. cit., p. 1127.

y también final; en suma una manera inseparable de todo género de conocimiento. Un conocimiento sin emoción, mero esquema de cosa o de juicio, no corresponde a ninguna realidad: su actuar es estéril. En cambio, desde que el concepto se tiñe de realidad, ya se trate de realidad física o de realidad de espíritu, en seguida cobra vida. La realidad se nos presenta entonces como sustancia dada a la conciencia por la vía de la emoción... sólo sobre esta base emocional puede comenzar sus operaciones la inteligencia, sintiendo, como es, la existencia. Sobre esta misma base primaria, de emoción de existencia, se desarrolla el proceso de la voluntad que busca propósitos, y la estética que lucha por otorgar mayor plenitud a cada existencia.

Al revés de un racionalismo que reduce la vida a esquemas, el conocimiento se caracteriza por el poder creador acompañado de avaloración y de juicio. Si conocer fuese nada más extraer raíces, proyectar geometrías, la vida consciente sería un proceso de copia. El poder de creación y de incremento de la realidad, le viene a la mente de la imaginación, que enriquece el ser.⁴¹

La emoción y la imaginación son parte del ser latinoamericano.

3. El trópico, nuestra tierra

La vida y la ciencia propia que nos insta Vasconcelos a llevar a cabo, debe de partir de nuestra manera de ser inmersos en nuestro espacio geográfico. La vida y la ciencia propia que hacemos, tendrá como bases lo que somos y en donde estamos. No somos sajones, ni vivimos en las condiciones geográficas de los nórdicos. Vivimos, geográficamente, bajo la determinación del trópico y somos latinoamericanos.

Vasconcelos, al señalarnos la necesidad de comenzar a hacer vida propia y ciencia propia, nos recuerda, también, según citábamos arriba, "que para comenzar a ser es menester concretarse y limitarnos. Iniciamos la definición de nuestros caracteres mediante la especificación de nuestros medios y mediante la definición de nuestras finalidades".⁴²

El filósofo de América Latina señala que la civilización retorna hacia el trópico. Y también nos indica que ese retorno "implica uno de los más trascendentales sucesos de la historia, porque el trópico

⁴¹ Vasconcelos, *Ética*, op. cit., pp. 743 y 744.

⁴² Vasconcelos, *Indología*, op. cit., p. 1124.

no sólo quiere decir un cambio de exterioridades, sino también modificaciones esenciales en el espíritu de la cultura. El trópico quiere decir profusión de elementos activos; aire y libertad, luz y alegría, y multiplicación de los ritmos. América Latina, que en su mayor extensión es tierra cálida, ha sufrido, pues, las vicisitudes de su cuerpo, que es tropical. Tiene pasado, un pasado ilustre, y se ha quedado relativamente dormida, aletargada, durante el fatal siglo XIX, y ahora intenta despertar".⁴³

Así como durante mucho tiempo, a lo largo de nuestra historia, hemos pensado de acuerdo con patrones que nos vienen de fuera, de la misma manera hemos trasplantado, en cuestiones clave, modos de vida extrañas y tecnología ajena. Y esto lo hemos creído, de buena fe quizá la más de las veces benéfico para nuestro pueblo. Pero no hemos hecho ni vida propia ni ciencia propia.

Lo "utópico" ha sido usado como sinónimo de algo irrealizable, como un ente ideal que tiene existencia en la mente de alguien o de algunos, pero que es históricamente imposible. Utopía, en este sentido, es sinónimo de sueños color de rosa; como algo propio de ilusos o fantasiosos.

La palabra "utopía", construida con dos raíces griegas por Tomás Moro, hoy, sin embargo, recupera su sentido original: un lugar que no existe, pero no sólo con la ilusión de su existencia, sino como un proyecto histórico para realizarlo. Ese proyecto histórico que porta la "Utopía" lo es de una sociedad cualitativamente distinta, buscando una socialidad distinta entre los hombres, una manera distinta de relacionarse y de institucionalizar esa nueva comunicación social.

En ese sentido de la Utopía, como proyecto histórico de relaciones distintas entre los hombres, como denuncia de un orden existente y anuncio de uno nuevo, es que entendemos el desarrollo utópico que hace Vasconcelos acerca de la raza cósmica, como proyecto histórico de nuestros pueblos.

José Carlos Mariátegui vio la obra vasconceliana, respecto de América Latina, como una Utopía: "Nadie se ha imaginado el destino de América con tan grande ambición ni tan vehemente esperanza, como José Vasconcelos... (su obra)... desborda así los límites de una 'interpretación de la cultura iberoamericana'. Que es como nos viene

⁴³ *Ibidem*, p. 1170.

presentada, para tocar los de una utopía en la más pura acepción del vocablo".⁴⁴

Vasconcelos sostiene que en América Latina nacerá una raza que será síntesis de todas las otras. Aquí se dará lo que el llamó la "raza cósmica", es decir, la fusión de todas las razas existentes, formando una sola. "Y es en esta fusión de estirpes donde debemos buscar el rasgo fundamental de la idiosincrasia iberoamericana".⁴⁵ Mas adelante expresa:

Acabarán de formar los yanquis el último gran imperio de una sola raza: el imperio final del poderío blanco. Entre tanto, nosotros seguiremos padeciendo en el vasto caos de una estirpe en formación, contagiados de la levadura de todos los tipos, pero seguros del avatar de una estirpe mejor. En la América española ya no repetirá la naturaleza uno de sus ensayos parciales, ya no será la raza de un solo color, de rasgos particulares...; no será la futura ni la quinta ni la sexta raza, destinada a prevalecer sobre sus antecesores; lo que de allí va a salir es la raza definitiva, la síntesis o raza integral, hecha con el genio y la sangre de todos los pueblos y, por lo mismo, más capaz de verdadera fraternidad y de visión realmente universal.⁴⁶

Como prueba de su afirmación, Vasconcelos no sólo se basa en el hecho indudable de la existencia de todas las razas y la mezcla que se da de ellas en América Latina, sino en la intuición misma que tuvieron los caudillos de nuestra independencia política en las distintas partes del continente. Si bien sólo Bolívar y algún otro tuvieron claro el concepto de nación latinoamericana y vieron el peligro del nacionalismo, sin embargo "es sorprendente observar que casi todos se sintieron animados de un sentimiento humano universal que coincide con el destino que hoy asignamos al continente iberoamericano. Hidalgo, Morelos, Bolívar, Petión el haitiano, los argentinos en Tucumán, Sucre, todos se preocuparon de libertar a los esclavos, de declarar la igualdad de todos los hombres por derecho natural; la igualdad social y cívica de los blancos, negros e indios. En un instante de crisis his-

⁴⁴ José Carlos Mariátegui, *Temas de nuestra América*, Ed. Amautá, Lima, 1960, p. 78.

⁴⁵ Vasconcelos, *La raza cósmica*, op. cit., p. 920.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 921.

tórica, formular la misión trascendental asignada a aquella zona del globo: misión de fundir étnica y espiritualmente a las gentes".⁴⁷

Esa raza síntesis tendrá, según nuestro filósofo, como dogma fundamental el amor cristiano, y será portadora de una nueva civilización y de un hombre nuevo. Vasconcelos considera que el amor cristiano será el fundamento de la sociedad latinoamericana que vendrá. "Este amor será uno de los dogmas fundamentales de la quinta raza que ha de producirse en América. El cristianismo liberta y engendra vida... la América es la patria de la gentilidad, la verdadera tierra de promisión cristiana... Tenemos todos los pueblos y todas las actitudes, y sólo hace falta que el amor verdadero organice y ponga en marcha la ley de la historia".⁴⁸

VII. JURISTA

A continuación voy a referirme a Vasconcelos como jurista, analizando el texto que elaboró para justificar jurídicamente la Convención Revolucionaria, celebrada en octubre de 1914 en Aguascalientes y reflexionando en algunos tópicos filosófico-jurídicos.

Al salir de la Escuela Nacional Preparatoria, Vasconcelos se matriculó en la Escuela de Jurisprudencia en 1901. No tenía, propiamente, vocación de abogado; pero negado para el cálculo, con necesidad de ganar dinero y ambiciones políticas, la carrera de derecho, en ese momento, era la mejor opción, más si se tiene en cuenta que en México, en esa época, no había ninguna universidad que ofreciera cursos de humanidades, que era la inclinación natural del futuro filósofo. Como estudiante de Jurisprudencia, Vasconcelos no obtuvo calificaciones de "sobresaliente", la mayoría fueron de "mediano". El futuro filósofo, metido a estudiante de "Leyes", "estudiaba poco y para los exámenes, aunque con intensidad", dice Skirius; y agrega: "Prefería leer extensamente por su cuenta, y, con no menos intensidad, darse a la bohemia".⁴⁹

Vasconcelos se tituló el 14 de julio de 1905, con la tesis titulada *Concepto dinámico del derecho*, dedicada al abogado Pablo Macedo.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 920.

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 936 y 941.

⁴⁹ Jhon Skirius, "Mocedades de Vasconcelos", en *Vuelta* 43, México, junio de 1980, p. 8.

La tesis del joven Vasconcelos estaba influida por los pensadores que dominaban la concepción "científica de la época, los positivistas Comte y Spencer". "Una de las ideas principales en la tesis de Vasconcelos, a saber: que en la sociedad opera constantemente un equilibrio dinámico de fuerzas exactamente como en la biología, la química o la mecánica".⁵⁰ Su tesis "es un esfuerzo creativo por explicar una filosofía social mediante el uso literario de símiles científicos y juicios personales de carácter ético".⁵¹ Poco tiempo faltaría, sin embargo, para que Vasconcelos se libere del cientificismo positivista.

1. La legitimidad jurídica de la Convención de Aguascalientes

A la caída de Victoriano Huerta, el país tiene dos problemas fundamentales que resolver: el político-militar y el de las reformas sociales. El primero lo constituye la lucha por la hegemonía entre los distintos grupos que habían peleado en contra de Huerta y que andaban en pie de guerra una vez derrotado éste. México urgía, además, de reformas sociales; requería, con premura, de un reparto equitativo de la riqueza acumulada en pocas manos.

Con el propósito de afrontar esos retos, Venustiano Carranza convocó el 4 de septiembre de 1914 a una Convención Revolucionaria que debería celebrarse en la ciudad de México. La Convención se reunió el 1 de octubre, con la asistencia de carrancistas, villistas, zapatistas y maytorenistas; varios grupos fuertes no concurrieron.

En esa asamblea de México, desde luego se dejó ver la pugna entre militares y civiles, siendo sus voceros Álvaro Obregón y Luis Cabrera, respectivamente. Lo más sobresaliente de las sesiones celebradas en México, fue que Carranza, después de leer un informe, exclamó que el mando del Ejército y el Poder Ejecutivo no podían ser entregados por él, sin mengua de su honor, a solicitud de un grupo de jefes descarriados —pues Villa entre otros se lo había pedido—, y sólo lo entregaba a los jefes ahí reunidos. Sin embargo, por hábiles maniobras de Cabrera la asamblea por aclamación le rechazó la renuncia.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 10.

⁵¹ *Ibidem*, p. 11.

Los convencionistas de México acuerdan trasladarse a Aguascalientes, como un lugar neutral en donde pudieran concurrir los disidentes. La Convención de Aguascalientes inicia sus sesiones el 10 de octubre. Y el día 14 se declara instalada. Antonio Villarreal resulta presidente de la mesa directiva. Fueron invitados a la Convención los jefes de los grupos más fuertes: Carranza, Villa y Zapata. Carranza no sólo no asiste a la Convención sino que, además, la tacha de ilegítima y desconoce sus acuerdos. Villa asiste personalmente. Zapata envía delegados, entre los que sobresalen Antonio Díaz Soto y Gama y Paulino Martínez.

Ante el cuestionamiento de Carranza acerca de las facultades que tenía la Convención para declararse soberana, Villarreal le encomienda a José Vasconcelos un estudio jurídico para justificar la legitimidad soberana de la asamblea. El documento propuesto por Vasconcelos —transcrito por él mismo en la segunda parte de su autobiografía: *La Tormenta*—⁵² sirvió de base para que en el “Manifiesto a la Nación de la Convención de Aguascalientes”, del 6 de noviembre de 1914, se diga: “Esta Convención es Soberana porque en ella están sintetizados la fuerza y el pensamiento de la Revolución”.⁵³

Vasconcelos comienza diciendo que por soberanía se entiende la facultad del pueblo de gobernarse a sí mismo, según su propia voluntad. A continuación distingue el ejercicio de la soberanía en “tiempos normales” y en “tiempos anormales”; en el primer caso “la soberanía del pueblo se ejercita mediante el gobierno elegido popularmente”, y en el segundo, “en periodos de revolución, es también aceptado que son soberanas las asambleas revolucionarias debidamente integradas”. Existiendo, pues, “dos maneras de constituir poderes soberanos”.

Pasa después Vasconcelos a desarrollar dos argumentos con los que trata de fundar la legitimidad y soberanía de la Convención de Aguascalientes: 1o. “Como heredera y sucesora de la legalidad” y 2o. Como “Asamblea Revolucionaria”.

Analicemos el primer argumento del filósofo jurista oaxaqueño, según el cual la Convención es soberana como heredera y sucesora de la legalidad. Textualmente dice: “Las últimas elecciones generales verificadas en el país, elevaron al poder al gobierno encabezado por

⁵² José Vasconcelos, *La Tormenta*, Ed. Botas, México, 1937, pp. 168-185.

⁵³ Isidro Fabela y Josefina E. de Fabela, *Documentos históricos de la Revolución Mexicana*, t. XXIII., Ed. Jus, México, 1971, pp. 468-473.

el señor don Francisco I. Madero. Este gobierno, legítimo y soberano, fue destruido por Victoriano Huerta, quien constituyó un gobierno de hecho, carente de legalidad y de soberanía. Las Cámaras legislativas y la Corte, legales en su origen, faltaron a su deber reconociendo a Huerta y perdieron por esto su legalidad y su honor”.

Desde una posición juspositivista, formal-legalista, el argumento de Vasconcelos carece de sostén. El ascenso al poder de Huerta es perfectamente legal, de acuerdo con el derecho positivo y desde un punto de vista jurídico-formal.

En efecto, la llegada al poder de Victoriano Huerta se dio de acuerdo con las normas vigentes de la Constitución de 1857. Originalmente esta Ley Fundamental, en su artículo 79, mandaba que en las faltas temporales y en la absoluta del Presidente de la República “mientras se presenta el nuevamente electo entrará a ejercer el poder, el Presidente de la Suprema Corte de Justicia”. Esta disposición constitucional fue reformada en varias ocasiones (1882, 1896 y 1904). Por la reforma constitucional de 1904 se creó de nuevo la vicepresidencia (recuérdese que fueron electos Madero, Presidente y Pino Suárez, Vicepresidente), y así, a falta del presidente, su cargo sería ocupado por el vicepresidente. El artículo 81 previó, además, la falta absoluta de ambos. En este caso la Constitución disponía que se haría cargo del Poder Ejecutivo, en calidad de Presidente interino, el secretario del Despacho de Relaciones Exteriores, “y si no lo hubiere o estuviere impedido, uno de los demás secretarios, siguiendo el orden de la ley que establezca su número”.

En el caso que nos ocupa, el 19 de febrero de 1913, la Cámara de Diputados aceptó la renuncia a sus cargos de Madero y Pino Suárez, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 82 de la Constitución. De conformidad con la propia Carta Magna el ministro de Relaciones Exteriores, Pedro Lascuráin, pasó a ocupar la presidencia. Hecho el juramento, de inmediato nombró como secretario de Gobernación a Victoriano Huerta, y a los veinte minutos renunció a la presidencia. La Cámara de Diputados aceptó la renuncia y Huerta pasó a ocupar el Poder Ejecutivo ya que, a falta de presidente y vicepresidente electos, y secretario de Relaciones Exteriores, tocaba ocupar el cargo, según la Constitución, a “uno de los demás secretarios, siguiendo el orden de la ley que establezca su número”; en este caso tocaba al secretario de Gobernación, cargo que había ocupado Huerta minutos antes.

Desde un punto de vista legalista, pues, el argumento de Vasconcelos carece de sostén para afirmar la soberanía de la Convención como “heredera y sucesora de la legalidad”.

El segundo argumento de Vasconcelos tiene más fuerza, a pesar de no estar basado en el derecho positivo. El ilustre “Maestro de América” afirma que la Convención “es soberana como Asamblea Revolucionaria”.

Aquí Vasconcelos ya no apela a derecho positivo alguno, ya no fundamenta su argumento en ninguna ley, sino en un principio de derecho natural reconocido desde antiguo, que atraviesa toda la tradición jusfilosófica naturalista, y que es el llamado “Derecho de Resistencia” o de “Revolución”, que tienen los pueblos para liberarse de gobiernos o sistemas sociales y jurídicos opresivos e injustos.

Este Derecho de Revolución hace radicar la soberanía “en las asambleas revolucionarias debidamente integradas”. Vasconcelos define la revolución como “la transformación violenta de un orden de cosas opresivo e injusto”, agregando que “casi todas las revoluciones pueden dividirse en dos finalidades esenciales: la política y la económica”.

El Derecho de Revolución no se encuentra en los textos positivos legales. Equivaldría a legitimar su propia destrucción como ley. En términos casi absolutos, el derecho positivo, por medio de la Ley Fundamental (Constitución), se autodefiende. Así tenemos, por ejemplo, nuestro actual artículo 136 de la Constitución vigente (equivalente al 128 de la Constitución de 1857), que manda que la Constitución no perderá su fuerza y vigor si se interrumpe su observancia por una rebelión, pues “tan luego como el pueblo recobre su libertad se restablecerá su observancia”. El Derecho de Revolución es siempre un derecho natural, que nace de la concepción, iusnaturalista también, de que la comunidad política, el pueblo, es la fuente originaria del poder, depositaria primigenia de la soberanía.

En su cátedra de Introducción al Derecho, en la Escuela Libre de Derecho, el maestro Genaro María González gustaba de exponer lo que llamaba “elementos de la relación jurídica de revolución”, que dejó plasmados en su obra *Catolicismo y Revolución*.⁵⁴ “El derecho

⁵⁴ Genaro Ma. González, *Catolicismo y Revolución*, Imprenta Murguía, México, 1960, pp. 64-73.

de revolución —escribe—, como todo derecho, supone la existencia de una situación objetiva, así como la de un agente jurídico personal”.⁵⁵ Los elementos de esa relación jurídica son:

1o. *Los hechos condicionales*. Según Genaro María González, “se dan en la serie de circunstancias positivas y de naturaleza que determinan ilegitimidad o la ilegalidad de un orden jurídico y político. Estas circunstancias se traducen por la ineficiencia dinámica del régimen a raíz de la incapacidad orgánica de justicia y de poder, en la caducidad general de un orden normativo y la prescripción extintiva del poder como efecto de la persistencia de la arbitrariedad en el mantenimiento de la injusticia y en su proclamación, o de la insistencia en conservar una legalidad caduca”.⁵⁶

2o. *El titular del Derecho de Revolución*. Aquí es necesario distinguir entre un “titular permanente” que lo es siempre “la colectividad nacional”, el pueblo, y el “titular actual” que lo es “aquella fracción, más o menos numerosa, que haya logrado encarnar con justicia la representación jurídica y natural de dicha colectividad mediante la sumisión a los fines esenciales de la vida nacional”.⁵⁷

3o. *La Conjunción Dinámica*. Es decir, la fuerza que une los dos elementos anteriores, objetivo y subjetivo del Derecho de Revolución.

4o. *Vías y recursos revolucionarios*. Es la cuestión del cómo y de los medios e instrumentos para hacer efectivo ese Derecho de Revolución.

Vasconcelos tiene muy claras las finalidades de la Revolución: una política y otra económica. La finalidad política que Vasconcelos destaca, considera que se encuentra plasmada en la Constitución de 1857, y es la salvaguarda de las “garantías individuales y derechos políticos”, porque “ampara nuestras libertades”. Está convencido de las reformas sociales que la Revolución debe establecer, pero advierte:

⁵⁵ *Ibidem*, p. 64.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 65.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 68.

“no olvide la revolución si quiere cumplir sus fines, el respeto que debe a la personalidad humana, única entidad que suele estar por encima aun de las revoluciones”.⁵⁸ Lo que significa que para Vasconcelos, la dignidad humana es el valor político fundamental.

Pero Vasconcelos también es muy claro en la finalidad económica de la Revolución, y que la Convención debe encarar. Analiza: “Unos cuantos son los dueños de la tierra. Los grandes terratenientes ni siquiera explotan debidamente sus propiedades... De esta manera privan a la mayoría de los mexicanos, no sólo de la propiedad de la tierra, sino de la oportunidad de trabajar esa tierra como arrendatarios o como labriegos”.⁵⁹ Esto no lo puede resolver la Constitución —dice Vasconcelos—, no se soluciona aplicando la legalidad establecida; este problema es competencia “de una asamblea revolucionaria”. Considera que “la asamblea revolucionaria no imparte la justicia que está en los textos, sino la justicia que está en los corazones”;⁶⁰ en otras palabras, se podría decir, que los textos legales establecidos no le sirven a la Revolución para hacer justicia; el titular actual del derecho de revolución, la “asamblea revolucionaria”, debe buscar la justicia que siente el corazón ante la realidad de miseria de la mayoría. Vasconcelos considera que la Convención debe *establecer e imponer* las normas que lleven a la reforma agraria y, en general, a resolver el problema de la injusticia. Advierte que se debe obrar con prudencia, no con medidas radicales en extremo, que pueden provocar “reacciones que dejen sin efecto los progresos conquistados con sacrificios”; deben ser “reformas acomodadas a las verdaderas necesidades sociales”, pues estas reformas “son siempre definitivas y producen efectos benéficos inmediatos”.⁶¹ Vasconcelos termina diciendo:

La Convención de Aguascalientes, obrará y hablará para bien de todos los mexicanos, y llevará adelante sus resoluciones, *soberanamente*, por los dos derechos: el de la ley y el de la revolución, el de la *razón y el de la fuerza*.⁶²

⁵⁸ Vasconcelos, *La Tormenta*, p. 181.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 183.

⁶⁰ *Ibidem*, pp. 183-184.

⁶¹ *Ibidem*, p. 184.

⁶² *Ibidem*, p. 185.

La Convención de Aguascalientes fue soberana en un cierto periodo de tiempo, pues constituyó la unión de las principales facciones revolucionarias que lucharon contra Huerta y que postulaban, además, urgentes reformas sociales. Tenía la soberanía, como afirma Vasconcelos, por ser una “asamblea revolucionaria”, es decir, “titular actual” del Derecho de Revolución. Los grupos revolucionarios reunidos en Aguascalientes encarnaban “los fines esenciales de la vida nacional”. Primero, porque buscaban restaurar la legitimidad del poder, no su legalidad, ya que la primera la da el consenso de la comunidad política, y la segunda el derecho positivo; en tiempos de Revolución la legitimidad no coincide con la legalidad, la primera viene a ser producto de un nuevo derecho aún no plasmado en textos, y la segunda es expresión de un derecho caduco. Además, esos mismos grupos habían luchado por reformas sociales, siendo portadores de una lucha por la justicia que debía establecerse, también, en normas jurídicas nuevas.

2. Ley y justicia

En el apartado anterior hemos hecho una cita de Vasconcelos, de 1914, el “revolucionario convencionista” que opone los textos legales a “la justicia que está en los corazones”; distingue, en el ámbito jurídico, entre ley positiva y justicia; entre la “justicia legal” y la “justicia de los corazones”. Pongo ahora a la consideración una reflexión de 1923, cuando Vasconcelos era ministro de Educación Pública, ya llamado “Maestro de la Juventud” de América, y está sacada precisamente de su famosa “Carta a la Juventud de Colombia”, publicada con el título de *Los Pueblos Iberoamericanos*:

...para que la vida social se convierta en una colaboradora del espíritu, hay que reformarla a base de franqueza y de justicia, franqueza que descubre la realidad hasta lo más recóndito y justicia derivada no de las leyes que son fruto de las argucias de la mente, sino de la ley superior del corazón. De esta suerte, produciendo riqueza con el trabajo y repartiendo los bienes con equidad...⁶³

⁶³ José Vasconcelos, *Los pueblos iberoamericanos*, Linotipografía Carlos Rivadeneyra, México, 1923, pp. 10-11.

Vasconcelos vuelve a oponer la ley positiva a la ley del corazón, considerando esta última superior; la primera lleva a una justicia legal, se puede decir; y la segunda a la justicia que proviene del corazón. Agrega un elemento más para analizar, dice que las leyes son “fruto de las argucias de la mente”; se puede decir, entonces, que son productos sólo de la razón.

El filósofo mexicano considera que la auténtica justicia o una justicia superior proviene no de la aplicación del texto legal a los hechos, haciendo un proceso lógico de subsunción de la norma al hecho, como lo propone el pensamiento dominante entonces –y aún ahora– de la Escuela de la Exégesis, expresión del positivismo jurídico; sino que la justicia es producto del corazón, es decir del sentimiento, de la emoción; la justicia auténtica es entrañable, es fruto del amor, de la misericordia.

Vasconcelos, al hacer estas reflexiones filosófico-jurídicas, está siendo consecuente con su teoría del conocimiento. El filósofo considera que la emoción no es únicamente función estética, sino que la emoción “es condición primaria y también final; en suma una manera inseparable de todo género de conocimiento. Un conocimiento sin emoción, mero esquema de cosa o de juicio, no corresponde a ninguna realidad: su actuar es estéril”.⁶⁴ Agrega que la realidad se nos presenta como sustancia dada a la conciencia por vía de la emoción.

Se puede afirmar que la justicia es producto del actuar de acuerdo con el conocimiento de la realidad, que se conoce no con razonamientos abstractos, sino con todos los sentidos, emocionalmente; y ese actuar justo, en justicia, ante la realidad, no es aplicando simplemente una ley positiva, sino guiándose por el corazón, por la emoción, por la *misericordia*, esa es la auténtica justicia.

La noción de justicia en Vasconcelos es en el sentido más pleno *restaurativa*, quiero decir que ante la realidad de injusticia, se restaura, se restablece la justicia. Y esa justicia es fruto de la *compasión*, es acción del corazón; no tiene sus raíces en la tradición de la filosofía griega, sino que hunde sus raíces en la tradición bíblica, y más concretamente en las enseñanzas y prácticas de Jesús de Nazareth.

Se aplica a la concepción de justicia en Vasconcelos, lo que Alejandro Rosillo comenta, desde la perspectiva de los derechos humanos,

⁶⁴ Vasconcelos, *Ética*, op. cit., pp. 743-744.

de la parábola de “El Buen Samaritano”, narrada en el Evangelio de Lucas (10, 29-37).

Si no se piensan estos derechos desde las realidades de injusticia, es fácil caer en el error de considerarlos como algo previo a la acción humana que construye la estructura social, de afirmarlos como meras categorías normativas que existen en un mundo ideal que están en espera de ser puestas en práctica. Pero desde la realidad de pobreza, desde esa realidad, por la cual Jesús se *compadeció*, se cae en la cuenta de que los derechos humanos se van creando y recreando en virtud de la lucha por modificar las estructuras sociales. El levita y el sacerdote conocían perfectamente el contenido de la Ley de Moisés. Eran conscientes del mandamiento del amor a Dios y al prójimo. Pero no sintieron *compasión* por el malherido, y por eso no fueron capaces de percatarse de sus carestías. Sólo el Samaritano se *compadeció* de él y respondió a sus necesidades.⁶⁵

Rosillo mismo explica que cuando se traduce en los textos bíblicos diciendo *compasión*, proviene del verbo griego *esplagijnizomai*, que se deriva del sustantivo *esplagjnon*, “que significa vientre, intestinos, entrañas, corazón, es decir las partes internas donde parecen surgir las emociones profundas”.⁶⁶

La justicia proviene de los corazones, de la *compasión*; así lo plantea Vasconcelos ante la “asamblea revolucionaria” de la Convención de Aguascalientes, que tenía como tarea afrontar y resolver la injusticia que padecía la mayoría de los mexicanos; y así también propone la justicia en su enseñanza para la juventud latinoamericana. No basta la ley, y su fría aplicación; es necesario la justicia que proviene del corazón, de la *compasión*.

VIII. EPÍLOGO

No quisimos dejar de traer a la memoria aspectos de la vida y la obra de José Vasconcelos, a cincuenta años de su fallecimiento, por lo

⁶⁵ Alejandro Rosillo Martínez, *Que fluya la justicia. Justicia y derechos humanos en los textos bíblicos: Una lectura jurídica*, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, Comisión Estatal de Derechos Humanos de San Luis Potosí, Centro de Reflexión Teológica, San Luis Potosí, 2003, p. 190.

⁶⁶ Rosillo, op. cit., nota 302.

trascendente de su pensamiento y de sus acciones para la cultura de México y de Latinoamérica.

Su obra jurídica, es cierto, no está a la altura de su obra cultural ni de su herencia filosófica. Pero su propia filosofía y las reflexiones teórico-jurídicas que destacamos, nos muestran que puede elaborarse una filosofía del derecho desde el pensamiento vasconceliano. Es cierto, la tarea está por hacerse.

DELINCUENCIA ORGANIZADA EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL. IMPLICACIONES EN LAS LEYES SECUNDARIAS ESTATALES Y DEL DISTRITO FEDERAL¹

Rodolfo FÉLIX CÁRDENAS

SUMARIO: I. *Imposibilidad de investigar, procesar, condenar y ejecutar penas por delitos de delincuencia organizada previstos en leyes estatales y del Distrito Federal.* II. *Definición de delincuencia organizada.* III. *Con motivo de la federalización de la delincuencia organizada, dejó de existir la facultad de atracción para estos delitos.* IV. *La federalización de la delincuencia organizada deja vacíos a los estados y al Distrito Federal en materia de extinción de dominio.* V. *Ley general en materia de secuestro.* VI. *Protección de datos personales.*

La reforma constitucional de junio de 2008,² sin duda de enorme trascendencia, tiene profundos aciertos, pero a la vez, marcados sinsabores. Hablando de delincuencia organizada queda claro que ésta, dado el sentido de la reforma a su artículo 73, fracción XXI, primer párrafo,³ *se federalizó*, al prever competencia única para el Congreso

¹ Conferencia sustentada en el Simposio Nacional sobre la Reforma Constitucional en Materia Penal organizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrado los días 9 a 11 de julio de 2009, en Juriquilla, Querétaro.

² *Diario Oficial de la Federación* de 18 de junio de 2008.

³ El artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece en el primer párrafo de su fracción XXI: El Congreso tiene facultad: XXI. Para establecer los delitos y las faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse; expedir una ley general en materia de secuestro, que establezca, como mínimo, los tipos penales y sus sanciones, la distribución de competencias y las formas de coordinación entre

de la Unión el legislar en esta materia, lo cual excluye de hacerlo a las entidades federativas.⁴ Pareciera que esa reforma simplemente quedó en ello, es decir, que su efecto ha sido convertir el tratamiento de la delincuencia organizada en un tópico estrictamente federal –lo que no es poco–, mas esto no ha sido así, pues ciertamente hay otras consecuencias que derivan de la misma y que traen consigo un severo impacto en el ámbito estatal como del Distrito Federal que conviene a la vez destacar.

I. IMPOSIBILIDAD DE INVESTIGAR, PROCESAR,
CONDENAR Y EJECUTAR PENAS POR DELITOS
DE DELINCUENCIA ORGANIZADA PREVISTOS
EN LEYES ESTATALES Y DEL DISTRITO FEDERAL

El artículo Sexto Transitorio de la reforma constitucional de 18 de junio de 2008 dice:

Sexto Transitorio. Las legislaciones en materia de delincuencia organizada de las entidades federativas, continuarán en vigor hasta en tanto el Congreso de la Unión ejerza la facultad conferida en el artículo 73, fracción XXI, de esta Constitución. *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.*

La referencia del Constituyente Permanente que se contempla en el transcrito artículo Sexto Transitorio, *es un desatino*. Sostener, a pesar de la reforma que se ha operado, que los procesos que se encuentren en instrucción aplicando las legislaciones locales en delincuencia organizada, como las penas que ya hayan sido impuestas por esos

la Federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios; *así como legislar en materia de delincuencia organizada.*

⁴ El artículo 124 constitucional dice: Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los estados. En este sentido, si las entidades federativas del país, lo que incluye al Distrito Federal han dejado de tener la facultad de legislar en materia de delincuencia organizada al pasar a ser ésta de exclusividad federal, *la consecuencia evidente es que los tipos penales de delincuencia organizada contemplados en las mismas se han derogado por efecto de dicha reforma.*

delitos acorde con las mismas, no se verán afectadas con motivo de la reforma en estudio y que deberán, en el primer caso, seguir su curso y en el segundo, mantener su ejecución, conforme a las leyes estatales y del Distrito Federal de delincuencia organizada, a las que llama *leyes vigentes*, muestra con claridad, que el Constituyente no ha podido distinguir entre lo que es la *materia procesal* de la *materia sustantiva*.

De esta manera, en ese artículo transitorio ha indicado que, a pesar de ser la delincuencia organizada ya sólo delito federal⁵ –por lo que ya no existen más delitos locales de delincuencia organizada–, debe mantenerse sometido a proceso a todo aquel que se le aplica una norma estatal o del Distrito Federal sobre delincuencia organizada y también, que se le debe mantener ejecutando una pena impuesta por delito estatal o del Distrito Federal en esa materia al que ya hubiere sido condenado; cuando es el caso que las disposiciones locales que contemplaban los tipos penales de delincuencia organizada se han derogado y, por ello, *sin delito, no hay proceso que instruir, ni pena que ejecutar*. Procede así, liberar a quien se encuentre bajo ese supuesto acorde con la garantía de legalidad penal⁶ no obstante que

⁵ Respecto del momento a partir del cual se considera que ello así ha sido, véase mi artículo “Algunas observaciones críticas a la futura reforma constitucional, con especial mención a la Delincuencia Organizada”, en *Libro Homenaje a Ricardo Franco Guzmán*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México 2008, pp. 214-219, en el cual sostengo que ello aconteció al día siguiente en que la reforma constitucional fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* por las razones que ahí expreso. Existe también publicación en la *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 32, de la Escuela Libre de Derecho, México, 2008, *Separata*, pp. 263 a 269. En otro sentido *cfr.* Nader Kuri, Jorge, en su ensayo de ingreso a la Academia Mexicana de Ciencias Penales: “Algunas consideraciones sobre la implementación de la Reforma Penal 2008”, que me fue proporcionado por su autor y a quien le agradezco me haya permitido referirme al mismo y en el que se sostiene que la reforma en materia de delincuencia organizada cuyo efecto fue su federalización, iniciaría vigencia hasta que el Congreso de la Unión ejerciera la facultad que le otorgó el artículo 73, fracción XXI, acorde con la interpretación que se ofrece del Artículo Sexto Transitorio, lo que de paso hay que decir, bajo esa interpretación, habría sucedido con motivo de la reforma, entre otras leyes, a la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 23 de enero de 2009, en vigor al día siguiente de dicha publicación.

⁶ Conforme a la garantía de legalidad penal que se recoge en el artículo 14 constitucional, no es posible instruir proceso sin que exista delito, como tampoco ejecutar una pena sin que exista delito asociado a la misma.

el constituyente haya optado por la fórmula de procesar sin delito y ejecutar penas sin delito.

El precepto Sexto Transitorio, contempla una disposición, si bien de vigencia temporal, contraria a la disposición general del texto constitucional que prohíbe procesar a alguien sin un delito, como a la vez, someter a alguien al cumplimiento de una pena sin que exista delito que se asocie a la misma. Frente a tal grave contradicción, nuestra tradición jurídica y la más elemental interpretación de las normas constitucionales transitorias conllevan a sostener la supremacía de la disposición general –garantía de legalidad penal– por sobre la transitoria que abiertamente la contraviene,⁷ por lo que el principio *nullum crimen nulla poena sin lege praevia* y la exigencia de un proceso debido que exige mínimamente la existencia de un delito por el cual procesar, impide aceptar el sostenimiento de un proceso sin delito y la ejecución de una pena sin delito.

En esta reforma, no se está frente a una “ley general” sobre delincuencia organizada que haya permitido trascender al ámbito federal y ser de posible aplicación en todos los órdenes jurídicos del Estado mexicano; por el contrario, se está frente a una ley federal que reserva por ello de manera expresa su competencia a la federación con el evidente efecto excluyente de los estados y del Distrito Federal en esa materia.

II. DEFINICIÓN DE DELINCUENCIA ORGANIZADA

Otro aspecto, por cierto, uno de los más preclaros absurdos que jamás se han cometido en una reforma constitucional,⁸ es que el Constitu-

⁷ Arteaga Nava, Elisur, *Derecho constitucional*, 2a. ed., Oxford University Press, México, 2004, p. 244, respecto de la interpretación del derecho constitucional transitorio refiere que, en el caso que una norma constitucional transitoria estuviera en contradicción con una norma constitucional ordinaria cabría afirmar, por una parte, que aquélla debe dársele una interpretación restringida, y a ésta, una general. *Llegado el caso ésta debe prevalecer sobre aquélla.*

⁸ Baste con recordar que las razones que llevaron al Constituyente Permanente a reformar el texto de la Carta Magna para prever en el mismo una definición de delincuencia organizada, se centraron en las distintas definiciones ofrecidas en los textos estatales y en lo que consideró daría más claridad a los súbditos de la norma, cuando no sólo ello abrió el debate sobre la “existencia o no de un tipo penal” que ni siquiera ha clarificado a los expertos y, cuando resultó ser que, si se federalizaba la materia de delincuencia organizada por la reforma sufrida a la vez al artículo 73, fracción XXI constitucional, no cabría ya

yente llevara al texto de la Carta Magna la *definición*⁹ de delincuencia organizada de la que se desprende que, además de la reunión del número de sujetos que precisa y de otras circunstancias, se deja *en la ley de la materia* [entiéndase ley secundaria que en el caso es la Ley Federal de Delincuencia Organizada] decir en última instancia, siguiendo los lineamientos de esa *definición*, cuándo estamos en presencia de delincuencia organizada, lo que incluye, cuáles son los delitos que pueden llegar a conformar el correspondiente tipo penal, las penas asignadas, circunstancias modificativas de la pena, etcétera. El artículo 16 constitucional establece en su actual noveno párrafo:

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.*

A este respecto, en los trabajos de discusión relativos al concepto constitucional de delincuencia organizada efectuados con motivo del “Congreso Nacional de Juzgadores del Poder Judicial de la Federación Sobre la Reforma Constitucional en Materia Penal”, uno de los aspectos sometidos a discusión fue precisamente la existencia o no de un tipo penal o de una definición de delincuencia organizada en el artículo 16 de la Carta Magna. La posición predominante se inclinó

ninguna otra definición que no fuera la que produjera la ley ordinaria federal, luego, resultó absolutamente inútil e injustificado trastocar de esa manera la Constitución Política. Sobre este aspecto véase Félix Cárdenas, Rodolfo, *Libro Homenaje*, pp. 219 a 224.

⁹ A este respecto, se ha pronunciado mayormente el Poder Judicial Federal sosteniendo que en ese apartado se estableció el *concepto o la definición* de delincuencia organizada y *no un tipo penal*. Véase Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Comentarios a la Reforma Constitucional en Materia Penal*, Mesas Redondas abril-mayo 2008, 1a. ed., noviembre 2008 (edición a cargo de la Dirección General de la Coordinación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación), particularmente sus pp. 8, 75, 114, 191, 244, 313, 374, que contienen al respecto el trabajo y la conclusión a la que se arribó en distintas Mesas de Trabajo integradas por servidores públicos del Poder Judicial de la Federación. En esa línea, resultaron absolutamente mayoritarias las Conclusiones que se aprecian del *Congreso Nacional de Juzgadores del Poder Judicial de la Federación sobre la Reforma Constitucional en Materia Penal 2008*, en la obra del mismo nombre, publicada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1a. ed., mayo 2009 (edición a cargo de la Dirección General de la Coordinación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación), según se desprende de su parte introductoria relacionada con el Tema 2, “En torno a la Delincuencia Organizada”, fojas XIX y XX, así como a pp. 131-134 y 138 y 139.

por descartar la presencia de un tipo penal,¹⁰ sin embargo, el criterio mayoritario se hizo prevalecer bajo la óptica de *una convivencia para la seguridad y certeza jurídica*.¹¹ Al vaciar las Conclusiones generales del Congreso, a foja XX se dice:

La inclusión del concepto de "delincuencia organizada" en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como las restricciones de algunas de las garantías individuales a los sujetos que intervienen en el crimen organizado, generan el reconocimiento a nivel constitucional de un régimen especial constituido por un procedimiento especialmente regulado tratándose de la delincuencia organizada, el cual implica una excepción al sistema general de derechos individuales del que debe gozar todo gobernado y que tiene como causa, la intención del Estado de combatir a la delincuencia organizada, que afecta a toda la sociedad en la actualidad.

El concepto de delincuencia organizada establecido a nivel constitucional, dio lugar a la discusión relativa a determinar si se trata de un tipo penal acabado o solamente una definición que debe ser precisada o completada en la ley secundaria; de igual manera, se debatió sobre la posible doble naturaleza de la norma constitucional que contiene el concepto de delincuencia organizada, es decir, como norma operativa y contenido materialmente descriptivo de tipo, o bien como norma programática y delimitadora de lineamientos básicos para efectos de su regulación ulterior; al respecto, prevaleció el criterio de que es esta última la que debe privilegiarse, *bajo una óptica de conveniencia para la seguridad y certeza jurídica*.

Con respecto a la presencia de un tipo penal en la Constitución Política, conviene recordar que ya en el año 2002 por votación unánime el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció en el "Caso Salinas de Gortari" que conoció con motivo de un recurso de revisión interpuesto por cuestión de inconstitucionalidad de ley —artículo 224 del Código Penal Federal relativo al delito de enriquecimiento ilícito— emitiendo siete tesis jurisprudenciales;

¹⁰ Véase *supra* nota a pie 9.

¹¹ Así se observa de la lectura que se haga a la Conclusión Cuarta de la Mesa 2, relativa al Subtema a): Delincuencia Organizada concepto constitucional, que aparece en las páginas 138 y 139 de la publicación que contiene el Congreso referido, en la que tomaron parte los señores magistrados Martha M. del C. Hernández Álvarez, Rubén Arturo Sánchez Valencia, Héctor Lara Hernández; siendo moderador el magistrado José N. Luna Castro.

entre ellas, la Tesis XXXIX/2002,¹² en la que sostuvo, frente a una referencia que se hace en el artículo 109 de la Carta Magna respecto del enriquecimiento ilícito, que era en la propia Constitución Política —artículo 109— en donde se había previsto el tipo penal del delito de enriquecimiento ilícito,¹³ con lo cual, la sombra de ese mal antecedente¹⁴ puede ser aquí un factor que estimule la misma equivocación.

Si se aceptara que el Constituyente Permanente ha creado el tipo penal de delincuencia organizada en el artículo 16 constitucional, habrá que concluir bajo dicha interpretación que el mencionado delito "se constitucionalizó" configurándose de esta manera un "tipo penal constitucional",¹⁵ cuyos "elementos integradores" vendrían a constituir el tipo penal del delito de delincuencia organizada con lo cual, dicho tipo penal sería un "tipo cerrado" al que, por ser así "no le faltaría ni le sobraría ningún elemento", luego, toda la estructura típica del delito de delincuencia organizada estaría vaciada en la Carta Magna. De esta manera, por estar frente a un "tipo penal constitucional" su materia habría quedado *reservada* al Constituyente Permanente

¹² Tesis XXXIX/2002 del Tribunal Pleno cuyo rubro es: 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 Política. Ponencia del señor ministro don Sergio Salvador Aguirre Anguiano; Secretarios: Eduardo Ferrer MacGregor Poisot y Arnulfo Moreno Flores, Unanimidad de 11 votos, dictada con motivo del juicio de amparo en revisión 1293/2000, de fecha 15 de agosto de 2002, siendo quejoso el señor Raúl Salinas de Gortari.

¹³ Un estudio crítico de esa tesis jurisprudencial puede verse en Félix Cárdenas, Rodolfo, "Enriquecimiento ilícito y principio de legalidad. El criterio del Tribunal Pleno (análisis de la Tesis de jurisprudencia núm. XXXIX/2002)", en *Revista de Derecho Penal, Separata* 2004-2 (Rubinzal-Culzoni, Argentina), pp. 31-98. Existe también publicación en el núm. 34 de la *Revista Jurídica*. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, *Separata*, pp. 363 a 408. En sentido crítico sobre la regulación del delito de Enriquecimiento Ilícito véase Cárdenas Rioseco, Raúl F., *Enriquecimiento Ilícito. Inconstitucionalidad del artículo 224 del Código Penal Federal. Problemática que plantea la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos en la aplicación de este ilícito*, Porrúa, México, 2001.

¹⁴ Conforme a la certificación efectuada en la tesis mencionada, llevada a cabo por el licenciado José Javier Aguilar Domínguez, Secretario General de Acuerdos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación textualmente se señala: Que el Tribunal Pleno en su sesión pública celebrada el quince de agosto en curso, aprobó, con el número XXXIX/2002, la tesis aislada que antecede; y determinó que *la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial*, México, Distrito Federal, a dieciséis de agosto de dos mil dos. *Cursivas añadidas*.

¹⁵ Expresión que aquí utilizo con fines meramente didácticos.

por lo que nadie, de no ser el poder reformador de la Constitución podría modificar esos elementos típicos.¹⁶

Y si la materia, según los que así opinan,¹⁷ es constitucional [tipo penal constitucional] y, por ello *reservada* al Constituyente Permanente, entonces *no habría más tipo penal de delincuencia organizada* que el previsto en el artículo 16, párrafo noveno de la Carta Magna, de ahí que esa afirmación sosteniendo la creación del tipo penal en la Constitución Política hace incongruente la referencia que el propio Constituyente Permanente adujo en el mismo artículo 16 al referir, que se entiende por delincuencia organizada, una organización de tres o más personas para cometer delitos de manera permanente o reiterada “*en los términos de la ley de la materia*”, pues, frente a un tipo penal previsto en la Constitución Política, el legislador ordinario federal estaría impedido a legislar al respecto por haber pasado el Constituyente Permanente a convertirse en legislador penal.

A su vez, de aceptar que el Constituyente Permanente en realidad creó el tipo penal de delincuencia organizada en el texto constitucional, *ninguna razón sistemática ni de ningún otro orden* habría en conceder al legislador ordinario federal para punir dentro del ámbito de su competencia el delito de delincuencia organizada tal y como lo hiciera el propio Constituyente Permanente en la aludida reforma constitucional, constituyéndose ello en grave contradicción sistemática, pues aun cuando las normas constitucionales no se encuentran en contraposición, sino que se armonizan,¹⁸ la inquietante interpretación

¹⁶ Si se siguiera la interpretación que sostiene la existencia de un tipo penal en la Constitución Política, habría que entender que, si el Constituyente Permanente reformó la Constitución creando en el artículo 16 hoy noveno párrafo el “tipo penal de delincuencia organizada”, por tratarse de materia constitucional sería ésta *reservada para ese poder*, con lo que cobraría aplicación el artículo 135 de la Carta Magna.

¹⁷ Entre quienes sostienen esta posición se encuentran: la Dra. Olga Islas de González Mariscal [así expresado durante el debate de la reforma constitucional llevado a cabo en el mes de enero de 2008, en el Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, intitulado “La Reforma Penal en México. Análisis, críticas y perspectivas”; como el señor magistrado Héctor Lara González, quien así lo sostuvo en el *Congreso Nacional de Juzgadores del Poder Judicial de la Federación sobre la Reforma Constitucional en Materia Penal 2008, op. cit.*, p. 137, acotando su postura en contra de que el legislador mexicano ha establecido en la Constitución Política el concepto de delincuencia organizada, al estimar que *ésta contiene desde un punto de vista material un tipo penal, lo cual es exclusivo de las leyes secundarias*.

¹⁸ Arteaga Nava, *op. cit.*, p. 8, señaló al respecto: En teoría el texto de la constitución es un todo armónico y congruente; todas sus partes están conformadas de tal manera que

que realizan algunos y que se analiza, conduciría a *la quiebra de ese principio* al resultar claro que, si el poder reformador de la Carta Magna previó el delito de delincuencia organizada en el artículo 16 en su hoy noveno párrafo, su materia se habría “constitucionalizado” quedando en consecuencia como *materia reservada* al Constituyente Permanente, luego, si esto es así, no habría por qué facultar al Congreso de la Unión a legislar sobre una materia *reservada* a aquel poder,¹⁹ tal y como así lo faculta el propio texto del artículo 16 referido cuando alude a: *en los términos de la ley de la materia*.

La quiebra del principio enunciado a que conduciría la interpretación que se somete a crítica es patente. Si hay “tipo penal constitucional”, resultaría *sistemáticamente equivocado y una aberración jurídica*, que el propio Constituyente hubiere permitido al Congreso de la Unión la creación del tipo penal de delincuencia organizada considerando, eso sí, el contorno que le marcó en el hoy noveno párrafo del artículo 16 constitucional, pues resulta evidente que si ese “tipo penal constitucional” no podría sino ser un *tipo cerrado* al estar dados ya sus elementos integradores a ese nivel,²⁰ nadie, de no ser el Constituyente Permanente podría *agregar o suprimir* alguno de sus elementos, con lo cual no podría ser alterado sino por vía de la aplicación del artículo 135 constitucional. De ser así, el Congreso de la Unión quedaría inhabilitado para la creación del tipo penal en ley ordinaria y no sólo eso, sino para la fijación de su punibilidad, como para la previsión de circunstancias modificativas, entre otros aspectos, al ser que por disposición constitucional no podría legislar sobre materia reservada al poder reformador de la Constitución, quedando la duda entonces de *¿cómo interpretar la referencia del artículo 16 en comentario cuando alude a: en los términos de la ley de la materia, si en ello no podría existir referencia alguna a los elementos típicos del delito?*, pues el legislador ordinario federal no estaría

nada sobre ni falte; que unas a otras no se contradigan o neutralicen y que, más bien, se complementen y adecuen.

¹⁹ Si existe una materia *reservada* para el Constituyente Permanente, el texto del artículo 16 en su actual noveno párrafo constitucional resultaría intangible mientras el mismo no fuese cambiado por vía del artículo 135 de la propia Carta Magna, luego entonces, no tendría aquí aplicación el artículo 73, fracción XXI, en su parte primera, de la Constitución Política.

²⁰ El Tribunal Pleno sostiene que el tipo penal creado por el Constituyente Permanente en el artículo 16 en su actual noveno párrafo de la Carta Magna, *contiene todos sus elementos integradores*.

facultado a *quitar ni a poner* elemento típico alguno de los que según quienes consideran que hay tipo penal de delincuencia organizada en la Constitución Política estarían previstos en el artículo 16, noveno párrafo, como los que son: *todos sus elementos integradores*, por ello, no cabría sino aceptar que con esa interpretación, lo que se habría dejado al Congreso de la Unión tendría que ser algo diferente que, sin formar parte de la estructura típica en cuestión, o sea, sin alterar en lo más mínimo los elementos integradores del que entienden como "tipo penal constitucional de delincuencia organizada" deban ser considerados para hacer factible la persecución penal por ese delito y la cuestión es, ¿qué podría serlo? Sin duda, la interpretación que ofrecen quienes asumen esa postura conduce a un callejón sin salida.

A su vez, si existiese un "tipo penal constitucional de delincuencia organizada" según interpretación de algunos, ello conlleva a cuestionarse acerca de la punibilidad. El artículo 16 de la Carta Magna en su noveno párrafo sería en ese sentido una *norma imperfecta* al carecer de sanción²¹ y por ello, una puerta sin cerradura para la delincuencia organizada, no sólo local, sino incluso federal.²²

Por otro lado, como bajo la interpretación que brindan estaríamos frente a una materia *reservada* al Constituyente Permanente y, por tanto prohibida para el Congreso de la Unión, resultaría que la punibilidad prevista en la Ley Federal de Delincuencia Organizada para este delito no tendría aplicación al caso, con lo que la interpretación enunciada conduce en esta materia a la *más absoluta impunidad*.

También ocurriría bajo esa equivocada interpretación, que ningún delincuente miembro de la delincuencia organizada podría ser sometido a la justicia penal, pues para ello se requeriría de la instrucción de un proceso cuyas bases normativas no se encuentran previstas,²³

²¹ Véase García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 43a. ed., Porrúa, México, 1992, pp. 90 y ss.

²² Sobre la estructura de la norma jurídico-penal, véase Muñoz Conde, Francisco, *Introducción al derecho penal*, 2a. ed., Ed. B. de F, Montevideo-Buenos Aires, 2003, pp. 44 y ss. La interpretación que ofrecen quienes consideran que el Constituyente Permanente ha creado el tipo penal de delincuencia organizada en el artículo 16 constitucional, conduce a la aceptación de una norma sin sanción, luego, acorde con la garantía de legalidad penal, dicho supuesto tipo penal sería de imposible aplicación.

²³ El proceso penal federal que se recoge esencialmente en el Código Federal de Procedimientos Penales está diseñado para instruir procesos por delitos del orden federal, de entre los cuales no se encuentran sino los previstos en *leyes federales y en tratados internacio-*

como tampoco lo está *el órgano al cual le sería competente instruir esa causa*,²⁴ con ello, de nueva cuenta, esa interpretación llevaría en esta materia a la *más absoluta impunidad*.

Por esto, la interpretación sostenida por quienes piensan que en el artículo 16 constitucional, noveno párrafo, la referencia a la delincuencia organizada no se trata de una definición, sino de un tipo penal, a mayor abundamiento, resulta del todo equivocada por diversas razones:

a) Las disposiciones de la Constitución Política de un Estado poseen un alto grado de abstracción, que llega a su máxima amplitud

nales, no quedando comprendidos en ellos la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por consiguiente, nuestro sistema de enjuiciamiento penal no está diseñado para instruir causa por delitos que pudiera el Constituyente Permanente haber creado en la propia Carta Magna, lo que se antoja evidente, pues resulta *sistemáticamente impensable* y aun contrario al pacto federal que el Código Político de los mexicanos se sustituya al legislador ordinario para convertirse en Código Penal; por lo mismo, no se ha previsto un procedimiento de esta naturaleza para ser instruido cuando se comete un delito cuyo tipo penal se hubiese previsto a nivel constitucional, lo cual impediría su juzgamiento frente a la exigencia que se desprende del artículo 14 de contar con leyes previas para ello.

²⁴ Se trataría de juzgar penalmente a un servidor público en aplicación de un "tipo penal constitucional", para lo cual no se encuentran facultados los jueces de distrito, quienes por disposición del artículo 50 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación son competentes tan sólo para conocer: I. De los delitos del orden federal, siendo éstos los previstos en *leyes y tratados internacionales pero no en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. La falta de un juez ordinario previamente determinado por ley al hecho, hace imposible la instrucción de un proceso por el delito de delincuencia organizada cuyo tipo penal, malamente se interpreta se ha previsto en la Carta Magna. Como refiere Juan Burgos Ladrón de Guevara, *El juez ordinario predeterminado por ley*, 1a. ed., 1990, Ed. Civitas, Madrid, 1990, p. 12, el derecho constitucional al juez ordinario... exige, en primer término, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional. Pero exige también que la composición del órgano judicial venga determinada por la ley y que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente. De esta forma se trata de garantizar la independencia e imparcialidad que el derecho en cuestión comporta, y que se recoge expresamente en el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 16.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. *Puntos suspensivos añadidos*. El caso del Poder Judicial Federal en el Estado mexicano se encuentra fundamentado en los artículos 14, párrafo segundo, 94, 95, 96, 97, 98, 100 y 101 constitucionales, así como los diversos 105, 106, 108, 110, 111, 112, 113, 114, 118, 119, 120, 121, 150, 151, 152, y 155 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

respecto de las normas de principio o de carácter programático, *se trata de disposiciones que en su mayor parte formalizan principios y valores* que el Constituyente ha considerado esenciales para la comunidad política.²⁵ 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, etcétera;²⁶ *“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 siquiera está para contener ni definir sus estructuras, mucho menos para servir como Código Penal.²⁷

²⁵ Véase Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, Porrúa, México, 1999, p. 164.

²⁶ Arteaga Nava, *op. cit.*, p. 40, un intento interpretativo de la Constitución Política debe partir de la premisa de que ella es un documento legal, de naturaleza suprema, que prevé la organización de un Estado bajo una forma determinada, específica y propia, con vista a lograr 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. Aparicio Pérez, Miguel Ángel. “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 Zanchetta, Giuliano Turone, Clemente Auger Liñán, 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* (recuérdese la ya clásica distinción de Alejandro Nieto entre normas completas e incompletas) o *normas de programación final*, es decir, directrices a los poderes públicos para que lleven a cabo una determinada política en ámbitos concretos: pleno empleo, desarrollo económico, medio ambiente, salud, etc., 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, Maihofer, Voguel; Hesse y Hayde, *Manual de derecho constitucional*, 2a. ed., prolegómena y traducción de Antonio López Piña, Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 5.

²⁷ Cfr. Arteaga Nava, *op. cit.*, p. 5, al referirse al alcance de la facultad reformadora prevista en el artículo 135 constitucional señala que ella *no reconoce límites*; puede estar referida a *toda clase de preceptos*, contengan o no decisiones políticas fundamentales. Cursivas añadidas. Del mismo autor, *Tratado de derecho constitucional*, vol. 3, Oxford

b) Desde la presentación de las diversas iniciativas de reforma constitucional que dieron origen a la reforma del 18 de junio de 2008,²⁸ así como de su discusión, nunca fue planteado, ni siquiera de la manera más simplista sugerido, consecuentemente, tampoco discutido ni aprobado que en el artículo 16 constitucional la intención fuera crear el tipo penal de delincuencia organizada.

El Constituyente Permanente, consciente que su función en la reforma constitucional no es la de generar en la Carta Magna tipos penales; al ocurrir la reforma de junio de 2008 no se dio a la tarea de asumir la función penal nada deseable a tal investidura —pues ciertamente la Constitución Política está muy por encima de ello—, sino que, tan sólo plasmó en la misma *un mandato* al Congreso de la Unión para que legislara observando los lineamientos precisados en el texto del artículo 16, noveno párrafo, el tipo penal de delincuencia organizada, su punibilidad, las circunstancias modificativas que se estimaren, etcétera, o sea, legislar en esa materia, con lo cual dejó claro que la delincuencia organizada debía ser sobre la base constitucional establecida, definida por el legislador federal ordinario, para lo cual quedó a cargo del Congreso de la Unión la generación de las normas conducentes para tales fines; es por esta razón que corresponde al Congreso de la Unión, observando ese mandato, que debe proceder a dar nacimiento en ley ordinaria al tipo penal correspondiente.²⁹

University Press, México, 1999, p. 871, refiere: De todo lo anterior es más válido concluir que el constituyente mexicano se inclinó por el punto de vista de que la combinación de órganos establecida en la constitución como competente para hacer modificaciones a la misma, *lo puede hacer sin limitación alguna* que por el punto de vista de que existen determinados principios, los cuales no pueden ser tocados; citando como nota a pie 27 en la misma página el criterio de la Suprema Corte de Justicia en tesis de 28 de agosto de 1918, que ha sostenido: *“...El poder constituyente puede hacerlo todo...”*, en el juicio de amparo mixto en revisión, Ignacio Hernández, t. III, p. 586. Cursivas añadidas. Para nosotros la posibilidad dentro de nuestro sistema constitucional que el Constituyente Permanente reforme la Carta Magna incluso para prever en la misma que un tipo penal existe, sin embargo, ello *no nos parece deseable*, pues consideramos que la Carta Magna está más allá de ser pasada como un ordenamiento penal.

²⁸ *Diario Oficial de la Federación* del 18 de junio de 2008.

²⁹ Para un símil con la reforma constitucional al artículo 16, hoy en su párrafo noveno que alude a: *“en los términos que establezca la ley de la materia”* dejando en el legislador ordinario federal la creación del tipo penal bajo el contorno señalado por el legislador constituyente; con relación al delito de Enriquecimiento Ilícito en el que se ha presentado un debate similar y la ineludible obligación de los legisladores secundarios de crear los tipos penales por ley ordinaria, véase Búnster, Álvaro, “La responsabilidad penal del servidor

De hecho, desde 1996 en que surgió la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada nació el tipo penal, el cual con el tiempo ha venido a ser ampliado incrementándose los delitos relacionados con el mismo, a través de diversas reformas sufridas por esta ley.

La Constitución Política es clara en su artículo 16, noveno párrafo, al dejar en esa definición, después de señalar a la organización de hecho compuesta de tres o más personas para cometer delitos en forma permanente o reiterada, que será delincuencia organizada lo que así se establezca en *términos de la ley de la materia*, con evidente remisión a la Ley Federal de Delincuencia Organizada a la que, por consiguiente, el Constituyente Permanente le encargó la configuración del tipo penal, su punibilidad, sus circunstancias modificativas, entre otros; lo que no quiere decir otra cosa que, siguiendo los lineamientos precisados en esa *definición*, se dejó en el legislador ordinario federal decir en ley cuándo se está ante o frente a la delincuencia organizada.

Además, se antoja, por evidente que es, que en la *definición* de delincuencia organizada prevista en el artículo 16 constitucional, párrafo noveno, la organización de hecho de tres o más personas para delinquir de manera permanente o reiterada, bien puede configurar *asociación delictuosa*, si se toma en consideración que la diferencia existente entre esta figura y la delincuencia organizada está solamente en los delitos que se relacionan con esta última y que se precisan en el artículo 2 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada,³⁰

público”, Álvaro Bunster, José Barragán, Héctor Fix-Zamudio, Manuel González, José de Jesús Orozco Henríquez, José Luis Soberanes Fernández, *Las responsabilidades de los servidores públicos*, Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G. Estudios doctrinales, núm. 88, México 1984, pp. 24 y ss., quien refiriéndose a la *ley-artículo 224 del Código penal federal- y en atención a que con razón sostuvo que en el artículo 109 de la Carta Magna no se creó el tipo penal*, señala que la ley por lo tanto, *no estaba obligada a reproducir meramente al precepto constitucional en esta materia; antes bien, estaba obligada a no hacerlo*, pues la Constitución le ordenaba, para acuñar el o los tipos de enriquecimiento ilícito, fijar los casos y circunstancias en que éste se entendía configurado, con el respeto debido al mandato constitucional contenido en el tercer párrafo de la carta fundamental de no imponer pena alguna decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata, lo que, visto desde el ángulo de la ley penal y no del hecho subsumible en ella, implica el mandato de hacer leyes en que se describa precisa, minuciosa y claramente la conducta incriminable. *Cursivas añadidas.*

³⁰ El criterio del máximo tribunal es el siguiente: DELINCUENCIA ORGANIZADA. EL DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 20. DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, ES AUTÓNOMO CON RESPECTO AL DE ASOCIACIÓN DELICTUOSA CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 164 DEL CÓDIGO

luego, si lo que se *definió* no fue la asociación delictuosa, está claro que a nivel del precepto garante que se comenta no existe un tipo penal, sino sólo los lineamientos a considerar por el legislador ordinario al crear el tipo penal de delincuencia organizada y todo aquello que estime inherente o relacionado con el mismo. No hay duda, el párrafo noveno del artículo 16 de la Carta Magna prevé la *definición* de delincuencia organizada que no deja de ser incompleta pues por ello se ha dejado en el legislador ordinario federal su concreción.

Por último, baste con la simple lectura del texto del párrafo noveno del artículo 16 referido para apreciar que en el mismo está ausente toda consideración de un tipo penal de delincuencia organizada, pues no ha de olvidarse que, como refiere Cerezo,³¹ los tipos penales se forman a partir de abstracciones de la vida real, así, la generación de un tipo penal exige del recogimiento que haga el derecho de un “ente” para convertirlo en objeto de interés jurídico, a lo que se denomina como “bien jurídico” que, tras ser valorado por el legislador y encontrar que requiere de una mayor tutela como lo es por vía de la sanción

PENAL FEDERAL. De conformidad con el primero de los numerales citados, los elementos integradores del delito de delincuencia organizada son los siguientes: a) Un acuerdo de tres o más personas para organizarse o la existencia de esa organización; b) Que el acuerdo para organizarse o la organización sea en forma permanente o reiterada; c) Que el acuerdo o la organización tengan como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos que señala el artículo 2o. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. Por su parte, el artículo 164 del Código Penal Federal establece que el delito de asociación delictuosa es el acuerdo de constitución de una asociación u organización de tres o más personas, cuyo elemento subjetivo específico lo constituye el propósito de delinquir, esto es, cometer ilícitos. De lo anterior puede establecerse el rasgo distintivo entre ambas figuras delictivas, ya que mientras el delito de delincuencia organizada tiene como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos expresamente establecidos en el artículo 2o. de la ley citada, el delito de asociación delictuosa, en forma general, sólo se refiere al propósito de delinquir, sin hacer referencia a la clase de delitos que pueden cometerse. En estas condiciones, ambos tipos penales pueden contener elementos constitutivos análogos, sin embargo, el rasgo distintivo anotado permite advertir que el delito de delincuencia organizada es un tipo penal autónomo en relación con el diverso de asociación delictuosa; máxime que la autonomía del delito de delincuencia organizada se corrobora con lo dispuesto en el citado artículo 2o., en el sentido de que: “...serán sancionadas por ese solo hecho...”, excluyendo dicha porción normativa la aplicación del diverso tipo penal de asociación delictuosa. Amparo en revisión 1212/2004. 20 de octubre de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jaime Flores Cruz. Novena época. No. Registro: 179616. Instancia: Primera Sala. Tesis Aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXI*, enero de 2005. Materia(s): Penal. Tesis: 1a. CLXVIII/2004, p. 412.

³¹ Cerezo Mir, José, *Curso de derecho penal español. Parte General II. Teoría jurídica del delito*, 6a. ed., Tecnos, Madrid, 1998, pp. 110 y ss.

penal, se eleva a la categoría de bien jurídico penalmente tutelado y esa valoración se ha de comprender en una norma jurídica en la que se establecerá la materia de prohibición,³² consecuentemente hay una prelación lógica: valoración jurídica (bien jurídico)-norma prohibitiva (conducta prohibida, desvaloración jurídica);³³ dicho de otra manera, “los tipos penales no surgen de la nada, como tampoco se constituyen o traducen en una declaración de principios, ni en la transcripción del contenido de una norma incompleta o programática, cual es el caso de una norma constitucional”.

Los tipos penales que ante todo son *tipos de injusto*, son el concepto básico del sistema del delito al determinar, bien en forma positiva, o bien negativa, todo cuanto interesa al derecho penal.³⁴ La norma constitucional cuya característica precisamente es la de estar construida mediante *preceptos puramente valorativos, mandatos incompletos o normas de programación final* no posee ese proceso de abstracción que conlleva a la generación de un tipo penal pues para ello, se consideran diversos elementos inspirados precisamente en cierta política criminal que vendrán a establecer las características externas o internas de la conducta punible.

La generación de un tipo penal exige un proceso de abstracción, desde la selección del “ente” mismo que habrá de recibir tutela penal, hasta el nacimiento de la norma generada para ello que subyace al tipo, pero que, se conoce a través de éste. En ese proceso existe una ineludible valoración orientada por una determinada política criminal, de esta manera *no es aceptable concluir que un tipo penal se forme por una manifestación programática, ni incompleta, ni por una declaración de principios que es lo que caracteriza a las normas de corte constitucional*, sino la descripción de una conducta como acreedora de pena, a lo que se llega, como se ha dicho, después de un proceso de abstracción, “no de los elementos contenidos en una

³² Zaffaroni, Raúl Eugenio, *Teoría del delito*, Ediar, Buenos Aires, 1973, *op. cit.*, p. 215, refiere que, de este modo, el interés jurídico tiene un signo positivo cuando hace de un ente un *objeto de valor jurídico* (bien jurídico), manifestándose esta valoración en normas que prohíben conductas que le afecten, con lo cual estas conductas devienen objetos de interés jurídico con signo negativo, o sea, *objetos de desvalor jurídico* (conductas prohibidas). Cursivas y paréntesis en texto original.

³³ Zaffaroni, *loc. cit.*

³⁴ Véase Cobo del Rosal, Manuel y Vives Antón, Tomás S., *Derecho penal. Parte General*, 5a. ed. corregida, aumentada y actualizada, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 312.

norma que por naturaleza es puramente valorativa, incompleta o de programación final”.³⁵

Frente a ese mero enunciado que, a la manera de *definición* de delincuencia organizada se consagra en el párrafo noveno del artículo 16 constitucional cabe cuestionarse ¿en dónde se encuentra ahí el bien jurídico? ¿A qué delito o delitos se refiere o con qué delitos se relaciona la delincuencia organizada? La respuesta es simple, sin tipo penal no es factible la consideración de esos aspectos, luego, por evidente que resulta, el numeral garante aludido *no contiene el tipo penal de delincuencia organizada*, sino una *definición* que establece las bases mínimas a considerar por el legislador secundario federal para su generación, la que, por cierto, no sólo aconteció con la creación de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada en 1996, sino que, con el tiempo, se ha venido incrementando.

En los referidos términos, tampoco parece ser convincente el criterio mayoritario expresado en el Congreso Nacional de Juzgadores Federales relacionado con la reforma constitucional en materia penal 2008,³⁶ que, si bien se pronunciaron mayoritariamente para hacer prevalecer que en la Constitución Política el artículo 16 recoge una *definición* y no un tipo penal de delincuencia organizada, se arribó a esa conclusión a la que se llegó no por cuestiones de orden técnico—lo que dicho sea de paso hace dudar respecto de si de fondo su verdadero criterio apuesta por un tipo penal y no por su definición—sino por hacer prevalecer *una convivencia para la seguridad y certeza jurídica*, lo que no parece implicar otra cosa que para evitar males mayúsculos de sostener la presencia de un tipo penal. En realidad, razones jurídicas de fondo sobran para arribar a la conclusión que lo que expresó el poder reformador de la Constitución fue una *definición* de delincuencia organizada.

Esa *definición* del hoy párrafo noveno del artículo 16 constitucional, resta por señalar, contempla los *requisitos mínimos* que el legislador penal federal debe observar en la creación del tipo penal de delincuencia organizada, lo que supone que menos de esos requisitos [por ejemplo, contemplar dos en lugar de tres personas, o eliminar la referencia a la permanencia] no podrán nunca ser tenidos para esos

³⁵ Véase *supra* nota a pie 26, con referencia a Aparicio Pérez.

³⁶ Véase *supra* pp. 4 y 5, y nota a pie 11.

efectos, pues se torna en una garantía del justiciable su presencia en la estructura típica de delincuencia organizada, a no ser, que se optare por una *mayor exigencia* [por eje, requerir cinco sujetos o más, y ya no tres como mínimo para estar frente a ese delito] en cuyo caso, esa garantía se vería ampliada benéficamente para los justiciables.

III. CON MOTIVO DE LA FEDERALIZACIÓN DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA, DEJÓ DE EXISTIR LA FACULTAD DE ATRACCIÓN PARA ESTOS DELITOS

Al definirse en el artículo 16 constitucional la delincuencia organizada, el Constituyente Permanente dejó en el legislador ordinario la creación del tipo penal, la precisión de la pena, las modalidades del delito, etcétera. Quedó en esa ley decir cuándo se está frente a la delincuencia organizada y por ello, cuándo se está en un ámbito punitivo federal.³⁷

Así, el artículo 2 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, después de referir en diversas fracciones [I a IV] distintos delitos que entran en ese catálogo [delitos de delincuencia organizada], en su fracción V enumera también a la corrupción, pornografía, turismo sexual, lenocinio, todos de personas menores de 18 años o que no tienen capacidad de resistir el acto o de conocer el significado ilícito del hecho; al tráfico de menores o de personas que no tienen capacidad de conocer el significado ilícito del hecho; así como ciertos supuestos de asalto, secuestro y robo de vehículos, todos ellos de la mayor gravedad, para concluir señalando que también, *estos mismos delitos previstos en las correspondientes legislaciones estatales y del Distrito Federal son delincuencia organizada pues al efecto dice: "O en las disposiciones correspondientes de las legislaciones penales Estatales o del Distrito Federal"*. El único supuesto que no entra en esta fracción es el delito de trata de personas.

En su artículo 3, la ley de análisis hace referencia a un aspecto eminentemente procesal: la "facultad de atracción" que la federación puede ejercer sobre esos delitos de la fracción V cometidos en los

³⁷ Desde que surgió la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada en 1996, se creó el tipo penal de delincuencia organizada, el cual se ha visto incrementado a través del tiempo con la inclusión de otros delitos en su artículo 2, el cual nuevamente se ha visto reformado según publicación del *Diario Oficial de la Federación* del 23 de enero de 2009.

estados o en el Distrito Federal *que sean equivalentes a los referidos en esa fracción*, siempre que participe en ellos un miembro de la delincuencia organizada. En todo caso, quedaba claro antes de esta reforma constitucional que esos delitos no eran federales —eran locales—, pero que podían ser atraídos por la federación.³⁸

El punto es que no sólo esa "facultad de atracción" aquí ha desaparecido, sino que, lo que es en su origen de competencia eminentemente local, ha pasado a convertirse por la reforma en materia federal, pues al prever el constituyente que la ley secundaria en materia de delincuencia organizada siguiendo el contorno de la Constitución dijera cuando hay delincuencia organizada —la Constitución reza: *en los términos de la ley de la materia*—, dejó en esta ley decir cuáles son los delitos de delincuencia organizada [que hoy son siempre federales] y, como esa ley federal en su fracción V considera a los delitos locales aludidos *equivalentes en los estados y en el Distrito Federal* como de delincuencia organizada, *los tiene entonces por delitos federales* o si se quiere para mayor claridad, *los convierte en delitos federales* y siendo así, ya no es que para su conocimiento participando un miembro de delincuencia organizada deba decidirse si se ejerce o no la "facultad de atracción", pues siendo ya delitos federales lo que hoy existe es obligación de perseguirlos por la federación, quedando así eliminada esa "facultad de atracción" que con la reforma en comento pierde todo sentido.

Esos delitos *equivalentes de los estados y del Distrito Federal*, que en su origen han sido engendrados por las legislaturas locales, por disposición legal se convierten en delitos federales de delincuencia organizada, vedando a los estados y al Distrito Federal de su persecución *en un evidente rompimiento del pacto federal*. A los estados y al

³⁸ Desde que surgió la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, según publicación del *Diario Oficial de la Federación* del 7 de noviembre de 1996, se previó esa "facultad de atracción" en su artículo 3, entendiéndose entonces que esos delitos equivalentes en las legislaciones locales *eran delitos locales, no federales* y que, derivado del ejercicio de esa facultad la federación podía atraer su conocimiento si además de así solicitarlo participaba en ellos un miembro de la delincuencia organizada. Incluso, ya en ese tiempo, según aparece en la publicación del *Diario Oficial de la Federación* del 3 de julio de 1996, esa "facultad de atracción" encontraba sustento constitucional en el artículo 73, fracción XXI, párrafo segundo, que dice: Artículo 73. El Congreso tiene facultad: XXI. Las autoridades federales podrán conocer también de los delitos del fuero común, cuando éstos tengan conexidad con delitos federales.

Distrito Federal, respecto de esos delitos sólo les quedará aquello que es de menor calado que una bagatela, pues su intervención sólo podrá efectuarse fuera de lo que se estima como delincuencia organizada, sin que sea posible pensar en la vía de la “asociación delictuosa” que no guarda más diferencia con aquélla que los delitos previstos en el propio artículo 2 de la ley de la materia, según se ha expresado el Poder Judicial de la Federación.³⁹ Les quedan entonces, los supuestos de mera participación delictiva que, en esos delitos: secuestro, robo de vehículos, pornografía infantil, etcétera, se antojan, si bien de posible realización, de poca presencia pues generalmente en ellos participan de manera organizada al menos tres personas.

Además, a esto hay que agregarle la dificultad que implicaría la prueba, de inicio, para saber si esto debe ser tratado como un tema local o si lo debe de delincuencia organizada y por ello como un tema federal. Recordemos, que la Primera Sala de nuestro máximo

³⁹ La Tesis de la Suprema Corte de Justicia es la siguiente: DELINCUENCIA ORGANIZADA. EL DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 2O. DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, ES AUTÓNOMO CON RESPECTO AL DE ASOCIACIÓN DELICTUOSA CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 164 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL. De conformidad con el primero de los numerales citados, los elementos integradores del delito de delincuencia organizada son los siguientes: a) Un acuerdo de tres o más personas para organizarse o la existencia de esa organización; b) Que el acuerdo para organizarse o la organización sea en forma permanente o reiterada; c) Que el acuerdo o la organización tengan como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos que señala el artículo 2o. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. Por su parte, el artículo 164 del Código Penal Federal establece que el delito de asociación delictuosa es el acuerdo de constitución de una asociación u organización de tres o más personas, cuyo elemento subjetivo específico lo constituye el propósito de delinquir, esto es, cometer ilícitos. De lo anterior puede establecerse el rasgo distintivo entre ambas figuras delictivas, ya que mientras el delito de delincuencia organizada tiene como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos expresamente establecidos en el artículo 2o. de la ley citada, el delito de asociación delictuosa, en forma general, sólo se refiere al propósito de delinquir, sin hacer referencia a la clase de delitos que pueden cometerse. En estas condiciones, ambos tipos penales pueden contener elementos constitutivos análogos, sin embargo, el rasgo distintivo anotado permite advertir que el delito de delincuencia organizada es un tipo penal autónomo en relación con el diverso de asociación delictuosa; máxime que la autonomía del delito de delincuencia organizada se corrobora con lo dispuesto en el citado artículo 2o., en el sentido que: “...serán sancionadas por ese solo hecho...”, excluyendo dicha porción normativa la aplicación del diverso tipo penal de asociación delictuosa. Amparo en revisión 1212/2004. 20 de octubre de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jaime Flores Cruz. Novena época. No. Registro: 179616. Instancia: Primera Sala. Tesis Aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXI*, enero de 2005. Materia(s): Penal. Tesis: 1a. CLXVIII/2004, p. 412.

tribunal en jurisprudencia generada por Contradicción de Tesis,⁴⁰ sostiene que lo juzgado ante autoridad incompetente es nulo, sin que exista posibilidad de volver a procesar en esos supuestos si ha sido una autoridad incompetente la que ha juzgado a pesar de que se haya cometido delito y sea responsable del mismo.

IV. LA FEDERALIZACIÓN DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA DEJA VACÍOS A LOS ESTADOS Y AL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

En otro aspecto, la acción de extinción de dominio en el ámbito federal, procede con relación al *cuerpo de los delitos* [digo cuerpo de los delitos pues conforme a la ley respectiva, el “hecho ilícito” es el *cuerpo de los delitos* que enuncia la Constitución Política en términos

⁴⁰ La tesis de Jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dispone: AMPARO DIRECTO EN MATERIA PENAL. EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN EN QUE SE CONCEDE CUANDO EL TRIBUNAL RESPONSABLE QUE EMITE LA SENTENCIA RECLAMADA ES INCOMPETENTE POR RAZÓN DE FUERO. Los alcances de la sentencia de amparo directo cuando se estima que debe concederse la protección constitucional, porque el tribunal local de segunda instancia que emitió el acto reclamado carecía de competencia para fallar el asunto en tanto conoció de él en contravención a las reglas procesales contenidas en el artículo 10, segundo párrafo, del Código Federal de Procedimientos Penales, relativas a que los delitos federales atraen a los del fuero común en los casos de concurso ideal de delitos, esto es, cuando una sola conducta produce varios resultados ilícitos y el Ministerio Público consigna por todos ellos, son los de la concesión en forma lisa y llana, en atención a los principios de *non reformatio in peius* y *non bis in idem*, los cuales serían trastocados de estimar que la solución contraria es la correcta, esto es, que la concesión sólo fuera para efectos de que la autoridad responsable deje insubsistente su fallo, produzca una nueva resolución en la que declare su incompetencia y la del Juez natural para conocer de la acusación del agente del Ministerio Público, y ordene la reposición del procedimiento a partir de la última actuación que anteceda a la acusación, de manera que el juez *a quo* se declare incompetente por fuero y remita los autos al juez competente, pues en este caso se estaría juzgando dos veces por el mismo delito y provocando la posibilidad de agravar la situación del reo. Contradicción de tesis 119/2002-PS. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Sexto Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Noveno Circuito en contra del Tercer Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito y del Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. 3 de marzo de 2004. Cinco votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Miguel Bonilla López. Novena época. No. Registro: 181222. Instancia: Primera Sala Jurisprudencia Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XX*, julio de 2004. Materia(s): Penal. Tesis: 1a./J. 21/2004, p. 26. Tesis de jurisprudencia 21/2004. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha treinta y uno de marzo de dos mil cuatro.

del Código Federal de Procedimientos Penales]⁴¹ de delincuencia organizada, secuestro, robo de vehículos, trata de personas, contra la salud en todas sus modalidades y al que es producto de delitos patrimoniales en caso de bienes intitulado a nombre de terceros y que el acusado se comporte como dueño respecto de los mismos.

Los delitos de delincuencia organizada, *hoy federales*, engloban al secuestro, robo de vehículos y trata de personas, así que la mención a esos delitos después de referir a la delincuencia organizada no puede entenderse sino como los casos en los que no actúa la delincuencia organizada y que se reducen a casos aislados que no justifican la reforma constitucional.

Mientras que la federación podrá perseguir el patrimonio de la delincuencia a través de la acción de extinción de dominio, pudiendo hacerlo contra quienes cometan, entre otros, los delitos de la fracción V, del artículo 2, de la Ley Federal Contra la delincuencia Organizada *equivalentes en los estados y en el Distrito Federal* [corrupción, pornografía, turismo sexual, lenocinio, todos de personas menores de 18 años o que no tienen capacidad de resistir el acto o de conocer el significado ilícito del hecho; al tráfico de menores o de personas que no tienen capacidad de conocer el significado ilícito del hecho; así como ciertos supuestos de asalto, secuestro y robo de vehículos, todos ellos de la mayor gravedad] *al ser que la reforma los convirtió en delitos de delincuencia organizada y por ello en delitos federales*; acontece que por ser ya federales, *los estados y el Distrito Federal* no pueden enderezar acciones de extinción de dominio respecto de los mismos, quedando reducidos a supuestos mucho menores que no tienen esa expresión (entiéndase, por ejemplo: la trata que un padre ejerce sobre su menor hija, un secuestro express, el robo de un auto por uno o dos sujetos) y en ello, la política criminal del Estado mexicano enfocada hoy día al combate de la delincuencia más cruenta, no encuentra justificación alguna para involucrarlos en la acción de extinción de dominio, cuando lo que se ha querido con la misma es atacar el patrimonio, no de cualquier tipo de delincuencia, sino de la "organizada", en la que no encajan ni el padre tratante de su hija,

⁴¹ El artículo 2, fracción II, en su parte primera, de la Ley Federal de Extinción de Dominio establece: Para efectos de esta ley se entenderá por: II. Cuerpo del Delito. Hecho ilícito a que se refiere el inciso a) de la fracción II, del artículo 22 constitucional, en relación con el párrafo segundo del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales.

ni el roba autos solitario, ni el secuestrador express. Como se ve, al respecto la reforma es un fracaso.

V. LEY GENERAL EN MATERIA DE SECUESTRO

Se ha reformado también en el mes de mayo de 2009⁴² el artículo 73, fracción XXI constitucional, en su primer párrafo referente a un aspecto que ha pasado casi inadvertido. Me refiero a la "ley general" en materia de secuestro que se anuncia. En dicho numeral, se prevé que el Congreso dará lugar a una "ley general" [que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dicho que no es igual que una ley federal], pero que habrá que decir, no proviene de los estados, ni municipios, sino del Congreso de la Unión y por ello, emana del ámbito federal por muy "ley marco o general" que se quiera ver, luego es producto de la actividad legislativa exclusiva del Congreso de la Unión. El criterio del máximo tribunal es el siguiente:

LEYES GENERALES, INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL. La lectura del precepto citado permite advertir la intención del Constituyente de establecer un conjunto de disposiciones de observancia general que, en la medida en que se encuentren apegadas a lo dispuesto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, constituyan la "Ley Suprema de la Unión". En este sentido, debe entenderse que las leyes del Congreso de la Unión a las que se refiere el artículo constitucional no corresponden a las leyes federales, esto es, a aquellas que regulan las atribuciones conferidas a determinados órganos con el objeto de trascender únicamente al ámbito federal, sino que se trata de leyes generales que son aquellas que pueden incidir válidamente en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado mexicano. Es decir, las leyes generales corresponden a aquellas respecto a las cuales el Constituyente o el Poder Revisor de la Constitución ha renunciado expresamente a su potestad distribuidora de atribuciones entre las entidades políticas que integran el Estado mexicano, lo cual se traduce en una excepción al principio establecido por el artículo 124 constitucional. Además, estas leyes no son emitidas *motu proprio* por el Congreso de la Unión, sino que tienen su origen en cláusulas constitucionales que obligan a éste a dictarlas, de tal manera que una vez promulgadas y publicadas, deberán ser aplicadas por las autoridades federales, locales, del Distrito Federal y municipales. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXV, abril de 2007, p. 5.

⁴² *Diario Oficial de la Federación* del 4 de mayo de 2009.

Se dispone que en esa “ley general” que, a lo menos se establecerán los tipos penales de secuestro, así como que se habrán de prever las bases de competencia y coordinación de los estados y del Distrito Federal.⁴³ No se trata entonces del mismo supuesto que aconteció con la *federalización* de la delincuencia organizada derivada de la reforma constitucional del 18 de junio de 2008, pues respecto del delito de secuestro la intención del Constituyente no ha sido su federalización, sino la previsión de una “nueva facultad concurrente” para la federación y estados, como para el Distrito Federal, cuyas bases de operación surgirán precisamente en esa “ley general”.

Esta reforma, encuentra su origen en una iniciativa de diputados federales del PRI,⁴⁴ que simplemente buscaba federalizar el secuestro junto con la delincuencia organizada y otra del ejecutivo federal, que preveía la creación de una “ley general” en materia de delincuencia organizada y de secuestro. Al final, sólo quedó el supuesto de una “ley general” [a lo que se da por denominar como ley marco] en materia de secuestro,⁴⁵ habiéndose establecido en su artículo Primero Transitorio su entrada en vigor al día siguiente de su publicación,⁴⁶ así como que, mientras se da esa “ley general”, que se mantendrán vigentes las

⁴³ El artículo 73, XXI, de la Constitución Política, así reformado, establece en su primer párrafo que el Congreso tiene facultad para: XXI. Establecer los delitos y las faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse; *expedir una ley general en materia de secuestro, que establezca, como mínimo, los tipos penales y sus sanciones, la distribución de competencias y las formas de coordinación entre la Federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios*; así como legislar en materia de delincuencia organizada.

⁴⁴ Presentada a la Cámara de Diputados como Cámara de Origen el 2 de octubre de 2008, en cuya Exposición de Motivos se adujo la necesidad de federalizar el delito de secuestro, en atención a la necesidad de unificar el tipo penal y su sanción frente a la diversidad legislativa que al respecto existe en el país, como de coordinar a las autoridades encargadas en la investigación del delito y establecer criterios uniformes de política criminal.

⁴⁵ En el estudio de los documentos integrados al proceso de reforma aparece la referencia a una Discusión dada en el seno de la Cámara de Diputados como Cámara de origen, de fecha 9 de diciembre de 2008, en la cual se presenta, por el diputado César Camacho Quiroz, un *Adendum* relacionado con los Considerandos del Dictamen emitido por las Comisiones Unidas de Justicia y de Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados, y se refiere la presencia de un oficio que propone la supresión de la redacción original del decreto aprobado por el Dictamen [que hablaba de una “ley general” en materia de secuestro y en materia de delincuencia organizada]; con lo cual, tan sólo se consideró para los efectos de la reforma una “ley general” en materia de secuestro.

⁴⁶ El Artículo Transitorio Primero dice: El presente Decreto entrará en vigor el día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*.

legislaciones locales y del Distrito Federal en esa materia;⁴⁷ luego, *a contrario sensu*, habrá que entender que una vez que exista y entre en vigor la “ley general”, las legislaciones locales y del Distrito Federal perderán vigencia y, siendo así, con ello habrán de quedar derogados los tipos penales de secuestro, previstos en sendas normatividades.

A pesar de esa derogación que se antoja como evidente, se señala de la misma manera en el Transitorio Segundo⁴⁸ que, “los procesos iniciados conforme a las leyes locales y las penas que conforme a las mismas se estén ejecutando, seguirán instruyéndose, los primeros, y ejecutándose, las segundas, conforme a las leyes estatales y del Distrito Federal que, como se ha visto, iniciando la vigencia de la “ley general” han de quedar derogadas, tan es así, que el referido transitorio hace alusión a que esos procesos y esas penas: “deberán concluirse y ejecutarse, respectivamente, *conforme a las disposiciones vigentes antes de la entrada en vigor de esta última*”, esto es, conforme a las disposiciones que se reconoce que a partir de que la “ley general” entre en vigor, estarán derogadas [por ello se refiere a las mismas como disposiciones *vigentes antes...*].

En estos términos, acontece de nueva cuenta que el Constituyente Permanente deroga los tipos penales estatales y del Distrito Federal en materia de secuestro a partir de la emisión de la aludida “ley general”, pero pretende que no obstante ello, se mantengan en curso los procesos en instrucción por ese delito, al igual que se continúen ejecutando las penas por ese delito. De nueva cuenta, *proceso sin delito y pena sin delito al que se asocie*.

Sin embargo, no hay que olvidar que el secuestro en realidad *no se ha federalizado* con motivo de esa reforma, sino que su persecución se ha tornado en “materia concurrente” para la federación como para los estados y el Distrito Federal, con lo cual me parece que es posible salvar esa grave consecuencia que en términos de libertad se

⁴⁷ Luego, hay que interpretar que al darse esa “ley general” las disposiciones locales en materia de secuestro quedan derogadas.

⁴⁸ El Artículo Transitorio Segundo dice: Las legislaciones en materia de secuestro de las entidades federativas, continuarán en vigor hasta en tanto el congreso de la Unión ejerza la facultad conferida en el artículo 73, fracción XXI, de esta Constitución. 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 general. Por lo tanto, *deberán concluirse y ejecutarse, respectivamente, conforme a las disposiciones vigentes antes de la entrada en vigor de esta última*.

presentaría con la derogación de los tipos penales locales de secuestro, como del Código Penal Federal, de no ser cauteloso en la “ley general” que se avecina.

Es principio básico de la aplicación de la ley penal, que la misma la rige siempre a futuro, lo cual así es reconocido en la Carta Magna al proscribir el artículo 14 en su segundo párrafo, la privación de la vida, de la libertad, de las propiedades, posesiones o derechos de no existir, a más de juicio previo ante tribunales previamente establecidos, *ley expedida con anterioridad al hecho*.

Por ello, la ley penal a partir del inicio de su vigencia no puede sino aplicar a futuro como regla general, a excepción de su aplicación retroactiva más benéfica.⁴⁹ Sin embargo, suele acontecer y así será indudablemente con la “ley general” en materia de secuestro, que las nuevas disposiciones –tipos penales– que en ella serán previstas, se verán enfrentadas a las hoy aún vigentes en los estados, en el Distrito Federal y en el Código Penal Federal en materia de secuestro, pero que, en términos de la reforma constitucional se entienden como derogadas al ser expedida esa ley y a partir de su entrada en vigor.

Este problema, que no es sino de sucesión de leyes en el tiempo, debe mirar a la aplicación de la que resulte más favorable para definirse cuál de las mismas es la que debe ser aplicada. Todo ello, ha de descansar en la *estructura típica* que se adopte en los tipos penales de secuestro que se generen con la “ley general”, como en su punibilidad.⁵⁰ Los supuestos que se pueden presentar son los siguientes:

a) La “ley general” crea nuevos tipos penales de secuestro no previstos hasta ahora en las legislaciones locales ni del Distrito Federal, incluso tampoco en el Código Penal Federal; opera para estos casos la derogación de los vigentes y, esas disposiciones de la “ley general” no podrán ser aplicadas de

⁴⁹ El artículo 14 constitucional en su párrafo primero reza: A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna; luego, *a contrario sensu* cabe decir, que si lo será en beneficio.

⁵⁰ Es posible pensar también aquí, en todo aquello que se presente como más benéfico en una ley respecto de la otra, como lo serían, además, por ejemplo, el que en una se aceptaran ciertos beneficios en la ejecución de la pena y en la otra no, o que los requisitos para su acceso fueran más fáciles de alcanzar en una ley respecto de la otra, o que una de las dos leyes prevea ciertos requisitos, como un requisito de procedibilidad que la otra no exige, etcétera.

manera retroactiva por configurar ello aplicación en perjuicio, en violación a la garantía de legalidad penal.

b) La “ley general” establece tipos penales de secuestro en los cuales, no se contemplan algunas de las modalidades que se tienen previstas en las leyes locales, del Distrito Federal e incluso del Código Penal Federal como típicas; en dicho supuesto por lo que a ellas corresponde operará su derogación.

c) La “ley general” establece los tipos penales de secuestro manteniendo la *misma estructura típica* que los hoy previstos en las legislaciones locales y en el Código Penal Federal, pero a la vez, resulta ser *menos gravosa* que dichas disposiciones al prever, por ejemplo, una menor pena, mayores beneficios en su ejecución, etcétera; será entonces esa “ley general” la aplicable a partir del inicio de su vigencia.

d) La “ley general” establece los tipos penales de secuestro manteniendo la *misma estructura típica* que los hoy previstos en las legislaciones locales y en el Código Penal Federal, pero a la vez, resulta ser *más gravosa* que dichas disposiciones al prever, por ejemplo, una mayor pena, menores beneficios en su ejecución, etcétera; bajo este supuesto, la “ley general” no podrá ser aplicada sin violentar la garantía de legalidad penal pues ello implicaría retroactividad desfavorable, luego entonces, habrá de mantenerse la aplicación *a futuro* de las leyes que se suponen derogadas –como excepción al principio general que la ley penal rige a futuro– por ser más benéficas. Se está aquí bajo el supuesto de su aplicación *ultractiva*.

Se tiene así que, si la “ley general” desatiende alguna modalidad del delito de secuestro prevista en las leyes locales, como en el Código Penal Federal por lo que a las mismas corresponda, quedará derogado el tipo penal. Si el tipo o los tipos penales de la “ley general” se apartan de la *estructura típica* que contiene el de secuestro en los estados, del Distrito Federal y del Código Penal Federal, en todo o en parte, por aquello que no se corresponda habrá derogación, pues es evidente que si la nueva normatividad no se corresponde con la aún vigente, la derogación de ésta última es tácita⁵¹ frente a su oposición.

Si acontece que los tipos penales de la “ley general” si se corresponden en su *estructura típica* con los estatales, el del Distrito Federal y el Código Penal Federal –lo que exigiría en su creación la consideración de todas las modalidades previstas en ellos–, habrá que atender a la

⁵¹ Cobra aplicación el artículo 9 del Código Civil Federal que dispone: La ley sólo queda abrogada o derogada por otra posterior que así lo declare expresamente, o que contenga disposiciones total o parcialmente incompatibles con la ley anterior.

punibilidad. Si ésta resulta ser más benéfica en la “ley general”, debe aplicarse la misma en forma retroactiva; pero si resulta ser de igual punibilidad, será la “ley general” la que prevalezca en su aplicación sin que ello importe ninguna violación, con tal, repito, que se conserve en los nuevos tipos penales la *misma estructura típica*.

Y si acontece que, a pesar de mantener la *nueva estructura típica* la punibilidad en “ley general” es más gravosa, será factible mantener la aplicación a futuro de los tipos penales de secuestro de los estados, del Distrito Federal y del Código Penal Federal que se encuentren en esa situación, al ser la única posibilidad de hacer regir a futuro la ley penal que se dice derogada; ello, a pesar de existir una “ley general” que contemple los nuevos tipos penales del secuestro. Se trata de un fenómeno de aplicación *ultractiva* de la ley penal que no comporta violación alguna a la garantía de legalidad.⁵²

En este sentido, sólo habrá derogación de los tipos penales estatales, del Distrito Federal y del Código Penal Federal en materia de secuestro, de ser el caso que la *estructura típica* de los que serán creados por la “ley general” no prevea todas las modalidades de los delitos que se contienen en esas normativas, ya que de no ser así, habrá despenalización y con ello, libertades no deseadas. La derogación acontecerá también, respecto de los tipos penales locales y federales cuando la “ley general” entre en vigor, pues con la salvedad anotada, a partir de ese momento sólo tendrá a futuro aplicación la “ley general”.

Esto es absoluta y jurídicamente procedente, pues la reforma de fondo está creando con esa “ley general”, como he dicho, una nueva facultad concurrente.

Respecto de las características de las facultades concurrentes, nuestro máximo tribunal sostiene lo siguiente:

FACULTADES CONCURRENTES EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO. SUS CARACTERÍSTICAS GENERALES. Si bien es cierto que el artículo 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que: “Las facultades que no están expresamente concedidas, por esta Constitución a

⁵² Véase Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, t. I, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires 1978, p. 186. Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal*, t. II, Filosofía y ley penal. 4a. ed. actualizada, Ed. Losada, Buenos Aires, 1977, pp. 626-628. Velásquez Velásquez, Fernando, *Derecho penal. Parte General*, Temis, Bogotá, Colombia, 1977, pp. 144-151.

los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados”, también lo es que el Órgano Reformador de la Constitución determinó, en diversos preceptos, la posibilidad de que el Congreso de la Unión fijara un reparto de competencias, denominado “facultades concurrentes”, entre la Federación, las entidades federativas y los municipios e, inclusive, el Distrito Federal, en ciertas materias, como son: la educativa (artículos 3o., fracción VIII y 73, fracción XXV), la de salubridad (artículos 4o., párrafo tercero y 73, fracción XVI), la de asentamientos humanos (artículos 27, párrafo tercero y 73, fracción XXIX-C), la de seguridad pública (artículo 73, fracción XXIII), la ambiental (artículo 73, fracción XXIX-G), la de protección civil (artículo 73, fracción XXIX-I) y la deportiva (artículo 73, fracción XXIX-J). Esto es, en el sistema jurídico mexicano las facultades concurrentes implican que las entidades federativas, incluso el Distrito Federal, los municipios y la Federación, puedan actuar respecto de una misma materia, pero será el Congreso de la Unión el que determine la forma y los términos de la participación de dichos entes a través de una ley general.

Controversia constitucional 29/2000. Poder Ejecutivo Federal. 15 de noviembre de 2001. Once votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy seis de diciembre en curso, aprobó, con el número 142/2001, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a seis de diciembre de dos mil uno.

Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XV, enero de 2002. Tesis: P/J. 142/2001, p. 1042.

Esa facultad, que se prevé como concurrente, que por cierto se presenta como una excepción a la regla del propio artículo 73, fracción XXI, prevista en su cuarto párrafo,⁵³ conlleva a que, siendo que esa “ley general” será aplicada tanto por la Federación como por los estados y el Distrito Federal, ello permitirá la comparación en cada ámbito de aplicación de los nuevos tipos penales que serán creados, con los existentes y, si aquéllos son más severos en sus consecuencias pero conservan la *misma estructura típica*, la derogación que se desprende del Segundo Transitorio lo será tan sólo *en apariencia* permitiendo la instrucción de los procesos actuales y la ejecución de

⁵³ *Diario Oficial de la Federación* del 28 de noviembre de 2005. Se establece en la misma. Artículo 73. El Congreso tiene facultad: En las *materias concurrentes* previstas en esta Constitución, las leyes federales establecerán los supuestos en que las autoridades del fuero común *podrán* conocer y resolver sobre delitos federales.

las penas bajo las leyes derogadas. La derogación de éstas entonces, se podrá comprender así y sólo así, para los nuevos supuestos de secuestro que se presenten a partir de la entrada en vigor de la "ley general" o en aquellos casos en que no exista correspondencia con su *estructura típica*.

Una última reflexión a este respecto. Reformas como ésta que crean una "ley general" en materia penal, permiten adelantar una lectura de futuro. Se trata ya de desposeer a los estados y al Distrito Federal de su exclusiva facultad para darse sus leyes penales, pues resulta evidente que la sombra de un ordenamiento penal único comienza a desplazarse lentamente ante la mirada complaciente de las entidades federativas, que se muestran pasivas frente a un proceso de erosión del federalismo que parece ser incontenible.

VI. PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

Por último, la reforma reciente al artículo 16 constitucional en materia de protección de datos personales que se llevó a cabo en junio de 2009.⁵⁴ Esa innecesaria reforma⁵⁵ se plasmó como un segundo párrafo al artículo en cita, procediéndose con la misma a recorrer por su ubicación y número los párrafos subsecuentes. El artículo único de la reforma establece:

Artículo Único. Se adiciona un segundo párrafo, *recorriéndose los subsecuentes en su orden*, al artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción

⁵⁴ *Diario Oficial de la Federación* del 1 de junio de 2009.

⁵⁵ La Constitución Política ya refería en su artículo 16 la prohibición de afectar sin mandato judicial a la persona, familia, el domicilio, los papeles y posesiones, nociones, cuando menos las tres últimas que reconocían el derecho fundamental a la intimidad, con lo cual, los datos personales se encontraban ya protegidos en la norma constitucional.

a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que proceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

Acontece que, en el que antes de esa reforma fuera el segundo párrafo y el décimo tercero, ambos del artículo 16 [que hoy son ya el tercero y décimo cuarto por haber sido recorridos en virtud de la misma] se contemplaban respectivamente: en *el entonces párrafo segundo* que: No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión y, en *el entonces párrafo décimo tercero* que: Los poderes judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y Ministerio Público y demás autoridades competentes.

Sucede que el Artículo Segundo Transitorio de la reforma constitucional del 18 de junio de 2008, entre otros, respecto de esos párrafos, previó su inicio de vigencia cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, dando un plazo máximo para ello de ocho años.⁵⁶ Sin embargo, esos párrafos quedaron desplazados por la reforma en materia de protección de datos personales que, *con marcado desaseo*, los recorrió en su ubicación y con ello, dejaron

⁵⁶ El Artículo Segundo Transitorio de dicha reforma establece: *Segundo*. El sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, *párrafos segundo y decimotercero*; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19; 20 y 21, 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.

de corresponderse con el mandato constitucional que se previó en el Transitorio Segundo de la reforma constitucional del 18 de junio.

¿Querrá decir esto que se han perdido las disposiciones de esos dos párrafos y que el inicio de su vigencia se ha tornado incierto y sin sujeción a plazo alguno?, o ¿qué debe entrar aquí en vigor la aplicación de la norma general del derecho aplicable para el inicio de vigencia de normas cuando para ello no se fija plazo pues ha dejado éste de existir para tales disposiciones?, o será que, ¿el poder judicial federal tendrá que entrar a una interpretación del texto constitucional a este respecto que no la necesitaba y que, gracias a esta legislatura galopante que se ha venido encargando de sacar a vapor reformas constitucionales lo va empujando cada vez a realizar esfuerzos innecesarios para aplicar las normas reformadas, complicando, repito, innecesariamente, el desempeño de su función?

Lo cierto es que, *las disposiciones transitorias son parte del texto de la ley* y si bien es que, con respecto a los párrafos segundo y décimo tercero del artículo 16 constitucional surgidos en la reforma del 18 de junio de 2008, el párrafo primero del Artículo Segundo Transitorio de dicha reforma refirió que su entrada en vigor sería cuando el sistema procesal penal acusatorio previsto, entre otros, en el artículo 16 en esos párrafos, sería cuando lo estableciera la legislación secundaria correspondiente, sin que pudiera exceder el plazo de ocho años, contados a partir del día siguiente de la publicación de ese Decreto; acontece que con la reforma que ahora se comenta, esos párrafos han quedado desplazados –fuera– de esas hipótesis de inicio de vigencia pues ya no son más ni el *segundo párrafo* ni el décimo tercero, sino el tercer párrafo y el décimo cuarto y no lo son, porque la única vía legalmente posible para lograrlo –otra reforma constitucional– se ha operado y es ya vigente en esos términos; luego, no existe posibilidad alguna de corregir ese grave descuido a través de una *fe de erratas* que es aquí del todo improcedente, ni parece ser la salvación una interpretación histórica ni teleológica del Poder Judicial Federal la que salve el escollo. Es necesario de nueva cuenta ajustar el texto constitucional mediante el único mecanismo posible: su reforma por vía del artículo 135.

De último momento, el día 25 de junio de 2009 aparece una nueva publicación en el *Diario Oficial de la Federación* como *Fe de errata*

a la reforma constitucional publicada en ese periódico oficial el 1 de junio de 2009 relativa a la protección de datos personales.

Confieso, que iniciando su lectura vuelvo a ratificar el enorme descuido que los legisladores reformadores de la Constitución Política vienen cometiendo en su ímpetu reformador a la Carta Magna –inquietud pocas veces vista– que en forma por demás criticable demuestra que detrás de ello, se aprecia un enorme descontrol en el manejo de los preceptos reformados, sobre todo si recordamos que quienes han venido operando todas estas últimas reformas a la Carta Magna es la misma legislatura federal como local. La publicación del 25 de junio es del tenor siguiente:

Fe de errata al Decreto por el que se adiciona un segundo párrafo, recorriéndose los subsecuentes en su orden, al artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado el 1 de junio de 2009.

En la Primera Sección, página 4, en el último párrafo transcrito, dice:

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que proceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

Debe decir:

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que *preceda* denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

Como se aprecia, en una procedente *fe de erratas*, se corrige un descuido más del poder constituyente que en el texto mandado a publicar correspondiente a la reforma del 1 de junio de 2009, utilizara –por claro error mecanográfico– la palabra “proceda” en lugar de “preceda” al referirse a la necesidad de contar con denuncia o querrela previa para el libramiento de una orden de aprehensión en términos

del que ahora ha pasado a convertirse el párrafo tercero del artículo 16 constitucional.⁵⁷

Convendría que ese ánimo reformador que vemos muy presente en el Constituyente Permanente se viera acompañado de una mayor reflexión y que tal vez, los legisladores se tomaran la molestia de darse cuenta que en esta reforma nos estamos jugando mucho. No hay que confundir la buena voluntad y el mejor ánimo, con la indeseable torpeza que acompaña a estos gravísimos descuidos.

⁵⁷ El texto que se encuentra de ese párrafo en la reforma constitucional publicada el 18 de junio de 2008, utiliza la palabra "preceda", por lo que ello permite apreciar sin duda alguna que la *fe de erratas* que se comenta es procedente.

UNA DISCUSIÓN CONTEMPORÁNEA SOBRE TEORÍA DEL DERECHO (RAZ, ALEXY Y BULYGIN)

Rodolfo Vidal GÓMEZ ALCALÁ

Cada nueva época retira a los hechos hasta entonces impregnados de valor su esencialidad y deja, en cambio remontar a relaciones de valor a hechos hasta entonces indiferentes; en toda época, por ejemplo, se desplazan los límites entre los hechos históricos y los que ya sólo tienen un valor para anticuarios, es decir, cada época escribe la historia de nuevo. Nada de extrañar, pues, que cada época deba escribir de nuevo su ciencia jurídica.

Gustav Radbruch

El hombre no ha nacido para resolver los problemas del mundo, sino más bien, para indagar dónde el problema surge y mantenerse después en los límites de lo comprensible.

Goethe

En gran medida lo que estudiamos cuando estudiamos la naturaleza del derecho es la naturaleza de nuestra propia auto-comprensión.

Joseph Raz

SUMARIO: I. Introducción. II. El debate entre Raz, Alexy y Bulygin. III. La postura de Raz. IV. Concepto y naturaleza. Derecho y filosofía. La respuesta del profesor Robert Alexy. V. La respuesta de Eugenio Bulygin. VI. Epílogo de Raz. VII. Comentarios finales.

I. INTRODUCCIÓN

La existencia o no de una auténtica ciencia jurídica, el objeto que debe tener, así como la metodología idónea para ello, han sido interrogantes permanentes en el derecho. No sólo se trata de cuestionamientos antiguos, sino también presentes y presumiblemente también lo serán en el futuro, dada la complejidad que revisten y la falta de acuerdo de los teóricos. Podemos decir que la teoría general del derecho no tiene ni ha tenido otra finalidad que la de atender a estos planteamientos. Es más, los grandes libros que en esta materia surgieron durante el siglo XX no persiguieron otro objetivo distinto a estas preguntas. Sin embargo, permanecen sin que vislumbremos una solución o acuerdo definitivo.

Por otro lado, pudiera parecer que la interrogante acerca de lo que es el derecho, tiene un solo fin teórico, que tiende a cumplir una mera inquietud intelectual, es decir, el saber por el saber. Sin embargo, esto ya no es necesariamente así, debido a que para la teoría del derecho anglosajona, este punto ha sido superado, en atención a que la pregunta sobre lo que es el derecho, juega un rol importante en los sistemas jurídicos y su correcta comprensión, de tal forma que dicha interrogante no sólo tiene un propósito teórico, sino sobre todo práctico. La manera como concebimos al derecho se traduce en la forma en que aplicamos esa idea en la sociedad. La pregunta ahora sería hasta qué punto esa teoría pudiera a su vez ser fuente del derecho y por ello, si la teoría forma parte o no del sistema jurídico.

Tal vez el primer autor que hizo énfasis en lo anterior, fue el profesor H. L. A. Hart, quien en su obra más importante, insistió que si se quería tener una cabal comprensión acerca del concepto del derecho y de sus términos relacionados como obligación, derecho subjetivo, o incluso sobre la estructura misma de cualquier sociedad y su funcionamiento, era indispensable tener en cuenta en su análisis, dos aspectos, a los que denominó el externo y el interno.¹

El primero de ellos, como cualquier análisis teórico científico, cumple con la tarea de describir y explicar los conceptos y fenómenos sociales como lo haría un observador imparcial, a quien le

¹ Hart, H. L. A., *El concepto de derecho* (trad. Genaro R. Carrió), Abelardo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 110-113.

resultan indiferentes los hechos que contempla y no comparte, ni establece una crítica al tipo de conductas que se practican dentro de una sociedad. Esta perspectiva es la típica de los científicos, quienes buscan un conocimiento objetivo y por ello, “no contaminado” de consideraciones subjetivas.

Sin embargo, este aspecto es insuficiente si se quiere tener una cabal comprensión acerca de las reglas sociales, ya que también es indispensable el punto de vista interno, que es el que explica y da las razones del porqué los individuos de una comunidad adoptan determinados patrones de conducta. Mientras el primer enfoque nos da cuenta sobre la regularidad de las acciones humanas y por ello, constituye una explicación fáctica, en el sentido que da cuenta de una mera repetición de acciones, no puede explicar el sentido de las reglas, ni el motivo por el que se siguen, respuestas que sí podrá dar el punto de vista interno, en donde podremos obtener una correcta significación, no sólo de lo que es el derecho, sino también el de norma, obligación o derecho. De tal forma que cualquier teoría jurídica que pretendiera tener éxito, debe: “tener en cuenta la presencia de ambos puntos de vista y no decretar, por vía de definición, que uno de ellos no existe”.²

En estos términos, una teoría jurídica tiene que enfocarse no sólo a aspectos materiales u observables que se encuentran en los fenómenos jurídicos, sino, sobre todo, tomar en cuenta las posiciones individuales que adoptan los sujetos implicados en los mismos, respecto a lo que consideran o no como reglas de derecho, lo que es un deber, una prerrogativa, etc., de tal manera que la definición acerca de lo que es el derecho, es ineludible tomar en cuenta el comportamiento de los sujetos destinatarios del propio derecho, actitud que también se reflejará en su concepto y en el contenido del derecho.

Si esto es así, el concepto del derecho juega un rol importante al momento de decidir las cuestiones jurídicas y pudiera ser que forma parte de todo sistema jurídico.

Por su parte, el profesor Ronald Dworkin estableció la hipótesis de que una de las causas por las que se les presentan a los jueces los casos que calificamos como dudosos o difíciles, lo son, porque está implícito en ellos la pregunta acerca de lo que es el derecho, de tal

² *Ibid.*, p. 113.

forma que esta interrogante es relevante, sobre todo para atender y resolver debidamente esos casos, en atención a que los abogados o jueces:

Pueden disentir sobre el fundamento del derecho, sobre qué otros tipos de propuestas, cuando son verdaderas hacen que una propuesta particular sea verdadera. En un sentido empírico, pueden estar de acuerdo sobre lo que el código de leyes y las decisiones judiciales del pasado tienen que decir sobre la compensación por lesiones a un compañero, pero discrepan sobre qué es en realidad el derecho de compensación porque discrepan sobre si los códigos de leyes y decisiones judiciales agotan los campos pertinentes del derecho. A esto podríamos denominarlo un desacuerdo "teórico" sobre el derecho.³

De tal forma que esa interrogante y la posibilidad de teorizar acerca de ella, está unida, al parecer, a la práctica jurídica, la que en algunos de los casos nos lleva a estos enfrentamientos conceptuales. Así, la pregunta sobre lo que es el derecho, ya no sólo juega un papel descriptivo y teórico, sino sobre todo es práctico y sus consecuencias se vislumbran al momento de tomar decisiones en aquellos casos en donde la frontera de lo jurídico con otras ramas científicas o sistemas normativos, o sociales no es clara.

Así, una vez más cobra auge la pregunta acerca de lo que es el derecho y la necesidad de saber si es posible una ciencia jurídica que produzca resultados objetivos y fiables. No sólo eso, sino que esa pregunta, como de hecho la historia del pensamiento nos puede dar cuenta, siempre está presente cuando surgen los grandes conflictos sociales y los problemas jurídicos que se plantean en los tribunales, como lo apuntó el profesor Dworkin.

II. EL DEBATE ENTRE RAZ, ALEXY Y BULYGIN

De esta forma, en el año 2005, el profesor Joseph Raz (1939) publicó con motivo de la elaboración de "*The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*", para la Universidad de Oxford, un artículo en donde se interroga acerca de la posibilidad de que pueda existir una auténtica teoría jurídica y, si es posible, cuál sería su ob-

³ Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia* (trad. Claudia Ferrari), Gedisa, Barcelona, 1988, pp. 17 y 18.

jeto, si sería una ciencia local, como se ha planteado por el profesor Dworkin, o si, por el contrario, sería universal, así como si esta teoría, se ve modificada con el tiempo, por ir transformándose el derecho y sus rasgos esenciales.

Como resultado de lo anterior, la editorial Marcial Pons en el año 2007, publicó un pequeño libro intitulado *Una discusión sobre la teoría del derecho*,⁴ en donde no sólo se reproduce el artículo del profesor Raz, en su traducción al español, sino también incluye las respuestas que al mismo, dieron tanto el profesor Robert Alexy (1945) como Eugenio Bulygin (1931) y, por último, la réplica que formula el profesor Raz a estos comentarios.

Tal publicación resulta sorprendente, ya que reúne en un solo volumen las ideas contemporáneas de quienes resultan ser destacados representantes de la teoría jurídica, los profesores Raz y Bulygin como representantes de la corriente denominada positivismo y del maestro Alexy, más cercano a una posición que podríamos identificar como iusnaturalista (aunque seguramente rechazaría este calificativo, y preferiría el de no-positivista).

Por lo relevante de la publicación, he creído importante preparar las presentes líneas a fin de contribuir a su difusión y propiciar el intercambio de opiniones, que seguramente fijarán los límites y el desarrollo de la discusión futura teórica científica sobre el tema.

Hay que decir que mientras el artículo elaborado por el profesor Raz es extenso y comprende varias preguntas que se incluyen dentro de la posibilidad de una teoría jurídica, los comentarios que formulan tanto Alexy como Bulygin, sólo se centran en algunos aspectos de las hipótesis planteadas por el maestro de la Universidad de Oxford, en aquello que consideran cuestionable o erróneo, de tal forma que si bien con respecto al primero tenemos una idea más o menos clara de su posición respecto a la efectiva posibilidad de una teoría jurídica, de los restantes, sólo encontramos críticas a algunos aspectos planteados

⁴ Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2007. Esta obra cuenta con un excelente estudio preliminar a cargo de Hernán Bouvier, Paula Gaido y Rodrigo Sánchez Brígido, en donde se habla sobre la evolución de nuestra idea de los conceptos, su estatus ontológico y las distintas teorías sobre su estructura, lo que permite comprender el cambio en la posición del profesor Raz. En lo sucesivo al comentar cada uno de estos artículos, nos referiremos a esta edición. Agradezco infinitamente a mi alumno, Carlos Esquivel Magallón, el haberme regalado el libro y que propició la preparación de estas notas.

por Raz, de tal forma que para conocer su visión global acerca del tema tengamos que acudir a otras de sus obras.

III. LA POSTURA DE RAZ

Pudiera pensarse, al menos de lo que expone el maestro Bulygin, que los planteamientos de Joseph Raz en el artículo que comentamos, resultan novedosos con respecto a sus ideas anteriores, que motivan las críticas que veremos más adelante, ya que al parecer abandona los postulados del positivismo. No obstante esto, y como lo expondremos, en realidad el maestro no ha adoptado una postura radical respecto de sus ideas iniciales y a pesar del lenguaje técnico, complejo y novedoso que emplea, sigue manteniendo una misma posición respecto a su postura original, que no es compartida por el profesor argentino, ya que de cualquier forma, el positivismo no implica necesariamente la adopción de un único modelo metodológico.

Tal vez el aporte original de la exposición de Raz, lo que se encontraba ya en sus primeros escritos y se confirma ahora en el artículo que comentamos, es el renovado ataque a la forma de conceptualización de la teoría jurídica con respecto a la filosofía analítica y la teoría positivista de corte anglosajón, en donde, siguiendo al profesor Hart, se parte de la base de que toda teoría jurídica, para ser científica, debe invariablemente versar sobre el análisis lingüístico del concepto del derecho.

Así, ya en su tesis doctoral, dirigida por el propio Hart: "El concepto de sistema jurídico, una introducción a la teoría del sistema jurídico", publicada en 1970, el profesor Raz partía del supuesto de que el derecho presentaba tres características, la normativa, la institucional y la coactiva. La primera servía de guía a los hombres para regular su conducta; la institucional hacía énfasis en que es importante estudiar no sólo el carácter normativo, sino también aspectos de aplicación y modificación de las normas y que son efectuadas por las instituciones sociales y, por último, el carácter coactivo, porque la obediencia a sus disposiciones y a su aplicación se encuentran garantizadas por el uso de la fuerza.⁵

⁵ Raz, Joseph, *El concepto de sistema jurídico, una introducción a la teoría del sistema jurídico* (traducción Rolando Tamayo y Salmorán), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1986, pp. 17-21.

Si bien es cierto que esas notas ya estaban presentes en las obras de Kelsen y de Hart, el profesor Raz enfatiza el carácter institucional del derecho, que no destacaban ni desarrollaban dichos autores.

Posteriormente, en el año de 1983, al interrogarse sobre la posible naturaleza del derecho, insistía en la incapacidad de los filósofos para llegar a un acuerdo respecto a una respuesta común sobre ello. Para él, había tres distintas posibilidades para enfocar este problema: la primera y predominante en la cultura anglosajona, es el enfoque lingüístico, representado entre otros por John Austin y sobre todo por Hart, en donde: "la indagación acerca de la naturaleza del derecho constituye un intento de definir el significado de la palabra 'ley'".⁶ De tal manera, que esta forma de hacer ciencia jurídica, se vio reforzada por un espíritu imperante en el siglo XX, contrario a lo que denominó "esencialismo" y que mostró la filosofía analítica y, sobre todo, por el perfil filosófico de considerar a todos los problemas filosóficos como problemas de lenguaje.

Por otro lado, tenemos un enfoque desde el punto de vista de los abogados y de alguna idea de la que parten o intuyen acerca de lo que es el derecho, considerándolo como lo que se ocupa de "aquellas consideraciones en las cuales resulta apropiado que se basen los tribunales para la justificación de sus sentencias",⁷ y que comprendería tanto la teoría kelseniana (aunque no estoy de acuerdo con la calificación), la teoría realista de Estados Unidos, o incluso, la postura que adopta el maestro Dworkin, ya que todas ellas sólo estudian el tipo de razonamientos o consideraciones que utilizan los jueces al momento de fallar los casos.

Reforzando su idea original en el tema, el maestro Raz también considera la posibilidad de un enfoque teórico institucional, en donde se aparten del aislamiento y reduccionismo que conduce tanto el enfoque lingüístico, como el punto de vista de los abogados, de tal manera que se puede estudiar el derecho, pero inserto en otras instituciones sociales, ya que: "...el derecho ocupa el interés de los estudiosos de la sociedad en general, y la filosofía jurídica, especialmente cuando se refiere a la naturaleza del derecho, debe apartarse de esta perspectiva,

⁶ Raz, Joseph, "La cuestión de la naturaleza del derecho", en *La ética en el ámbito público* (traducción María Luz Melon), Gedisa, Barcelona, 2001, p. 212, en donde se recogen diversos artículos publicados por el maestro Raz, de los años de 1982 a 1992.

⁷ *Ibid.*, p. 215.

no para hacerla a un lado, sino para examinar a los abogados y a los tribunales con respecto a su ubicación en la perspectiva general de la organización social y de las instituciones políticas".⁸

De tal forma, este último enfoque lucha por buscar un análisis de lo jurídico inserto en las instituciones sociales y políticas, única forma en que puede analizarse verdaderamente al derecho. Así, ese concepto está vinculado al sistema judicial, concebido éste con tres características, la primera de ellas se ocupa de controversias con objeto de resolverlas; los fallos que dicta son autoritativos y resuelven esas controversias y, por último, que en sus actividades suelen guiarse, de manera parcial, por consideraciones positivistas dotadas de autoridad, pero reconociendo que no todas las consideraciones que toman en cuenta los tribunales para resolver sus controversias, como lo postula Dworkin, forman parte del derecho. Es decir, no todas las fuentes de que se sirven los jueces son jurídicas, por lo que no podemos caer en el error de "juridizar" todos los criterios que se utilizan para resolver esas controversias, como sería el caso de la teoría de los principios que formula este autor.

Sin extendernos más en explicar las ideas centrales del maestro Raz respecto al derecho, sí podemos percibir esa inquietud que siempre ha mostrado por considerar a la teoría jurídica como una teoría acerca de la "naturaleza" de lo jurídico y como una crítica a posiciones que considera erróneas a tal análisis. También que su enfoque ha estado centrado en el carácter institucional del derecho. Con estas ideas, ya podemos adentrarnos en el contenido del artículo del profesor Raz.

1. ¿Puede existir una teoría del derecho?

La respuesta que da el profesor Raz es la siguiente: "¿Por qué no?, podría uno preguntarse. De hecho, pocos ponen en duda la posibilidad de teorizar acerca del derecho...".⁹ No obstante esto, reconoce que la idea que puede haber acerca de una teoría, esto es, un conjunto de enunciados verdaderos y sistemáticamente relacionados sobre lo que es el derecho, ha sido permanentemente cuestionado desde distintas posiciones teóricas. A pesar de la permanencia de la interrogante,

⁸ *Ibid.*, p. 220.

⁹ *Ibid.*, p. 47.

ninguno de los desafíos que se han intentado para su solución ha resultado exitoso. Sin embargo, los mismos pueden dar una comprensión más profunda sobre cómo es posible una teoría acerca del derecho y las posibilidades de éxito.

Cuando el profesor habla de una teoría del derecho, lo hace de una manera especial o, como lo llama él, de un modo "restringido", en atención a que sólo estaría enfocado a una explicación acerca de la "naturaleza del derecho". Esto es así, porque la pregunta acerca de lo que es el derecho puede tener distintos enfoques, por ejemplo, una teoría acerca de las formas, o una teoría sobre los contenidos jurídicos, o una teoría sobre conceptos, principios, o instituciones. En ese sentido, su pregunta sólo estaría limitada en el artículo que comentamos, a dar una explicación acerca de la naturaleza del derecho, sin que esto impida el que se puedan formar teorías en los otros sentidos. Como veremos más adelante este punto no fue entendido así por el maestro Bulygin.

Para que una teoría sea satisfactoria acerca de lo que es el derecho debe satisfacer dos criterios: "En primer lugar, si consiste en proposiciones acerca del derecho que son necesariamente verdaderas y, en segundo lugar si estas proposiciones explican lo que es el derecho".¹⁰ Sin embargo, el maestro no profundiza ni aclara acerca de lo que debemos entender por enunciados o proposiciones verdaderos, tema que sin duda es discutible y cuestionable dentro de la filosofía o la ciencia, ni tampoco analiza lo que debemos entender cuando esas proposiciones "explican" lo que es el derecho, puntos que considero debieron haberse atendido antes de continuar con la solución que nos ofrece, y que permanece como una tarea a realizar.

En cambio, sí se detiene a desarrollar lo que considera una teoría jurídica "exitosa", la misma sólo se da cuando hay otras explicaciones a las que consideramos como "rivales", pero a diferencia de éstas, satisface dos condiciones, la primera de ellas explica no sólo lo que es el concepto del derecho, desde el punto de vista analítico, que es la crítica central que realiza el profesor Raz a la concepción positivista predominante, sino también, el estudio de lo que podría ser la llamada "naturaleza" del derecho, con lo que se busca eliminar las limitaciones de las teorías positivistas. Por otra parte, tiene que ser

¹⁰ *Ibid.*, p. 48.

una teoría del derecho general, objetiva y universal, es decir: "...una teoría que, ya que es verdadera, es necesariamente verdadera del derecho donde quiera y cuando quiera se lo encuentren".¹¹ Pero en este punto, el problema surge por la característica cambiante de los conceptos, siendo que el derecho depende de esos conceptos, por lo que es indispensable explicar la relación entre el concepto de algo y su naturaleza.

2. Esencia y concepto

El siguiente camino que toma el maestro es la interrogante sobre la relación entre un concepto y su "naturaleza". Para él, los conceptos como objeto de estudio son una creación filosófica, pero también son empleados de una manera no filosófica. Sin embargo, ambos usos tienen un problema común, que consistiría en su relación con el objeto al cual pretenden describir, es decir, la relación entre concepto y objeto que describen, o lo que es lo mismo, el concepto y la naturaleza del objeto, es decir, su esencia. Vemos cómo el maestro asimila el término naturaleza con lo que es o puede representar en la realidad el objeto del cual se predica su concepto.

Respecto de la esencia de los conceptos, considera que éstos: "están situados entre el mundo, de cuyos aspectos son conceptos y las palabras o frases que los expresan (a los conceptos) y son empleadas para hablar sobre esos aspectos del mundo".¹² Esta expresión del profesor Raz es relevante, ya que nos refleja su posición respecto al tema de la naturaleza de los conceptos, tomando partido por una concepción "antiplatónica" e incluso "antiaristotélica", sobre esta cuestión. Esto significa que los conceptos jurídicos, si bien tienen una verdadera existencia y por ello no son subjetivos, no tienen una entidad propia, pero tampoco son inherentes a la mente humana, ya que, como se apunta en el estudio preliminar del artículo que comentamos, su idea del concepto es que éstos se encuentran no en las palabras ni en la mente de los hombres que las formulan, sino entre las palabras y sus significados, por un lado, y la naturaleza de las cosas a las que se aplican, por el otro.

¹¹ *Idem.*

¹² *Ibid.*, p. 49.

Algunas teorías jurídicas fallan al momento de conceptualizar al derecho, ya que exageran la preponderancia de las palabras sobre los conceptos y los identifican con su significado, como lo hizo la teoría jurídica analítica. Otras sólo vinculan el concepto con la naturaleza de las cosas a las que quiere explicar y, por ello, su naturaleza se vuelve en su concepto. Hart, en su obra principal, propuso una explicación de los conceptos de la mente y del derecho, para dar una explicación sobre la naturaleza de la mente y del derecho, pero para él no había una diferencia entre la explicación de un concepto y la explicación de la naturaleza que pretendía explicar, ya que sólo pretendía un análisis conceptual que equiparaba las explicaciones que buscaba a los análisis de los significados.

Sin embargo, tal forma de plantear el problema resulta equivocada y produce resultados engañosos, ya que todo concepto es una concepción del mundo y por ello necesariamente se encuentra entre las palabras en las que se expresa, su significado y las cosas que pretende explicar. También fracasa ese tipo de teorías, ya que no necesariamente la explicación de los términos conlleva a lo que en realidad debe considerarse como tal, por ese término, sino sólo al uso que de él se hace.

Se pueden explicar los conceptos, cuando podemos decir qué es tenerlos, comprenderlos y usarlos, o lo que es lo mismo, las condiciones bajo las cuales es verdadero afirmar que la gente lo tiene y lo entiende. Además, los conceptos difieren entre sí por la información que requieren para tenerlos y entenderlos y las destrezas o habilidades para su posesión.

Una explicación acerca de lo que es el concepto para este autor, debe contemplar cuatro partes, la primera, establecer las condiciones para el conocimiento involucrado en el completo dominio de un concepto, o lo que es lo mismo, el conocimiento de todos los rasgos esenciales de la cosa de la cual es un concepto; explicar la comprensión involucrada en el completo dominio de un concepto; explicar las condiciones para la posesión mínima de un concepto, es decir aquellas propiedades esenciales y no esenciales de aquello de lo que el concepto resulta ser tal concepto; por último, explicar las capacidades requeridas para la posesión mínima de un concepto.

De ahí que explicar un concepto es cercano a explicar la naturaleza de aquello que pretende explicar, por ello, la explicación acerca de

lo que es el derecho, es lo que es su naturaleza y la explicación de su concepto debe quedar en un segundo plano, ya que depende de la respuesta que demos al primero. Con esto, Raz rechaza la función de la ciencia jurídica, como explicación de los términos jurídicos, como lo planteaban Hart y sus seguidores y, por el contrario, prefiere una teoría que verse sobre la realidad que pretende estudiar, si es eso posible.

3. Naturaleza del derecho

A continuación el profesor Raz se propone adentrarse en la interrogante de lo que pudiera ser la llamada “naturaleza” de lo jurídico, ya que una teoría que merezca ser tal, sólo puede contener verdades necesarias sobre el derecho y su naturaleza. Se refiere a este término, en forma similar a como se ha manejado en la filosofía tradicional, es decir, “a aquellas características del derecho que hacen a la esencia del derecho... que el derecho sea lo que es. Esto es aquellas propiedades sin las cuales el derecho no sería derecho”.¹³ En ese sentido, dichas características deben tener un carácter universal.

La noción del derecho como designación de un tipo de institución social constituye un concepto imbricado en lo que denomina la auto-comprensión de nuestra sociedad: “Es un concepto común en nuestra sociedad, y uno que no es la propiedad de ninguna disciplina especializada. Es usado por cada uno de nosotros para designar una institución social con la que todos estamos, de diversos modos y en diferentes modos, familiarizados. Ocupa un rol central en nuestra comprensión de la sociedad, tanto de nuestra sociedad como de otras”.¹⁴ La identificación de cierta institución social como derecho no es introducida por sociólogos, politólogos u otros académicos como parte de su estudio de la sociedad. Es parte, como él lo llama, de la autoconciencia sobre la manera en que contemplamos y entendemos a nuestra sociedad. Por eso, cuando preguntamos sobre la naturaleza del derecho, en realidad lo que preguntamos es sobre las instituciones jurídicas que rigen a nuestra sociedad.

¹³ *Ibid.*, p. 57.

¹⁴ *Ibid.*, p. 65.

Con esto queda en cierto modo entendido que para Raz la naturaleza de lo que es el derecho no es otra cosa que las instituciones que rigen a la sociedad, con lo que su concepto vuelve al terreno de lo fáctico y, por ello, de las concepciones que podríamos denominar positivistas, que caracterizan a ese objeto desde el punto de vista fáctico y descriptivo. De esta forma apunta: “El derecho es un tipo de institución social, el tipo que es aislado —designado— por el concepto de derecho”.¹⁵ La comprensión de la naturaleza de lo jurídico nos debe llevar entonces a la comprensión del concepto del derecho, como fenómeno social de corte institucional, idea que ya estaba presente en sus escritos anteriores y no constituye ninguna novedad en sus ideas, sino más bien se refuerza y confirma.

4. La teoría del derecho como una teoría universal

El siguiente planteamiento es que si el estudio verdadero de la naturaleza del derecho nos remite necesariamente al de sus instituciones, no se desprendería de ello que la teoría fuera local, referida a las que están vigentes en determinados países, en ciertas épocas, en lugar de ser una teoría universal, lo cual dicho sea de paso, sería un sinsentido científico.

Este punto no deja de suscitar controversias, en primer término, porque pareciera que el derecho posee una naturaleza y, por ello, la misma no es cambiante, sino permanente a lo largo del tiempo. Sin embargo, pudiera pensarse que en realidad dicha naturaleza es cambiante, como lo muestra la historia en sus diversas etapas, por lo que concierne a la cultura occidental, con el derecho romano, el sistema feudal, o la época del absolutismo, en donde la connotación del derecho tuvo en realidad distintos significados. De tal manera que lo que era esencial para un periodo ya no lo era en la etapa siguiente. El hecho de que una teoría pase por alto lo anterior, pudiera ser determinante para que no la consideremos como buena.

Sin embargo, Raz considera que las instituciones que se encuentran en nuestras sociedades, también pueden o no estar presentes en otras, por lo que si la concepción del derecho pudiera ser local, ya que no todas las sociedades lo tienen, la teoría del derecho debe ser

¹⁵ *Idem.*

universal, tomando en cuenta que el objeto de su investigación es general, porque explora la naturaleza del derecho donde quiera que se encuentre.

Si el concepto del derecho, tal como lo conocemos actualmente, apunta el maestro, está lejos de tener una característica de universal en la civilización humana, porque se ha desarrollado en occidente, la teoría del derecho que se enfoca al estudio de su naturaleza debe ser universal en un sentido formal, ya que si es exitosa: "*Es universalmente válida para un concepto estrecho del derecho, el concepto moderno occidental del derecho*".¹⁶ Es decir, si el derecho tiene un carácter local o regional, como la historia nos lo ha mostrado, no sería así la teoría que tengamos sobre él, la cual debe ser universal.

No obstante esta hipótesis, existen defensores de una teoría local jurídica, entre los que destaca el profesor Dworkin, quien considera a la teoría del derecho como enfocada y aplicable exclusivamente a sistemas jurídicos particulares, como lo puede ser el norteamericano, el Reino Unido, por lo que descarta la nota de universalidad.¹⁷ La razón de ello es que el concepto del derecho forma parte de su práctica, por lo que interrogarse acerca del primero necesariamente incide en el desarrollo o la concepción del segundo. Esto en atención a que muchas veces, cuando se resuelven problemas complejos, también se involucran temas teóricos jurídicos, particularmente lo que es y lo que no es jurídico, por lo que teoría y praxis son parte de una misma práctica auto-reflexiva. Así, el derecho norteamericano, incluiría también a una filosofía del derecho local, como lo sería la norteamericana. De ahí que las teorías del derecho son necesariamente locales.

Raz considera que este argumento no es contundente, ya que, por ejemplo, si un tribunal nacional está resolviendo un caso donde involucra el concepto de "*acto jurídico*", la decisión dependerá de si la persona sujeta al procedimiento estuvo de acuerdo o no en la celebración de dicho acto. Así, la pregunta sería si el derecho nacional

¹⁶ *Ibid.*, p. 67.

¹⁷ Véase al respecto, Dworkin Ronald, *El imperio de la justicia* (traducción Claudia Ferrari), Gedisa, Barcelona, 1988, cap. 11, pp. 281-290. Sin embargo, ya matizó su opinión, para considerar que en realidad una teoría del derecho es tanto universal como local, como se desprende del capítulo dedicado al concepto del derecho que aparece en *Justice in Robes*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2006, pp. 227-232.

tendría autoridad para decidir qué es un acto jurídico y si éste puede vincular a alguna persona.

Opina que efectivamente los tribunales tienen facultad para decidir cuándo, conforme al derecho de su país, una acción queda incluida dentro del concepto "*acto jurídico*". "Pero la noción de acuerdo tiene vida propia fuera del derecho. Y el tribunal carece de autoridad para decidir qué es un acuerdo en ese sentido".¹⁸ Esto significa que un tribunal puede fallar en su decisión, o puede estar en lo correcto, cuando se refiere a la figura del "*acto jurídico*". Sin embargo, eso es contingente respecto de la naturaleza jurídica en sí de la figura que está estudiando, la cual no pertenece al sistema local del país, sino que es general para el derecho, que la norma positiva toma en cuenta para la regulación de sus figuras jurídicas locales.

Si bien es cierto que el concepto del derecho sólo se aplica a un derecho nacional, como sucede con los conceptos jurídicos como acuerdo o acto jurídico, se trata de conceptos comunes en nuestra cultura que se aplican no sólo a los sistemas jurídicos nacionales, sino también a la de los restantes países, tanto en el presente, pasado o futuro, por lo que no es un concepto respecto del cual los sistemas normativos o los tribunales tengan autoridad para decidir o determinar su contenido. Así, cuando los tribunales estudian o analizan esos conceptos, apuntan a encontrar una respuesta correcta, como lo hacen cuando buscan en otras ciencias como la económica, o la social, de tal forma que: "La afirmación de que una teoría del derecho es local porque una teoría del derecho es parte de la práctica jurídica está equivocada. Una teoría del derecho no es parte de la práctica jurídica, al menos no en el sentido requerido para establecer su naturaleza local".¹⁹

La siguiente interrogante que plantea, es si puede existir el derecho sin un concepto acerca de él. Lo anterior significa que en una teoría jurídica hay una tensión entre lo local y lo universal, ya que es tanto local como universal. Local ya que propone explicar una institución designada por un concepto local, producto de una civilización occidental. Pero es universal pues se aplica al derecho en cualquier lugar y a cualquier objeto que pueda ser reconocido como tal y por ello su existencia no presupone la existencia de su concepto.

¹⁸ *Ibid.*, pp. 70, 71.

¹⁹ *Ibid.*, p. 71.

El profesor Hart planteó como una de sus hipótesis, que un sistema jurídico no podía existir a menos que parte de su población tuviera una autoconciencia de ese sistema. Es decir, que tuviera un aspecto interno respecto al derecho, lo que significa que la población lo reconoce como una guía de conducta. De hecho Raz considera que esta teoría es reconocida ampliamente por la doctrina y por ello es parte de la naturaleza de lo que es el derecho el que sea reconocido por los sujetos súbditos del mismo.

Sin embargo, esto plantea una cuestión, si el derecho puede existir sin que los súbditos tengan claramente un concepto acerca de él, o como lo dice en sus palabras: “¿necesitan poseer el concepto de derecho para ser miembros de una comunidad política gobernada por el derecho?”²⁰ Ante ello, Hart asumió que en nuestras culturas el concepto de lo jurídico está disponible para todos y por lo tanto la mayoría de las personas tienen una comprensión general buena de su concepto.

Por su parte, el profesor Dworkin opina que el ser concientes del concepto del derecho es necesario para la existencia del derecho en cualquier sociedad, ya que forma parte de los recursos de que disponen los aplicadores de las normas así como los abogados, para resolver problemas jurídicos que se les plantean. Por ello, el derecho se vuelve una práctica interpretativa que sólo se da en aquellas sociedades que tienen un conocimiento sobre la naturaleza de esa práctica y por ello del concepto del derecho.

A esta versión dominante de la teoría jurídica, Raz considera que existen sociedades, por ejemplo, la judía, donde el concepto del derecho no forma parte dentro del sistema cultural de esa religión y a pesar de ello, cuentan con derecho. Por lo que lo aplicable a ese ejemplo puede ser extendido a nuestras sociedades, si bien el concepto del derecho es producto de una cultura específica y que muchas veces no estuvo disponible para los integrantes de culturas anteriores, eso no impide que hayan tenido un derecho. Por ello, concluye que el derecho puede existir y existe en culturas que no tienen conocimiento que sus instituciones revisten el carácter de jurídico y por lo tanto, no es correcto afirmar que una teoría del derecho es local, sino que por el contrario: “una teoría del derecho se propone explicar el derecho

²⁰ *Ibid.*, p. 75.

donde quiera que se encuentre, incluyendo sociedades que no poseen el concepto del derecho”.²¹

Lo anterior también sería relevante para responder de acuerdo con la concepción de Raz, la pregunta inicial que formulamos en el presente trabajo. Es decir, sobre si lo que es o no el derecho, es necesario para una buena práctica jurídica, en el sentido de que en realidad constituye una interrogante independiente, de naturaleza teórica, pero que en algunas circunstancias puede servir para resolver problemas prácticos, lo que justificaría el cultivo de esta disciplina como auxiliar de dicha práctica.

La última pregunta que se formula el profesor Raz es si el concepto del derecho es local, pero no así su teoría, entonces cómo es posible comprender culturas jurídicas extrañas. Si las personas no están guiadas por reglas a menos que sean concientes de ello, se desprendería en principio que necesitan esa conciencia, para conocer al derecho. Así, el concepto de lo que es jurídico es esencial, no sólo para comprender ciertas prácticas e instituciones que se dan en nuestras sociedades, lo que nos permitiría en principio comprender otras.

Sin embargo, nuestros intentos por comprender sociedades diferentes, deberíamos en principio dominar sus conceptos, ya que no podemos saber lo que éstos significan, si no comprendemos la forma en que ellas mismas se entienden. Además, sólo las comprenderemos cuando podamos relacionar sus costumbres y prácticas con las nuestras.

Para comprender culturas extrañas, debemos contar con conceptos cuya aplicación no esté restringida a nuestra cultura, sino de aquellos que nos sirvan para aplicarlos tanto a los nuestros como a los extraños. Esto presupone que nuestra cultura tiene “*los recursos intelectuales*” que hacen posible entender las culturas ajenas.

De esta forma concluye su artículo el maestro de la Universidad de Oxford, apuntando que para él es posible una teoría jurídica, la cual tiene como objetivo explicar su naturaleza, que es institucional y referido a lo fáctico, pero para ello necesitamos examinar cuestiones concernientes a la función de esta explicación. De cualquier forma la teoría del derecho: “Tiene aplicación universal que —cuando es exitosa— provee una explicación de la naturaleza del derecho, cuando

²¹ *Ibid.*, p. 79.

quiera y donde quiera que se encuentre. La objetividad y universalidad de la teoría del derecho no es afectada por el hecho de que el concepto de derecho (que es nuestro concepto de derecho) es local y no compartido por todas las personas ni por las culturas que viven o vivieron bajo el derecho".²²

IV. CONCEPTO Y NATURALEZA. DERECHO Y FILOSOFÍA. LA RESPUESTA DEL PROFESOR ROBERT ALEXY

En respuesta a los planteamientos del profesor Raz, Robert Alexy en su artículo "Acerca de dos yuxtaposiciones: concepto y naturaleza, derecho y filosofía. Algunos comentarios sobre ¿puede haber una teoría del derecho? de Joseph Raz",²³ no se centra en estudiar la tesis central del profesor Raz, sobre la posibilidad de una teoría del derecho, como el estudio de su naturaleza y que responder esta pregunta es mostrar sus propiedades necesarias o esenciales. Sin embargo, manifiesta que en todo caso, éstas deberían ser independientes del espacio y el tiempo, donde quiera y siempre que el derecho exista, con lo que comparte la idea de Raz. En ese sentido, entiende que, en su caso, las propiedades necesarias o esenciales del derecho serían al mismo tiempo "*características universales del derecho*".²⁴ En ese tenor, la filosofía del derecho como una investigación acerca de su naturaleza, es por consiguiente, una empresa universal.

El carácter universal y las propiedades esenciales es de siempre una de las principales preguntas que se ha hecho la filosofía, pero como Raz defiende estos puntos, el profesor Alexy se abstiene de hacer comentarios adicionales. Empero, reconoce que la tarea de sustentar esas propiedades no es fácil.

En ese tenor, los comentarios del profesor Alexy se circunscriben en dos temas, el primero la relación entre naturaleza y el concepto del derecho y la segunda entre el derecho y la filosofía. Si hay propiedades necesarias o esenciales del derecho que por ello definen su naturaleza,

²² *Ibid.*, p. 85.

²³ Mismo que se encuentra en el libro sobre una discusión sobre la teoría del derecho, pp. 87-98.

²⁴ Alexy, *op. cit.*, p. 87.

entonces la pregunta obligada es qué relación hay entre naturaleza y concepto y, por ello, la relación entre derecho y filosofía.

Sin embargo, antes de entrar en materia convendría hacer alguna puntualización sobre la obra del profesor de Kiel. Son ampliamente conocidas en nuestro país sus aportaciones, sobre todo por sus obras más importantes: *Teoría de la argumentación jurídica*, con la que obtuvo su grado de doctor en 1976, aunque la publicación es de 1978 y posteriormente, para su habilitación como profesor de la Universidad de Göttingen, su "Teoría de los derechos fundamentales", de 1984. Sin embargo, en ninguna de esas valiosas obras encontramos directamente un planteamiento sobre el tema que hoy nos ocupa.

Para ello nos tenemos que remitir a su pequeña obra: *El concepto y la validez del derecho*, publicada originalmente en alemán, en 1992. En ella, ya esbozaba lo que vendría a ser su planteamiento esencial en esta materia, es decir, que para una adecuada conceptualización acerca de lo que es el derecho, además de las notas fácticas y normativas, tiene que existir lo que denomina "*la pretensión de corrección*":²⁵

La pretensión de corrección es un elemento necesario del concepto de derecho. Esta tesis será llamada el "argumento de la corrección"... cabe señalar que los sistemas normativos que no formulan ni explícita ni implícitamente una pretensión de corrección no son sistemas jurídicos. Todo sistema jurídico formula una pretensión de corrección.²⁶

Más tarde, en otros escritos, ha aclarado y desarrollado más sus ideas para indicar que el concepto del derecho se refiere a una entidad que conecta lo real y lo ideal de una manera necesaria, de ahí que debamos afirmar que la naturaleza del derecho es dual, y por lo tanto, una definición debe versar sobre recalcar esa doble naturaleza. Una vinculada al aspecto fáctico, cuya nota esencial es la coerción, toda vez que: "La coerción es necesaria si el derecho pretende ser una

²⁵ El término "*corrección*" no es nuevo en la teoría del derecho, ya que también F. Gény (1861-1959) ya lo había utilizado, como un mecanismo para corregir el exceso de legalismo al momento de aplicar las normas. De cualquier forma hay que resaltar que ese término no resulta claro para la teoría del derecho y por lo tanto es necesaria su clarificación y crítica, pero por razones del objeto de este trabajo, no se hará una crítica de este término.

²⁶ Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho* (trad. Jorge M. Seña), 2a. ed., Gedisa, Barcelona, p. 40.

práctica social que satisface sus propósitos formales básicos definidos por los valores de la certeza jurídica y la eficacia".²⁷

Por el contrario, la dimensión ideal del derecho apunta a ese argumento de corrección que ya había señalado el Dr. Alexy y que ahora desarrolla:

Debido al hecho de que la pretensión de corrección que el derecho eleva necesariamente, comprende una dimensión ideal, así como una dimensión autoritativa, un juez que escoja la interpretación moralmente equivocada en un caso en el cual el derecho positivo permite también una interpretación moralmente correcta, no adoptaría una decisión jurídica perfecta. En casos de este talante, la falta de corrección moral implica la falta de corrección jurídica.²⁸

Así, desde el punto de vista científico y retomando las ideas del aspecto externo e interno del derecho, la definición del derecho apunta a lo que es verificable como hecho social. Sin embargo, desde un punto de vista interno, el derecho depende de los participantes del sistema jurídico, y la manera como deben resolverse éstos en los casos concretos, por lo que desde esta visión, el derecho depende no sólo del hecho social, sino también de la corrección moral, de ahí que el concepto del derecho deba tomar ambas notas.

Una vez esbozadas someramente las principales ideas del profesor Alexy, ya podemos analizar su respuesta a Raz respecto a su concepción del derecho.

1. Concepto y naturaleza

Señala el Dr. Alexy que Raz usa el concepto de teoría del derecho, de una forma limitada, es decir, como una explicación sobre la naturaleza del derecho, punto que reconocía. En ese tenor, las preguntas por la esencia y necesidad son genuinamente filosóficas. No todas las preguntas teóricas son filosóficas, por ello debemos considerar que

²⁷ Alexy, "En torno al concepto y la naturaleza del derecho", en *El concepto y la naturaleza del derecho* (trad. Carlos Bernal Pulido), Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 90. Agradezco también a mi alumna, Martha María del Carmen Hernández Álvarez, la obtención de esta obra, que fue de especial ayuda para la elaboración de este artículo.

²⁸ Alexy, *op. cit.*, p. 94.

el conjunto de proposiciones verdaderas y sistemáticas relacionadas sobre la naturaleza del derecho, sería la filosofía del derecho, o por lo menos, una parte de ella.²⁹

La unión de concepto y naturaleza está vinculada a la tesis de Raz que declara que el concepto del derecho es un término local, en tanto que la teoría del derecho es universal, porque explora su naturaleza, para demostrar lo anterior, Raz propone que al ser el concepto del derecho producto de una cultura específica, luego entonces es local. Sin embargo, Alexy considera que si existieran algunos conceptos que son posesión común de todos aquellos que han adquirido la capacidad de pensar, hablar y actuar, esos conceptos, como lo apuntaban Aristóteles o Kant, tendrían el nivel de "categorías".

El que haya la posibilidad de detentar o no el concepto del derecho ¿significa que este concepto es local? La respuesta que da es sí y no. El concepto de derecho tiene una naturaleza local en cuanto que su posesión depende de la pertenencia a una cierta cultura. Los conceptos tienen más de una dimensión, ya que además de ser productos culturales, son reglas socialmente establecidas que involucran el significado de las palabras, por lo que implica cierta convencionalidad y por ello su localidad.

Sin embargo, también los conceptos son convenciones o reglas de un tipo especial, ya que pretenden ser adecuados a su objeto, como lo postulaba Kant en su crítica de la razón pura:

De esta manera, están intrínsecamente relacionados a la corrección o verdad de las proposiciones construidas por medio de ellos... Los conceptos —como partes de una práctica que está intrínsecamente conectada con la verdad, justificación, validez intersubjetiva, objetividad y realidad— procuran captar la naturaleza de las cosas a las que ellos se refieren tan perfecta o correctamente como sea posible. Esta es la dimensión no convencional o ideal de los conceptos... En esa medida el concepto se corresponde con la naturaleza de su objeto. Y en la medida en que así corresponde es que tiene validez universal.³⁰

De esta manera el carácter local de los conceptos tiene que ser restringido y por lo tanto, considerar que son en parte universales y en parte locales, de tal manera que dicha "universalidad parcial" les

²⁹ *Op. cit.*, p. 88.

³⁰ *Op. cit.*, p. 90.

da poder para trascender las fronteras de la cultura en la que se han producido, pero reconociendo que si la naturaleza o esencia de una cosa es universal, entonces también lo es su concepto, en tanto logre captar los caracteres esenciales de un objeto.

Sin embargo, cuando no hay acceso directo a la naturaleza de una cosa, sólo se le puede conocer por medio de conceptos, de tal manera que quien esté interesado en investigar sobre la naturaleza del derecho, lo primero que deberá hacer es tomar el concepto de derecho que mejor capte los rasgos esenciales sobre todas las alternativas posibles, lo que muestra que el carácter local de un concepto del derecho puede ser compatible con la universalidad de su validez. Esto muestra que el concepto del derecho puede ser al mismo tiempo un análisis de su naturaleza y por eso tanto local como universal, o como lo indica el profesor Alexy "*universalidad parcial*".

Por otro lado, el significado de un concepto es fundamental en la filosofía. Alexy comparte el rechazo de Raz en el sentido de que el análisis del significado de un término como derecho no basta para explicar su concepto, pero no puede llegar al extremo del profesor de Oxford de que el significado de esa palabra carezca de interés, dentro del contexto de la explicación del concepto o la naturaleza del derecho, ya que el análisis de su significado puede ser un primer paso en el camino a esa explicación.

También está de acuerdo con Raz al afirmar que podemos referirnos al derecho sin usar el término que lo designe, pero esto no impide que nos refiramos al derecho con este término, ya que es posible en atención a las reglas convencionales del significado que conecta las palabras con las cosas que ellas designan, así las reglas convencionales del significado juegan un rol decisivo en la explicación de lo que es el significado.

Los conceptos son entidades complejas que permiten la posibilidad de interpretarlos de diferentes maneras, ya sea enfatizando un aspecto u otro, una de ellas es sólo considerar a los conceptos como reglas convencionales de significado y por eso serían locales como lo presupone Raz. Sin embargo también los conceptos pretenden adecuarse a sus objetos que designan y por lo tanto remiten a su naturaleza y por ello son universales.

De esta manera los conceptos están entre la convención y su naturaleza y por ello, tienen un doble carácter, local y universal, pero

debido a su compromiso con la naturaleza de las cosas, tienen no sólo cierta independencia con respecto a las convenciones sociales de las que surgen, sino también, debido a su distancia de la naturaleza de las cosas, también tienen cierta libertad respecto a lo que puede encontrarse en los objetos a que se refiere: "Los conceptos no sólo se encuentran en el carácter local y universal, sino también entre el compromiso y la creatividad..."³¹

2. Derecho y filosofía

El siguiente aspecto que comenta el profesor Alexy es la relación entre práctica y teoría o filosofía del derecho o, lo que es lo mismo, entre derecho y filosofía. Para él ni la explicación de Dworkin, ni la de Raz son adecuadas para explicar esa relación, sino que es necesario contar con una tercera propuesta.

De acuerdo con la explicación de Dworkin, las teorías del derecho son locales, ya que lo que puede ser cierto en Estados Unidos no lo es en Italia o en México, de tal forma que si existen coincidencias en esos países es una mera circunstancia contingente.

Por su parte, Raz considera que la filosofía del derecho no es parte de un sistema jurídico ni de la práctica jurídica. El hecho de que en algunos asuntos los tribunales se involucren en cuestiones de carácter teórico sobre la naturaleza del derecho, ello no implica que las teorías del derecho sean parte de un sistema jurídico determinado, sólo se desprende entonces que en algunos casos las teorías del derecho son relevantes para una decisión jurídica. De esta manera, aspectos teóricos-jurídicos tendrían en algunos casos la misma participación que argumentos económicos o sociales que pueden ser relevantes en una decisión, de tal manera que si las teorías del derecho fueran parte del sistema jurídico, los tribunales tendrían una "*autoridad especial*" para decidir sobre su corrección o verdad.

Alexy considera que ambas posiciones son incorrectas, ya que el hecho de que una teoría jurídica sea parte de un sistema jurídico de un país, no implica ni convierte a la primera en local, ya que existe una distinta alternativa (tercera tesis), la cual podría ser enunciada de la siguiente manera: "Ésta sostiene, primero, que el concepto de

³¹ *Op. cit.*, p. 93.

derecho puede ser parte del derecho sin ser local y, segundo, que el concepto de derecho puede ser parte del derecho sin estar sujeto a su autoridad".³²

Lo anterior se demuestra de la siguiente manera. Un concepto del derecho puede ser parte del sistema jurídico sin volverse local. Para ello basta tomar en cuenta el permanente problema teórico sobre si las consideraciones de tipo moral pertenecen o no al sistema jurídico. Los positivistas responden de una manera negativa y los antipositivistas lo hacen de una manera positiva. No importa cuál de las dos posturas sea la correcta o verdadera. Sin embargo, no hay duda de que cualquiera que sea la verdadera, una lo será y no la otra. Asimismo los jueces en los países por mucho tiempo se plantearon la pregunta sobre si las decisiones judiciales debían basarse exclusivamente en fuentes jurídicas reconocidas por el derecho o también en consideraciones morales, tomemos como presupuesto, apunta Alexy, que los jueces se inclinaron por la solución positivista.

Ante esta situación, se puede decir que una concepción positivista del derecho es parte del derecho del país, sin embargo, ¿esto haría que la teoría del derecho se volviera local? Aquí, habría que realizar una distinción, la asunción por parte de los abogados y jueces a determinada teoría, como puede ser la positivista o iusnaturalista, es algo de carácter contingente, pero la veracidad o falsedad de esa teoría no lo es, sino que, por el contrario, sólo puede ser o verdadera o falsa y por ello su respuesta es universal y no local "un concepto de derecho no adquiere más naturaleza local por ser adoptado por una práctica jurídica que la que adquiriría una teoría astro-física por ser adoptada por la comunidad científica o el público. Ambas siguen siendo, si son verdaderas o correctas, universalmente verdaderas o correctas sin ninguna de tales adopciones y, si son falsas, continuarán siendo universalmente falsas a pesar de tales adopciones".³³

De esta manera, no se puede concluir que el hecho de que determinada concepción del derecho forme parte del sistema jurídico del país o sea compartido por la mayoría de los sujetos destinatarios, volvería local esa concepción.

³² *Op. cit.*, p. 95.

³³ *Op. cit.*, p. 96.

De lo anterior también se puede desprender que todos los abogados tienen una idea más o menos clara, o más o menos coherente sobre lo que es el derecho, ya que sin esa idea, no se puede saber qué razones o elementos caen dentro de lo jurídico. El hecho de que ese concepto pueda ser verdadero o falso implica no únicamente que los juristas no sólo realizan una labor local, como lo sería determinar qué razones están permitidas bajo determinado sistema jurídico, sino que también están insertos en una tarea de carácter universal, es decir, que su práctica jurídica sea una práctica correcta y verdadera.

Por último, el hecho de que los tribunales invoquen consideraciones teóricas de carácter general en sus decisiones, no les da la autoridad especial que apunta el profesor Raz.

Es evidente que en muchas ocasiones los tribunales deciden sobre si una teoría o concepto del derecho es correcta o verdadera, como podría ser si es la del positivismo o la del antipositivismo. De hecho, en algunas situaciones históricas como fueron los tribunales alemanes después de 1945, adoptaron ese tipo de cuestionamientos. "Sin embargo, no significa que tengan autoridad especial alguna para establecer que sus respuestas a las preguntas sobre la naturaleza del derecho son correctas o verdaderas".³⁴

No hay duda que los tribunales, cuando realizan afirmaciones, también aspiran a la veracidad en ellas, sin embargo, esa tarea puede fallar. Si bien es cierto tienen una autoridad para dictar resoluciones vinculantes, no lo tienen para decidir la veracidad acerca de ellas, ya que sólo eso se puede resolver en una teoría acerca del concepto del derecho y, por lo tanto, forma parte de una labor filosófica en la que ningún planteamiento de alguna autoridad pueda estar exenta de ser discutida.

En ese tenor, los argumentos de los tribunales tendrán el mismo nivel que cualquier otro que formulen otros participantes en la ciencia jurídica. Esto muestra, como decíamos al principio y por eso la importancia de la filosofía del derecho en la atención de los problemas prácticos, que el concepto de derecho está vinculado a la práctica jurídica, y ésta a la filosofía del derecho.

³⁴ *Op. cit.*, p. 97.

V. LA RESPUESTA DE EUGENIO BULYGIN

Son de sobra conocidas las grandes aportaciones que ha realizado el maestro Eugenio Bulygin, en el campo del derecho, entre las que destaca, la teoría general del derecho, en sus clarificaciones a los conceptos de “*sistema jurídico*”, “*validez*”, “*lagunas*”, etc., así como en el campo de la lógica jurídica. Sin reducir su vasta producción, podemos señalar que dos de sus mejores obras, ambas creadas en 1971, con la colaboración de Carlos E. Alchourrón, son: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*,³⁵ en la que propone un modelo formal, lógico para la solución de casos prácticos y *Normative Systems*,³⁶ donde expone sus principales ideas sobre lo que es un sistema jurídico, identificándolo no como lo hace la teoría tradicional, partiendo de la norma jurídica, sino de la idea misma de un sistema deductivo de carácter normativo, apoyándose para ello en las ideas de Tarski, lo que mejora la explicación acerca de lo que es el derecho.

Siempre se ha destacado por ser un férreo defensor de lo que denominamos positivismo jurídico, del que ha procurado superar las deficiencias que ha presentado, en los desarrollos tanto de Kelsen, como de Hart o Raz. En ese sentido, ha sido permanente su convicción de que la teoría del derecho, además de ser susceptible de un conocimiento científico, debe ser enfocada como una ciencia que percibe a su objeto de estudio como un fenómeno social, fundado en convenciones sociales, creadas por el hombre y estructuradas con base en hechos sociales complejos. Por ello, debe ser visto con base en una clara distinción entre el derecho que es y el que debe ser, o lo que es lo mismo, entre descripción y valoración, o entre derecho y moral. Dada su naturaleza de positivista, siempre ha sido enemigo de los términos oscuros o que refieran a una “*metafísica*”. Bajo esa perspectiva, es evidente que el artículo del profesor Raz le sorprenda, por la nueva terminología que utiliza, que parece acercarse más a los cultivadores del derecho natural.³⁷

³⁵ La primera edición es en inglés, pero traducida al español en el año 1975, en colaboración con Carlos E. Alchourrón, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1975.

³⁶ La primera edición es en inglés en la Ed. Springer-Verlag, Viena-Nueva York, del año 1971, con traducción al alemán, pero no al español.

³⁷ Para tener una visión general de las ideas de este muy interesante autor, recomiendo: “El positivismo jurídico”, en *Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2005*, Fontamara, México, 2006.

Por ello, le resulta extraño la forma en que Raz se interroga sobre la posibilidad de una teoría del derecho, ya que es un tema que lo ha ocupado por varios libros e infinidad de artículos y la extrañeza es sobre la forma en que responde la interrogante en el artículo que comentamos, ya que atiende para su explicación a términos poco claros como “*naturaleza*”, “*necesario*”, o “*explicación*”, etc. Para él, la respuesta a la interrogante es coincidente con la de los demás autores, esto es, sí es posible una teoría acerca del derecho. De hecho hay muchas teorías del derecho y por ello, varios conceptos también acerca de lo que es el derecho, los cuales están relacionados entre sí.

Sin embargo, hace énfasis en cuatro aspectos en los que discrepa de la postura del profesor Raz.

1. Conceptos y esencias

El primero de ellos tiene que ver con el tipo de explicación que debe dar una teoría científica jurídica, esto es, la de explicarnos la “*naturaleza del derecho*”, y para ello debe suministrar proposiciones “*necesariamente*” verdaderas que deben explicar lo que es el derecho.

Ahora bien, según Raz la naturaleza de las cosas es el conjunto de todos sus rasgos esenciales, sin los cuales no sería lo que es. Para referirnos a la naturaleza lo hacemos con base en conceptos y para ello requerimos del lenguaje. Por ello usamos el lenguaje para referirnos a conceptos y éstos para identificar a las cosas y su naturaleza.

Sin embargo, no es claro sobre lo que es la naturaleza de los conceptos, ya que si bien afirma que son una creación humana, no se pueden identificar conceptos con significado o con naturaleza de las cosas. Por ello, la relación entre concepto y significado y concepto y naturaleza requiere de una explicación que no se da.

¿Cuál sería la relación entre el concepto y la naturaleza de una cosa? Si bien es cierto las cosas tienen, probablemente infinitas propiedades, sólo algunas de ellas serían esenciales o necesarias, por ello, para Raz el primer y más importante requisito para la explicación de un concepto, es precisamente establecer las condiciones para el conocimiento en el dominio completo del concepto, que lo es de sus rasgos esenciales. Sin embargo, lo anterior no significa

que para tener un concepto deberíamos conocer todas las propiedades esenciales del objeto que trata de explicar. La mayoría de los conceptos que detentamos son incompletos respecto al objeto que quieren explicar.

Sin embargo, la interrogante que formula Bulygin es si una cosa tiene propiedades esenciales por sí, independientemente del concepto usado para identificarlo. Al parecer esa es la opinión de Raz, sin embargo no está de acuerdo con él, ya que no es fácil captar para siempre y para todos los propósitos las propiedades necesarias de una cosa, en el caso de una lámpara ¿cuáles serían sus propiedades esenciales?, ¿la de iluminar, o la del material con la que está hecha? Es dudoso que existan propiedades esenciales o necesarias de una cosa, con independencia del concepto que utilizamos para identificarla, lo mismo pasaría con el derecho.

Parece ser, más bien, que son los conceptos en virtud de los cuales distinguimos a la naturaleza y eso hace resaltar que consideremos que tienen propiedades de tal característica. "Ninguna propiedad de una cosa es esencial *per se*, sino en relación con un concepto. Si esto es así, entonces no existen propiedades esenciales de una mesa o del derecho, independientes del concepto de mesa o de derecho que estamos utilizando. En otras palabras, es el concepto de una cosa el que determina cuáles son sus propiedades esenciales y —en consecuencia— la naturaleza de esta cosa y no a la inversa".³⁸

Tal vez la discrepancia central entre estos autores es si las esencias son independientes de los conceptos, ya que en caso de afirmarse, estaríamos de acuerdo con Raz y en sentido contrario, con Bulygin. Para éste la concepción del primero suena a esencialismo sin que dé apoyo ulterior a su justificación. Es posible que la preocupación del profesor de Oxford esté apoyada en las nuevas tendencias sobre la explicación semántica de los conceptos por parte de Kripke-Putnam. Pero, como dice Bulygin, si uno acepta la existencia de las clases naturales, para referirse a objetos físicos, que es en lo que consiste el análisis del estilo de "*clases naturales*", es dudoso que el derecho pertenezca a esa clase.

³⁸ Bulygin, *op. cit.*, p. 102.

2. Concepto y explicación del derecho

Derivado de la consecuencia de lo que llama Bulygin "*esencialismo*" en Raz, está la distinción entre análisis conceptual y explicación del derecho, ya que para este último, la teoría del derecho no debe versar, como en su momento lo postuló el profesor Hart, en el análisis del concepto del derecho, sino en su naturaleza.

En esta crítica, el maestro argentino nos recuerda el señalamiento que en su obra principal Hart enfatizó respecto a cuál debería ser la principal función de una ciencia jurídica, al preguntarse sobre el concepto del derecho consistía básicamente en liberar a dicha pregunta de elementos oscuros, precisamente como preguntarse sobre la naturaleza del derecho.³⁹

Según esta crítica, Raz considera que la explicación de los conceptos no equivale a la explicación de la naturaleza de las cosas de las cuales son concepto. Sin embargo, si aceptamos la idea de que la naturaleza de una cosa depende del concepto usado para identificar a esa cosa, entonces hay un paralelismo entre el análisis de un concepto y el de la naturaleza de la cosa, como era la opinión de Hart.

Los conceptos y la naturaleza de las cosas están estrechamente vinculados, toda vez que no hay una naturaleza de una cosa, sin un concepto, lo que equivale a afirmar: "la explicación de un concepto consiste efectivamente en la explicación de la naturaleza de la cosa de la cual es concepto, si por "naturaleza" entendemos el conjunto de todas las propiedades necesarias de una cosa, y esto significa todas las propiedades definitorias del concepto correspondiente. En consecuencia, la explicación de la naturaleza del derecho no es más que la caracterización del concepto de derecho, esto es, de sus propiedades definitorias".⁴⁰ De esta manera volvemos al planteamiento del derecho, como lo expuso Hart.

Por otro lado, para Raz el análisis conceptual no debe ser el análisis de sus significados, pero esto no es correcto, ya que, como lo mostró Hart, la explicación de las palabras que usamos para referirnos a conceptos, como lo es el derecho, constituye una valiosa herramienta

³⁹ Véase Hart, *El concepto del derecho*, *op. cit.*, pp. 1-7.

⁴⁰ Bulygin, *op. cit.*, p. 104.

para la teoría del derecho, como en su momento lo hicieron también Alf Ross y Hans Kelsen.

3. Uno o varios conceptos

Lo anterior nos lleva de la mano a la siguiente pregunta, sobre si hay un único concepto del derecho, o si, por el contrario, hay varios. Según Bulygin, el planteamiento de Raz no es claro, ya que da a entender que sólo hay un concepto del derecho, o por lo menos un concepto "privilegiado". Sin embargo, esto es extraño, ya que en otros escritos había sostenido la hipótesis de que podían existir y de hecho se daban varios tipos de conceptos.

Sin embargo, la pregunta que habría que hacerse es si los distintos conceptos que puede haber en realidad son diferentes, pero relacionados con nuestro concepto del derecho, o si, por el contrario, son concepciones diferentes de un mismo concepto. Para Bulygin lo verdadero sería lo primero, reforzado con la afirmación que en su momento hizo el propio profesor de Oxford, en el sentido de que el derecho es un producto histórico que cambia a través del tiempo. Si lo anterior es así, entonces pueden existir y de hecho hay varios conceptos diferentes de derecho.

De lo anterior, se desprende que si la teoría del derecho puede ser enmarcada como aquella que tiene como propósito el análisis de sus propiedades esenciales, y como en su momento lo postuló el propio Raz, no se puede pretender que un concepto en un momento determinado comprenda una enunciación exhaustiva de todas sus propiedades, por ello, la teoría del derecho no tiene un límite, ya que la lista de sus propiedades es indefinida. Así es insostenible la tesis de un único concepto del derecho, si la lista de sus propiedades que llamamos esenciales es indefinida.

De tal manera pueden existir distintos conceptos de lo jurídico, cada uno de ellos que se enfoque en algunas de las propiedades que tenga, de ahí que es válido sostener la posibilidad de que haya distintos conceptos del derecho. De esta forma puede haber distintas preguntas sobre lo que debemos entender sobre derecho, a las que recaerán diferentes respuestas. La historia nos da ejemplos de ello y Tomás de Aquino, Austin, Holmes, Kelsen, Hart o Dworkin, nos dan distintos conceptos.

De todo lo anterior se puede concluir que la pregunta sobre lo que es el derecho, ha recibido a lo largo de la historia numerosas respuestas distintas y, por lo tanto, esa interrogante constituye la solicitud de una definición, pero hablar de naturaleza o esencia en el derecho, sólo constituye "una variación oscuramente formulada de la misma pregunta".⁴¹

Bulygin considera que los diferentes conceptos del derecho son producto de una teoría y tratan de resolver la estructura de la institución a la que llamamos derecho, aunque lo haga de manera diferente. Sin embargo, eso no lleva a la conclusión de que todos los conceptos son correctos o tienen la misma validez. Por el contrario, un concepto puede ser mejor que otro, ya sea porque es más exacto o porque no lleva a distorsiones. Siguiendo la tradición analítica, el proceso que conduce de un concepto mejor a otro es la explicación o reconstrucción racional. Todas las teorías del derecho se esfuerzan por formular un concepto lo más apegado a la realidad, y de acuerdo con un criterio teórico, como la simplicidad, fecundidad o elegancia en la presentación.

También Bulygin considera que el hecho de señalar que el concepto de derecho es local y la teoría del derecho universal no es claro en lo que quiere decir con esa afirmación. Es evidente que todo concepto de lo que es lo jurídico emerge en una cultura y en un tiempo determinado, como lo son los de otras ramas del conocimiento, pero si es así, entonces todos los conceptos serían locales y no habría ninguno que tuviera la característica de universal.

4. Teoría del derecho valorativa o explicativa

La nueva tesis sorprendente de Raz, según Bulygin, que lo vincula más hacia Dworkin y que lo aleja más de su posición original cercana a Hart, consiste en afirmar que la teoría del derecho debe ser valorativa, lo que la conecta, con su afirmación de que el concepto de derecho está "imbricado" en la auto-comprensión de nuestra sociedad.

El maestro argentino considera que hay una confusión y falta de claridad por lo que se refiere a esta postura valorativa, ya que se puede aplicar de dos diferentes maneras. La primera de ellas cuando,

⁴¹ *Op. cit.*, p. 107.

por ejemplo, en la lógica o en la matemática ponemos en práctica un teorema, de tal forma que evaluamos, para ver si se confirma o no una hipótesis. Lo mismo puede ser dentro del proceso judicial, cuando se valoran las pruebas aportadas por las partes. De esta forma, tenemos un sentido del término valoración, como "evaluación epistémica".⁴²

Sin embargo, existe otro tipo de valuación a la que considera ética, como lo propone Alexy con su tesis de la pretensión de corrección, en donde evaluamos una conducta como buena, mala, correcta o injusta, etc. La diferencia con la primera es que aquí emitimos un juicio de valor ético, lo cual implica una aprobación o desaprobación.

De acuerdo con lo que postulan los positivistas, entre ellos, Hart, una teoría del derecho debe ser descriptiva y nunca tener pretensiones justificatorias, ya que no se busca respaldar o recomendar criterios morales o similares, ya que constituiría: "*una importante idea del emotivismo ético*",⁴³ no compartida con esa visión de la ciencia jurídica.

Bulygin considera que cuando un filósofo del derecho aprecia las diferentes maneras de conceptuar al derecho, lo realiza desde un punto de vista epistémico y no ético, pero de cualquier forma, si se realiza este tipo de consideraciones, no constituye una razón para negar que la teoría del derecho debería ser descriptiva, o como en su momento lo apuntó Hart: "una descripción puede ser todavía una descripción, incluso cuando lo que es descrito es una evaluación".⁴⁴ La postura de este maestro no sólo es contraria a la de Raz, sino incluso a la de Alexy.

La idea final del maestro argentino es que los planteamientos de Raz ya no se centran en una concepción analítica del derecho, que estuvo de moda en décadas anteriores y que se está adaptando a las nuevas "*modas filosóficas*". Sin embargo, el hecho de que una teoría se ponga o no de moda, no garantiza que sea una mejor o peor teoría. De cualquier forma, el profesor de Oxford, no da razón alguna para que prefiramos sus nuevas ideas, sobre esencias, naturalezas, conceptos acerca de lo jurídico.

⁴² *Op. cit.*, p. 109.

⁴³ *Op. cit.*, Loc. Cit.

⁴⁴ *Op. cit.*, Loc. Cit., tomado de *El concepto del derecho*, de Hart, *op. cit.*, p. 240.

VI. EPÍLOGO DE RAZ

La última sección del libro que comentamos, consiste en la respuesta que dio Joseph Raz a las críticas que le formularon Alexy y Bulygin. En su opinión, ninguno de los dos se ocupa de cuestionar directamente sus conclusiones, sino que impugnan aspectos diversos del artículo, los cuales sirven para sustentar su hipótesis principal, en el sentido de que interrogarse sobre una teoría del derecho, no debe consistir en un análisis sólo del significado acerca del término derecho, como lo planteó originalmente Hart.

De esta forma, una teoría del derecho que considera que es posible desde el punto de vista teórico, debe ser la clarificación de (algunas de) las propiedades esenciales del derecho, por eso tuvo que explorar los vínculos entre conceptos y propiedades esenciales. El hecho de que existan diferentes conceptos se explica por la diferencia entre las condiciones mínimas de su posesión, por eso, se puede explicar "cómo las personas que comparten un concepto pueden desacordar sobre la explicación correcta del mismo".⁴⁵

Para llegar a ello, los conceptos deben ser explicados estableciendo los estándares que gobiernan su correcto uso, mismos que nos permiten distinguir entre una aplicación correcta e incorrecta. Hay dos maneras de observar esos estándares, el primero de ellos, por lo que se refiere a la condición mínima para la posesión de un concepto, lo que demuestra que uno puede poseer el concepto, aunque pueda no tener una buena comprensión del mismo. El segundo estándar establece el dominio completo del concepto.

El dominio de un concepto implica el conocimiento implícito de los estándares que gobiernan su uso y aplicación, pero no requiere un conocimiento explícito de ellos, ni de que uno los conoce. Así, hay personas que poseen el concepto y que no están de acuerdo sobre las condiciones mínimas para su uso correcto, pues mientras lo conoce, puede no conocer qué es lo que conoce.

Estas consideraciones metodológicas fueron el concepto principal del artículo original y que no fueron tomadas en cuenta por Bulygin y Alexy, que en cambio sí controvierten la relación que hay entre conceptos y propiedades.

⁴⁵ *Op. cit.*, "Teoría y conceptos. Réplica a Alexy y Bulygin", p. 113.

Respondiendo al maestro alemán, dice que no se detendrá mucho en su comentario "principalmente porque no le entiende".⁴⁶ Pero al parecer, se centra en dos puntos, el primero de ellos es que se debe preferir el concepto que mejor capture los rasgos esenciales del derecho, sobre las alternativas posibles. El segundo de ellos es que da argumentos sobre las circunstancias en que el concepto del derecho es parte del sistema jurídico.

Apunta Raz que los conceptos jurídicos son empleados para expresar el contenido de normas jurídicas y sus aplicaciones, pero eso no se puede llevar al extremo de que el concepto del derecho u otros conceptos sean parte del derecho, ya que "el derecho, tal como ambos lo entendemos, es un sistema normativo, y las partes de un sistema normativo son reglas, estándares, normas y demás, pero no conceptos".⁴⁷

Si lo que quería apuntar es que la filosofía del derecho es una actividad distinta tanto de la doctrina jurídica como de la aplicación del derecho y que, por lo tanto, sus conclusiones no son parte del derecho, este punto no tiene ninguna relación con la consideración de que el concepto del derecho sea parte de un sistema jurídico.

Si bien es cierto que el derecho tiene rasgos esenciales que todo concepto debe intentar capturar, pero que puede fracasar en su misión, si hay un concepto que no "captura" esos rasgos esenciales, no debe ser el concepto del derecho que debemos establecer.

Por lo que se refiere a lo señalado por Bulygin, considera que no hay ningún desacuerdo fundamental con él, ya que dice que con respecto a su postura, las propiedades son de las cosas, de los objetos y en un segundo lugar de las propias propiedades y sus relaciones, etc., de tal manera que "derecho" es la propiedad de un objeto. En ese sentido, ser derecho, es la propiedad de un objeto que, como lo apunta Bulygin, es un sistema normativo.

No todos los sistemas normativos son jurídicos, algunos lo son, de tal forma que decir derecho como una propiedad es estar respaldado por funciones, siendo ésta su propiedad esencial, por lo que necesariamente cualquier cosa que tiene la propiedad de ser derecho "también tiene la propiedad de estar respaldado por sanciones".⁴⁸

⁴⁶ *Op. cit.*, p. 114.

⁴⁷ *Op. cit.*, Loc. Cit.

⁴⁸ *Op. cit.*, 116.

Lo anterior nos lleva a que las propiedades esenciales lo son para la preservación de la identidad de una cosa, de tal forma que éstas tienen identidad en virtud de sus propiedades.

Sin embargo, considera Raz que Bulygin no lo comprendió bien, ya que apunta que ninguna propiedad de una cosa resulta esencial. Es cierto que identificamos una clase con propiedades esenciales utilizando conceptos, pero esto no nos puede llevar al extremo de negar que no hay propiedades esenciales independientes de los conceptos, ya que sería tanto como decir que si no tenemos el concepto de molécula o inflación éstas no tendrían propiedades esenciales.

Por el contrario, el contar con conceptos nos permite pensar acerca de los objetos a los que nos remite, pero el hecho de que poseamos o no un concepto no cambia de ninguna forma las cosas a las que se les aplica.

Existe cierta categoría de cosas como las sociales, que no pueden existir sin su concepto, por ejemplo, el matrimonio, pero esto no nos lleva a una conclusión como lo pretende Bulygin de que las cosas requieran de los conceptos, sino que "las cosas pertenecen a distintas clases, y, en la mayoría de los casos, tienen la naturaleza que tienen independientemente de si tenemos conceptos que nos permiten referirnos a ellas".⁴⁹

También considera que Bulygin está equivocado al considerarlo como esencialista, lo que denota el que se pretenda afirmar que algunos sustantivos son "designadores rígidos", esto es que su significado está determinado por el modo en que la realidad está dividida, de tal forma que, por ejemplo, términos de clase natural los identificamos con una cierta sustancia señalando una instancia de ellas y la bautizamos como "oro", de ahí en adelante ese término siempre significará esa sustancia, de tal forma que las fronteras entre el concepto y la sustancia son fijadas por el mundo, no por las personas que la piensan.

Sin embargo, no sucede así con el derecho, ya que no todas las palabras se utilizan para designar a esa clase natural, por lo que el derecho no puede ser un designador rígido.

En otro aspecto, sí existe un desacuerdo fundamental con Bulygin, ya que para éste pueden existir muchos conceptos diferentes acerca del derecho, ya que es fiel a la tradición del positivismo lógico, que con-

⁴⁹ *Op. cit.*, Loc. Cit.

sidera a este concepto de la manera como se entienden los conceptos científicos, ya que la tradición analítica llama el proceso que conduce de un concepto a otro mejor, explicación o reconstrucción racional, de tal forma que las diferentes teorías del derecho se esfuerzan por formular un concepto más exacto y aprobado.

Pero esta forma de entender a los conceptos científicos, considera Raz no es apropiado para el derecho, o para cualquier otro término usado por la población para referirse a su propia situación y de las personas que le rodean.

Las moléculas y los tigres no usan conceptos. Nosotros usamos conceptos para permitirnos expresar nuestras ideas sobre ellos, y nuestro conocimiento de ellos... Consideramos que el concepto es lo que quiera que es en las manos de la comunidad científica, trabajando en el área en cuestión. Las cosas son diferentes con conceptos sociales como los conceptos de regalo, propiedad, matrimonio, derecho, derechos, deberes, que son usados por todos para entenderse a sí mismos y a los otros, y para entender su posición en el mundo. Estos conceptos no son meramente herramientas de comprensión, son parte de lo que moldea el mundo social que estamos tratando de comprender. Ello, los conceptos mismos son los que estamos tratando de entender; no son herramienta de explicación.⁵⁰

De tal forma, esos conceptos no podemos cambiarlos a voluntad, ya que de igual forma, estaríamos modificando la realidad que queremos comprender. Así, ese cambio no sería una explicación de la realidad y lo que mostraría es el fracaso en nuestra comprensión.

Raz considera que el derecho cambia, muchas veces debido a la acción deliberada en el tiempo. Las explicaciones sobre ese cambio son desafiantes y controvertidas. Sin embargo, eso no sucede con las teorías del derecho, ya que nuevas teorías surgirán en cualquier momento y las que tenemos siempre serán controvertidas. La academia contemporánea cultiva el cambio por el cambio mismo, la existencia de controversias sobre qué teoría es la correcta o no, es mencionada como una nota desfavorable.

La persistencia en el desacuerdo sobre lo que constituye el derecho es muchas veces considerada como prueba ineludible de que nunca se logrará una respuesta satisfactoria. Toda ciencia se apoya en una

⁵⁰ *Op. cit.*, pp. 119 y 120.

metodología que requiere el acuerdo de la comunidad científica que permita su progreso.

Sin embargo, las teorías filosóficas sobre el derecho no resuelven nada ni demandan acuerdo. "Esto hace que el progreso sea imposible. Uno no puede apoyarse en cimientos seguros establecidos por teóricos anteriores. Uno siempre está empezando de cero. ¿Acaso eso no muestra que la empresa es defectuosa y fútil?"⁵¹

Enfatiza Raz que su artículo intentó entre otras cosas, el dar una explicación del por qué la teoría del derecho siempre cambia y continuará cambiando, sin embargo, esto no pone en duda la legitimidad de ninguna teoría, sólo intentó mostrar que pos la naturaleza del derecho nunca habrá una teoría definitiva, ya que la tarea de explicar lo que es el derecho es una tarea sin fin, que sin embargo los pasos que se tomen en ese sentido deben ser objetivos y sujetos a una evaluación para ver si son verdaderos o falso, exitosos o no. Su artículo intentó mostrar este punto conectando sólo teoría y concepto, mostrando la conexión entre teoría y concepto del derecho. De esta forma su postura fue:

...la parte de la filosofía del derecho de la que me ocupé es la explicación de lo que el derecho es o, dicho de otra manera, la explicación de la naturaleza del derecho. Sugerí que, con algunas diferencias importantes, una explicación de la naturaleza del derecho es también una explicación del concepto del derecho. Esto establece el vínculo deseado entre teoría y concepto.⁵²

Lo anterior permite, según Raz, explicar por qué los inevitables factores que hacen posible la persistencia permanente de desacuerdos sobre la corrección de las explicaciones sobre la naturaleza del derecho, debidos en primer lugar, a que el derecho cambia en el tiempo, llevando con ello, la necesidad de dar explicaciones diferentes. También los intereses de la gente y su sentido de perplejidad cambian con el tiempo, debido principalmente a aspectos culturales, lo que trae como consecuencia el cambio en otros conceptos, que llevan a su vez a nuevas preguntas sobre las relaciones entre el concepto y otros derechos, por lo que surge de nueva cuenta, la necesidad de

⁵¹ Raz, *op. cit.*, pp. 111 y 112.

⁵² *Op. cit.*, p. 112.

nuevas explicaciones del derecho, esto nos explica por qué la pregunta sobre lo que es el derecho constituye una empresa filosófica que no tiene fin.

VII. COMENTARIOS FINALES

La discusión sobre la posibilidad de una teoría del derecho y si ésta es universal o local, que han planteado los autores citados, no ha terminado, y seguramente continuarán apareciendo artículos en donde expliquen, desarrollen o modifiquen sus posturas. Posiblemente, como lo vaticina Raz, nunca los abogados podrán ponerse de acuerdo sobre el significado del derecho y que su labor de conceptualización constituye una tarea sin fin, como la historia lo ha mostrado, parte de ello, por su carácter cambiante, y parte, por la dificultad de poder llegar a un acuerdo sobre lo que constituyen las "*propiedades esenciales*" que lo identifican.

De hecho, otros autores han seguido con el debate, por ejemplo, el artículo que publicó el profesor Dworkin y recogido en su última obra, *La justicia en toga*, donde critica la postura del profesor Raz y matiza su concepción sobre la ciencia del derecho, y su carácter local.⁵³ Sin duda, el problema del concepto del derecho constituye uno de los temas actuales en la teoría general del derecho, y lo continuará siendo en el futuro.

Por otro lado, esta discusión se está viendo enriquecida con las nuevas teorías que sobre la naturaleza de los conceptos están surgiendo dentro de la filosofía y la teoría de la ciencia. De hecho, podemos decir que el artículo del profesor Raz es un intento por poner al día su concepción del derecho, a la luz de estas nuevas corrientes que han surgido sobre la realidad de los conceptos y su ubicación en el mundo, para contrarrestar las concepciones "*hermenéuticas*", subjetivistas o relativistas que también han aparecido, postura que ha criticado el maestro Bulygin, con base en una concepción positivista tradicional de la ciencia.

Sin embargo, es revelador que los tres autores comentados coinciden con la posibilidad de que el derecho pueda ser objeto de una verdadera ciencia, que permita arrojar resultados objetivos, universales

⁵³ Véase al respecto la nota de pie de página núm. 17.

(no locales, como lo señala Dworkin) y con pretensión de veracidad. También, que la mejor teoría es aquella que resuelve de mejor manera los problemas que intenta resolver.

El problema subyace cuando se plantea el tipo de ciencia que debe erigirse, sobre si debe ser en un plano analítico o conceptual; fáctico, referido a las instituciones; o también debe ser una herramienta normativa que guíe a los abogados a la solución de sus problemas. Si bien se coincide en que la ciencia jurídica debe cumplir con su tarea descriptiva de los fenómenos que intenta explicar, esa coincidencia no se da, si además debe cumplir con una misión normativa que nos guíe en la manera en que deban resolverse los problemas prácticos, no como una consecuencia de esa actividad, sino como una característica misma de la ciencia, como lo apunta Alexy, al considerarlo como una nota esencial del concepto de derecho.

De cualquier manera, queda claro, como lo señala el profesor Raz, que para construir una verdadera ciencia, no sólo es importante tener en cuenta los hechos observables, sino también, lo que las personas consideran como derecho. Es decir, es necesario, si se quiere tener una adecuada idea del concepto en estudio, tomar en cuenta su aspecto interno, que sin duda hará que se modifique constantemente nuestra percepción acerca de lo que es o no es ese concepto.

Ese aspecto interno es el más importante, al momento de elaborar un concepto cultural como lo es el derecho, ya que lo que las personas consideran que debe estar incluido en él, será relevante para su conceptualización.

Por ello, acertadamente el profesor Raz enfatiza la idea de que el derecho cambia con el tiempo, debido precisamente a la actitud de las personas frente a ese término, así como los requerimientos y necesidades que exigen de él. Ya Radbruch había apuntado que la ciencia jurídica tenía que repensarse de tiempo en tiempo, con base en esas necesidades e inquietudes, lo que lleva a que constantemente estemos reformulando y repensando el concepto del derecho, que debe ser el aplicable en cada época, de acuerdo con las necesidades culturales que se presenten, por ello, la tarea de la ciencia jurídica no tiene fin, como concluye el maestro Raz.

La posibilidad de hablar de una auténtica naturaleza del derecho, que tanto molesta a Bulygin, no está peleada con nuestra concepción moderna de ciencia, siempre y cuando vaya referida a auténticos

elementos objetivos que conforman al derecho, de los cuales depende la idea que tengamos acerca de él, no sólo por el aspecto interno comentado, sino también porque resulta un concepto cultural y, por lo tanto, producto de los hombres, Pretender que esa naturaleza es ajena e independiente del hombre es un error y, en este sentido, coincido con el maestro argentino.

Otro resultado del debate es que para estudiar la idea del derecho no basta el estudio de su término, ni la manera en que los hombres la utilizan, como constituía uno de los postulados del positivismo analítico, sino que es necesario tomar en cuenta también, la realidad en que se aplica. En ello los tres autores están de acuerdo.

Por último, resulta relevante que si bien una teoría del derecho no forma parte del sistema jurídico y por ello no es una norma, sí puede servir para resolver los problemas relevantes que se presentan en el derecho, por lo que sin duda pueden constituir una fuente importante de ese sistema, sin que pierda su carácter instrumental de conocimiento acerca del fenómeno jurídico.

Espero que el debate que se ha iniciado y al que me he referido en líneas anteriores, siga no sólo en el extranjero, sino también los tratadistas de nuestro país intervengan en él y logren dar luces sobre la mejor manera de resolverlo.

EL ESTADO DE DERECHO, ECONÓMICAMENTE

Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Leitmotif económico del Estado de Derecho*. III. *Subutilización económica del derecho*. IV. *Las sugerencias*. V. *El Estado de Derecho como un elemento de Riqueza y Bienestar*. VI. *Comentario final*.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo medular de establecer un sistema jurídico es procurar seguridad mediante un Estado de Derecho. Es muy difícil –casi imposible– exagerar su importancia.

Tristemente, dicho objetivo ha sido mediocrementemente logrado. Las causas y sus consecuencias son diversas. Este ensayo se ciñe a las económicas. El motivo es doble. Primero, la esperanza que *apercibir* propicie *corregir*. Segundo, la coyuntura. Actualmente se está librando una batalla intelectual que está cuestionando los paradigmas en vigor, forjados como resultado de las experiencias ganadas primordialmente en el último siglo.

Y ello era de esperarse. De 1948 a verano de 2008 la economía mundial creció más en que los últimos 2000 años. El bienestar económico presente nunca ha sido visto. Pero no es perfecto. Eventos recientes dan testimonio de ello.

El que ello sea causa suficiente para desechar todo lo aprendido es de dudarse. Pero ello no hace que el ejercicio sea superfluo. Al con-

trario, tiene que tener lugar. Las consecuencias de no hacerlo serían graves. Como dice un experto:¹

paradójicamente la historia refleja que las revoluciones estallan precisamente cuando se puede advertir una mejora material.

Y los avances en las comunicaciones hacen conspicuo el fenómeno. Ello magnifica la proclividad del surgimiento de los sentimientos que invitan los movimientos sociales alertados.

Este ensayo aboga que una respuesta reside en nuestra ciencia. La ciencia jurídica. Como defendí en un ensayo reciente: *el Estado de Derecho es un elemento de la riqueza de las naciones*.² Es indispensable para lograr el crecimiento económico. No es una exageración. Es más, casi es un axioma.

No estoy solo en la apreciación. En una obra que debería ser leída por todo estudiante de derecho,³ un destacado maestro de la Universidad de Chicago, Kenneth Dam, se suma a la batalla y analiza razones por las que las instituciones legales son importantes para el desarrollo económico. Concluye que el Estado de Derecho es *esencial* para el desarrollo económico.⁴ En sus palabras:

Las instituciones –y el Estado de Derecho en particular– proveen las llaves para liberar el potencial de crecimiento pleno del mundo en vías de desarrollo.⁵

Tomando el crecimiento económico como barómetro, ¿cuál ha sido el desempeño de México?:⁶ *decepcionante*. Si bien los motivos son diversos, uno merece énfasis: el (también decepcionante) Estado de

¹ Dr. Juan Javier del Granado, en *Un libro del siglo XVI refundido para el siglo XXI*, 2008 (en prensa).

² Francisco González de Cossío, *El Estado de Derecho: un enfoque económico*, Porrúa, México, 2007.

³ Kenneth W. Dam, *The Law-Growth Nexus. The Rule of Law and Economic Development*, Brookings Institution Press, Washington, D. C., 2006.

⁴ *Ibidem*, p. 6.

⁵ *Ibidem*, p. 10. En sus palabras: “institutions –and the rule of law in particular– provide the keys to unlocking the full growth potential of the developing world”.

⁶ Este ensayo utiliza a México como ejemplo. El motivo: se trata del sistema que más conozco. Sin embargo, las apreciaciones aquí contenidas son transversales a todos los sistemas jurídicos.

Derecho. No estoy solo en la observación. Un (interesante) estudio reciente es ilustrativo.⁷ Si bien versa sobre un tema distinto,⁸ en su conclusión hace alusión a nuestro tema explicando:⁹

La propuesta ... contribuye a mejorar el bienestar de México en una dimensión que ... es esencial para la prosperidad en una sociedad moderna: *reforzamiento del Estado de Derecho* (énfasis en original).

Aclarada la justificación del ángulo económico del estudio del derecho, a continuación abordaré la función económica del Estado de Derecho (§II), su subutilización (§III), procediendo con sugerencias (§IV) para sugerir un modelo conceptual (§V), y concluir con un comentario final (§VI).

Deseo hacer una advertencia preliminar, y es sobre método. A continuación se realizarán observaciones sobre diferentes ramas del árbol jurídico. Es posible (y probable) que el lector denote cierta amplitud y superficialidad. *Amplitud* pues se tocan diferentes aspectos de una multitud de temas que de primera impresión guardan poca relación entre sí. *Superficialidad* pues no se ha analizado exhaustivamente cada uno. No obstante, el hilo conductor de todos los temas, con su respectivo nivel de profundidad, constituye la tesis de este estudio: el instrumento “Derecho” es mal utilizado. Como toda herramienta, es ideal para unas cosas, pero inservible para otras. Hay que saberla utilizar. No es una panacea, y no puede serlo. Tiene (y debe tener) límites. No entenderlo invita a su sub- o sobreutilización. Y así ha ocurrido. Los efectos son visibles en diferentes áreas del sistema jurídico. Visto

⁷ Santiago Levy, *Good Intentions, Bad Outcomes. Social Policy and Economical Growth in Mexico*, Brookings Institution Press, Washington, D. C., 2008.

⁸ Santiago Levy sostiene que el mediocre crecimiento de México en comparación con América Latina y el mundo, en particular en una época en la que todo el mundo se benefició de un crecimiento económico importante, obedece a que la combinación existente de programas sociales es dañina tanto en términos sociales como económicos. Las incoherentes políticas sociales existentes en México le dan a los trabajadores incentivos para buscar trabajos de baja productividad, y estimulan a las firmas a invertir en proyectos que son lucrativos en forma privada pero subóptimas en forma social. En términos generales, la estructura de incentivos implícita en los programas sociales hace que los trabajadores sociales y firmas se comporten de manera que son contrarias al crecimiento productivo a largo plazo.

⁹ *Op. cit.*, p. 291. Sus palabras son: “The proposal finally contributes to improving Mexico’s welfare along a dimension that ... is essential to prosperity in a modern society: *strengthening the rule of law*” (énfasis en original).

así, aunque los síntomas están diseminados y afectan áreas distintas, tienen un mismo origen. Y ese es el objeto de este ensayo.

II. LEITMOTIF ECONÓMICO DEL ESTADO DE DERECHO

1. Noción

Existe un "Estado de Derecho" cuando los individuos u órganos que conforman una sociedad se encuentran regidos por, y sometidos al, derecho.¹⁰ Incluye al Estado, su poder y su actividad.¹¹ Contrasta con todo poder arbitrario y se contrapone a cualquier forma de Estado absoluto o totalitario.¹² Es decir, en un Estado de Derecho, es el *Derecho*—no el poder—quien manda.¹³ Como dice Hayek:¹⁴ el Estado de Derecho debe entenderse como el opuesto al estado de estatus.¹⁵

Uno de los objetivos más importantes del Estado de Derecho es procurar "Seguridad jurídica", entendida como la certeza que tiene el individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos justos, transparentes, regulares y preestablecidos.¹⁶

¹⁰ El concepto ha sido objeto de debate. Sucintamente, hay quien identifica al Estado con el derecho. Hay quien dice que es una vacua tautología. Por ejemplo, Kelsen sostiene que, en la medida en que un Estado es la personificación de un orden jurídico específico que ha alcanzado cierto grado de centralización, todo Estado es un Estado de Derecho. De hecho, un Estado no sujeto a derecho es impensable. A mi juicio, el derecho no es identificable con el Estado. Confundirlo equipararía instrumento con objetivo. Medio con fin.

¹¹ Voz "Estado de Derecho", Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, *Diccionario jurídico mexicano*, 5a. ed., México, Porrúa, 1992, t. II, p. 1328.

¹² Como ocurre con el llamado "Estado de Policía", caracterizado por la existencia de facultades discrecionales excesivas.

¹³ La idea de Estado de Derecho viene desde los griegos y los romanos en la antigüedad y tal parece que se utilizó por primera vez por Roberto Von Mohl (*Rechtsstaat*) en su sentido moderno, durante el tercer decenio del siglo antepasado.

¹⁴ F. A. Hayek, *The Road to Serfdom*, Chicago, The University of Chicago Press, 1944, 1994, p. 87.

¹⁵ Sus palabras exactas son: "the Rule of Law ... should probably be regarded as the true opposite of the rule of status".

¹⁶ Voz "Seguridad Jurídica", Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, *Diccionario Jurídico Mexicano*, 5a. ed., México, Porrúa, 1992, t. IV, p. 2885.

Implica no sólo que el orden social sea eficaz, sino que también sea justo.

Ambos conceptos forman parte de los fines principales del derecho.¹⁷ Los motivos son diversos.¹⁸ A continuación se analizará una especie que ha recibido menos atención: los económicos.

2. Fines económicos

El Estado tiene un papel *económico* importante. Samuelson y Nordhaus, dos conocidas autoridades en la materia, explican que el papel económico del Estado es:¹⁹

1. *Eficiencia*: corregir 'Fracasos de Mercado', tales como monopolios y contaminación, para fomentar eficiencia.
2. *Equidad*: instrumentar programas gubernamentales que promuevan equidad utilizando impuestos y gasto para redistribuir ingresos hacia grupos determinados.
3. *Crecimiento macroeconómico y estabilidad*: utilizando impuestos, gasto y regulación económica, fomentar el crecimiento macroeconómico y estabilidad para reducir el desempleo y la inflación.

Las ideas de Adam Smith al respecto son relevantes. Por principio, postulaba libertad individual y abstención de intervencionismo, explicando:²⁰

Cada hombre, mientras no viole las leyes de justicia, tiene libertad absoluta para perseguir su propio interés a su manera, y utilizar tanto su capital como industria competencia con aquellas de cualquier otro hombre, o grupo de

¹⁷ Kelsen y Kant postulaban que la Seguridad Jurídica es la característica esencial de lo jurídico.

¹⁸ Para un comentario sobre los sociológicos, véase *El Estado de Derecho: un enfoque económico*, Porrúa, México, 2007.

¹⁹ Samuelson, Paul A. y William D. Nordhaus, *Economics*, 15a. ed., Nueva York, McGraw Hill, 1995, p. 30.

²⁰ Sus palabras son: "Every man, as long as he does not violate the laws of justice, is left perfectly free to pursue his own interest in his own way, and to bring both his industry and capital into competition with those of any other man, or order of men. The sovereign is completely discharged from a duty".

hombres. El soberano está completamente descargado de obligación alguna al respecto.

Luego, postulaba un papel reducido del gobierno, argumentando:²¹

De conformidad con el sistema de libertad natural, el soberano tiene únicamente tres deberes; tres deberes de gran importancia, y que pueden ser fácilmente entendidos: primero, el deber de proteger a la sociedad de violencia e invasión de otras sociedades independientes; segundo, el deber de proteger, en la medida posible, a cada miembro de la sociedad de la injusticia u opresión de cada miembro de la misma, o el deber de establecer una exacta administración de justicia; y tercero, el deber de erigir y mantener ciertas obras e instituciones públicas que, ya sea por que no son de interés individual realizar, o porque ya sea por el número pequeño de individuos o dado que sus ganancias nunca justificarían sus costos aunque beneficien en forma importante a la sociedad, de otra manera no podrían ser erigidas o mantenidas.²²

Como puede verse, Smith encasillaba los fines del Estado en tres rubros:

1. *Protección externa*: Proteger a la sociedad de violencia e invasión de otras sociedades.
2. *Protección interna*: Proteger a todo miembro de la sociedad de injusticia u opresión de cualquier otro miembro de la misma y administrar de justicia.
3. *Bienes públicos*: Erigir y mantener ciertos bienes e instituciones públicas.

²¹ Smith, Adam, *The Wealth of Nations*, Londres, Methuen, 1930, Book II, Chap. III, vol. I, p. 325.

²² Traducción del autor de lo siguiente: "According to the system of natural liberty, the sovereign has only three duties to attend to; three duties of great importance, indeed, but plain and intelligible to common understandings: first, the duty of protecting the society from the violence and invasion of other independent societies; secondly, the duty of protecting, as far as possible, every member of society from the injustice or oppression of every other member of it, or the duty of establishing an exact administration of justice; and, thirdly, the duty of erecting and maintaining certain public works and certain public institutions, which it can never be for the interest of any individual, or small number of individuals, to erect and maintain; because the profit could never repay the expense to any individual or small number of individuals to erect and maintain or small number of individuals, though it may frequently do much more than repay it to a great society".

Un reciente, y agudo, autor comenta el tema:²³

¿Qué papel debe jugar el Estado para hacer que funcione una economía de mercado? Al nivel más amplio, tiene tres funciones: primero, proveer cosas –conocidas como bienes públicos– que el mercado no puede proveer por sí mismo; segundo, internalizar externalidades o remediar fracasos del mercado; y tercero, ayudar a personas a que, por diversos motivos, no sean exitosas en el mercado o sean más vulnerables a lo que sucede dentro de ella a lo que está dispuesto a tolerar la sociedad.

Como puede verse, aunque en términos distintos, existe consenso. Sintetizando, económicamente, el Estado cumple una labor importante procurando: 1) bienes públicos; 2) evitar externalidades negativas; 3) establecer las reglas del juego; 4) contar con un sistema de administración de justicia, y 5) remediar fracasos del mercado. Explicaré cada uno.

A. Bienes públicos

Un "bien público" es un bien o servicio que, una vez proveído por una persona, está disponible a otras a un costo marginal²⁴ cero y es imposible impedir que otras personas se beneficien del mismo. Puede contrastarse con un "bien privado" en que en este último el consumo de una persona precluye el consumo de la misma unidad por otra persona.

El bien público muestra una carencia de rivalidad de consumo: el consumo de una persona no reduce su disponibilidad a otra. Su caso extremo (el bien público "puro") tiene la característica de no ser excluible: una vez que se provee es imposible prevenir que otras personas lo consuman.

Esta última característica dificulta el que el bien sea proveído por mercados privados puesto que al proveedor del mismo le es imposible asegurar que sólo quienes pagan por el mismo lo obtengan.

²³ Martin Wolf, *Why Globalization Works*, Yale University Press, New Haven and London, 2004, p. 61 ("So what role does the state have to play to make a market economy work? At the broadest level, it has three functions: first, to provide things –known as public goods– that the market cannot provide for itself; second, to internalize externalities or remedy market failures; and, third, to help people who, for a number of reasons, do worse from the market or are more vulnerable to what happens within it than society finds tolerable").

²⁴ "Marginal" significa "extra". Dado un volumen determinado de abasto a un costo determinado, el costo de la unidad marginal será únicamente el que la producción de dicha unidad añada al costo total.

Dado que puede ser obtenido gratuitamente, nadie está dispuesto a pagar por él. Esta situación es conocida en el argot económico como “free riding”.²⁵

Un ejemplo son las calles y bienes similares que podrían presuntamente ser procurados mediante intercambios estrictamente voluntarios, sus costos siendo pagados mediante el cobro de una cantidad.²⁶ El costo de recolectar dichas cantidades podría con frecuencia ser más elevado que el costo de la producción misma de los bienes públicos. Por ende, existen ciertos bienes públicos que, no siendo en el mejor interés de un individuo particular el crear y mantener, es del interés general de la sociedad contemplar. Visto de otra manera, hay ciertos bienes públicos que, en ausencia de un órgano que actúe por el interés general, simplemente no existirían.

Existen ejemplos distintos de bienes públicos que el Estado debe procurar. Mencionaré dos: el dinero y un mercado competitivo. Empecemos por el dinero. El dinero debe ser sano, estable, pues cumple tres funciones distintas: i) medio de cambio;²⁷ ii) unidad de cuenta;²⁸ y iii) depósito de valor.²⁹ Una moneda será estable cuando el gobierno administre las deudas en forma sostenida o si el banco central es capaz de hacerse a un lado cuando el gobierno sea conducido a un estado de insolvencia. Históricamente, las insolvencias soberanas han sido las causas de problemas económicos serios ya sea porque menosprecian la moneda (por ejemplo, mediante devaluación o infracción) o porque destruyen la solvencia de las instituciones

²⁵ Si bien hay quien traduce el concepto como “problema del polizón” (Stiglitz, Joseph E., *La economía del Sector Público*, Barcelona, Antoni Bosch editor, 2000), aludiré al mismo como “conducta parasitaria” o, dado su arraigo en la literatura económica, por su término en inglés: “free riding”.

²⁶ Por ejemplo, una carretera de cuota.

²⁷ Es un objeto que se acepta generalmente a cambio de bienes y servicios. Sin el dinero sería necesario recurrir al trueque, lo cual genera dos problemas. El primero es cuánto de X hay que dar por Y . Segundo es lo que se conoce como el problema de la doble coincidencia: la necesidad de que ambas partes deseen lo que ambas producen, respectivamente, lo cual limita las oportunidades de hacer negocios.

²⁸ Es la medida acordada para expresar el precio de bienes. Da un ‘algo’ contra qué comparar adquisiciones, lo cual permite sacar mayor provecho a un presupuesto. Permite comparar costos de oportunidad.

²⁹ Permite la conservación e intercambio temporal. Entre más estable sea el valor del dinero, mejor sirve como depósito de valor. Un ejemplo es el peso mexicano después de la crisis de 1982. Como no servía de depósito de valor, quien deseaba ahorrar, lo hacía en moneda dura (dólares) fuera de México.

financieras. Los ejemplos abundan, tanto viejos³⁰ como recientes.³¹ La moraleja es clara: el dinero honesto, el crédito y las finanzas públicas son importantes.³² Desde la Gran Depresión se acepta que el dinero sano y las finanzas públicas son elementos importantes para calibrar la macroeconomía.

Entendido lo anterior, la necesidad de que “alguien” procure bienes públicos queda de manifiesto. Y el paradigma actual es que ese “alguien” debe ser el Estado.

B. Externalidades

La actividad económica puede generarle a terceros tanto costos como beneficios: “externalidades”. Si resulta en perjuicios se tratará de una externalidad *negativa*. Si genera beneficios será una externalidad *positiva*. Por ejemplo, la producción genera contaminación. Si no existe un método para hacer que quien contamina indemnice a las víctimas por la consecuente pérdida económica que sufren, se les estará imponiendo un costo, y el agente económico que contamina estará ‘pagando’ una cantidad subóptima por la actividad.³³

³⁰ Felipe II de España dañó a un banco importante (Fuggers) al repudiar en 1575 una deuda. William III de Inglaterra creó el Bank of England para administrar las deudas de las guerras con Francia a fines del siglo XVII.

³¹ Por ejemplo, la crisis de Argentina de 2001 y México en 1982 y 1994.

³² Tanto que hay quien sostiene que es lo que le dio a Inglaterra una ventaja sobre Francia en la larga serie de guerras de los siglos XVIII y XIX (Paul Kennedy, *The Rise and Fall of The Great Powers: Economic Change and Military Conflict from 1500 to 2000*, Nueva York, Vintage, 1999).

³³ Un ejemplo puede ser ilustrativo. Una fábrica es construida cerca de una casa cuyo valor de mercado, antes del establecimiento de la fábrica, es de dos millones. Si, una vez establecida la fábrica, la contaminación (sea atmosférica o ruido) hace que el valor de mercado de la casa se reduzca a, por ejemplo, un millón, se estará generando una externalidad negativa al propietario. Lo que es más, si existe tecnología que pudiera evitar la contaminación y su costo fuera de 500 000, las circunstancias son tales que, si existiera un mecanismo para que el propietario pudiera exigir que el fabricante instalara la tecnología o le indemnizara el daño (la reducción del precio: un millón) el fabricante instalaría la tecnología y repercutiría ese gasto como parte del precio del producto que vende. Todos estarían contentos. Y el precio tendría un beneficio adicional desde la perspectiva de eficiencia asignativa: la sociedad paga por el bien la cantidad socialmente óptima (pues si resulta que el producto —con su prima ecológica— no tiene éxito, quiere decir que, macroeconómicamente, los recursos empleados en dicha actividad estarían mejor empleados en otra). Pero de no existir un mecanismo que obligue al fabricante a instalar la tecnología, se impondrá un costo al vecino y no se procurará la eficiencia productiva ni la asignativa.

En ausencia de un mecanismo u órgano que atribuya el costo a quien lo genera y haga que quien se beneficie resarza a quien afectó, dicha actividad estaría sub- o sobre-regulada.

Y lo mismo ocurre con externalidades positivas. Existen actividades que imponen beneficios a terceros y que, en ausencia de un mecanismo que logre que quien se beneficie pague al beneficiante, existirán menos incentivos para que dichas actividades tengan lugar.³⁴

Dicho de otra manera, una función importante del gobierno (y del derecho) es vencer el “fracaso del mercado” consistente en la ausencia de indemnización cuando es apropiada, o la falta de atribución de responsabilidad. Se trata de un “fracaso del mercado” pues las transacciones privadas no permiten distribuir las consecuencias a quien corresponde y ello genera ausencia de actividad económica deseable o costos.

Entendido dicho riesgo, queda claro el beneficio de contar con un órgano (el Estado) o medio (el derecho) que aborde el problema de las externalidades.

C. Las “reglas del juego”

La existencia de las “reglas del juego” es importante. Debe contarse con un marco bajo el cual las personas puedan realizar actividad económica, y, en caso de presentarse un problema, una infraestructura que asegure que las reglas se harán cumplir. El primero es el derecho, el segundo son los órganos aplicadores del derecho.

Es difícil exagerar la importancia de esta actividad. En ausencia de un marco que establezca con claridad a qué se atenderán particulares de decidir llevar a cabo una actividad, lo más probable es que la misma no ocurra, ocurra con menos frecuencia que la deseable, o que su costo

De existir el mecanismo legal (¿responsabilidad civil o ambiental?) que canalice el costo a quien lo genera, presumiblemente se llegaría a un resultado en el que “todos ganan”: el vecino sería indemnizado, y dicha indemnización sería financiada por el incremento de costo (y precio) del producto, el cual a su vez sería premiado (éxito) o sancionado (fracaso, quiebra) por el mercado. En ambos casos el resultado es más eficiente, y todos ganan, aun cuando el resultado sea fracaso (pues querrá decir que la actividad no debía tener lugar y está siendo “financiada” por el demérito al vecino).

³⁴ En esencia, esto es lo que propicia la existencia de los derechos intelectuales.

se incrementa como resultado de la instrumentación de medidas (sea *de iure*³⁵ o *de facto*³⁶) que aseguren el resultado deseado.

Pero aun tomadas estas medidas el problema no está resuelto. Ningún intercambio voluntario está libre de ambigüedad. Por más astutas o bien asesoradas que sean las partes es imposible detallar los contratos o la legislación con tal minuciosidad que todos los problemas posibles puedan ser resueltos con anterioridad, debe existir una infraestructura confiable y eficiente capaz de resolver rápidamente dichas eventualidades. Esto hace relevante a la infraestructura que hace cumplir las “reglas del juego”.

D. Impartición de justicia

Las controversias son inherentes a toda actividad, y la actividad económica no sólo no es la excepción, sino posiblemente el mejor ejemplo.

El Estado tiene que procurar una infraestructura que permita la solución de controversias. Existe una correlación positiva entre la confiabilidad, rapidez y eficiencia de dicho sistema y la proclividad a qué actividad económica tenga lugar. El motivo es claro: facilita operaciones comerciales mediante reglas confiables.³⁷

Una judicatura que reúna los adjetivos citados tendrá el siguiente efecto económico: reduce un costo de la actividad económica: el riesgo.

En la medida en que dicho ideal no es procurado pueden presentarse dos situaciones: que la actividad económica no tenga lugar (por temor al riesgo de una controversia de solución onerosa) o que los agentes económicos incurran en costos³⁸ para evitar o solucionar las mismas.

Entre menos oneroso sea utilizar la maquinaria judicial, más operaciones tendrán lugar y menor será el costo de las mismas. La función inversa puede ser más relevante e importante: *entre más oneroso sea*

³⁵ Por ejemplo, requerir garantías.

³⁶ Por ejemplo, llevar a cabo una conducta estratégica que evite oportunismo.

³⁷ Como lo enfatiza Milton Friedman (Friedman, Milton, *Free To Choose: A Personal Statement*, San Diego, Hartcourt, 1979, 1990, p. 30).

³⁸ De nuevo dichos costos derivan de las medidas *de jure* o *de facto* que tendrían que tomarse para brindar certeza.

ejercer un derecho o hacer cumplir una obligación, menos actividad económica tendrá lugar y más onerosa es la que sí ocurre.

Para ejemplificar, si hacer valer un derecho tiene un costo de \$1 000, dos consecuencias tendrán lugar: a) se incurrirán en medidas para reducir riesgos (y ello tendrá lugar hasta que el costo de las medidas alcance \$1 000); y b) el mismo sólo será ejercido si el beneficio a ser obtenido es igual o mayor a \$1 000. Ello necesariamente implica que, entre más cueste utilizar la infraestructura legal, menos será utilizada y mayor será el universo de actividad económica desprotegida. El resultado es doble: mayores costos de transacción y de ejecución. \$1 000 representa entonces un riesgo, y por ende un costo, que reducirá el número de operaciones que tengan lugar, o que, para que tengan lugar, los agentes económicos deberán gastar para evitar (presumiblemente estarían dispuestos a gastar hasta \$1 000). Si la operación reporta un beneficio de \$1 000 o menos, entonces no tendrá lugar. El resultado es menos intercambio y, por ende, bienestar social inferior.

Si una operación, suponiendo certeza en su cumplimiento, es lucrativa para quienes incurren en ella, no sólo la harán, sino que *deben* hacerla. Pero si existe falta de certeza, quien considere realizarla tendrá que descontarle a las ganancias el consecuente riesgo (que, insisto, es un costo), lo cual se traduce en que ciertas operaciones no tendrán lugar, y las que sí tienen cuestan más, dejando menores utilidades. La moraleja es clara: *en ausencia de un mecanismo eficiente y poco oneroso para hacer valer derechos, hay negocios que no tienen lugar. Y ello implica pérdida de bienestar, tanto para las partes que la hubieran celebrado, como socialmente.*

E. Fracasos del mercado

a. Concepto

Un sistema *laissez-faire* privilegia el mecanismo del mercado sobre el regulatorio.³⁹ Pero ello no quiere decir que nunca deba existir

³⁹ El motivo es que el mercado tiene un mecanismo autocorrectivo. Es decir, dados los incentivos que propicia en los agentes económicos que participan en el mismo, los problemas de un mercado particular tienden a autocorregirse sin la necesidad de intervención gubernamental. El motivo es claro: el deseo de obtención de rentas estimula la creatividad para resolver los mismos. La regulación con frecuencia entorpece —más que ayuda— la solución

regulación. Ante ello, la pregunta se torna en ¿cuándo es apropiado regular?

Una respuesta ofrecida por el análisis económico es que debe existir regulación cuando la competencia no funciona bien. Es decir, cuando existe un ‘fracaso del mercado’. Y existen dos circunstancias comunes de ello: en industrias donde exista un *monopolio natural* y aquéllas plagadas por *externalidades*.⁴⁰ Dado que las externalidades han sido tratadas, me concentraré en el monopolio natural.

Un mercado será un “monopolio natural” cuando al nivel socialmente óptimo de abasto, el costo de la industria es minimizado únicamente si sólo existe un solo productor. Es decir, el mercado en cuestión no soporta más de una firma. De ser más, existirían deseconomías de escala que encarecerían el abasto. Los motivos pueden ser diversos,⁴¹ y no serán abordados.⁴²

de los problemas de un mercado. Además, la regulación implica un monitoreo continuo por una burocracia de los pasos y decisiones tomadas por agentes económicos. Ello produce cuellos de botella, anquilosamiento, retrasos, costos, medidas artificiales y (con frecuencia) subóptimas para resolver problemas económicos, y, en general, reducción de la eficiencia con la que un agente económico ataca un mercado. Por ello, con frecuencia, el mercado —con todos sus bemoles— es superior a la mejor de las intervenciones. Para abundar véase Pascual García Alba Iduñate, “Regulación y competencia”, en *Competencia económica en México*, Porrúa, 2004, p. 105.

⁴⁰ W. Kip Viscusi, John M. Vernon, Joseph E. Harrington, Jr., *Economics of Regulation and Antitrust*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, Londres, 2a. ed., 1998, p. 323.

⁴¹ Por ejemplo, puede ser que la curva de costo promedio sea siempre decreciente, a cualquier nivel de abasto. Otro ejemplo es cuando el mercado sólo puede justificar a un agente económico (generalmente por ser pequeño); otro es cuando existe una inversión inicial fuerte.

⁴² Existen diversas teorías sobre los orígenes de la regulación económica. Una de las teorías que en forma inicial justificaron que exista regulación económica es la teoría del interés público (“*public interest theory*” o “*normative análisis as a positive theory*”), pero no es la única. Existe también la Teoría de la Captura (“*capture theory*”) y la teoría económica de la regulación (“*economic theory of regulation*”). En términos generales, la *Teoría del Interés Público* sostenía que debe existir regulación económica para resolver fracasos del mercado. La *Teoría de la Captura* sostiene que la entidad gubernamental que regula una industria es capturada por dicha industria y lo que acaba haciendo es regulándola de tal forma que se logren los intereses de la misma, incluyendo el incremento de rentas. La implicación es que la regulación promueva las ganancias de la industria en cuestión más que el bienestar social (¿suena familiar?). La *Teoría Económica de la Regulación* analiza el impacto que los grupos de interés tienen en la formación de legislación. La misma predice que la regulación beneficiará a grupos de interés pequeños y bien organizados más que a (o a costa de) la colectividad. Ello obedece, *inter alia*, a los incentivos que enfrentan los legisladores y la forma en que los grupos influyen en los mismos. La descripción dada es genérica. Las teorías son ricas y llenas de escenarios distintos.

Fuera de las circunstancias indicadas, son los particulares quienes determinan *qué hacer, cómo y para quién*. Y el método es el (maravilloso) mecanismo del precio.⁴³

Invito al lector a preguntarse, ¿qué hay en el sistema *laissez-faire* que lo hace tan atractivo? Intentaré contestar la interrogante mediante una breve descripción de los beneficios de un mercado competido.

b. Mercado competitivo y sus beneficios

El mercado competitivo es otro bien público cuya importancia es fácilmente pasada por alto, y México brinda ejemplos claros al respecto.⁴⁴ En esencia, un mercado competitivo procura eficiencia (productiva y asignativa), incrementa el bienestar agregado de una sociedad,⁴⁵ propicia inversión e innovación tecnológica.⁴⁶ Ello es logrado mediante la política que fomente la competencia.

El fomento de la competencia obedece a que se considera que arroja los siguientes dos efectos positivos: i) eficiencia, y ii) propiedades de bienestar social. Abordaré cada una por separado.

⁴³ El precio cumple tres funciones importantes: a) transmite información; y lo hace en dos sentidos. Por un lado, constituye la forma en la que el productor puede tomarle el pulso al mercado para decidir cuánto hacer y a quién venderlo. A su vez, transmite información en el sentido contrario: el comprador final podrá observar, mediante los movimientos de precios, si es prudente utilizar menos de dicho producto o cambiar de insumo; b) genera incentivos para producir más eficientemente: al menor costo posible y utilizando los recursos en las actividades en las que más se valoran; c) determinan a quién dar cuánto de un producto (distribución de ingresos). Si bien este tema es tratado en múltiples textos, su exposición por el Premio Nobel de Economía, Gary S. Becker, es particularmente atractiva, *Teoría económica*, Fondo de Cultura Económica, 1977, pp. 14 y ss., traducción de su obra en inglés *Economic Theory*. En esencia el precio determina para quién debe producirse algo. Como lo hacía ver A. Flanagan: "no existe la escasez ni el exceso, sólo el precio".

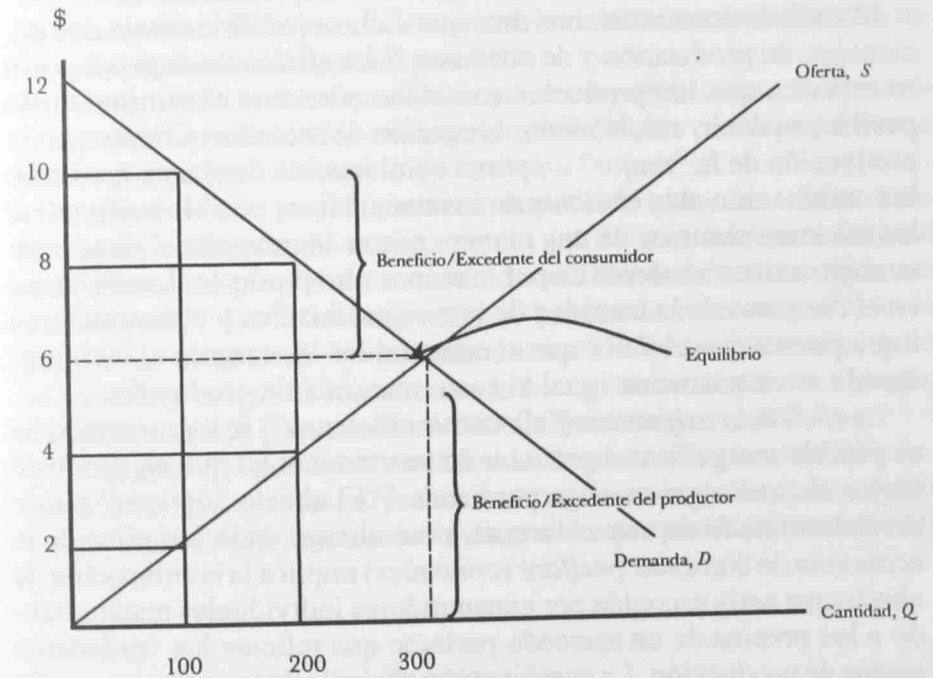
⁴⁴ Existe un monopolio que constituye un gran parásito del desarrollo de la economía mexicana: Teléfonos de México encarece un bien de consumo necesario: la comunicación telefónica. Y toda la economía sufre las consecuencias. Mientras el mismo no sea derrumbado, la economía mexicana seguirá cargando con dicho lastre, mermando la competitividad de la industria mexicana.

⁴⁵ Una obra reciente analiza el verdadero bien jurídico tutelado de esta disciplina, que con frecuencia se confunde: *Reformas a la Ley Federal de Competencia Económica*, ITAM, 2006, Carlos Mena Labarthe y José Roldán Xopa (eds.). El capítulo que lo aborda es "Nueva política de competencia".

⁴⁶ Para abundar sobre el porqué, véase Francisco González de Cossío, *Competencia económica, aspectos jurídicos y económicos*, Porrúa, México, 2005, pp. 23 y ss.

Eficiencia. En presencia de un mercado competitivo el precio de un bien⁴⁷ se fija como resultado de la conjugación de dos fuerzas del mercado: la oferta y la demanda. Esta verdad, tan frecuentemente citada, es con frecuencia mal apreciada. Para ver por qué, a continuación se echa mano de una gráfica que identifica una curva de demanda⁴⁸ y una curva de oferta.⁴⁹

Figura 1. Descripción de los beneficios de la competencia



Fuente: Tomada de González de Cossío, *Competencia económica, op. cit.*, p. 25.

⁴⁷ Al hablar de un "bien" o "producto" incluyo también servicios.

⁴⁸ Aquella con pendiente negativa. El dibujo de una curva de demanda refleja un grupo de puntos que indican la cantidad de dicho bien que un grupo adquirirá a diferentes precios (en un tiempo determinado). Mide las opciones disponibles en un momento determinado y en ciertas circunstancias. Se trata de una abstracción que busca facilitar la observación y asimilación de una tendencia.

⁴⁹ Aquella con pendiente positiva.

Esta gráfica arroja resultados diversos. Disectémoslos tomando un modelo simple de un solo producto.

Del lado de la demanda nos indica que, a precio \$12, cero productos son vendidos. A precio \$10 son 100 las unidades vendidas, a precio \$8 son 200 las ventas, a precio \$6 son 300; y así sucesivamente.

Del lado de la oferta, a precio \$2 el productor sólo estaría dispuesto a hacer 100 unidades. A precio \$4 estaría dispuesto a producir y vender hasta 200. Y así sucesivamente.

Tomando como dadas dichas circunstancias, en este mercado el precio (de mercado) se fija en \$6, y se venden 300 unidades.

El análisis económico nos dice que dicho equilibrio arroja dos eficiencias: de producción y de consumo.⁵⁰ La *eficiencia de producción* se refiere a que los productos son elaborados con el mínimo costo posible; es decir, con la menor erogación de recursos. Consiste en la producción de la "mejor" u óptima combinación de abasto mediante la combinación más eficiente de insumos. No es posible reorganizar los insumos/recursos de una manera que se incremente el abasto sin también reducir el abasto de por lo menos otro producto. La *eficiencia en el consumo* de la cantidad de bienes producidos y consumidos se logra puesto que el valor que el consumidor le otorgará al bien producido es exactamente igual al costo marginal de producirlo.⁵¹

La *eficiencia asignativa* ("allocative efficiency") se logra cuando no es posible reorganizar o producir de una manera tal que alguien esté mejor sin que alguien salga perdiendo.⁵² El abasto "óptimo" puede ser determinado de varias formas, sin embargo, bajo la óptica de la economía de bienestar (*welfare economics*) implica la combinación de abasto que sería escogida por consumidores individuales respondiendo a los precios de un mercado perfecto que reflejen los verdaderos costos de producción. La combinación eficiente de insumos es aquella que produce un abasto al menor costo de oportunidad.

⁵⁰ La traducción de los conceptos al español ha sido tomada de Michael Parkin y Gerardo Esquivel, *Microeconomía*, versión para Latinoamérica, Addison Wesley, México, 5a. ed., 2001, pp. 261 y ss.

⁵¹ La utilización de insumos de esta manera en ocasiones se conoce como la "eficiencia técnica".

⁵² Carlton, Dennis W. y Jeffrey M. Perloff, *Modern Industrial Organization*, Harper Collins College Publishers, 2a. ed., 1994, pp. 102 y 104.

Bajo condiciones de eficiencia asignativa, la satisfacción o utilidad de una persona puede ser incrementada únicamente mediante la reducción de la utilidad de otra persona.⁵³

Visto en forma agregada, un mercado competitivo es eficiente en la medida en que los costos sociales y beneficios sociales coinciden.⁵⁴

Bienestar social. El bienestar social se maximiza mediante la competencia. La competencia maximiza el valor total de los bienes producidos en una sociedad. Los mercados competitivos propician un objetivo importante: proveer al consumidor bienes a su costo marginal de producción. Este beneficio, que se lo debemos a la industrialización, es frecuentemente desapercibido.

En términos técnicos, un mercado competitivo tiende a maximizar el "beneficio del consumidor".⁵⁵ Dicho concepto merece una explicación.

En un mercado perfectamente competitivo todas las ventas tienden a ser realizadas al mismo precio (el de mercado) no obstante que diferentes grupos de consumidores tienen diferentes "precios de reserva".⁵⁶ La diferencia entre el precio de reserva y el precio pagado es el "beneficio del consumidor".⁵⁷ Es la diferencia entre lo pagado y lo que el consumidor hubiera estado dispuesto a pagar, de ser necesario, para consumir las unidades adquiridas.⁵⁸

Debe distinguirse del "Beneficio del Productor": que es la diferencia entre el ingreso total al precio competitivo y la suma de los costos del productor.⁵⁹ Es la cantidad más grande que puede ser restada del

⁵³ Samuelson y Nordhaus, *op. cit.*, p. 136.

⁵⁴ Samuelson y Nordhaus, *op. cit.*, p. 138. Dicho en términos un poco más técnicos, los beneficios del comercio se maximizan ante el equilibrio competitivo donde $P = UM = CM$ (el precio es igual a la utilidad marginal, que a su vez es igual al costo marginal).

⁵⁵ Por ello, favorecer la competencia es una manera de favorecer la eficiencia. Sin embargo, las consideraciones de eficiencia ignoran juicios de valor en relación con la distribución del ingreso.

⁵⁶ El "precio de reserva" es la cantidad máxima que una persona estaría dispuesta a pagar por un bien.

⁵⁷ Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy*, West Publishing, St. Paul Minnesota, 1994, p. 5.

⁵⁸ Carlton y Perloff, *op. cit.*, p. 104.

⁵⁹ Hovenkamp, *op. cit.*, p. 5.

ingreso de los proveedores y aun así el proveedor estaría dispuesto a producir el bien en cuestión.⁶⁰

Entendidos ambos conceptos, puede apreciarse el motivo por el cual se desea fomentar la competencia: los conjuga de manera en que (el análisis económico nos enseña) más nos conviene (en forma agregada, social).⁶¹

Como lo explica el profesor Samuelson: “el mercado perfectamente competitivo es un mecanismo que sintetiza: a) los deseos de las personas con votos monetarios a pagar por bienes en la forma representada por una demanda, con b) el costo marginal de dichos bienes, en la forma como son representados por la curva de abasto de dicha firma. Bajo ciertas circunstancias, la competencia garantiza eficiencia en la que la utilidad de ningún consumidor puede ser incrementada sin reducir la utilidad de otro consumidor. Lo anterior es cierto aun en un mundo con múltiples factores y productos”.⁶²

c. Competencia imperfecta

En contraste con la competencia perfecta, los economistas con frecuencia hablan en términos generales de “competencia imperfecta” como un género de circunstancias que distan de reflejar las características de un mercado competitivo.

Existen diversas variedades de competencia imperfecta, que se clasifican en: monopólicos, oligopólicos y competencia monopolística, los cuales no serán abordados.

⁶⁰ Carlton y Perloff, *op. cit.*, p. 105.

⁶¹ El matiz es importante pues, de la conjugación de dichas fuerzas, puede resultar la salida (quiebra) de participantes del lado de la oferta (productores). Esto ha propiciado (en ocasiones) severas críticas que en términos generales no han prosperado.

⁶² Samuelson y Nordhaus, *op. cit.*, p. 139. Sus palabras fueron: “The perfectly competitive market is a device for synthesizing a) the willingness of people possessing dollar votes to pay for goods as represented by demand with b) the marginal costs of those goods as represented by firm’s supply. Under certain conditions, competition guarantees efficiency in which no consumer’s utility can be raised without lowering another consumer’s utility. This is true even in a world of many factors and products” (traducción del autor).

d. Conclusión: el derecho como corrector de “fracasos de mercado”

Por los motivos indicados, una de las funciones económicas del derecho es corregir “fracasos de mercado” buscando procurar un mercado competitivo dados los beneficios en eficiencia y bienestar que el mismo procura.

3. Conclusión

Por razones sociológicas y económicas, el Estado de Derecho es un pilar esencial en toda sociedad. El Premio Nobel de Economía, Amartya Sen, lo expone con claridad:⁶³

La reforma legal y judicial es importante no sólo para el desarrollo legal sino también para el desarrollo en otras esferas, como lo son el desarrollo económico, político y demás, y éstos a su vez son partes constitutivas del desarrollo en su totalidad.

Y no se trata de una cuestión teórica. El Banco Mundial ha encontrado evidencia empírica que entre más desarrollado sea el Estado de Derecho de un país, más comercian con él. En sus palabras:⁶⁴

Los países con mejor ... Estado de Derecho, calidad de régimen regulatorio, eficacia gubernamental y estabilidad política tendían a recibir una porción crecientemente mayor de los flujos internacionales de inversión extranjera en los años noventa.

El Estado de Derecho no es un lujo. Es una necesidad, tanto sociológica como económica.

⁶³ What is the Role of Legal and Judicial Reform in the Development process? Conferencia *Comprehensive Legal and Judicial Development Conference*, 5 a 7 de junio de 2000, World Bank, Washington, D. C., p. 13 (“Legal and judicial reform is important not only for legal development but also for development in other spheres, such as economic development, political development, and so on, and these in turn are also constitutive parts of development as a whole”).

⁶⁴ World Bank, *Global Economic Prospects*, 2003, p. 91 (“Countries with better ... rule of law, quality of the regulatory regime, government effectiveness and political stability – tended to receive an increasing share of total FDI over the 1990s”).

III. SUBUTILIZACIÓN ECONÓMICA DEL DERECHO

Con todas sus virtudes, el derecho es un instrumento subutilizado y empolvado; inclusive oxidado.

Siendo el Estado de Derecho el obsequio máspreciado que la clase burocrática puede dar a su población, se nos ha negado. En mi opinión, existe una importante responsabilidad social de la clase gobernante mexicana frente a la clase gobernada derivada de su falta de cumplir el mandato que se les ha dado. Y el derecho es una de las facetas que lo demuestra. Creo que la observación es válida tanto en nuestro pasado como en nuestro presente.

Pero no toda la culpa es de la clase gobernante; existe complicidad del gobernado. Es una verdad frecuentemente citada que cada población tiene el gobierno que merece. Y, como suele suceder, un problema rara vez es unilateralmente causado; más bien tiene orígenes bilaterales.

Para ver por qué examinemos cada una de las funciones apuntadas a la luz de la crisis señalada.

1. Bienes públicos

El que la procuración de bienes públicos tenga beneficios no implica que el Estado debe llevar a cabo *todo* tipo de actividades. Hay actividades que funcionan mejor si se las deja al mercado. Ello debido a que el Estado es un mal-administrador. Los motivos son múltiples, dentro de los cuales destaca que no están alineados sus incentivos con su desempeño.

Existen dos circunstancias genéricas que hacen que los funcionarios sean menos eficaces que entes privados: a) no arriesgaron su peculio personal en la actividad en cuestión; y b) su retribución no depende de su desempeño. Ante ello, se generan las circunstancias e incentivos para que el funcionario realice las actividades en forma mediocre, sin entusiasmo. ¿Qué diferencia hará la inyección de energía adicional a una actividad cuyos resultados *personales* serán siempre los mismos? Lo que es más, las psicologías que tienden a generarse dentro del personal que forma parte de dicho órgano hacen que el fenómeno se acentúe y autoperpetúe: a los ojos de los demás, se tornará en un paria.

Existen ejemplos diversos sobre lo anterior. Por ejemplo, electricidad, petróleo, y virtualmente todas las empresas de participación estatal antes de ser privatizadas.⁶⁵

2. Externalidades

Si bien es cierto que las actividades que generen externalidades negativas deben ser cooptadas o reguladas, el problema reside en definir qué tanta externalidad debe tener lugar para que ello amerite intervención o regulación. Y como tantas cosas en la vida, mientras que la solución en los extremos parece obvia, son las situaciones intermedias, las cuestiones de grado, las de difícil solución. Por si fuera poco, casi todo parece caer en dicha hipótesis.

Casi cualquier actividad puede tener *algún* efecto sobre terceros; aunque sea pequeño y remoto. Por ende, si esta justificación no es interpretada en forma limitada, podría justificar *cualquier* medida gubernamental. Pero existiría una falacia: las medidas gubernamentales también generan externalidades.⁶⁶ Tales, que la medicina puede ser peor que la patología. En dicho caso, podrían calificarse como “fracasos gubernamentales”, mismos que pueden ser importantes.

La lección a derivar no es que la intervención gubernamental siempre es injustificada, sino que la carga de la prueba de su justificación debe estar del lado de quien la propugna, no de quien la desea evitar. Es decir, la regla debe ser no-intervención. La excepción: intervención, sujeta a comprobación.

En este contexto existe un riesgo: las frecuentes alusiones a las bondades de ciertas intervenciones. Y son como cantos de sirena.

La tentación debe ser resistida. La experiencia muestra que, una vez que el Estado comienza una actividad, su labor tiende al infinito.

Moraleja: el Estado debe ser cauto en las actividades que emprende, privilegiando soluciones de mercado: que la actividad sea realizada por particulares.

⁶⁵ Véase Carlos Salinas de Gortari, *México, un paso difícil a la modernidad*, Plaza y Janes, México, 2000, pp. 405-408.

⁶⁶ Como lo enfatiza Milton Friedman, *op. cit.*, p. 31.

3. Las “reglas del juego”

El Estado debe proveer un terreno claro, transparente y eficiente sobre el cual se desenvuelva la actividad económica. Desafortunadamente, es frecuente encontrar que ello no tiene lugar.

Mucho derecho es sobrerregulatorio. Una ley debe constreñir la actividad que regula de una manera costo-eficiente, comparada con los fines que desea lograr. De lo contrario, se torna en un lastre, y probablemente lastime la actividad más de lo que la proteja o fomente. Lejos de proveer un terreno apropiado para que cierta actividad ocurra, lo torna sinuoso, complicado y, sobre todo, oneroso. Los ejemplos abundan. Tomemos algunos.

En materia *fiscal* es fácil percibir la inflación regulatoria. El grado y detalle al cual se regulan actividades es tal que se requiere una enorme burocracia estatal y privada⁶⁷ para acatarla. Y ello es un costo.⁶⁸ Es cierto que mucho del derecho fiscal existe para evitar que los contribuyentes no lo eludan, pero la diarrea legislativa no es la solución. El objetivo puede lograrse en forma más eficiente con menos leyes que sean más inteligentes. Se analizarán en la Sección IV.3.A de este estudio.

En materia *procesal*, el deseo de establecer reglas justas ha dado lugar a una cantidad tal de sobrerregulación que el fin que lo motivaba se ve comprometido, si no es que sesgado. Si uno no conoce las (literalmente miles de) artimañas, trucos, huecos, fisuras y demás imperfecciones que el exceso de legislación procesal genera, es difícil obtener justicia.⁶⁹ Y lo que es peor, el fenómeno es autoperpetuante: si el procedimiento se simplifica la respuesta de muchos será que es lacónico. Un ejemplo es el arbitraje. El éxito del arbitraje se debe, entre otros motivos, a que el derecho arbitral procura ser sencillo, eficiente, poco regulatorio. Sin embargo, los pilares del derecho

⁶⁷ Contadores, fiscalistas, secretarías y personal diverso que instrumente las diversas, y en ocasiones ridículas, obligaciones fiscales. A su vez genera otro precio sombra importante: tiempo (y frecuentemente de personas ocupadas).

⁶⁸ Podría argumentarse que ello genera empleos, pero hay mejores maneras de hacerlo. Si existe una alternativa que requiera menos mano de obra, no seguirla convierte a la medida adoptada en ineficiente, y a los empleos generados en parásitos.

⁶⁹ Dicho sea de paso, el (recurrente) comentario (orientado a justificar el fenómeno) que “para obtener justicia hay que no sólo tener la razón, sino saberla pedir” no me merece ningún respeto. Más bien, me parece una racionalización de quien cae en la situación criticada.

procesal están contemplados y respetados.⁷⁰ Y postulo que con igual o superior eficacia que las (literalmente decenas) de reglas que diversos códigos adjetivos contemplan. La ausencia de “procesalitis arbitral” ha motivado que algunos califiquen al derecho arbitral como escueto. Disiento. *Procesalismo* no es igual que *procesalitis*. *Procesalismo* es una ciencia importante. *Procesalitis* es el mal uso o abuso de la misma. Lo que sucede es que un abogado acostumbrado a ver códigos procesales de cientos de artículos, con posiblemente miles de párrafos, y diversas especies de recursos, es proclive a ver con sospecha un procedimiento que carece de dichas características. Pero a veces menos es más. El arbitraje es un ejemplo. Como decía Albert Einstein: todo debe ser hecho de la forma más simple posible, pero no más simple.⁷¹

El problema es endémico a todo el derecho adjetivo. En esencia subvierte el propósito mismo para el que fue creado:⁷² la verdad *legal* con frecuencia no coincide con la verdad *verdadera*. Así lo hacía notar Octavio Paz:⁷³

El resultado de esta palpable contradicción entre la verdad legal y la verdad verdadera ha sido la aclimatación de la mentira en nuestra vida pública.

El derecho *laboral* también ejemplifica el problema. Con el ánimo de proteger al trabajador, se han generado tantas restricciones al patrón que con frecuencia la reacción es menos contratación. Reducción, en términos agregados, del empleo.⁷⁴ Y no se diga del derecho laboral colectivo. Si bien el *leitmotiv* del sindicato es incuestionable, la forma en que está regulado da lugar a una conducta parasitaria,⁷⁵ y genera incentivos diversos que restan productividad.

⁷⁰ Ver, por ejemplo, el artículo 1434 del Código de Comercio que contempla lo que la doctrina arbitral denomina la Carta Magna del arbitraje: igualdad y plena oportunidad para hacer valer derechos.

⁷¹ “Everything should be made as simple as possible, but not simpler” fueron sus palabras exactas.

⁷² Zepeda Lecuona, Guillermo, *Crimen sin castigo, procuración de justicia penal y Ministerio Público en México*, México, Fondo de Cultura Económica, CIDAC, 2004, pp. 367-391.

⁷³ Octavio Paz, *Las ilusiones y las convicciones*, en *El Ogro Filantrópico: historia y política, 1971-1978*, México, Joaquín Mortiz, 1979, p. 82.

⁷⁴ Estudios empíricos así lo demuestran.

⁷⁵ Piénsese en una de las peores pesadillas de los comerciantes: los sindicatos negros.

Las *formas* también presentan el mismo problema. La “forma” es el conjunto de requisitos que debe reunir la voluntad para tener efectos jurídicos. El razonamiento detrás de la existencia de dichos requisitos es que, siendo la voluntad un acto inherentemente psicológico e interno, en ausencia de un elemento exterior y objetivo que la muestre, sería imposible anclar efectos jurídicos con base en la misma. *Ab initio*, el objetivo es correcto; pero no debe exagerarse. Las formalidades no deben convertirse en formalismos. La exageración sobre el continente con frecuencia descuida el contenido: la voluntad. La observación es aplicable a todo tipo de actos jurídicos (por ejemplo, contratos, testamentos, asambleas de accionistas, etcétera), y se pone en relieve gracias a un medio de creciente importancia: el comercio electrónico.

Existe otro problema relacionado con la forma: la onerosidad de la utilización de los fedatarios. La escasez generada por las leyes del notariado tiene como resultado la generación de un poder oligopólico, cuasimonopólico, de los fedatarios; lo cual necesariamente resulta en costos supracompetitivos. El problema de ello en el contexto de “las reglas del juego” es que generan un costo de transacción importante que hace más onerosa la actividad económica, obstaculizando la procuración de la eficiencia asignativa.⁷⁶ Los (exageradamente) altos costos de la fe pública saturan las venas de la economía, haciendo que bienes diversos permanezcan en manos de quien menos los valora dado que los costos de transacción no facilitan su transferencia. Y dicho costo es de difícil evasión o reducción puesto que, por un lado, los fedatarios son, en múltiples actos jurídicos, insumos de consumo necesario y, por otro, sus honorarios están tarifados, lo cual reduce —si no es que evita— competencia.

Es cierto que la fe pública es importante, pero no tiene por qué ser tan onerosa.

⁷⁶ Entendiendo por ‘eficiencia asignativa’ la canalización de un producto a quien más lo valora. El Teorema de (el Premio Nobel de economía) Ronald Coase se hace relevante en este contexto. Postula que en un mercado eficiente, en ausencia de costos de transacción altos, la asignación inicial de derechos se torna irrelevante pues el bien siempre acabará en manos de quien más lo valora (medido monetariamente: quien más está dispuesto a pagar por el mismo) (Ronald R.H. Coase, *The Firm, The Market and the Law*, University of Chicago Press, 1988, especialmente el capítulo II: The Nature of the Firm, pp. 95-156).

4. Impartición de justicia

La procuración de justicia tiene finalidades económicas importantes. Para lograrlos, el mecanismo (la judicatura) debe ser confiable, veloz y eficiente. Como dice Dam:

La ejecución es más importante que las reglas sustantivas... el riesgo más importante a los derechos de propiedad es el estado mismo y el favoritismo hacia amigos del gobierno.⁷⁷

Desafortunadamente, los objetivos son excepcionalmente cumplidos. Existe una percepción generalizada que la judicatura no es confiable.⁷⁸ Y ello por motivos tanto sustantivos como adjetivos. En lo sustantivo, es frecuente encontrar que el juzgador no es un experto en la materia o que no le dedica el tiempo suficiente al caso. En cuanto a lo adjetivo, la cantidad de regulación procesal y la enorme cantidad de recursos hace oneroso el procedimiento. Es cierto que no todo es culpa de ellos. Por ejemplo, la naturaleza misma del mecanismo genera incentivos para corrupción,⁷⁹ y la saturación no ayuda.

La velocidad de la solución de la controversia también está comprometida. El problema de la duración de los casos es tanto pandémico como conocido. Y ello es grave. Me atrevo a aseverar que una decisión temporalmente atinada es muchas veces superior a una decisión correcta. Claro, lo mejor sería que fuera una decisión tanto sustantiva como temporalmente atinada. Pero lo peor de todas las

⁷⁷ Kenneth W. Dam, *The Law-Growth Nexus. The Rule of Law and Economic Development*, op. cit., pp. 40-42. Literalmente “Enforcement is more important than substantive rules... the biggest threats to property rights are the state itself and favoritism toward friends of the government”.

⁷⁸ Me disculpo con los jueces inteligentes y honestos a quienes les es inaplicable esta apreciación. Los hay y debe ser reconocido. Y tengo un enorme respeto por ellos. Sin embargo, considero que la apreciación, como generalización, no es injusta.

⁷⁹ Puesto que la ganancia de la autoridad de hacer cumplir el derecho es generalmente inferior a la pena a ser impuesta al infractor potencial, lo cual siembra las semillas del cohecho: el infractor estaría dispuesto a pagar hasta el monto total de la pena (y posiblemente más, si se toman en cuenta los efectos accesorios) al juzgador con tal de que no la aplique. Dicha posibilidad se convierte en probabilidad cuando: a) la compensación recibida es insuficiente (como generalmente ocurre); y b) cuando la probabilidad de ser aprehendidos por el cohecho es pequeña. Visto desde esta perspectiva, se entiende por qué el cohecho es rampante.

circunstancias es la indecisión. Y ello es lo que provoca el retraso judicial. Los comerciantes necesitan contar con decisiones rápidas y acertadas para hacer negocios.

La eficiencia también está comprometida. A los ojos de un comerciante, el proceso es como una red que atrapa y exprime a quien cae en ella. Me recuerda el dicho de Solon:

las leyes son como telarañas: si una pobre criatura se encuentra con ellas, quedará atrapada; pero una grande puede romper y atravesarlas librándose de las mismas.⁸⁰

El motivo ha sido comentado: lo (innecesariamente) complejo del procedimiento.

5. Fracasos del mercado

En palabras de un comentarista “México es una jungla de prácticas anticompetitivas”.⁸¹ Ante ello, la Comisión Federal de Competencia tiene una labor de “evangelista”.⁸²

Las deficiencias en materia de competencia económica en México no merecen un calificativo distinto a “inverosímiles”. Un ejemplo descarado es Teléfonos de México. No sólo se trata de un ejemplo de texto de libro (básico) de economía de lo que es un monopolio, sino que el ejercicio de su dominancia y prácticas excluyentes contra competidores añade insulto a la ofensa. Otros países –por ejemplo, Estados Unidos– hubieran fragmentado a Telmex hace años. Se trata de un caso kafkiano de captura regulatoria.⁸³

⁸⁰ Traducción del autor. Las palabras exactas son “*laws are but spiderwebs: if some poor creature comes up against them, it is caught; but a bigger one can break through and get away*”.

⁸¹ Francisco González de Cossío, Conferencia sobre las Reformas a la Ley Federal de Competencia Económica, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A. C. el 13 de junio de 2006; y conferencia ante la Coparmex y el Capítulo Mexicano de la Cámara de Comercio Internacional sobre Actualización del Comercio Internacional el 6 de julio de 2006.

⁸² *Idem*.

⁸³ “*A Kafkaesque tale of regulatory capture*”, fueron las palabras de *The Economist*, en un estudio de México (*A Survey of Mexico*), 18 de noviembre de 2006, p. 13.

Al margen de Telmex, el mercado mexicano está infestado de oligopolios, tanto públicos como privados. En palabras de la OECD, México carece de una “cultura de la competencia”.

E, irónicamente, no sólo es el consumidor quien paga las consecuencias. Al tratarse de bienes de consumo necesario, la clase industrial pierde competitividad frente a los productos y mercados foráneos.

IV. LAS SUGERENCIAS

1. Introducción

El derecho es un medio, no un fin. Es un “algo” que se justifica en la medida que logra su objetivo. Por las razones indicadas en la sección III de este ensayo, algo está mal con ese “algo”.

La aseveración al inicio de este ensayo que el Estado de Derecho ha sido mediocrementemente logrado pone en tela de juicio la *utilización* de la disciplina, mas no su *existencia*. De la misma manera que la incurabilidad de una patología no milita en contra de la *existencia* de la ciencia de la medicina, la prognosis negativa de la salud del sistema jurídico mexicano no busca abogar a favor de su eutanasia, sino de la utilización de otras medicinas para mejorar el cuadro clínico.

Es decir, el fracaso del logro del Estado de Derecho no debe interpretarse en el sentido que todo lo que se ha hecho está mal. Ello sería exagerado y perdería de vista los éxitos que sí han tenido lugar, así como las lecciones que hay que aprender. Esto es el objeto de esta sección.

2. Eficiencia como un postulado general del derecho

En su entrenamiento al abogado se le inculcan conceptos como “justicia”, “igualdad”, “seguridad”, mas no cuestiones como “eficacia” o “eficiencia”. Ello resulta en cuerpos normativos onerosos y con frecuencia engorrosos, que descuidan un análisis costo-beneficio. Considero que ello tiene que cambiar. El diseño del derecho debe incluir, como parte de sus ingredientes, la evasión del intervencionismo, la preferencia de la utilización del mercado y los incentivos (evitando malos incentivos y propiciando buenos incentivos).

3. Sugerencias específicas

Las observaciones anteriores no quieren decir que el Estado o el derecho son inútiles, o que deben ser desechados. Lejos de ello, tienen una función económica importante. El que existan problemas no necesariamente milita a favor de desechar la institución, sino de perfeccionarla. Para ello debe entenderse en qué se erró. En mi opinión existen cuatro políticas que deben orientar las soluciones que se adopten: 1) la intervención como excepción; 2) el mercado como opción; 3) generar incentivos correctos, y 4) en el diseño del derecho, emplear normas autoequilibrantes.

A. Evitar intervencionismo

El Estado tiene funciones que cumplir, pero no todas. La intervención es una tentación que debe evitarse. Debe percibirse como excepción, no como regla. Antes de instrumentar una medida legal o económica (por ejemplo, crear una burocracia) debe analizarse si a) es posible que la actividad sea realizada por particulares; y b) si la medicina no es más dañina que la enfermedad. Después de todo, nadie percibe al Estado ni al derecho como una panacea.

La experiencia muestra que una vez que un gobierno comienza una actividad, casi nunca es concluida. Más aún, tiende a expandirse y tenderá a requerir un presupuesto cada vez mayor, más que a su reducción o abolición.⁸⁴

El Estado, la maquinaria estatal, es un peso que los ciudadanos tienen que pagar por vivir en una sociedad. Dicho "peso" debe ser aminorado y los derechos de propiedad respetados. La historia enseña que cuando un gobierno puede interferir fácilmente con la propiedad privada, tienden a generarse incentivos y desincentivos que hacen que los demás derechos humanos sean ilusorios.⁸⁵

La sugerencia no sólo es de omisión, sino de acción. Existen tres pasos que deben tomarse que tienen un impacto importante en la actividad económica. Primero, mejorar los sistemas registrales. Segundo,

⁸⁴ Esta aguda observación es realizada por Friedman, *op. cit.*, p. 32.

⁸⁵ Esta aseveración puede ser cuestionada y estudiada en un interesante libro (curiosamente) de un historiador ruso, Richard Pipes, *Property and Freedom*, Nueva York, Vintage Books, 1999.

reducir el número de trámites que deben seguirse para llevar a cabo actividad económica. Tercero, realizar programas de titularización para los menos favorecidos. Si bien cada uno merece un tratado, realizaré un comentario que comience el debate.

Adelantaré una lección: *Toda ley, todo requisito, todo régimen, debe constreñir la actividad de forma costo-eficiente.* De lo contrario, daña más de lo que ayuda.

a. Mejora registral

El valor de un activo es proporcional a la eficiencia de su régimen registral. En la medida en que se hagan más eficientes los sistemas registrales, se incrementará el valor de activos diversos, y se harán líquidos mercados que antes lo no eran.

b. Tramititis

En muchas jurisdicciones es tan difícil *hacerte legal* como *mantener legal*. Ello impone un costo enorme a los agentes económicos para funcionar. Como resultado, existe un margen de fracasos que no tenía que tener lugar. Negocios que se hundieron, empleos que se perdieron, empresarios que fracasaron. Todos innecesariamente. Ello afecta a todos, no sólo a los mencionados. Desconocerlo sería no ver más allá de nuestras narices.

Mucha gente no recurre al sector extralegal por considerarlo un paraíso fiscal, sino por que el sistema legal no responde a sus necesidades o aspiraciones. Operar extralegalmente no carece de costos. Están siendo gravados constantemente por la falta de un sistema de propiedad adecuado, tienen que esconder sus operaciones, pagar los "tributos" que las autoridades corruptas exigen (que son importantes) y con frecuencia el que las mafias exigen. No pueden recurrir a los beneficios que las instituciones legales ofrecen pues es demasiado oneroso, no pueden obtener seguros (pues carecen de un título formal de propiedad).⁸⁶ El ser legal con frecuencia compensa el tener que pagar impuestos.

⁸⁶ Hernando de Soto, *The Mystery of Capital, Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else*, Basic Books, 2000, p. 155.

c. Programas de titularización

Para ser sujeto de crédito es necesario tener algo que perder. Nadie confía un préstamo a quien no tiene nada. Sin embargo, una parte importante de la riqueza mundial está en manos de quienes más necesitan capital,⁸⁷ sin embargo, no son sujetos de crédito. El motivo: lo que poseen no está adecuadamente registrado a su nombre. No tienen un título de propiedad formal que lo respalde, aunque en verdad *es* de ellos. Como resultado, les es imposible convertir lo que tienen en "capital". Y ello comienza un círculo vicioso. Justamente quien más necesita es quien menos recibe. El motivo: *formalmente* no tiene, ¡aunque *realmente* sí!

El derecho es el instrumento que fija y realiza capital. Provee un proceso o reglas para que la sociedad extraiga plusvalía de activos. La "propiedad" no es el activo en sí sino el consenso de las personas sobre cómo deben dichos activos ser poseídos, usados e intercambiados. Es la representación en un plano (el legal) de qué es de quién.

Problema de raíz es que los sistemas de propiedad no están bien equipados para absorber activos cuya titularidad no es acorde con los mismos, que contienen pruebas de propiedad metajurídicas.⁸⁸ Ello pone de manifiesto el reto de muchos países: integrar las convenciones del sistema extralegal al legal. Es decir, reconocer legalmente el "contrato social" existente. Lo que llama Hernando de Soto "la ley de la gente" (*people's law*).

Si el paso se toma, se insertará en la economía formal a una rebanada importante de la población, tomando el primer paso para abordar uno de los problemas más serios actuales: la pobreza.⁸⁹

⁸⁷ Hernando de Soto calcula que inmuebles que ascienden a por lo menos 9.3 trillones de dólares están en manos de pobres en el Tercer Mundo y países ex comunistas, y que no pueden ser utilizados como capital de respaldo de créditos. Ello es equivalente al doble del circulante de Estados Unidos, más de veinte veces el flujo de inversión extranjera directa en dichos países en los diez años posteriores a 1989, 46 veces todos los préstamos del Banco Mundial durante los últimos 30 años y 93 veces toda la ayuda recibida por el Tercer Mundo (Hernando de Soto, *op. cit.*, p. 35).

⁸⁸ Admito que la generalización tiene excepciones. Por ejemplo, la usucapión.

⁸⁹ En su interesante obra, de Soto sugiere una forma detallada de cómo dar el paso (véase capítulo seis, pp. 153 y ss.).

En passant, dicho acto tendrá como resultado un efecto accesorio deseable: incrementará la observancia del derecho. El motivo es agudamente descrito por Richard Pipes:⁹⁰

La propiedad privada es probablemente la institución social y de integración política más importante. La propiedad sobre bienes crea compromiso al orden político y legal pues el último garantiza los derechos de propiedad: hace del ciudadano un co-soberano. Como tal, la propiedad es el vehículo principal para inculcar en la masa de la población el respeto por el derecho y un interés en la preservación del *status quo*. Existe evidencia histórica que las sociedades con una distribución amplia de propiedad, notoriamente en tierras y casas hogar, son más conservadores y estables, y por ende más opuestos a levantamientos de todo tipo. Así, el campesino francés, que en el siglo XVIII era una fuente de desestabilidad, para el siglo XIX, como resultado de la Revolución Francesa, se convirtió en un pilar de conservadurismo.

B. El mercado como una opción

Siempre que la posibilidad exista debe privilegiarse que la actividad sea brindada por particulares fomentando la creación de un mercado competitivo.

Los beneficios del mercado son frecuentemente subestimados. No deben serlo. El mercado es una maravilla.

Explicaré por qué y haré una digresión sobre un tema relacionado y de moda: la globalización. Me disculpo ante el lector, pero no aguantando la tentación.

⁹⁰ Richard Pipes, *The Russian Revolution*, Nueva York, Vintage Books, 1991, p. 112. Mi traducción de "Private property is arguably the single most important institution of social and political integration. Ownership of property creates a commitment to the political and legal order since the latter guarantees property rights: it makes the citizen into a co-sovereign, as it were. As such, property is the principal vehicle for inculcating in the mass of the population respect for law and an interest in the preservation of the status quo. Historical evidence indicates that societies with a wide distribution of property, notably in land and residential housing, are more conservative and stabler, and for that reason more resilient to upheavals of all sorts. Thus the French peasant, who in the eighteenth century was a source of instability, became in the nineteenth, as a result of the gains of the French Revolution, a pillar of conservatism".

a. Beneficios del mercado

Un mercado es un medio en el que convergen los intereses de quienes desean saciar necesidades u obtener satisfactores y de quienes buscan saciarlos ofreciendo sus productos. Más formalmente, es un mecanismo mediante el cual compradores y vendedores interactúan para determinar el precio y cantidad de un bien o servicio.⁹¹

El mercado es un facilitador de intercambio.⁹² Es un medio de juntar deseos: de quienes ofrecen y de quienes quieren. No es el único medio, sólo el más apto de las alternativas que a la fecha la humanidad ha explorado. No es perfecto. Sólo el mejor.

Gracias al mercado, todos los días satisfactores son producidos y vendidos al precio más adecuado dadas las circunstancias a las personas que más lo desean. Y las cantidades son impactantes. Diariamente cientos de miles de productos son ofrecidos por decenas de miles de productores y vendedores a millones de consumidores mediante centenas de millones de operaciones. Dicho interactuar no es organizado por nadie. Dicha orquesta no tiene director. Sucede sola. El único motor detrás de la misma es el imán del mercado. El interés privado. Y todas esas fuerzas se conjugan equilibradamente gracias a un *medio* y un *mecanismo*. El *medio* es el mercado y el *mecanismo* es el de precios.

La metáfora de la mano invisible de Adam Smith sigue siendo tan vigente como cuando fue ideada. Smith decía:⁹³

Cada individuo se ocupa de emplear su capital con miras a producir el mayor valor posible. Por lo general no busca promover el interés público ni sabe cuánto lo está haciendo. Únicamente busca su beneficio particular, su ganancia propia. Y en ello es guiado como por una mano invisible que promueve un fin que no era parte de su intención. Al seguir su interés pro-

⁹¹ Samuelson y Nordhaus, *op. cit.*, p. 23.

⁹² Coase, *op. cit.*, p. 7.

⁹³ Adam Smith, *The Wealth of Nations*, 1776 ("Every individual endeavors to employ his capital so that its produce may be of greatest value. He generally neither intends to promote the public interest, nor knows how much he is promoting it. He intends only his own security, only his own gain. And he is in this led by an invisible hand to promote an end which was no part of his intention. By pursuing his own interest he frequently promotes that of society more effectually than when he really intends to promote it").

pio frecuentemente promueve el de la sociedad en forma más efectiva que cuando busca promoverlo.

Pero la mano invisible no puede funcionar en el vacío. El Estado de Derecho constituye el ingrediente necesario para su funcionar. Lo que es más, sin un "brazo legal" fuerte la mano invisible actuaría artríticamente. Retomando una frase de otro Premio Nobel de Economía, Ronald H. Coase:⁹⁴

Quienes operan en ... mercados dependen ... del sistema jurídico del Estado...

En dicho contexto podría preguntarse sobre la injerencia del derecho en el mercado y el mecanismo de precios. Es muy sencillo: es un costo. Dicho más apropiadamente, en la medida en que el Estado de Derecho es confiable, menos *costos de transacción* tienen que soportarse para comerciar. Entre menos confiable sea, más sinuoso será el terreno sobre el cual ocurren las operaciones descritas, y serán más riesgosas. Y el riesgo es un costo.

Las ramificaciones del punto son importantes. Se extienden a otras áreas, incluyendo las libertades. Si algo demuestra Friedrich Hayek en sus extraordinarias obras *The Road to Serfdom* y *The Constitution of Liberty* es que la economía de mercado es una condición *necesaria* para la existencia de una democracia duradera. Puede no ser una condición *suficiente*, pero sí *necesaria*. Sin la economía de mercado la concentración de poder que implica la economía centralmente planificada es contrarias a la libertad. Y lo que es cierto en los extremos, es cierto en circunstancias intermedias. Un pasaje de *The Road to Serfdom* es ilustrativo:⁹⁵

⁹⁴ Coase, *op. cit.*, p. 10 ("Those operating in ... markets have to depend ... on the legal system of the State...").

⁹⁵ Hayek, *op. cit.*, pp. 43 y 45 ("The functioning of a competition not only requires adequate organization of certain institutions like money, markets, and channels of information—some of which can never be adequately provided by private enterprise—but it depends, above all, on the existence of an appropriate legal system, a legal system designed both to preserve competition and to make it operate as beneficially as possible. It is by no means sufficient that the law should recognize the principle of private property and freedom of contract; much depends on the precise definition of the right of property as applied to different things. ... serious shortcomings here, particularly with regard to the law of corpo-

El funcionamiento de la competencia no sólo requiere una adecuada organización de ciertas instituciones como lo son el dinero, mercados y canales de información –algunos de los cuales nunca pueden adecuadamente ser proveídos por la empresa privada– pero dependen, sobre todo, de la existencia de un sistema legal apropiado, un sistema legal diseñado tanto para preservar la competencia como para hacer que opere en la forma más benéfica posible. No es suficiente que el derecho reconozca el principio de propiedad privada y la libertad contractual; mucho depende de la definición precisa de los derechos de propiedad según sean aplicados a diferentes cosas ... las serias deficiencias en esto, particularmente con respecto al derecho de las sociedades y de patentes no sólo ha hecho que la competencia funcione de una manera mucho menos efectiva de lo que podría, sino que también han llevado a la destrucción de la competencia en muchas esferas. Un sistema competitivo necesita un marco jurídico inteligente y continuamente ajustado.

Algunos consideran que el Estado debe guiar la economía. Considero que, con ciertas excepciones, el paradigma debe ser invertido. Ello me recuerda una observación que sobre el papel del Estado y la economía realizó Marx:

...en la producción social de su vida, los hombres contraen determinadas relaciones necesarias e independientes de su voluntad, relaciones de producción, que corresponden a una determinada fase de desarrollo de sus fuerzas productivas materiales. El conjunto de estas relaciones de producción forman la estructura económica de la sociedad, la base real sobre la que se levanta la superestructura jurídica y política y a la que corresponden determinadas formas de conciencia social. El modo de producción de la vida material condiciona el proceso de la vida social, política y espiritual en general. No es la conciencia del hombre la que determina su ser, sino, por el contrario, el ser social es lo que determina su conciencia. Al llegar a una determinada fase de su desarrollo, las fuerzas productivas materiales de la sociedad chocan con las relaciones de producción existentes, o, lo que no es más que la expresión jurídica de esto, con las relaciones de propiedad dentro de las cuales se han desenvuelto hasta allí. De formas de desarrollo de las fuerzas productivas, estas relaciones se convierten en trabas suyas. Y se abre así una época de revolución social. Al cambiar la base económica, se revoluciona,

rations and of patents, not only have made competition work much less effectively than it might have done but have even led to the destruction of competition in many spheres. ... An effective competitive system needs an intelligently designed and continuously adjusted legal framework ...”).

más o menos rápidamente, toda la inmensa superestructura erigida sobre ella. Cuando se estudian esas revoluciones, hay que distinguir siempre entre los cambios materiales ocurridos en las condiciones económicas de producción y que pueden apreciarse con la exactitud propia de las ciencias naturales, y, las formas jurídicas políticas, religiosas, artísticas o filosóficas, en una palabra, las formas ideológicas en que los hombres adquieren conciencia de este conflicto y lucha por resolverlo.⁹⁶

Este párrafo ha atraído mucha atención. Invito a que se re-considere.⁹⁷

Los comerciantes, la gente emprendedora en general, es lo que hace crecer, desarrollarse, y progresar a una sociedad. El Estado no es más que un medio. Dicho medio debe procurar ser lo que fue diseñado a ser: un “algo” que se justifique sólo en la medida en que su costo no exceda sus beneficios.

Irónicamente, en la medida en que se adapte este paradigma, mejor será para el Estado. Ello puesto que existe una relación simbiótica entre un buen gobierno y un buen mercado. No sólo necesita un buen mercado a un buen gobierno, sino que lo inverso también es cierto: entre más puede descansar el gobierno en el mercado dejándole actividades, más esbelto puede ser y dedicarse a lo que sí debe de hacer. Como lo expone Wolf:⁹⁸

Los buenos gobiernos necesitan también de buenos mercados. Para ser más precisos, entre más se enfoca el gobierno en sus tareas esenciales y menos en la actividad económica y sus regulaciones, más probable es que funcione mejor y mejor funcionará su economía. Los buenos mercados protegen a los

⁹⁶ Prólogo a la *Contribución a la crítica de la economía política*, en *Carlos Marx y Federico Engels, Obras escogidas*, Moscú, Ediciones en Lenguas Extranjeras, t. I, pp. 372-373.

⁹⁷ Podría cuestionarse la cita de Marx (y el giro que le doy) dado el perfil que comúnmente se le atribuye; pero considero (como otros) que las ideas de dicho pensador fueron mal utilizadas. De hecho, se dice que con frecuencia se le escuchaba a Marx decir: “si ese es el marxismo, yo no soy marxista” (!) (Véase Jacques Attali, *Conférence sur Marx, Les Rendez-vous de l'histoire*, 2005, Editions Pleins Feux, Nantes; transcripción de conferencia dada por Jacques Attali el 15 de octubre de 2005 titulada “*Marx et la mondialisation*”, p. 11).

⁹⁸ Wolf, *op. cit.*, p. 73 (“Good governments also need good markets. More precisely, the more the government focuses on its essential tasks and the less it is engaged in economic activity and regulations, the better it is likely to work and the better the economy itself is likely to run. Good markets protect governments, just as good governments protect markets. They have a symbiotic relationship”).

gobiernos de la misma manera en que los gobiernos protegen los mercados. Tienen una relación simbiótica.

b. Facultades autocorrectivas del mercado

El mercado tiene un mecanismo autocorrectivo. Dados los incentivos que propicia en los agentes económicos que participan en el mismo, los problemas de un mercado particular tienden a autocorregirse sin la necesidad de intervención gubernamental. El motivo es claro: el deseo de obtención de rentas estimula la creatividad para resolver los mismos. La regulación con frecuencia entorpece —más que ayuda— la solución de los problemas de un mercado.

En términos generales, en un mercado donde rige el principio *laissez-faire*, la regla general es ausencia de regulación económica. Son los particulares quienes determinan *qué hacer, cómo y para quién*. En forma excepcional, el Estado influye en dicha toma de decisiones. La teoría económica de la regulación nos dice que ello debe tener lugar *grosso modo* sólo en los siguientes casos: en presencia de un monopolio natural⁹⁹ y cuando existen externalidades¹⁰⁰ a combatir.

Además, la regulación implica un monitoreo continuo por una burocracia de los pasos y decisiones tomadas por agentes económicos. Ello invita cuellos de botella, anquilosamiento, retrasos, costos, medidas artificiales y (con frecuencia) subóptimas para resolver problemas económicos, y, en general, reducción de la eficiencia con la que un agente económico ataca un mercado. Por ello, con frecuencia, el mercado —con todos sus bemoles— es superior a la mejor de las intervenciones.¹⁰¹

Obviamente existen instancias en las que se justifica regular. No deseo insinuar que el liberalismo *total* es la solución a todos los

⁹⁹ Un “monopolio natural” existe cuando, al nivel socialmente óptimo de abasto, el costo de la industria es minimizado únicamente si existe un solo productor. Es decir, el mercado en cuestión no soporta más de una firma. En términos más formales: cuando la curva de costo promedio declina siempre, no obstante la cantidad.

¹⁰⁰ Como se indicó en la Sección II.3.B, una “externalidad” existe cuando la totalidad de los costos de producción de un producto no son reflejados en su precio; alguien tolera un costo sin ser remunerado, o recibe un beneficio sin pagar por el mismo. Existen externalidades positivas y negativas. Ejemplos de negativas son el ruido, la contaminación, etcétera.

¹⁰¹ En caso de desear abundar sobre esto, véase Pascual García Alba Iduñate, “Regulación y competencia”, en *Competencia económica en México*, Porrúa, 2004, p. 105.

problemas económicos. Pero tampoco es la regulación la solución a todos los problemas económicos. ¿Cómo distinguir?

El análisis económico del derecho enseña que, para que una regulación se justifique y sea positiva, debe afectar la actividad a la que va dirigida de una manera costo-efectiva. Para determinar si ello sucede, deben sopesarse los costos impuestos por la regulación a la luz de los resultados que se busca que genere, y los que en verdad genera. Si los costos pesan más, o los resultados no se logran, o se logran en una medida inferior a la que se desea, la regulación es inefectiva. Ya sea porque sobre-regula, regula mal o simplemente no se justifica.

c. Globalización

Un tema relacionado y de moda es relevante: la globalización. Mucho se ha dicho sobre ello, y no es el momento para tratarlo en su totalidad. Sin embargo, es relevante mencionar que el Estado de Derecho es una condición necesaria —aunque no suficiente— para la globalización.

La globalización es la integración de actividades económicas a través de mercados, los cuales tienden a rebasar las fronteras. Las fuerzas que la generan y fomentan son los cambios tecnológicos y de políticas (económicas y sociales), la reducción en los costos de transporte y de las comunicaciones, y el creciente apoyo en las fuerzas del mercado.¹⁰²

En esencia, los beneficios de la globalización son los que generan mayor eficiencia productiva y bienestar mundial. Ello como resultado del Modelo Ricardiano¹⁰³ de los beneficios del comercio internacio-

¹⁰² Wolf, *op. cit.*, p. 119.

¹⁰³ El nombre obedece a su primer ponente: David Ricardo, quien introdujo el concepto de ventaja comparativa en su obra clásica *The Principles of Political Economy and Taxation* de 1817. Según él, el comercio internacional ocurre dadas las diferencias internacionales en la productividad laboral. Su postulado esencial es que el comercio entre dos países puede beneficiar a ambos si cada uno exporta los bienes en los que tiene una ventaja comparativa (una ‘comparative advantage’). La ventaja no tiene que ser *absoluta*, sólo *relativa*. Cuando ello sucede, es en el mejor interés de cada país comerciar, pues el monto total de abasto será superior que si cada uno hubiera producido todos sus satisfactores. A ello se le conoce como ganancias del comercio (‘gains from trade’). Paul A. Samuelson (Premio Nobel de Economía) decía que la ventaja comparativa tiene implicaciones poderosas. La especialización tiene sentido, según David Ricardo, aun cuando un país fuera más eficiente en *todo* con respecto a sus socios comerciales. Podían especializarse en aquello en lo cual fueran *relativamente* más eficientes. Dicho postulado ha también recibido apoyo de uno de los

nal y la división internacional del trabajo. De hecho, este último es uno¹⁰⁴ de los ingredientes que han propiciado el proceso capitalista y el progreso de la sociedad.¹⁰⁵ Adam Smith lo exponía de manera elocuente:

Lo que es prudente en la conducta de cada familia difícilmente puede dejar de serlo en un gran reinado. Si un país puede proveernos un bien en forma más barata que lo que podemos hacerlo nosotros, es mejor comprarlo con una parte de lo que produce nuestra industria, de una manera que tengamos alguna ventaja.¹⁰⁶

Existen preocupaciones diversas derivadas de la globalización. Por ejemplo, la industria infante,¹⁰⁷ el argumento de soberanía,¹⁰⁸ la pérdida de empleos,¹⁰⁹ el medio ambiente,¹¹⁰ la “carrera al fondo”

grandes intelectuales del siglo XIX, John Stuart Mill, dividía las ganancias del comercio en tres grandes categorías: directas, indirectas e intelectuales y morales. La primera categoría obedecía a las ganancias estáticas y comúnmente conocidas: la explotación de economías a escala y la ventaja comparativa.

¹⁰⁴ Como así lo hace ver Fernand Braudel en su magnífica obra *The Wheels of Commerce, Civilization & Capitalism 15th-18th Century*, vol. 2, Phoenix Press, Londres, 1982, p. 601.

¹⁰⁵ Los otros dos ingredientes que Braudel identifica son (1) una economía de mercado, y (2) una sociedad que haga propicia la generación de procesos en los cuales riqueza es generada y transmitida de generación en generación. Entender esto pone en relieve la importancia del derecho de la propiedad industrial, cuya ejecución es lamentable. Ello invita a la conducta parasitaria (la piratería) y al hacerlo golpea a una clase con la que la sociedad está en deuda: los creadores. Ello abarca desde quienes invierten en investigación y desarrollo, hasta los artistas. Para efectos de dicha importancia, no hay por qué distinguirlos.

¹⁰⁶ Sus palabras exactas son: “What is prudent in the conduct of every family can scarce be folly in that of a great kingdom. If a foreign country can supply us with a commodity cheaper than we ourselves can make it, better buy it of them with some part of the produce of our own industry, employed in a way in which we have some advantage” (traducción del autor).

¹⁰⁷ Hay quien dice que no puede pedirse que industrias pequeñas compitan con grandes. Ello impone costos a consumidores, por lo que las industrias deben limitarse al mercado local. Dichas industrias deben protegerse de la “feroz” competencia internacional hasta que pasen su infancia y lleguen a la madurez. El problema es que el proteccionismo con frecuencia impide justamente eso: salir de la infancia, particularmente en cuanto a calidad.

¹⁰⁸ Se dice que la soberanía se vería mermada al actuar en su territorio fuerzas exógenas.

¹⁰⁹ También conocido como *Pauper labor Argument*. Postula que la competencia es injusta cuando se enfrenta a industrias extranjeras cuya sola eficiencia deriva de que pagan salarios más bajos.

¹¹⁰ Hay quien considera que el incremento de actividades es pernicioso para el medio ambiente. Es cierto que la actividad económica genera externalidades ambientales, pero la

regulatoria,¹¹¹ la preocupación de que las instituciones pueden ser capturadas por intereses especiales¹¹² y la hipocresía de algunos.¹¹³ Aunque no es el momento para abordar y detenidamente refutar cada una de dichas preocupaciones,¹¹⁴ lo que es relevante recalcar es que la globalización es, en forma agregada,¹¹⁵ positiva, y que el Estado de Derecho es un ingrediente necesario para que la misma arroje dichos beneficios.¹¹⁶ De hecho, el problema que vivimos no es que haya globalización, *¡sino que no hay suficiente!*

Como recientemente dijo Kofi Annan: “argumentar contra la globalización es como argumentar contra la ley de la gravedad”.

mejor manera de atacar dicho problema es hacer que dichos “costos” (limpieza ambiental o “tecnología verde”) se internalice. Y para ello tanto el derecho como el mercado son instrumentos para lograrlo. El derecho canalizaría el costo a quien lo genera, lo cual hace que el precio del producto refleje dicho costo (un resultado de la eficiencia asignativa) y el mercado premiaría o castigaría la actividad.

¹¹¹ “*Race to the bottom*”, como se le conoce en inglés. La idea es que al competir por actividades se generan incentivos a los estados para reducir la regulación y así atraer la inversión, lo cual implicaría un descuido del bien tutelado por la regulación misma. Ello invita lo que puede calificarse como el contraargumento económico: el “arbitraje regulatorio”: una región que tenga una ventaja comparativa ambiental puede producir productos más competitivos y venderlos a quienes tienen una desventaja competitiva ambiental: los que regulan en forma más onerosa. Ello sería proconsumidor, aunque de allí proviene la queja de algunos: los productores. Al margen de ello, muchos consideran que no hay evidencia de que ello sucede. Sólo sospecha conceptual, lo cual milita a favor de pensar que el argumento puede más bien provenir de intereses de un grupo particular.

¹¹² Por ejemplo, dicen que las transnacionales gobiernan el mundo; o que la OMC y el FMI fuerzan a los países a hacer cosas que prefieren no hacer.

¹¹³ Comparto la aseveración, mas no el objetivo para el que se cita. Muchos paladines del comercio internacional son profundamente proteccionistas. Estados Unidos es un ejemplo. Dicha postura debe denunciarse, mas no utilizarse como excusa para no beneficiarnos del comercio internacional.

¹¹⁴ Para ello se recomienda la extraordinaria obra de Martin Wolf, *Why Globalization Works*, Yale University Press, 2004, en donde de una manera preparada, informada y cabal se abordan los temas por una persona con la autoridad para hacerlo (en su formación, el autor es economista y periodista, y funge como editor y comentarista económico de uno de los periódicos más importantes del mundo: el *Financial Times*).

¹¹⁵ El matiz es importante pues, como todo fenómeno económico histórico, hay a un grupo a quien no le conviene. Sin embargo, a la sociedad en general sí. Véase Odile Castel, *Histoire des Faits Économiques, les trois âges de l'économie mondiale*, Sirey, 1988. Una obra que en dicho contexto no puede dejar de ser mencionada es *Théorie de l'évolution économique*, Recherches sur le profit, le crédit, l'intérêt et le cycle de la conjuncture, de Joseph Schumpeter, Dalloz, 1999.

¹¹⁶ Dicho sea de paso, una manera de entender dichas críticas es como otra afrenta a la economía de mercado. Y es la menos impresionante o sólida de las instancias.

Ello no quiere decir que no hay nada que hacer al respecto. Pero reside justamente en lo inverso: no se trata de frenar la globalización, sino hacer que todos se beneficien de ella. Desafortunadamente, mucha gente está fuera del mercado mundial en buena medida puesto que las jurisdicciones en las que se encuentran no les ofrecen las condiciones para ingresar y comerciar con el mercado mundial. Ello implica, *inter alia*, apertura y un Estado de Derecho que permita hacer cumplir los contratos o hacer responsable a quien los incumpla.

La teoría de la ventaja competitiva nunca ha sido más relevante que ahora. La postura mercantilista¹¹⁷ de muchos debe ser reevaluada. No sólo son las exportaciones lo deseable. Las importaciones son también positivas: benefician al consumidor. El premio del comercio internacional no está en exportar, ¡sino en importar!

Como decía Montesquieu: “el efecto natural del comercio es llevar a la paz”.¹¹⁸

Y no se trata de romanticismo. La historia muestra episodios dramáticos de la falta de toma de conciencia de esta observación. Tomaré uno.

El error más grave en materia de relaciones internacionales que un presidente estadounidense ha cometido fue la firma de la Smoot-Hawley Tariff Act de junio de 1930 que elevó los aranceles de Estados Unidos en forma importante. El efecto que tuvo fue nada menos que desastroso. Dio lugar a recesión de economías extranjeras llevando, lo que de otra manera hubiera sido un declive económico normal, a una depresión mundial. La reducción drástica en el comercio internacional y la actividad económica redujo la influencia de los moderados frente a los nacionalistas en Japón y pavimentó la victoria de los nazis en Alemania en 1932. Japón invadió China en 1931, estableciendo el clima que llevó a la Segunda Guerra Mundial.¹¹⁹ Como lo explica un experto:¹²⁰

¹¹⁷ Pensamos que es mejor exportar que importar.

¹¹⁸ *L'esprit des lois*, XX, p. 2 (“L'effet naturel du commerce est de porter à la paix”).

¹¹⁹ John H. Jackson, William J. Davey y Alan O. Sykes, Jr., *Legal Problems of International Economic Relations*, 3a. ed., West Publishing, St. Paul Minn., 1995, pp. 4 y 38.

¹²⁰ Richard N. Cooper, *Trade Policy and Foreign Policy, U.S. Trade Policies in a Changing World Economy*, Robert Stern (ed.), The Massachusetts Institute of Technology, 1987, pp. 291-292 (“Valuable lessons were learned from the Smoot-Hawley tariff experience by the foreign policy community: the threat of tariff retaliation is not always merely a bluff; tariffs do influence trade flows negatively; a decline in trade can depress national economies;

La experiencia de los aranceles Smoot-Hawley enseñó lecciones importantes a la comunidad de política internacional: la amenaza de retorsión arancelaria no siempre es vacua; los aranceles influyen negativamente sobre los flujos de comercio; una reducción de comercio puede deprimir economías nacionales; una depresión genera tierra fértil para (pseudo) soluciones políticas radicales; y los radicales políticos con frecuencia buscan aventuras (militares) para distraer la atención de sus fracasos en la economía nacional. Las semillas de la Segunda Guerra Mundial, tanto en el Lejano Oriente como en Europa, fueron sembradas con la firma de los aranceles Smoot-Hawley.

En un discurso el (entonces) director de la Oficina de Asuntos Económicos del Departamento de Estado de Estados Unidos (Director of the Office of Economic Affairs of the Department of State), Harry Hawkins, expuso:¹²¹

Hemos aprendido que cuando un país es hambreado económicamente, su gente está más que dispuesta a seguir al primer dictador que surja y les prometa a todos empleos. Los conflictos comerciales invitan no-cooperación, sospecha, amargura. Las naciones que son enemigos económicos son improbables a permanecer como amigos por mucho tiempo.

Si deseamos seguir la (aguda) advertencia del gran historiador Jorge Santayana¹²² y evitar revivir las historias, debemos entender que el comercio internacional, y su fenómeno de moda —la globalización— es positiva tanto por razones económicas como sociales.

Y de nuevo, el Estado de Derecho juega un papel importante. Como lo hacía notar North:¹²³

economic depression provides fertile ground for politically radical nostrums; and political radicals often seek foreign military adventures to distract domestic attention away from their domestic economic failures. The seeds of World War II, in both Far East and in Europe, were sown by Hoover's signing of the Smoot-Hawley tariff”).

¹²¹ U.S. Department of State, Commercial Policy Series 74, p. 3 (Pub. núm. 2104, 1944). (“We've seen that when a country gets starved out economically, its people are all too ready to follow the first dictator who may rise up and promise them all jobs. Trade conflict breeds noncooperation, suspicion, bitterness. Nations which are economic enemies are not likely to remain political friends for long”).

¹²² Conocido por su lema: “quien desconoce la historia está condenado a revivirla”.

¹²³ Douglas C. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, 1990, p. 54 (“... the inability of societies to develop effective, low-cost enforcement of contracts is the most important source of both historical stagnation and contemporary underdevelopment in the Third World”).

La imposibilidad de las sociedades de desarrollar un método efectivo y no oneroso de ejecución de contratos es la fuente más importante de estancamiento histórico y subdesarrollo contemporáneo del Tercer Mundo.

d. Competitividad

Un tema relacionado es la "Competitividad", sobre la que existen diferentes concepciones. Unos la conciben como la prontitud con la que productos llegan a importarse,¹²⁴ otros califican de competitivo al país que presenta un crecimiento sostenido en los niveles de producto interno bruto per cápita,¹²⁵ otros como el grado en el que una nación puede, bajo libre comercio y condiciones justas de mercado, producir bienes y servicios que cubran las exigencias de los mercados y mantener y expandir los ingresos reales de su gente en el largo plazo;¹²⁶ otros como la habilidad de un país para atraer y retener inversiones,¹²⁷ el IMD de Lausanne, Suiza, lo define como la habilidad para crear y mantener un clima que permita competir a las empresas que radican en él, y el Banco de la Reserva Federal de San Francisco califica a un país de competitivo cuando sistemáticamente son más ricos (en términos de PIB y productividad) y crecen más rápido que otros.

Si bien mi preferencia personal es por las últimas dos nociones, un común denominador de todas es que el Estado de Derecho es un elemento de competitividad. Es un requisito indispensable para cualquier economía que busque un desarrollo económico eficiente pues establece las reglas que regirán un mercado. Cuando las mismas son claras, confiables y objetivas generan certidumbre en los participantes de una economía y reducen los costos de transacción. La ausencia de reglas predecibles genera ineficiencias y distorsiones en los mercados. Ello a su vez disminuye la inversión.¹²⁸ Como se indica en un interesante y reciente estudio:¹²⁹

¹²⁴ Postura de la Universidad de California en Berkeley.

¹²⁵ World Economic Forum.

¹²⁶ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico.

¹²⁷ Instituto Mexicano de la Competitividad.

¹²⁸ Para un estudio interesante al respecto véase Instituto Mexicano para la Competitividad, A. C., *Hacia un Pacto de Competitividad, situación de la competitividad de México*, 2004, pp. 41-58.

¹²⁹ Paulina Beato y Jean Jacques Laffont (eds.), *Competition Policy in regulated Industries, Approaches for Emerging Economies*, Inter-American Development Bank, Washington,

La debilidad del Estado de Derecho es característica de diversos países en vías de desarrollo, en donde el cumplimiento de las leyes y los contratos con frecuencia es pobre y las tendencias a los contratos autoejecutantes pueden llevar a negociaciones frecuentes.

C. Incentivos

El diseño del derecho debe tener en cuenta las normas sociales, los problemas de acción colectiva y los incentivos.¹³⁰ Un recuento es relevante:

El derecho no es simplemente un cuerpo de reglas habladas, escritas o formalizadas que la gente sigue ciegamente. Más bien, el derecho representa la formalización de las propensidades conductistas que ofrecen beneficios potenciales a quienes las siguen (cuando la gente no reconoce o cree en los beneficios potenciales, las leyes son con frecuencia desechadas o desobedecidas).¹³¹

Los incentivos son medios para hacer que la gente haga más de algo bueno y menos de algo malo. Un incentivo es una llave con un poder asombroso para cambiar una situación.¹³²

La importancia de los incentivos no debe ser subestimada. Sus efectos son tanto sociales como económicos: los incentivos son los determinantes del desempeño económico.¹³³

D. C., 2002, p. viii ("Weakness of the rule of law is ... characteristic of many developing countries. Legal and contractual enforcement are often poor, and biases toward self-enforcing contracts can lead to frequent renegotiations").

¹³⁰ Al respecto, véase Eric Posner, *Law and Social Norms*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2000.

¹³¹ Margaret Gruter, *Law and the Mind*, Londres, Sage, 1991, p. 62. Traducción de "Law is not simply a set of spoken, written or formalized rules that people blindly follow. Rather, law represents the formalization of behavioral propensities and that offer potential benefits to those who follow them (when people do not recognize or relieve in these potential benefits, laws are often disregarded or disobeyed)".

¹³² Existen diferentes tipos de incentivos: económicos, sociales y morales. Los económicos generan consecuencias financieras; los sociales implican el deseo de no ser percibido como alguien que hace algo reprochable; y los morales consisten en no hacer cosas malas.

¹³³ North, *op. cit.*, p. 135 ("...incentives are the underlying determinants of economic performance").

Cuando los incentivos se diseñan bien pueden ser muy efectivos. Mal manejados pueden generar el resultado inverso.¹³⁴

Para cierto tipo de conducta, los incentivos sociales son muy eficaces. Piénsese por ejemplo en el caso de conducta ilícita. Es sabido que el derecho penal tiene un alto grado de falibilidad. Ante ello, ¿por qué no existe más crimen?

El derecho genera incentivos. Desafortunadamente, muchas veces no genera los correctos. El motivo radica, de nuevo, en una mala concepción y utilización del derecho. Al diseñar normas jurídicas deben tomarse en cuenta los incentivos que generan. En mi experiencia, este ingrediente es totalmente pasado por alto. Tanto a nivel legislativo, como contractual como en la administración de instituciones y gestión de organizaciones.¹³⁵

Y no sólo se trata de tomarlos en cuenta. Deben también ser esbeltos: deben provocar la conducta deseada al menor costo posible. Para ello, los mecanismos de mercado deben también ser tomados en cuenta pues con frecuencia son más efectivos.

4. Normas autoequilibrantes

En el diseño del derecho deben procurarse normas autoequilibrantes.¹³⁶ Por norma "autoequilibrante" deseo aludir a normas que en su diseño contemplan mecanismos (fácticos o jurídicos) que evitan el abuso del derecho que contemplan, aun sin la necesidad de llegar a la ejecución judicial coactiva del mismo. Se trata de un mecanismo que el análisis económico del derecho sugiere que tenga lugar para procurar normas eficaces.

Pondré un ejemplo. En caso de que los jueces hagan condenas importantes en costas a partes cuyo uso de un derecho se convierte en *abuso* del mismo, se llegará a un resultado que considero sano: suponiendo sofisticación del practicante involucrado, se pensará dos

¹³⁴ Por ejemplo, una multa pequeña puede invitar, más que desalentar, la conducta en cuestión.

¹³⁵ Es cierto que el diseño de incentivos es difícil y engañoso. En esencia, involucra un punto medio entre dos extremos. Y con frecuencia no es claro: es necesario palparlo empíricamente. Pero ello no milita en contra de su utilización, sino a favor de su continuado estudio.

¹³⁶ El término "auto-equilibrante" no encuentra, que yo sepa, eco en la literatura. Lo he acuñado con mis alumnos de análisis económico del derecho.

veces el ejercicio de una acción, y la enderezará únicamente cuando considere que tiene cierto mérito, y no como chicana. De lo contrario, podría encarecer la controversia en detrimento de su cliente. Es decir, le haría un contraservicio. Los efectos accesorios son importantes: habrá menos recursos, y tendrán un aura de mayor legitimidad.

La procuración de dichas normas hace relevante la (empolvada) teoría del Abuso del derecho.¹³⁷ Si un derecho es ejercido con el único objetivo de hacer daño, debe perderse. Y no sólo eso, puede engendrar sanciones adicionales.¹³⁸

La procuración de este tipo de normas hará más eficaz la aplicación del derecho y menos socorrido para abusos.

V. EL ESTADO DE DERECHO COMO UN ELEMENTO DE RIQUEZA Y BIENESTAR

1. Un modelo conceptual

Las relaciones jurídicas son un conjunto de vínculos que unen a toda la sociedad y a todas las cosas dentro de la sociedad.¹³⁹ Significan tanto cargas como créditos, y los mismos tienen un valor, tanto económico como social.

Del lado del acreedor significan un haber: tienen frente a su deudor derecho a algo. El valor de dicho derecho es determinado por dos variables: el monto monetario (de existir) y la probabilidad de que se cumpla, ya sea espontáneamente o coactivamente. Este último se llama riesgo. Si se me permite proponer una función:

$$D = O \times E$$

Donde:

D = Derecho

O = Obligación

¹³⁷ Louis Josserand, *Del abuso de los derechos y otros ensayos*, Monografías Jurídicas, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1999.

¹³⁸ La utilización cínica, farisea o selectiva de un derecho debe tildarse de abusiva.

¹³⁹ No hago distinción entre derecho personal y real pues, para efectos de este análisis, es indiferente. La descripción social y económica aplica a ambos.

E = Ejecutabilidad (Riesgo)

y

$E = PE \times CE \times T$

Donde:

PE = Probabilidad de éxito¹⁴⁰

T = Tiempo

CE = Costo de Ejecución

CE = CL x T

CL = Costos legales

E es un costo. Si se cumple espontáneamente es cero. Si se tiene que recurrir a la mecánica legal para hacerlo cumplir, tendrá un costo determinable con base en tres variables: el costo de ejecución (*CE*), la probabilidad de éxito (*PE*) y el tiempo (*T*). El Costo de Ejecución es a su vez función de costos legales (*CL*) multiplicado por el tiempo (*T*).

Del lado del deudor significa una carga: una obligación a hacer algo. Y de nuevo, ello tiene un valor, pero ahora cobra una cara distinta. El deudor la cumplirá sólo si el costo de incumplirla es mayor al costo de cumplirla. Matemáticamente se puede representar con la siguiente función:

$$O = C \times E$$

Donde:

O = Obligación

C = Costo

E = Ejecutabilidad (Riesgo)¹⁴¹

¹⁴⁰ La *PE* es función del aspecto sustantivo del caso.

¹⁴¹ La transformación de la falta de certeza en "riesgo" es un gran paso. La "falta de certeza" es la condición en la que uno no puede determinar la probabilidad de un evento y por ende no puede determinar una forma de asegurarse contra su ocurrencia. Por otro lado, 'riesgo' implica la habilidad de hacer una determinación actuarial de la probabilidad de que un evento tenga lugar y por ende asegurarse en contra del mismo, y a un costo adecuado.

Si el deudor sabe que puede ser coactivamente obligado a cumplir con la obligación, su respuesta natural será cumplirla: hará de la necesidad una virtud. Pero si no existe certeza de ello, tendrá incentivos para incurrir en mora. Y entre menos certeza exista, más probable es que no se cumpla. Dicho de otra manera, *el cumplimiento espontáneo de una obligación es inversamente proporcional al costo de ejecución coactiva del mismo*.

Existe una correlación positiva entre la eficacia del mecanismo legal y el cumplimiento espontáneo de las obligaciones. Lo cual encierra una ironía: *entre más exitoso es el derecho para hacer cumplir obligaciones, más probable es que no se use*.

2. Conclusión

El modelo conceptual que he descrito arroja una conclusión: *una manera de incrementar el bienestar de todos los habitantes de una sociedad es mejorando la eficacia del derecho*. Al hacerlo, los derechos incrementan su valor (y por ende el patrimonio de su acreedor) en la medida en que la eficacia del mismo sea incrementada. Es por ello que el *Estado de Derecho es un elemento importante de la riqueza de una sociedad*. Así debe entenderse, defenderse y fomentarse.

3. Sugerencias

Existen dos pasos inmediatos que mejorarían radicalmente la eficiencia del Estado de Derecho:

1. Condenas en costas; y
2. Reducción del tiempo.

Las condenas en costas importantes generan incentivos para cumplir espontáneamente las obligaciones. Actualmente, la práctica de las condenas en costas es lamentable. No sólo son improbables, sino que siempre son lacónicas. En la medida en que se incremente su frecuencia y monto se reducirá el incentivo de deudores de incumplir con sus obligaciones. Y ello es natural. Si existe un margen de improbabilidad de ejecución coactiva de una obligación, y el costo de hacerla cumplir coactivamente no es repercutido a quien lo genera,

la postura natural del deudor es jugársela: no pago y a ver cómo me va. Se induce una psicología de lotería.

Con respecto al tiempo, es imperativo mejorar el tiempo de obtención de sentencias; y deben generarse intereses (compuestos)¹⁴² por el tiempo que transcurra entre la fecha de cumplimiento y la fecha efectiva de pago. De lo contrario, de nuevo se generan incentivos para incumplir.

Existen ejemplos de ello: la materia fiscal y laboral. Con respecto a los créditos fiscales, dada su onerosidad, los contribuyentes prefieren cumplir de inmediato. No hay dinero más caro que el adeudado al fisco. En materia laboral, el incremento exponencial de los salarios caídos tiene un efecto similar. Es de esperarse que dicha práctica sea emulada en otras áreas.

VI. COMENTARIO FINAL

El Estado de Derecho es el obsequio más importante y valioso que la clase gobernante puede (y debe) hacer a su sociedad. Seguimos en espera del mismo.

El derecho tiene funciones económicas importantes. Para que se logren es necesario diseñarlo de una manera más astuta y hacerlo cumplir enérgicamente. Entre más eficaz sea, más armónica y próspera será una sociedad.

Considero que un Estado de Derecho que reúna dichas características constituirá un elemento de riqueza de las naciones. En mi humilde opinión, dentro de los diversos factores que, en su extraordinaria obra *The Wealth and Poverty of Nations*,¹⁴³ el historiador David S. Landes

¹⁴² El "interés compuesto" es aquél que reinvierte cada pago de interés sobre dinero invertido para ganar más interés. Se distingue del "interés simple" en que este último se calcula sólo sobre la inversión inicial. La diferencia es casi imperceptible por un periodo pequeño de inversión, es trivial para un periodo medio, e impactante para un periodo que excede de 20 años. Legalmente, guarda relevancia con la institución de la indemnización. Aunque la mayoría de las autoridades (doctrinales y los casos) tienden a preferir el interés simple sobre el compuesto, postulo que para lograr el objetivo *restitutio in integrum*, tiene que preferirse el interés compuesto. Lo contrario subindemnizaría. Mucho podría decirse sobre esto, mas no lo haré por el contexto. Obviamente existen excepciones, pero como regla la aseveración es válida, aunque contra la corriente.

¹⁴³ David S. Landes, *The Wealth and Poverty of Nations: Why some are so rich and some so poor*, W. W. Norton & Company, Nueva York, Londres, 1999.

analiza sobre qué hace que unos sean prósperos y que otros no, existe un vacío importante: el papel del Estado de Derecho.¹⁴⁴ Merece ser complementada con dicho elemento. Un eficaz Estado de Derecho es un factor de riqueza de las naciones. Explica por qué unos son más prósperos que otros.

Deseo hacer eco de lo que bien podría calificarse como la aportación más importante de Richard A. Posner al pensamiento económico y jurídico:¹⁴⁵ el derecho debe ser, además de todo lo que ya es, un mecanismo que fomente el bienestar social, económico, de la sociedad.¹⁴⁶

¹⁴⁴ Para ser justos, en ciertas partes (por ejemplo, pp. 32, 42, 44) hace apreciaciones sobre el papel del derecho.

¹⁴⁵ Richard A. Posner, *The Economics of Justice*, Cambridge, Massachusetts y Londres, Harvard University Press, 1981, 1983, p. 5; y, en general, *Economic Analysis of Law*, 5a. ed., Nueva York, Aspen Law and Publishers, 1998.

¹⁴⁶ "...Common law is best explained as if judges were trying to maximize economic welfare... common law adjudication brings the economic system closer to the results that would be produced by effective competition – a free market operating without significant externality, monopoly, or information problem" son sus palabras exactas. Aunque el párrafo está –por razones que no abordaré– ligeramente sacado de contexto, diversos intercambios de opiniones entre el juez Posner y el autor confirman que el postulado, como lo he manejado, es acertado.

MANUMISIONES FIDEICOMISARIAS. SENADOCONSULTOS Y CONSTITUCIONES DE EDAD ADRIANA

Yuri GONZÁLEZ ROLDÁN

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Senadoconsulto Dasumiano*. III. *Senadoconsulto Vitrasiano*. IV. *Senadoconsulto Articuleyano*. V. *Senadoconsulto Junciano*. VI. *Senadoconsulto de fecha incierta que disciplina el caso que el fiduciario haya muerto sin herederos y sin haber efectuado la debida manumisión*. VII. *Senadoconsulto probablemente de edad adrianea en donde a un esclavo impúber es concedido con base en un fideicomiso la libertad y la herencia*. VIII. *Senadoconsulto de edad adrianea que ordena que el heredero instituido en un testamento, en que era establecida la libertad (directa o fideicomisaria) a los esclavos y la transmisión a ellos de la herencia con base en un fideicomiso, sea obligado a aceptarla no obstante hubiera sido considerada como suspecta debiendo transmitirla al primer esclavo designado en el testamento, el cual obtendrá su libertad*. IX. *Escrito de Adriano que establece el derecho del esclavo, con base en un fideicomiso de libertad, de pretender la manumisión por parte del fiduciario que lo enajenó y no de su adquirente*. X. *Consideraciones finales*.

I. INTRODUCCIÓN

Hace poco un joven investigador hizo notar que si bien es cierto el fideicomiso fue procesalmente coercible a partir del imperio de Augusto¹ no existen pruebas que en tal momento histórico el esclavo a favor del cual hubiera sido dispuesta por el testador la libertad fidei-

¹ F. M. Silla, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, Padova, 2008, 21 ss. Respecto al presente momento histórico ver las interesantes páginas de V. Giodice-Sabbatelli, *La tutela giuridica dei fedecommissi fra Augusto e Vespasiano*, Bari, 1993, 63 ss.

comisaria hubiera podido pretender en sede de *cognitio* su libertad. Si el fiduciario no cumplía la disposición del *de cuius* existían diferentes factores por los que la exigibilidad de la manumisión en sede judicial habría sido obstaculizada, por ejemplo, su ausencia (injustificada o justificada). Una primera intervención normativa del periodo de Trajano, el senadoconsulto Rubriano del año 103 d.C., empezó a remover los factores que impedían dar una rápida ejecución a un fideicomiso de libertad dispuesto a favor de un esclavo en el caso en que el fiduciario injustificadamente no se hubiera presentado en juicio después de haber sido convocado por el pretor. La liberación del *servus* encontraba todavía otros obstáculos que requerían de intervenciones normativas; por esto, en edad adrianea el senado tomó una decisión respecto a la presente materia para permitir que la voluntad del *de cuius* fuera cumplida y el esclavo pudiera adquirir su libertad, como veremos a continuación.

II. SENADOCONSULTO DASUMIANO

El senadoconsulto Dasumiano emanado en el año 119 d.C.², cuando eran cónsules ordinarios el emperador Adriano por la tercera vez

² No existen dudas que el senadoconsulto Dasumiano hubiera sido emanado después del Rubriano, porque claramente Ulpiano, *libro quinto fideicommissorum* en D. 40.5.26.7 afirma respecto al segundo: ...*quod factum est temporibus divi Traiani*... (el cual fue hecho en los tiempos del divino Trajano) y el Dasumiano presuponía la existencia del Rubriano. A. Steinwenter, *Studien zum römischen Versaeumnisverfahren*, München, 1914, 39 lo encuadra entre el año 104 y el 123 d.C. (entre el imperio de Trajano y el de Adriano) y E. Volterra, s.v: *senatus consulta*, en *NNDI*, 16, Torino, 1969, 1072 indica que la disposición es de fecha incierta pero probablemente del año 101 d.C. (todavía en el periodo de Trajano). A. Guarino, *Storia del diritto romano*, Napoli, 1998, 470 lo encuadra entre el año 101 y 103 d.C. Otros autores afirman que el senadoconsulto Dasumiano fuera de edad adrianea, así H. Krüger, *Das Versaeumnisverfahren um die libertas fideicommissa*. en *ZSS*, 48, 1928, 178 entre el año 117 y 123 d.C.; P. Voci, *Diritto ereditario romano*, 2, Milano, 1967, 413 piensa sea anterior al año 123 d.C.; B. d'Orgeval, *L'empereur Hadrien*, París, 1950, 76 y G. Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, Padova, 1963, 235 creen sea del año 119 d.C. La opinión del segundo investigador presenta argumentos aceptables: si el senadoconsulto Rubriano hubiera sido más reciente que el senadoconsulto Dasumiano habría pasado un periodo en que existiría defensa en contra del ausente justificado, pero no en contra del injustificado, lo que parecería absurdo. Por esto la disposición sería hecha bajo el consulado de P. Dasumio Rústico, el cual probablemente había sido el proponente. C. Castello, *In tema di senatoconsulto Rubriano* en *Studi in Onore di G. Scherillo*, 1, Milano, 1972, 207 ss. que acepta tal opinión subraya que sólo nuevos descubrimientos arqueológicos permitirían otorgar conclusiones más precisas respecto al problema de la fecha. P. Starace,

y Dasumio Rústico³ consideraba una situación diferente a la del senadoconsulto Rubriano: la ausencia basada en una justa causa del fiduciario que debería cumplir el fideicomiso de libertad. Según Silla,⁴ la atención del senadoconsulto Dasumiano por la ausencia fundada en una justa causa puede hacer pensar que antes de su emanación tal situación pudiera impedir la prosecución del juicio y que propio la exigencia de no obstaculizar la manumisión y la otra, del fiduciario de no perder el patronato hayan sido las razones de la intervención del senado. Tal opinión podría encontrar fundamento en un texto de Meciano, *libro sexto decimo fideicommissorum* en D. 40.5.36 pr. (que veremos más adelante), donde el jurista afirma que la finalidad de la disposición era evitar que la ausencia del fiduciario *ex iusta causa* no fuera considerada como un impedimento para conceder la libertad al esclavo y que no se le pueda quitar el liberto a quien no hubiera actuado con fraude (*Dasumiano senatus consulto subvenitur his, quo cautum est de his, qui iusta ex causa abessent, ut nec libertas impediatur nec libertus eripiatur his, qui fraude careant*).

Veamos el contenido de la disposición como se presenta en un pasaje de Marciano, *libro nono institutionum* en D. 40.5.51.4-6:

Lo statuliber e l'adempimento fittizio della condizione. Uno studio sul favor libertatis fra tarda Repubblica ed età antonina, Bari, 2006, 81, si bien afirma que la fecha es incierta piensa que se origina entre el año 101 y el 119 d.C. Silla, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, cit. 40 lo considera hecho entre el año 119 y el 123 d.C.

³ En nuestro libro Y. González Roldán, *Il senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso consulibus factum nella lettura di Ulpiano*, Bari, 2008, 52 habíamos afirmado la hipótesis que la muerte del cónsul del año 119 Dasumio Rústico (probablemente un familiar de Junio Aruleno) habría podido dar lugar al problema que había sido resuelto años después en el senadoconsulto Juvenciano. Respecto al consulado de tal personaje existe en la base de una estatua de Dionisio una inscripción en donde se encuentra escrito: *libero pal. Pro sal. IMP Traiani hadriani aug...statuAm marmoream POSVIT L DEXSIVS LONGINVS VETRANVS EX PRAET dec. Mun. Stob. (?) IMP CAES TRAIANO ADRIANO AUG III P DASVMIO RVSTICO COS...* El documento epigráfico se encuentra reproducido en *L'Année épigraphique*, París, 1931, n. 72, 21. Sobre la biografía de nuestro personaje véanse: Groag, s.v. *Dasumius*, en *PWRE*, 4, Stuttgart, 1901, 2224 (pero el autor piensa que el *Dasumius* considerado en el presente senadoconsulto era un cónsul *suffectus* de edad de Trajano), *Prosopographia Imperii Romani*, 3, Berolini et Lipsiae, 1943 y d'Orgeval, *L'empereur Hadrien*, cit., 401. A. Birley, *Adriano. La biografía de un emperador que cambió el curso de la historia* (trad. J. L. Gil Aristu), Barcelona, 2003, 138, afirma que Dasumio Rústico fue familiar por motivos de adopción del emperador Adriano y pertenecía a la familia cordobesa de los Dasumios.

⁴ Silla, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, cit. 41.

*Senatus consulto Dasumiano cautum est, ut, si ex iusta causa absit qui fideicommissam libertatem debet et hoc pronuntiatum fuerit, perinde libertas competat, atque si, ut oportet, ex causa fideicommissi manumissus esset.*⁵ *Abesse autem is intellegitur, qui a tribunali abest. Et quia de heredibus tantum cautum erat, adiectum est eodem senatus consulto, ut quicumque fideicommissam libertatem ex quacumque causa pronuntiatum fuerit eum eosve abesse, perinde habeatur, atque si, ut oportet, ex causa fideicommissi manumissus esset.*⁶

El senadoconsulto Dasumiano estableció que si con base en una justa causa se encontrara ausente el que debe la libertad fideicomisaria y esto hubiera sido pronunciado (*senatus-fuerit*), correspondía la libertad (al esclavo) en el mismo modo que, debida la libertad, hubiera sido manumitido por causa del fideicomiso (*perinde-esset*). 5. Pero es considerado ausente quien no se presenta al tribunal (*Abesse-abest*). 6. Y como había sido establecido solamente respecto a los herederos, se incorporó en el mismo senadoconsulto (*et-senatus consulto*) que sea cual fuera quien deba la libertad fideicomisaria y sea cual fuera la causa por la que hubiera sido declarado que él o ellos se encontraban ausentes (*ut-abesse*), el esclavo sería considerado en la misma situación como si hubiera sido manumitido por motivo de un fideicomiso (*perinde-manumissus esset*).

Nosotros creemos, al igual que otros autores,⁷ que Marciano haga una paráfrasis del senadoconsulto Dasumiano en el § 4, pero por este motivo, para reconstruir el contenido del texto debemos ver los términos que el jurista habría eliminado y el modo en que habría sido redactada la disposición. Si consideramos que el senadoconsulto Dasumiano se había referido a la materia que anteriormente había sido regulada por el senadoconsulto Rubriano incorporando nuevos elementos, como hipótesis podríamos considerar que la redacción del Dasumiano fuera similar a la del Rubriano. Tenemos la fortuna de

⁵ Silla, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, cit. 128 piensa que en el texto falta el sujeto (*servus*) respecto a las palabras *atque si, ut oportet, ex causa fideicommissi manumissus esset* y además acepta la tesis de Krüger, *Das Versäumnisverfahren um die libertas fideicommissa*, cit. 128 que insertaría la palabra *heres* después de *absit*. Estamos de acuerdo porque en este modo el texto es más claro.

⁶ Mommsen incorpora en su edición *maior* del Digesto, 355 n.1 antes de *pronuntiatum* los términos *debet, si* porque claramente, como hace notar Silla, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, cit. 128 gramaticalmente sería más correcto.

⁷ Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, cit. 83 ss, Silla, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, cit. 127.

encontrar transcrito en un texto de Ulpiano, *libro quinto fideicommissorum* en D. 40.5.26.7 el contenido del senadoconsulto de la edad de Trajano en este modo: *Subventum libertatibus est senatus consulto, quod factum est temporibus divi Traiani Rubrio Gallo et Caelio Hispone consulibus in haec verba: 'si hi, a quibus libertatem praestari oportet, evocati a pretore adesse nolissent, si causa cognita praetor pronuntiasset libertatem his deberi, eodem iure statum servari, ac si directo manumissi essent'* (Por un senadoconsulto que se hizo en tiempos del divino Trajano bajo el consulado de Rubrio Galo y de Celio Hispón, se auxilió a las libertades en estos términos 'si aquellos por quienes se debe conceder la libertad, no hubieran querido comparecer llamados por el pretor, y el pretor hubiera fallado con conocimiento de causa que se debe la libertad a algunos, obsérvese lo establecido con el mismo derecho que si directamente hubiesen sido estos manumitidos'); usándolo como modelo podríamos considerar que el senadoconsulto Dasumiano hubiera iniciado con la referencia a aquellos que se encontraban obligados a conceder la libertad (como el senadoconsulto Rubriano), pero, a diferencia de tal disposición, el senadoconsulto de edad adrianea habría sido más preciso nombrando específicamente a los herederos (así se observa en el comentario de Marciano en D. 40.5.51.6: *et quia de heredibus tantum cautum erat*). El verbo *oportere* probablemente se encontraba incluido también en el Dasumiano del mismo modo que en el Rubriano como puede ser observado en D. 40.5.51.4.⁸

La mención del verbo *evocare* probablemente habría sido supuesto en el senadoconsulto, porque, como es lógico pensar, si el pretor habría debido declarar la ausencia justificada del fiduciario ciertamente antes habría debido solicitar su presencia en el tribunal. Ulpiano, en la misma obra en D. 40.5.28.5, cuando analiza los términos *ex iusta causa abesse* de la disposición afirma incluso que no

⁸ Respecto al uso del verbo *oportere* en el Rubriano ver Castello, *In tema di senatoconsulto Rubriano*, cit. 222 ss. parece interesante observar como el fiduciario de manumisión servil tiene un deber jurídico de efectuarla y no una prerrogativa fundamentada en la *fides* que podría o no cumplir. El incumplimiento produce efectos jurídicos precisos en contra del fiduciario: al ser declarado el esclavo libre por el pretor como si hubiera sido manumitido directamente por el *de cuius*, será considerado liberto del testador y no del fiduciario. Respecto al Dasumiano la justa causa por la que no se presenta el fiduciario obstaculiza el efecto mencionado antes pero de todos modos no por este motivo debería excluirse que el fiduciario hubiera tenido el deber jurídico de manumitir el esclavo.

era necesario tal modo de citación oficial en el caso en que la persona que debía el fideicomiso tuviera un domicilio en un lugar diferente a aquello en donde el esclavo hubiera demandado su libertad (*proinde si alibi domicilium quis habeat, alibi petatur fideicommissaria libertas, dicendum est non esse necesse evocari eum, qui fideicommissam libertatem debere dicitur...*); pero la presente afirmación era una opinión jurisprudencial de edad severiana y no una referencia precisa que encontrase origen en la disposición.⁹

Marciano en su paráfrasis al Dasumiano omite citar al pretor, pero creemos que tal referencia se encontraría incluida porque la ausencia fundada en una justa causa habría debido ser declarada por tal autoridad. La presente tesis podría encontrar como fundamento un texto de Papiniano, *libro vicensimo secundo quaestionum* en D. 40.5.22.2 en donde tratando del Rubriano e del Dasumiano afirmaba:

*Cum is qui fideicommissam libertatem praestare debet iusta ex causa abest aut latitat: aut quidam praesentes sunt, alii ex iusta causa absunt, nonnulli frustrandi gratia fideicommissi copiam sui non faciunt: aut ei, qui libertatem debuit, heres non extitit: aut suus heres hereditate se abstinuit: praetor pronuntiare debet ex testamento Lucii Titii fideicommissam libertatem competere. idque senatus consulto demonstratum est, quo senatus consulto comprehensum est, ne dubium est obscurum esset, cuius libertus fieret, praetorem pronuntiare debere, qui ex iusta causa et qui detractandae libertatis gratia absit.*¹⁰

Cuando quien debe conceder la libertad fideicomisaria se encuentra ausente por una justa causa o se esconde (*cum-latitat*), o ciertos se encuentran presentes mientras que otros con base en una justa causa ausentes, y ciertos no

⁹ Silla, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, cit. 41 ss. presenta mayores argumentos sobre tal afirmación.

¹⁰ Aceptamos la tesis de Voci, *Diritto ereditario romano*, 2, cit., 421 n. 79 en el sentido que el presente pasaje es una síntesis del original porque, como podemos observar en el texto, se confundieron en un mismo senadoconsulto el contenido del Rubriano y del Dasumiano, además la palabra 'senadoconsulto' se encuentra repetida inútilmente dos veces. La interpretación de Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, cit., 97 a la segunda parte del texto (de *idque* hasta el final) parece adecuada: el *idque* va referido a todo lo que se encuentra anteriormente, el sucesivo *senatus consulto*, al singular, va entendido en sentido colectivo e indicaría al menos el Rubriano y el Dasumiano en su conjunto. Igualmente en sentido colectivo se entendería la expresión *quo senatus consulto*.

se presentan para frustrar el fideicomiso, o no se encontraba el heredero que debía la libertad, o el *heres suus* se abstuvo de la herencia (*aut-abstinuit*); el pretor debe declarar que con base en el testamento de Lucio Ticio compete la libertad fideicomisaria (*praetor-competere*). Y así fue determinado en el senadoconsulto, que en tal senadoconsulto se incluyó que para que no existieran dudas y oscuridad de quién se convertiría en su liberto (*idque-fieret*), el pretor debería declarar quién se encontraba ausente con base en una justa causa y quién por causa de fraude respecto a la libertad (*praetorem-absit*).

Papiniano refiere una serie de casos que habrían podido presentarse en la realidad en donde era requerida la aplicación del Rubriano y del Dasumiano y que no repetimos. Así como se presenta el texto parecería que el jurista hubiera afirmado que en el senadoconsulto (interpretado en sentido colectivo porque incorpora casos de las dos disposiciones) era indispensable que el pretor declarase (ciertamente si hubieran sido cumplidos los presupuestos necesarios) que con base en el testamento del *de cuius* correspondía la libertad fideicomisaria. No existen dudas que en el caso del Rubriano existía una referencia al pretor como hemos visto en D. 40.5.26.7, pero si el término *senatus consultum* debería ser considerado en sentido colectivo, claramente en el Dasumiano se encontraría también incluida la referencia al pretor.

Tal vez originalmente la decisión del senado partía de un caso preciso: un esclavo pretendía de los herederos que fuera cumplida la disposición del *de cuius* con la cual le concedía la libertad fideicomisaria. Por este motivo existía una específica referencia a los herederos en el Dasumiano, pero, según Marciano en D. 40.5.51.6 en el senadoconsulto se había incluido que cualquier persona que hubiera sido el que debiera la libertad fideicomisaria y fuera cualquier tipo de causa por la que hubiera sido declarado que él o ellos se encontraban ausentes, el esclavo hubiera sido considerado al mismo modo como si hubiera sido manumitido por motivo de un fideicomiso. Si el senado hubiera declarado simplemente *si hi, a quibus libertatem praestari oportet*, como había hecho con el Rubriano, la precisión de Marciano habría sido inútil porque con tales palabras habrían sido incluidos todos los tipos de fiduciarios (entre ellos los mismos herederos). Otro modo con el cual el senado habría podido incorporar la referencia a los otros tipos de fiduciarios (diferentes al heredero) habría podido

ser el de incluir los términos *idemque in similibus causis servandum* (y lo mismo deberá ser observado en casos similares), como había hecho, por ejemplo, en el caso del senadoconsulto Juvenciano, pero parecería que los senadores habrían preferido incluir la terminología usada por Marciano en D. 40.5.51.6: *ut quicumque fideicommissam libertatem ex quacumque causa pronuntiatum fuerit eum eosve abesse, perinde habeatur, atque si, ut oportet, ex causa fideicommissi manumissus esset*.

Según Voci,¹¹ el Rubriano o el Dasumiano se aplican al heredero que se encontraba obligado con base en un fideicomiso de manumitir un esclavo hereditario; no a los otros fiduciarios. Diferentes disposiciones, que no parecen que puedan ser atribuidas al Dasumiano, establecen los mismos principios para todos los otros fiduciarios, por ello también serían aplicados a los legatarios y fideicomisarios. Tal opinión presenta dudas, porque como hemos visto en el caso del Rubriano, Ulpiano en D. 40.5.26.7 menciona su contenido y falta la referencia a los herederos, usando palabras más amplias: *si hi, a quibus libertatem praestari oportet...* y con referencia al Dasumiano claramente Marciano en D. 40.5.51.6 afirma que en el senadoconsulto se incluyó la referencia a los otros fiduciarios diferentes al heredero.

Parecería que el senadoconsulto Dasumiano incluyó una segunda disposición en donde se trataba del problema que dentro de los herederos que tenían que cumplir el fideicomiso de manumisión se encontrase un infante como se observa en un texto de Meciano, *libro sexto decimo fideicommissorum* en D. 40.5.36 pr:

Neque infantes neque furiosi neque ab hostibus capti neque hi, quos religio aut honestior causa vel calamitas aliqua vel maior res familiaris aut capitis famaevae periculum aut similis causa moretur, Rubriano senatus consulto continentur: ac ne pupilli quidem, qui tutores non habent, aut eos habeant, quos earum quae causa detinet. sed nec, si hi data opera sui potestatem non faciunt, puto pupillis libertos eripi, quia et iniquum est facto tutoris, qui forsitan solvendo non sit, pupillum damno adfici, et senatus consulto

¹¹ Voci, *Diritto ereditario romano*, 2, cit. 414 ss. Como fundamento a tal tesis el investigador afirma en nota 48 que el término *quia* usado en D. 40.5.51.6 haría suponer razonablemente que la norma no se encontrase en el Dasumiano: *eodem* va correcto por ello con *eidem*; pero pensamos sea más adecuado creer que el mismo Dasumiano originalmente hubiera incorporado la mención de los otros posibles fiduciarios, como afirma Marciano.

*non continetur alius quis quam qui ex causa fideicommissi debet praestare libertatem. quid ergo est? Dasumiano senatus consulto subvenitur his, quo cautum est de his, qui iusta ex causa abessent, ut nec libertas impediatur nec libertus eripiatur his, qui fraude careant.*¹²

El senadoconsulto Rubriano no contiene referencias a los infantes, a los furiosos, a los capturados por los enemigos, a aquellos que por motivo de religión o una causa honesta o calamidad o importante situación familiar o peligro de muerte o de fama o causa similar (*Neque-continentur*); ni siquiera los pupilos que no tienen tutor o que teniendo tutor se encuentran en una de tales causas, pero si no se presentan éstos, pienso que no pueden ser quitados los libertos a los pupilos, porque resultaría inequitativo que con base en un hecho del tutor, que probablemente no sea solvente, se cause un daño al pupilo (*ac-adfici*), y como en el senadoconsulto no se encuentra considerada otra persona, sino quién, con base en un fideicomiso, debe conceder la libertad. ¿Qué sucede? (*et-est*). Que en tal situación se aplica el senadoconsulto Dasumiano, quien establece respecto a aquellos que con base en una justa causa se encuentran ausentes que no sea obstaculizada la libertad ni tampoco sea sustraído el liberto a la persona que no actuó con fraude (*Dasumiano-careant*).

El presente pasaje menciona una serie de casos en que el Rubriano no encontraría aplicación porque se refieren a situaciones de ausencia del fiduciario por una causa justificada (por supuesto, la disposición del periodo de Trajano trata de la ausencia injustificada y los presentes ejemplos se refieren a casos diferentes). De los presentes ejemplos el que presenta una atención mayor para el jurista es el que se refiere a los pupilos que pueden encontrarse en diferentes situaciones: la primera, que no tengan un tutor, la segunda que el tutor se encontrase en uno de los casos referidos anteriormente. La ausencia del tutor no puede producir consecuencias jurídicas desfavorables para el pupilo,

¹² Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, cit. 90 ss, sin negar el contenido clásico del pasaje afirma que el texto habría sido sintetizado y mete en duda el origen clásico de los términos *fraude carere* porque en D. 42.8.10.3 (texto que había analizado en una sede diferente) tales serían de origen compilatorio. Además, el autor afirma que existe un problema lógico, porque una vez que había hablado bien sea de los fiduciarios ausentes *ex iusta causa* bien sea de los incapaces haya sido nombrado el Dasumiano, ya que se afirma que sería aplicable a los ausentes. Según nuestra opinión los términos *fraude carere* no pueden ser de origen compilatorio porque tienen una función fundamental en la diferente aplicación que existe entre el Rubriano y el Dasumiano y visto que el primero de los senadoconsultos no puede ser aplicado a los infantes por falta de fraude debería utilizarse el senadoconsulto adrianeo.

no solamente porque desde un punto de vista formal el Rubriano se refiere específicamente al fiduciario y no al tutor, pero, sobre todo, por motivo de equidad, ya que sería injusto que la ausencia injustificada del tutor pudiera causar un daño al pupilo.

Visto que el problema del pupilo no puede ser resuelto con base en el Rubriano, Meciano afirma la aplicación del Dasumiano sin hacer referencia a una disposición de tal senadoconsulto que tratase específicamente del problema del pupilo, pero considerando lo que hemos visto anteriormente: la ausencia justificada del fiduciario no puede obstaculizar la libertad del esclavo y tampoco puede permitir que le sea quitado el liberto si no actuó con fraude, el hecho que el fiduciario fuera un menor de edad sería para el jurista un caso de justa causa.

Si Meciano resuelve el problema del menor de edad con base en la disposición del Dasumiano que hemos analizado anteriormente, debemos considerar el problema si tal senadoconsulto hubiera tenido una disposición precisa en tal sentido. Voci¹³ afirma que efectivamente existía en el Dasumiano una referencia a tal punto, pero sobre este problema presenta un texto de Ulpiano, *libro quinto fideicommissorum* en D. 40.5.30.1 en donde se encuentra referido que el senado había decidido que si entre aquellos que debían manumitir a los esclavos por causa de un fideicomiso se encontraba un infante, los mismos se hacían libres, disposición que parecería identificarse más bien con el senadoconsulto Vitrasiano (que veremos más adelante en el §3) y no con el Dasumiano. Para identificar tal disposición con el Dasumiano hace un reenvío a D. 40.5.36 pr. pero, como vimos, Meciano, en tal texto, incluye el caso de los infantes entre los casos de ausencia justificada.

Impallomeni,¹⁴ reconociendo que fuentes seguras sobre tal materia no existen, acepta la tesis de Voci y presenta como fundamento un pasaje de *Pauli Sententiae* 4.13.3,¹⁵ en donde se considera a los

¹³ Voci, *Diritto ereditario romano*, 2, cit. 415 ss. Tesis anteriormente propuesta por Krüger, *Das Versäumnisverfahren um die libertas fideicommissa*. cit. 179.

¹⁴ Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*. cit. 90 ss, con referencia a otros autores en la nota 114.

¹⁵ *Decedens servis suis libertatem ita dedit: ILLUM ET ILLUM LIBEROS ESSE VOLO EOSQUE FILIIS MEIS TUTORES DO: impeditur fideicommissa libertas, quia pupilli sine tutoris auctoritate manumittere non possunt et habentibus tutores tutor dari non potest. Sed interim vice*

pupilos sin tutor que deben otorgar un fideicomiso de libertad *vice absentium*, expresión que recordaría el Dasumiano y D. 40.5.36 pr. que hemos visto anteriormente. El investigador reconoce que en el caso de los incapaces Meciano cita el Dasumiano en relación con su disposición principal, pero no excluye que existan otras que tengan relación, como la que se refiere al incapaz, que venía considerado como ausente (*vice absentis*). Tal expresión que se encuentra en las *Pauli Sententiae* habría podido estar contenida en el texto del Dasumiano.

Otro argumento que usa Impallomeni para dar fundamento a su tesis es la exposición del libro quinto de los fideicomisos de Ulpiano. En D. 40.5.30 pr. el jurista trata del ausente justificado; después, en el §1 trata del incapaz, haciendo posible considerar que exista una correspondencia con la distribución de la materia regulada en el Dasumiano; además, en D. 40.5.30.5 y D. 40.5.36 pr., el incapaz es tomado en consideración contemporáneamente al ausente justificado, casi para indicar que los dos casos eran previstos en el Dasumiano.

Los argumentos de Impallomeni, aunque sí tienen una cierta autoridad, no son decisivos porque en *Pauli Sententiae* 4.13.3 se encuentra usado el término *vice absentium* (expresión que llamaría a la mente el Dasumiano). Tal pasaje no demostraría que el Dasumiano hubiera incluido una disposición específica sobre tal problema, sino simplemente que la jurisprudencia había resuelto el caso del infante considerándolo como un ausente justificado. También Meciano en D. 40.5.36 pr. resuelve la cuestión del infante con base en la disposición que hemos visto anteriormente excluyéndose que existiera una disposición específica que hubiera tratado del infante (en caso contrario, el jurista habría resuelto el problema con la disposición que se refería al infante y no basándose en una interpretación de equidad para incorporarlo entre los tipos de ausencia justificada).

Respecto a la exposición del libro quinto de los fideicomisos de Ulpiano ciertamente el jurista en D. 40.5.30 pr., trata del ausente justificado, pero el problema que debería presuponer el Dasumiano se encuentra unido a una constitución posterior; además, si bien es cierto en el §1 el jurista trata de un senadoconsulto en donde se hace

absentium pupilli habebuntur, ut ex decreto amplissimi ordinis primum libertas ac deinde tutela competere possit.

referencia a un infante (sin mencionar el nombre de la disposición) parecería que se tratara más bien del Vitrasiano y no del Dasumiano porque en el §6 es nombrado tal.

En conclusión no creemos que el Dasumiano hubiera tenido una disposición específica que tratara del infante. Fue la jurisprudencia la que analizó el problema y lo resolvió como un simple caso de ausencia justificada permitiéndose así la aplicación del senadoconsulto adrianeo.

Parte de la doctrina¹⁶ piensa que el Dasumiano habría tenido una rúbrica referente al caso del heredero que debía cumplir con un fideicomiso de libertad, pero que murió sin sucesores y sin haber efectuado la debida manumisión, ya sea porque teniendo herederos voluntarios éstos hubieran renunciado a la herencia, ya sea porque teniendo *sui*, éstos se abstuvieron. Otros autores, como Impallomeni,¹⁷ piensan que fue un senadoconsulto específico del cual ignoramos su denominación. Nosotros preferimos la segunda posición que fundamentaremos más adelante (§6).

Voci¹⁸ piensa que probablemente el Dasumiano tuvo una rúbrica respecto al problema siguiente: entre los fiduciarios que deben cumplir con el fideicomiso de libertad cada uno se encontraba en una situación diferente. Uno no estaba presente por una causa justificada mientras que el otro por una causa injustificada, algunos están presentes y otros ausentes por causa justificada, algunos no se presentan para evitar cumplir el fideicomiso, el heredero había muerto o el *heres suus* se había abstenido de la herencia. Su tesis tendría como fundamento D. 40.5.22.2, pero en el presente texto Papiniano, para resolver la cuestión simplemente aplica diferentes senadoconsultos, situación por la

¹⁶ Krüger, *Das Versäumnisverfahren um die libertas fideicommissa*. cit., 179; Voci, *Diritto ereditario romano*, 2, cit., 416; Silla, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, cit., 43 n. 9, 145 n. 17, 154 n. 42.

¹⁷ Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, cit. 94 ss. Tesis que había sido considerada por W. W. Buckland, *The Roman law of slavery: the condition of the slave in private law from Augustus to Justinian*, London, 1970, 613; en el mismo sentido F. Arcaria, *Senatus censuit. Attività giudiziaria ed attività normativa del senato in età imperiale*, Milano, 1992, 291 ss. y Starace, *Lo statuliber e l'adempimento fittizio della condizione. Uno studio sul favor libertatis fra tarda Repubblica ed età antonina*, cit. 83.

¹⁸ Voci, *Diritto ereditario romano*, 2, cit. 416 ss.

que podríamos excluir que el concurso entre varios fiduciarios hubiera sido regulado específicamente en una rúbrica del Dasumiano.¹⁹

No creemos, como propone Voci,²⁰ si bien con ciertas dudas, que el Dasumiano hubiera regulado otro punto: el de la enajenación del esclavo efectuada por el fiduciario, porque los textos que presenta el investigador (D. 40.5.10.1 y D. 40.5.28 pr.) no se refieren a una rúbrica específica del Dasumiano, sino al resultado que llegó la jurisprudencia en relación con el senadoconsulto Rubriano.

III. SENADOCONSULTO VITRASIANO

La fecha del senadoconsulto Vitrasiano,²¹ probablemente debería corresponder al año 122 d.C. cuando era cónsul L. Vitrasio Flaminio,²² junto a Ti. Julio Cándido Capitón y la determinación de su contenido preciso es todavía motivo de discusión. Nosotros podemos partir de un dato cierto: Ulpiano, con base en tal disposición, había resuelto el problema de la manumisión fideicomisaria de un esclavo hereditario que debía ser realizada por los herederos, pero no por el heredero *infans* (como será comprobado en D. 40.5.30.6). Volterra²³ piensa que el senadoconsulto tenía una portada más amplia: si uno de los cohe-

¹⁹ En tal sentido Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, cit. 97 n.134.

²⁰ Voci, *Diritto ereditario romano*, 2, cit. 417 y n. 64.

²¹ Volterra, s.v: *senatus consulta*, cit. 1073 sin establecer la fecha precisa de emanación lo incluye entre los senadoconsultos de edad adrianea; Voci, *Diritto ereditario romano*, 2, cit. 419 piensa fue emanado en el año 138 d.C. y en el mismo sentido Silla, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, cit. 45; Castello, *In tema di senadoconsulto Rubriano*, cit. 238 lo encuadra entre el 119 y el 138 d.C y un poco antes del Articuleyano, por el contrario Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, cit. 235 piensa sea anterior al Junciano y específicamente sería realizado en el año 122 cuando el cónsul en cargo era L. Vitrasio Flaminio posición que parecería aceptable. En el mismo sentido Starace, *Lo statuliber e l'adempimento fittizio della condizione. Uno studio sul favor libertatis fra tarda Repubblica ed età antonina*, cit. 82.

²² L. Vitrasio Flaminio fue consul *suffectus* en el año 122 d.C. Sobre la biografía de tal personaje se vean: R. Hanslik., s.v. *Vitrasii*, en *PWRE*, 9-A, Stuttgart, 1961, 416 ss., así como d'Orgeval, *L'empereur Hadrien*, cit. 401. Referencias a su consulado en *C.I.L.* 16, n. 69, 63 ss. Birley, *Adriano. La biografía de un emperador que cambió el curso de la historia*, cit. 258 e 355 afirma que L. Vitrasio Flaminio fue cónsul en el año 122 d.C., curador del Tiber en el año 124 d.C., *legatus pro praetore* de Italia Traspadana y de la provincia de Mesia Superior.

²³ Volterra, s.v: *senatus consulta*, cit. 1073.

rederos era un *infans*, habría tenido lugar igualmente la manumisión de los esclavos, si a ellos hubiera sido concedida la libertad. Tal tesis tendría como fundamento el grupo de textos de Ulpiano, *libro quinto fideicommissorum* en D. 40.5.30.1-6 que, por el contrario, otros autores²⁴ consideran pertenecientes a una rúbrica del Dasumiano, como hicimos notar en el §2.

Que el Dasumiano hubiera sido aplicado por la jurisprudencia al infante fiduciario que debía cumplir con el fideicomiso de libertad claramente lo constatamos en Meciano, *libro sexto decimo fideicommissorum* en D. 40.5.36 pr. (era considerada como justificada la ausencia en tribunal de los pupilos que tuvieran o no un tutor); pero los casos contemplados por el Vitrasiano serían diferentes, así los textos de Ulpiano, *libro quinto fideicommissorum* en D. 40.5.30.1-6 presentarían ejemplos de tal aplicación según la tesis de Volterra que nosotros aceptamos. Veamos D. 40.5.30.1:

Si infans sit inter eos, qui manumittere debent, senatus censuit, cum unius aetas impederit, ut liberi liberaeque sint hi, quibus libertates ex causa fideicommissi praestari oportet.

Si entre aquellos que deben manumitir existiera un infante, el senado decidió que cuando la edad de uno lo impidiera, fueran libres aquellos y aquellas a quien deba darse la libertad por causa del fideicomiso.

El caso parte de un problema específico: el *de cuius* había solicitado a los herederos manumitir los esclavos (según nuestra opinión eran esclavos hereditarios, porque todavía el senado no había considerado el caso del esclavo que pertenecía al fiduciario, como después fue establecido en el Junciano), pero como entre ellos se encontraba un infante, existía la imposibilidad jurídica de concederles la libertad por el motivo que un infante no puede realizar una manumisión.²⁵ El senado decidió que fueran considerados libres, si bien la edad de uno de los herederos impedía la manumisión.

Según nuestra opinión el presente caso no tiene ninguna relación con el considerado por Meciano en D. 40.5.36 pr. (texto en donde se

²⁴ Véanse notas 13 y 14.

²⁵ Sobre este punto ver Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, cit. 88.

aplica el Dasumiano) porque en D. 40.5.30.1 no pueden ser considerados elementos que resultarían imprescindibles en D. 40.5.36 pr. En el texto de Meciano un presupuesto fundamental es la ausencia en tribunal de los pupilos que tuvieran o no un tutor previa pretensión de libertad por parte del esclavo. En D. 40.5.30.1 no puede presuponerse que el problema debiera resolverse en sede judicial, simplemente los fiduciarios se encontraban frente a un problema sin salida: entre ellos existía un infante que no habría podido cumplir la disposición fideicomisaria. Ulpiano resuelve el problema con una decisión del senado (que según nuestra opinión sería el Vitrasiano): si la edad de uno de los herederos obstaculiza la manumisión, serían considerados libres aquellos y aquellas a quien debería concederse la libertad por causa del fideicomiso.

Las palabras referidas por Ulpiano *cum unius aetas impederit, ut liberi liberaeque sint hi, quibus libertates ex causa fideicommissi praestari oportet* son según nuestra opinión, los términos usados en el senadoconsulto Vitrasiano que podrían aplicarse a dos situaciones diferentes. La primera, que entre los herederos fiduciarios existiera un menor de edad que jurídicamente se encontraba en la imposibilidad de hacer la manumisión, como vimos en D. 40.5.30.1. La segunda, que entre los herederos existiera un menor de edad y que el *de cuius* hubiera solicitado a todos, con excepción del menor de edad, que fuera hecha la manumisión fideicomisaria del esclavo hereditario, como veremos en D. 40.5.30.6. En los términos de la disposición no se encuentra referido que el menor de edad hubiera sido designado como fiduciario o no, sino simplemente que su existencia era un obstáculo para permitir que los esclavos pudieran ser manumitidos. Veamos el segundo caso considerado en el §6:

Si plures heredes sunt istituti et inter eos qui dari non potest, sed non ipse rogatus sit servum manumittere, non oportere intercidere libertatem ob hoc, quod coheredibus suis vendere eum infans non possit: et exstat quidem senatus consultum Vitrasianum...

Si hubieran sido instituidos varios herederos y entre ellos quien no puede actuar jurídicamente, pero a éste no se le hubiera rogado de manumitir el esclavo, no debe perderse la libertad por este motivo, porque el infante no podría venderlo a sus coherederos. Y ciertamente existe el senadoconsulto Vitrasiano.

El jurista presenta un problema que habría encontrado solución en el Vitrasiano: el esclavo hereditario debe ser manumitido por los coherederos capaces, pero no por uno de ellos; si este último hubiera sido capaz habría debido vender su cuota a los otros,²⁶ pero como era un *infans* que probablemente no tuviera un tutor²⁷ existiría una imposibilidad jurídica para el cumplimiento de la disposición fideicomisaria, tal situación no sería un obstáculo para conceder la libertad al esclavo gracias al Vitrasiano.²⁸ Como puede ser observado,

²⁶ Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, cit. 104 piensa que con base en un fideicomiso tácito el heredero no fiduciario se encontraba obligado a enajenar a justo precio el esclavo, pero no creemos que en la mente del *de cuius* hubiera sido prevista tal obligación. La función del jurista es tratar de resolver la cuestión para evitar que la manumisión fideicomisaria permanezca sin efectos y por esto era indispensable la venta de su cuota si el heredero no fiduciario hubiera sido capaz.

²⁷ Que el infante no tenía un tutor parecería lógico porque antes en el §3 el jurista presenta el caso que el pupilo tuviera un tutor: *si vero pupillus tutorem habet*. El término *vero* tendría el significado de contraposición a lo que se había narrado anteriormente y probablemente también a lo que sigue después en su explicación; de todos modos, también en el caso en que el infante hubiera tenido un tutor la manumisión no sería posible si antes el mismo tutor no hubiera enajenado la cuota del esclavo a los otros herederos. Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, cit. 104 afirma que la enajenación es imposible o al menos presenta dificultad y el investigador en la p. 88, n. 112 no mete en duda que el tutor podría enajenar la *res mancipi* pupilar. Si consideramos la tesis que el pupilo no tenía un tutor ciertamente la enajenación habría sido imposible y en el caso en que el infante tuviera un tutor habría sido necesario que estuviera de acuerdo en enajenar la cuota del incapaz para permitir el cumplimiento del fideicomiso de libertad. El jurista en el mencionado §3 explica que también en el caso de oposición del tutor habría debido hacerse la manumisión, pero esta disposición es posterior al Vitrasiano y es atribuida a Marco Aurelio y a Lucio Vero: *si vero pupillus tutorem habet isque nolit ad libertatem praestandam auctor esse, adeo non debet impedimento esse neque pupillo, ut libertos non habeat, neque libertati, ut divi fratres rescripserint ex causa fideicommissi libertatem praestari debere servo, perinde atque si ab ipso pupillo tutore autore manumissus esset* (pero si el pupilo tiene un tutor, y éste no quisiera autorizar la libertad, no debe por ello servir de impedimento ni al pupilo para que obtenga los libertos, ni a la libertad, según decidieron mediante un escrito los divinos hermanos que por causa de un fideicomiso se le debe dar la libertad a un esclavo, lo mismo que si hubiera manumitido por el mismo pupilo con la autoridad del tutor).

²⁸ Después el jurista cita un escrito de Antonino Pío en donde es mencionada una solución que parecería no corresponder fielmente al problema que había considerado al inicio y así como llegó el texto a nosotros la interpretación resulta difícil: *sed et divus Pius Cassio Dextro rescripsit ita rem explicari, ut partes servorum, quibus per fideicommissum libertas data est, iusto pretio aestimentur atque ita servus ab his qui rogati sunt manumittatur. hi autem, qui eos manumiserunt, pretii nomine perinde fratribus et coheredibus suis obligati erunt, atque si ob eam rem ex iudicati causa cum his agi possit* (pero también el divino Pío respondió por escrito a Cassio Dextro, que el caso se resuelve de manera que se estimen en

el jurista aplica los términos del senadoconsulto mencionados en el §1: *cum unius aetas impedierit, ut liberi liberaeque sint hi, quibus libertates ex causa fideicommissi praestari oportet* (cuando la edad de uno lo impidiera, fueran libres aquellos y aquellas a quien deba darse la libertad por causa del fideicomiso).

El senadoconsulto partía del presupuesto que entre los herederos se encontraba un menor y ciertamente aplicar la disposición al caso en que únicamente existiera un heredero incapaz habría sido una consecuencia lógica de la jurisprudencia como podría notarse en el §2: *Hoc idem erit dicendum et si solus sit heres institutus qui fari non potest* (esto mismo se habrá de decir también si hubiera un solo heredero instituido que todavía no puede hablar). Tal criterio permanecía también en el caso del heredero incapaz del fiduciario.²⁹

Como hemos afirmado, el Vitrasiano no parte del presupuesto que los herederos fiduciarios no quisieran cumplir la manumisión fideicomisaria, simplemente daba una solución al problema de la dificultad de cumplir la disposición fideicomisaria si entre ellos se encontraba un menor de edad; en este modo el fideicomiso habría podido ser cumplido. Ciertamente el presente senadoconsulto habría podido ser aplicado en el tribunal cada vez que entre los herederos existiera un menor: *adeundus est autem etiam ex hac causa praetor* (pero también se ha de recurrir al pretor en virtud de esta causa, así afirma Ulpiano en D. 40.5.30.5) junto a otras disposiciones si el fideicomiso de libertad no hubiera sido cumplido por los fiduciarios

su justo precio las porciones de los esclavos a quienes se les dio por fideicomiso la libertad, y que de este modo sea manumitido el esclavo por aquellos a quienes se les rogó. Pero los que los manumitieron se habrán obligado por razón del precio a sus hermanos y coherederos, lo mismo que si por virtud de esto se pudiera ejercitar contra ellos la acción por causa de cosa juzgada). El texto sigue incorporando los términos *partes servorum* mientras que antes se hablaba de un solo esclavo, después se regresa al singular, ya no se presupone la existencia del infante sino una serie de hermanos y coherederos que probablemente no se encontraban obligados a manumitir el esclavo. De todos modos tal parte del texto no tiene importancia en nuestra investigación, a lo mejor sería importante en el hecho que el infante habría tenido derecho a pretender el precio de la cuota del esclavo una vez hecha la manumisión.

²⁹ §4. *Quicumque igitur casus inciderit, quo is qui fari non potest fideicommissae libertati subiectus est, accommodabimus mentem senatus consulti, quae etiam ad heredem infantem rogati trahenda est.* (Así pues, cualquiera que sea el caso en que sucediera que está obligado a la libertad dejada por fideicomiso el que todavía no puede hablar, aplicaremos el espíritu del senadoconsulto que se ha de extender también al heredero, que aún no puede hablar del que fue rogado de manumitir).

capaces. El menor de edad no se encontraba obligado a estar presente en el tribunal porque de todos modos habría sido considerado ausente justificado según el Dasumiano (D. 40.5.36). La presencia de los otros herederos seguiría siendo necesaria para la conservación del patronato del liberto y en caso en que no se encontraran presentes se habrían aplicado el Rubriano o el Dasumiano.³⁰

IV. SENADOCONSULTO ARTICULEYANO

El senadoconsulto Articuleyano, del año 123 d.C.,³¹ cuando los cónsules en cargo eran Q. Articuleyo Pétino³² y L. Venuleyo Aproniano, solucionaba el problema que impedía al esclavo pretender el cumplimiento del fideicomiso de libertad a su favor, así en el caso en que el esclavo tuviera su domicilio en una provincia diferente y lejana a la del fiduciario, la autoridad competente no habría sido aquella de la residencia del fiduciario, sino la del fideicomisario. Informaciones sobre tal disposición se encuentran en Marciano, *libro nono institutionum* en D. 40.5.51.7:

³⁰ El escrito de Antonino Pío mencionado por Ulpiano en D. 40.5.30.5 no dice nada de nuevo, simplemente demuestra la aplicación de las reglas del Rubriano y del Dasumiano al caso en que entre los herederos se encontrara un menor (que con base en el Vitrasiano no obstaculizaría la manumisión): *Adeundus est autem etiam ex hac causa praetor, praesertim cum escrito divi Piii effectum est, ut, si quidum ex rogatis praesentes sunt, alii latitent, alii ex causa absint, intercedente infantis persona non omnium libertus efficiatur, sed tantum infantis et eorum qui ex iusta causa absunt vel etiam praesentium.* (Pero también se ha de recurrir al pretor en virtud de esta causa, mayormente porque en el escrito del divino Pío se determinó que si algunos de los fiduciarios estuvieran presentes, otros se ocultaran y otros estuvieran ausentes con causa, mediando la persona de uno que todavía no habla, el esclavo no se hace liberto de todos, sino solamente del que todavía no habla y de los que están ausentes por justa causa y también de los presentes).

³¹ Tal fecha fue considerada por Krüger, *Das Versäumnisverfahren um die libertas fideicommissa*, cit. 183; Voci, *Diritto ereditario romano*, 2, cit. 417; d'Orgeval, *L'empereur Hadrien*, cit. 76; Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, cit. 236; Starace, *Lo statuliber e l'adempimento fittizio della condizione. Uno studio sul favor libertatis fra tarda Repubblica ed età antonina*, cit. 82 y Silla, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, cit. 44.

³² Q. Articuleyo Pétino fue cónsul ordinario junto a L. Venuleyo Aproniano en el año 123 d.C. Sobre este punto ver Rohden., s.v. *Articuleius*, en *PWRE*, II-2, Stuttgart, 1896, 1450 con referencias a documentos epigráficos; *Prosopographia Imperii Romanii*, 1, Berolini et Lipsiae, 1933, 235 así como d'Orgeval, *L'empereur Hadrien*, cit., 402.

Sed Articuleiano senatus consulto cavetur, ut in provinciis praesides provinciae cognoscant, licet heres non sit eius provinciae.

Pero fue establecido en el senadoconsulto Articuleyano que en las provincias conozcan (respecto a la libertad fideicomisaria) los gobernadores de las provincias también si el heredero no fuera de tal provincia.

Tal senadoconsulto, al darle competencia al gobernador de la provincia donde vivía el esclavo para decidir respecto al fideicomiso de libertad, ocasionaba que el heredero, que vivía en un lugar diferente tuviera dificultad de presentarse frente a la autoridad. Su ausencia habría sido considerada como justificada y no habría sido necesaria inclusive convocarlo, al menos en edad severiana como había referido Ulpiano, *libro quinto fideicommissorum* en D. 40.5.28.5 en relación con el Dasumiano (texto mencionado en el §2).

La cuestión que debemos resolver es si el gobernador de la provincia hubiera sido investido de la facultad de decidir respecto a las libertades fideicomisarias antes del senadoconsulto Articuleyano. Los textos de Marciano del libro noveno de sus Instituciones en D. 40.5.51.4-6 anteriores al pasaje que estamos analizando tratan del Dasumiano y después la referencia al Articuleyano en el §7 inicia con el término *sed* explicando que el presente problema (la ausencia justificada en el caso de una libertad fideicomisaria) debería ser decidido por el gobernador de la provincia también si el heredero no fuera de tal provincia. Tal observación habría podido interpretarse en el sentido que gracias al Articuleyano habían sido aplicadas las reglas del Dasumiano a las provincias, como había interpretado Kübler.³³ La presente interpretación no es aceptada por Impallomeni,³⁴ quien afirma que si hubiera sido así no se entendería la razón por la que anteriormente (aplicándose la vieja regla del foro competente) tales senadoconsultos no pudieran aplicarse en provincia si el heredero, ciudadano romano, hubiera vivido en ella.

Según nuestra opinión éste es el problema que habría resuelto el senadoconsulto Articuleyano. El Dasumiano hacía una clara referen-

³³ B. Kübler, *Geschichte des römischen Rechts: ein Lehrbuch*, Aalen, nuevamente editado en 1979, 252.

³⁴ Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, cit. 109.

cia al pretor no concediendo la facultad al gobernador de resolver la cuestión, por esto si el esclavo se encontraba en una provincia lejana difícilmente habría podido transferirse al lugar en donde era residente el fiduciario para pretender su libertad, no sólo por el largo viaje, sino, sobre todo porque al alejarse de su lugar de residencia sin permiso se habría transformado en un fugitivo. No tenemos fuentes anteriores al 123 d.C. que puedan demostrar que los gobernadores de provincia tuvieran la facultad de decidir en materia de manumisión fideicomisaria, solamente un texto de Escevola, *libro vigesimo quarto digestorum* en D. 40.5.19 pr,³⁵ seguramente posterior, demostraría como después del Articuleyano también el gobernador habría tenido tal facultad de decisión y probablemente tal senadoconsulto aplicara en provincia las reglas del Dasumiano.

En conclusión, el senadoconsulto Articuleyano, según nuestra opinión, otorgó dos importantes novedades: la primera, permitir que las reglas del Dasumiano fueran aplicadas también en provincia concediendo al gobernador la facultad de decisión en materia de manumisiones fideicomisarias y la segunda, que pudiera ser solicitada la libertad respecto a los esclavos que se encontraban en provincia aunque el fiduciario no hubiera tenido su domicilio en tal lugar.

Otro problema que podemos identificar es el referente a la aplicación del Rubriano después del senadoconsulto Articuleyano. Según nuestra opinión si el fiduciario no hubiera sido residente en la provincia donde había sido solicitada la libertad del esclavo, el simple hecho de la distancia geográfica habría excluido el Rubriano y el fiduciario habría sido considerado ausente justificado, como hemos visto en D. 40.5.28.5. Por el contrario, si también el fiduciario hubiera sido residente en provincia y no se hubiera presentado al gobernador sin una

³⁵ *Here de instituto marito per fideicommissum libertatem servis dedit, in quibus et Sticho actori mariti: quaesitum est, cum absente domino isti praesidem provinciae adierint, ut libertas sibi praestaretur, quasi ex iusta causa heres abesset, et praeses provinciae pronuntiaverit libertatem debere, an agi cum Sticho possit, ut rationem actus a se administrati reddere compellatur. respondit non posse.* (Habiendo instituido heredero a su marido, concedió por fideicomiso la libertad a los esclavos, entre ellos también a Estico, agente de su marido; como hallándose ausente el señor hubieron ellos recurrido al gobernador de la provincia para que se les diera la libertad, como si el heredero estuviera ausente con base en una justa causa y el gobernador de la provincia hubiere declarado que se les debía la libertad, se preguntó si se podría ejercitar acción en contra de Estico para que fuese compelido a rendir cuenta de los negocios administrados por él. Respondió que no se podía).

justa causa habría podido aplicarse el Rubriano y el heredero habría sufrido las consecuencias de su ausencia porque el Articuleyano había concedido al gobernador la facultad de decisión aplicándose todas las disposiciones que en materia hubieran sido establecidas.

Voci³⁶ piensa que una disposición de tal tipo, aplicada a las provincias, implicaba probablemente que el fideicomiso de libertad fuera una disposición que podía ser utilizada por los peregrinos. Según nuestra opinión aceptar tal tesis resulta difícil porque si en provincia un peregrino hubiera establecido un fideicomiso de libertad en su testamento (en el caso que el derecho peregrino lo hubiera considerado posible) habría debido aplicar su derecho y no el derecho romano; por esto creemos que el senadoconsulto Articuleyano se refiriera únicamente a los ciudadanos residentes o no en una provincia que debieran cumplir con un fideicomiso de libertad respecto a un esclavo que habitara en tal provincia.

Proponer una reconstrucción del Articuleyano no es posible por la brevedad de la referencia de Marciano en D. 40.5.51.7, pero al menos con base en tal texto hemos podido conocer su contenido.

V. SENADOCONSULTO JUNCIANO

El senadoconsulto Junciano del año 127 d.C.,³⁷ bajo el consulado de L. Emilio Junco³⁸ y Cn. Julio Severo Sex. Minicio Faustino establecía un caso nuevo que no consideraban el Rubriano ni el Dasumiano: el esclavo no había pertenecido al *de cuius*. Nosotros sabemos que anteriormente a la presente disposición, en el siglo I d.C. periodo en

³⁶ Voci, *Diritto ereditario romano*, 2, cit. 418 y n. 66.

³⁷ Así Krüger, *Das Versäumnisverfahren um die libertas fideicommissa*. cit. 183; Voci, *Diritto ereditario romano*, 2, cit. 418; d'Orgeval, *L'empereur Hadrien*, cit. 76; Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, cit. 236; Starace, *Lo statuliber e l'adempimento fittizio della condizione. Uno studio sul favor libertatis fra tarda Repubblica ed età antonina*, cit., 83; Silla, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, cit. 44.

³⁸ L. Emilio Junco fue cónsul *suffectus* en el año 127. Sobre tal personaje ver Rohden, s.v. *Aemilius*, en *PWRE*, I-1, Stuttgart, 1893, 550; *Prosopographia Imperii Romani*, 1, Berolini et Lipsiae, 1933, 55 ss. así como d'Orgeval, *L'empereur Hadrien*, cit. 402. Referencias a su consulado existen, por ejemplo, en *C.I.L.* X-2, n.7854, 814. Birley, *Adriano. La biografía de un emperador que cambió el curso de la historia*, cit. 357 refiere que Adriano había mandado una carta a Coronea el 135 d.C. en donde nombraba al ex cónsul Emilio Junco como encargado especial respecto a un problema surgido en Acaya.

que había escrito Cassio Longino, si el testador hubiera pedido al heredero o al legatario de manumitir un esclavo propio habría podido no cumplir con la disposición si sus servicios hubieran sido indispensables para él (al menos en la opinión del mencionado jurista), como se puede observar en un texto de Meciano, *libro quinto decimo fideicommissorum* en D. 40.5.35:

Gaii Cassii non est recepta sententia existimantis et heredi et legatario remittendam interdum proprii servi manumittendi necessitatem, si vel usus tam necessarius esset, ut eo carere non expediret, veluti dispensatoris paedagogive liberorum, vel tantum delictum est, ut ultio remittenda non esset. visum est enim ipsos in sua potestate habuisse: nam potuissent discedere a causa testamenti: qua non omissa debere voluntati defuncti obsequi.

No fue aceptada la opinión de Gayo Cassio que pensaba que al heredero y al legatario debiera ser perdonada la necesidad de manumitir alguna vez el propio esclavo (*Gaii Cassii-necessitatem*), si su utilización hubiera sido tan necesaria que estar sin él no le fuera ventajoso (*si-expediret*), por ejemplo, como en el caso del administrador o del pedagogo de los hijos o a tal punto fuera el delito que la punición no debiera ser perdonada. Porque parece que se encuentran bajo su potestad (*veluti-habuisse*). Ciertamente habría podido prescindir de la causa del testamento, porque no prescindiendo de la voluntad del difunto debe ser obedecida (*nam-obsequi*).

El texto presenta dos diferentes posiciones jurisprudenciales respecto a la libertad fideicomisaria del esclavo perteneciente al fiduciario.³⁹ Antes del senadoconsulto Junciano, en el siglo I d.C. Gayo Cassio había afirmado que en ciertos casos mencionados anteriormente podría ser perdonado el fiduciario a cumplir la voluntad del *de cuius*. En el siglo II d.C. (y por esto después de la disposición del senado), Meciano afirmaba que no había sido aceptada tal tesis.⁴⁰

³⁹ No existen dudas que el problema se refiere a una libertad fideicomisaria, sobre este punto O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, 1, Roma, rist.2000, 586 considera que el libro décimo quinto de la obra de Meciano correspondía al presente argumento. Más fundamentos a favor se encuentran considerados por Silla, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, cit. 32.

⁴⁰ Las Cuestiones de Meciano resalen al principado de Antonino Pio porque como hizo notar H. Fitting, *Alter und Folge der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander*, Halle, 1908, 43 ss. en el libro séptimo de la presente obra en D. 40.5.42 afirma: *Antoninus Augustus Pius noster* y en el libro noveno en D. 35.2.32.4 cita a Vindio Vero,

No sabemos si los juristas contemporáneos a Gayo Cassio hayan aceptado o no su posición, porque los términos *non est recepta sententia* podrían referirse no solamente a los juristas antoninos sino también a los precedentes, pero de dos cosas estamos seguros, que antes del Junciano era posible que el testador hubiera concedido la libertad fideicomisaria a un esclavo que pertenecía al fiduciario⁴¹ y que en determinados casos el mismo habría podido no cumplir la disposición fideicomisaria previo análisis del magistrado competente en materia fideicomisaria.⁴² Meciano, si bien sin dudas conocía el senadoconsulto, su posición no la fundamenta en el Junciano, sino en la necesidad que la voluntad del *de cuius* hubiera sido obedecida.⁴³

Entre las dos opiniones existirían dos principios jurídicos fundamentales en conflicto: el primero considerado por Cassio correspondería al derecho que el *dominus* tendría respecto al esclavo que se encontraba en su potestad, pudiendo conservarlo porque le era

que habría sido cónsul en el año 138 d.C. Probablemente la obra no habría sido terminada antes del 151 d.C., como había hecho notar L. Fanizza, *Giuristi crimini leggi nell'età degli Antonini*, Napoli, 1982, 14, tesis aceptada por Giodice-Sabbatelli, *La tutela giuridica dei fedecommissi fra Augusto e Vespasiano*, cit. 229 y Silla, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, cit. 33.

⁴¹ No creemos como afirma Silla, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, cit. 33, que el presente caso (manumisión fideicomisaria de un esclavo que no pertenecía al testador sino al fiduciario) probablemente hubiera sido todavía discutida en el tiempo de Cassio. Tal tipo de manumisión fideicomisaria es una realidad en su periodo histórico.

⁴² Aceptamos la tesis de Giodice-Sabbatelli, *La tutela giuridica dei fedecommissi fra Augusto e Vespasiano*, cit. 173 en el sentido que Cassio Longino no quería con conocimiento quitarle eficacia a las manumisiones fideicomisarias, pero tenemos dudas que el mismo jurista hubiera querido otorgarle al propietario del esclavo 'amplia e incondicionada disponibilidad de valoración de los esclavos *in potestate*' como afirma la investigadora, la valoración sería hecha por el magistrado competente en materia fideicomisaria para conceder o no la libertad al esclavo y si bien hubiera sido el fiduciario el que no quería cumplir con la disposición habría tenido que presentar las razones de su negativa que deberían encontrarse entre los casos identificados por el jurista: *vel usus tam necessarius esset, ut eo carere non expediret... vel tantum delictum est, ut ultio remittenda non esset*.

⁴³ Starace, *Lo statuliber e l'adempimento fittizio della condizione. Uno studio sul favor libertatis fra tarda Repubblica ed età antonina*, cit. 73 n.86 afirma: "...Cierto, parece extraño que los fiduciarios puedan, en los casos considerados, trascurar la voluntad del testador respecto al que, inmediatamente después el mismo Cassio subraya la necesidad del obsequio..." tal opinión no puede ser aceptada porque la referencia al obsequio no es de Cassio sino de Meciano que se opone a la tesis cassiana y sobre este punto ver los argumentos de Silla, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, cit., 33. El principio del *obsequium* a la voluntad del difunto encontraría un choque con la presente tesis como hizo notar F. D'Ippolito, *Ideologia e diritto in Gaio Cassio Longino*, Napoli, 1969, 71.

indispensable o porque en el ejercicio de su derecho habría podido punirlo ejercitando la jurisdicción doméstica y no liberarlo,⁴⁴ y aquello de Meciano en donde la voluntad del testador debería ser respetada inclusive cuando los esclavos se encontraran fuera de su esfera patrimonial. La cuestión permanecía abierta y su solución daba al magistrado un amplio margen de discrecionalidad hasta que el senado no afronta la cuestión. Tenemos la fortuna de encontrar transcrito el contenido del Junciano en un texto de Ulpiano, *libro quinto fideicommissorum* en D. 40.5.28.4:

Si quis servum non hereditarium rogatus manumittere latitet, factum est senatus consultum Aemilio Iunco et Iulio Severo consulibus in haec verba: 'placere, si quis ex his, qui fideicommissam libertatem ex quacumque causa deberent servo, qui mortis tempore eius qui rogavit non fuerit, isque adesse negabitur, praetor cognoscat et, si in ea causa esse videbitur, ut, si praesens esset, manumittere cogi deberet, id ita esse pronuntiet: cumque ita pronuntiasset, idem iuris erit, quod esset, si ita, ut ex fideicommisso manumitti debuisset, manumissus esset'.⁴⁵

Si se escondiera alguno al cual hubiera sido rogado de manumitir un esclavo no hereditario, fue hecho un senadoconsulto bajo el consulado de Emilio Junco y Julio Severo en estos términos (*Si-verba*): 'se decidió que si alguno de aquellos que por alguna causa debieran la libertad fideicomisaria de un esclavo, que al tiempo de la muerte de quien había afirmado que no era suyo y el fiduciario se negara a comparecer, bajo el presupuesto que si éste fuera presente sería constreñido a manumitirlo, el pretor tenga conocimiento (del problema) y en este modo sea pronunciado (*placere-pronuntiet*); y cuando así hubiera sido pronunciado, se observará el mismo derecho que sería observado en el caso en que hubiera sido manumitido en el modo que fuera debido ser manumitido con base en el fideicomiso (*cumque-manumissus esset*)'.

⁴⁴ Efectivamente a partir de *visum est* se sigue explicando el pensamiento de Meciano (en este sentido Silla, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, cit., 32) y los términos *enim ipsos in sua potestate habuisse* completan su pensamiento: el *dominus* puede abstenerse de liberar a los esclavos por los motivos considerados anteriormente y puede hacerlo porque se encuentran bajo su potestad.

⁴⁵ Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, cit. 98 incluye, después de *placere*, el término *ut* necesario para poder darle sentido al periodo *praetor cognoscat* y tal opinión es aceptada por Silla, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, cit. 151 n. 34, el cual piensa que si bien la parte que va del término *praetor cognoscat* al final parece un poco complicada en su construcción, no pone en duda su genuinidad.

El texto de la disposición trata de cualquier persona que haya sido nombrada fiduciaria (heredero, legatario, fideicomisario),⁴⁶ y parte del presupuesto que el esclavo no hubiera pertenecido al *de cuius*. El problema que debemos considerar es si el esclavo debiera pertenecer al fiduciario o podía ser de otra persona.⁴⁷ El primer caso seguramente se encontraba comprendido en el senadoconsulto porque así fue considerado por Marciano, *libro nono institutionum* en D. 40.5.51.8: *Sed si non hereditarium servum quis rogatus fuerit manumittere, sed proprium, ex senatus consulto Iunciano post pronuntiationem pervenit ad libertatem*. (Pero también si a uno se le hubiere rogado que manumita a un esclavo que no fuese de la herencia, sino propio, llega a la libertad después de la declaración en virtud del senadoconsulto Junciano). Que la disposición pudiera incluir casos en que el esclavo no fuera del fiduciario probablemente fue considerado por la jurisprudencia, así en un texto de Juliano, *libro quadragésimo secundo digestorum*, en D. 40.5.47.1, son mencionados diferentes ejemplos respecto a un senadoconsulto que podría ser el Junciano:⁴⁸

⁴⁶ Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, cit. 99 observa que faltan testimonios sobre la aplicación del Junciano respecto al infante fiduciario. Los argumentos que presenta a favor de la aplicación en tal caso pueden ser aceptados.

⁴⁷ Que debiera pertenecer al fiduciario es una tesis seguida por Krüger, *Das Versäumnisverfahren um die libertas fideicommissa*. cit. 184 y por Silla, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, cit. 153, el último autor atribuye a Voci, *Diritto ereditario romano*, 2, cit. 418 la misma opinión de Krüger, pero no ha tomado en consideración que más adelante Voci en la p. 419 afirma: "Las disposiciones del sc. *Juncianum* resultan extendidas a tres casos: fdc. De libertad en favor del esclavo ajeno...". Silla además no analiza en su obra D. 40.5.47.1 que demostraría, según nuestra opinión, que el Junciano habría sido aplicado también a los casos en que el esclavo no fuera del fiduciario.

⁴⁸ En este sentido O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, 1, Roma, publicado nuevamente en el año 2000, 431 n.3, Voci, *Diritto ereditario romano*, 2, cit., 419 n. 72, Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, cit. 101 n.151. En contra Krüger, *Das Versäumnisverfahren um die libertas fideicommissa*. cit. 184 ss., el cual piensa que si bien la esencial limitación delineada en el Junciano respecto al esclavo consiste en el hecho que el mismo no era del *de cuius* al momento de su muerte como menciona D. 40.5.28.4, con base en D. 40.5.51.8 se puede observar que el senado no simplemente trataba del esclavo no hereditario, sino que era necesario que perteneciera al fiduciario; por esto en D. 40.5.47.1 no se trataría del Junciano sino del Vitrasiano. Según nuestra opinión tal tesis presenta dudas porque si bien en D. 40.5.51.8 se trata del esclavo que pertenecía al fiduciario no por este motivo debemos limitar la disposición al problema que presenta Marciano; además, respecto al Vitrasiano, el caso considerado es diferente: uno de los coherederos es menor de edad.

auxiliar en la libertad al esclavo autorizando al pretor a declararlo libre; pero si el esclavo no hubiera sido adquirido, el pretor habría debido llamar al *dominus* para constatar su disposición a la venta y en el caso en que hubiera estado de acuerdo habría podido liberarlo y demandar al heredero ausente para el pago del precio, como menciona Paulo en D. 40.5.31.4 (en este caso se convertiría en patrono del liberto) o el mismo pretor declarar la libertad *ex senatus consulto*. Si el *dominus* se opone a liberar el esclavo si antes no ha sido entregado el precio,⁵⁰ entonces la función del pretor probablemente hubiera sido aquella de realizar una ejecución patrimonial en los bienes del fiduciario ausente porque claramente el jurista afirma: *cogendus est heres redimere et manumitiere*.⁵¹ Nosotros creemos que tales problemas habrían podido llegar a darse también antes del escrito de Antonino Pío (Caracalla?) y por esto probablemente el emperador simplemente habría declarado la actividad que habría desarrollado el pretor en el caso en que el fiduciario se escondiera.

Según Voci,⁵² en el Junciano no importa si la ausencia del fiduciario en el tribunal sea justificada o no presentando como fundamento el texto de la disposición que se encuentra en D. 40.5.28.4: *...is* (el fiduciario) *adesse negabitur* sin mayores especificaciones. La presente opinión presenta dudas porque claramente en el mismo pasaje Ulpiano afirma al inicio: *si quis servum non hereditarium rogatus manumittere latitet*,⁵³ dando como presupuesto que el fiduciario se hubiera escondido y por esto no estuviera presente en modo injusti-

⁵⁰ El *dominus* que está de acuerdo en vender el esclavo habría podido pretender el pago inmediatamente del heredero y en el caso en que el fiduciario no haya satisfecho tal pretensión habría podido negarse a manumitirlo, porque como recuerda Meciano, *libro quinto decimo fideicommissorum* en D. 40.5.32 pr. podría suceder que al demandar al heredero por el pago del precio, el mismo fuera insolvente y no se encontrara en la posibilidad de pagarlo: *sed si alienare quidem sit paratus, non ante tamen id velit facere, quam sibi in pretium satisfiat, non erit manumittere compellendus, ne et servum manumittat et interdum nihil aut minus consequatur, si forte is, qui rogatus est manumittere, solvendo non sit*.

⁵¹ En el mismo sentido Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, cit. 102 ss; tal ejecución patrimonial habría sido aplicada en el caso en que el fiduciario se encontrara ausente o presente según el investigador. Ciertamente en el caso del fiduciario ausente, según nuestra opinión, el pretor habría declarado la libertad con base en el senadoconsulto.

⁵² Voci, *Diritto ereditario romano*, 2, cit. 418 ss.

⁵³ Respecto a los términos *latitans* y *latitatio* ver A. Bellodi Ansaloni, *Ricerche sulla contumacia nelle cognitiones extra ordinem*, Milano, 1998, 41 ss.

ficado. El investigador piensa que fueron los compiladores los que cambiaron el término *latitet* en lugar de *absit* para unificar la disposición del Junciano a la constitución de Antonino Pío mencionada en D. 40.5.31.4.

También Impallomeni⁵⁴ afirma que el senadoconsulto no distingue si la ausencia era justificada o injustificada; el fiduciario conserva el *ius patronatus* para todos los efectos, hasta el periodo de Antonino Pío.⁵⁵ Esto por la imposibilidad de convertir en orcinio (es decir, del muerto) un esclavo que al momento de la muerte del testador no le pertenecía. Sobre este punto presenta como fundamento D. 40.5.28.4 y D. 40.5.29,⁵⁶ en donde, con referencia al enajenante (como veremos más adelante era un caso considerado en el senadoconsulto) se afirmó que no se debía distinguir entre ausencia justificada e injustificada. Según nuestra opinión del texto de la disposición referida en D. 40.5.28.4 no puede concluirse que en el caso del Junciano no hubiera sido tomado en consideración el tipo de ausencia (y sobre tal punto

⁵⁴ Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, cit. 99 ss. Silla, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, cit. 44 n. 16 y 203 acepta la tesis de Voci e Impallomeni, pero no toma en consideración el escrito de Antonino Pío en D. 26.4.1.3.

⁵⁵ Ulpiano, *libro quarto decimo ad Sabinum* en D. 26.4.1.3: *...nam generaliter divus Pius rescripsit Aurelio Basso ius patroni eum non habere, his verbis: 'Plane tergiversatio eorum, qui subvertere fideicommissam libertatem velint, eo modo puniatur, ne ius patroni adquirant in eo, quem liberum esse nolunt'...* (Porque el Divino Pío contestó en general por escrito a Aurelio Basso, que el no tenía el derecho de patronato en estos términos: 'A la verdad, castiguese el subterfugio de los que quieran frustrar la libertad dejada por fideicomiso, de modo que no adquieran el derecho de patronato sobre el que no quieren que sea libre').

⁵⁶ Paulo, *libro tertio fideicommissorum* en D. 40.5.29: *si quis, posteaquam in ea causa esse coeperit, ut ex fideicommissis manumitti deberet, alienatus sit, is quidem, cuius interim servus erit, manumittere cogetur: sed hic non distinguitur, iusta an non iusta causa absit: omnimodo enim libertus ei servatur*. (Si alguno hubiera sido enajenado después que hubiere comenzado a estar en el caso de que debiera ser manumitido en virtud del fideicomiso, será ciertamente obligado a manumitirlo aquel de quien mientras tanto fuere esclavo, pero en este caso no se distingue si está ausente por justa causa o injustificadamente, porque de todos modos se le reserva a aquél la libertad). Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, cit. 99 n. 143 no acepta la propuesta de Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, I, 1102 de relacionar tal texto con el Dasumiano porque, como adecuadamente observa, si el esclavo es hereditario y el adquirente latitante se aplica el Rubriano (D. 40.5.10.1 y D. 40.5.28 pr.); por esto el presente fragmento no puede referirse al caso en que el esclavo no sea hereditario situación por la que se relaciona con el Junciano.

tiene validez lo que dijimos respecto a Voci) y si en el segundo texto (D. 40.5.29) se encuentra afirmado que en el caso del enajenante no se debería distinguir entre los dos tipos de ausencia no significa por esto que en todos los casos del Junciano debiera ser aplicado. El escrito de Antonino Pío (D. 26.4.1.3), que, según Impallomeni, habría modificado la situación anterior, en nuestra opinión simplemente especifica una situación que existía antes: el fiduciario no puede tener derecho al patronato del esclavo declarado libre cuando injustificadamente no se encuentra presente, se esconde para evitar liberarlo. El esclavo efectivamente no puede transformarse en *orcino* (es decir del *de cuius*) porque no le pertenecía, pero tampoco habría podido el fiduciario tener el patronato por los motivos que había hecho notar Antonino Pío.

En conclusión podemos afirmar que en todo el periodo clásico el Junciano se refería al caso de una ausencia injustificada, porque una persona que se niega a comparecer no puede ser considerada ausente justificado (quien no comparece *ex iusta causa* no se opone a comparecer, simplemente se encuentra en la imposibilidad de comparecer). Si el fiduciario no se encontrara presente justificadamente y el esclavo fuera ajeno, el pretor habría debido declarar la justa causa como había hecho con el Dasumiano,⁵⁷ y después proceder a lo que se había afirmado en D. 40.5.31.4; en tal texto claramente Paulo afirmaba *idque faciendum est etiam, si heres latitet* incorporando al caso de presencia o ausencia justificada aquella de ausencia injustificada y específicamente a situaciones en que el Junciano hubiera tenido importancia.

Algunos investigadores⁵⁸ piensan que el Junciano consideraba además el caso del fiduciario que hubiera enajenado el esclavo que debía ser manumitido y tal opinión presentaría como fundamento D. 40.5.29 (que como hemos visto anteriormente seguramente se refería

⁵⁷ Que el pretor debiera declarar la ausencia justificada o no justificada también si el esclavo fuera de una tercera persona podría demostrarse con el pasaje de Paulo, *libro tertio fideicommissorum* en D. 40.5.29 (que hemos transcrito en la nota anterior) en donde el jurista afirmaría que en el caso del enajenante (podríamos por esto considerar que en todos los otros casos se aplicaba la regla contraria) no se debía distinguir entre ausencia *ex iusta causa* e injustificada.

⁵⁸ Krüger, *Das Versäumnisverfahren um die libertas fideicommissa*. cit. 188 Voci, *Diritto ereditario romano*, 2, cit. 419.

al Junciano)⁵⁹ y un texto de Marciano, *libro nono institutionum* en D. 40.5.51.10:

Emptor quoque ut manumittat, eodem senatus consulto expressum est.

En el mismo senadoconsulto (Junciano porque el jurista anteriormente lo había mencionado en el §8) fue expresado que manumita también el comprador.

Según Impallomeni,⁶⁰ el presente texto no demostraría que el Junciano habría tenido una rúbrica dedicada al adquirente, porque la regla expresa habría podido ser afirmada por Marciano únicamente al interpretar el senadoconsulto. La presente opinión presenta dudas porque claramente los términos *expressum est* se refieren al senadoconsulto y no a una interpretación hecha por el presente jurista. El caso podía aplicarse a la situación que el fiduciario titular del esclavo lo hubiera vendido (probablemente para evitar manumitirlo).

Si el comprador y no el fiduciario se hubiera presentado en tribunal porque el esclavo pretendiera su libertad, el actual *dominus* se encontraría obligado a manumitirlo.

En tal caso, como también la obligación de liberarlo se refería al comprador, la ausencia del fiduciario podía también ser irrelevante porque no habría podido adquirir el patronato del esclavo porque ya no era suyo.

Si el comprador del esclavo no se hubiera presentado en tribunal el pretor habría podido declarar la libertad y en tal caso habría sido irrelevante si el mismo no se hubiera presentado justificadamente o injustificadamente porque de todos modos sería debida la libertad, así Paulo, *libro tertio fideicommissorum* en D. 40.5.29,⁶¹ el fiduciario no habría tenido el patronato porque había vendido el esclavo y como en todo caso era debida la libertad, la causa por la cual se encontraba ausente el comprador habría sido irrelevante (conservaba el patronato).

⁵⁹ Véase nota 56.

⁶⁰ Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, cit. 99 n. 140.

⁶¹ Véase nota 56.

VI. SENADOCONSULTO DE FECHA INCIERTA
QUE DISCIPLINA EL CASO QUE EL FIDUCIARIO
HAYA MUERTO SIN HEREDEROS Y SIN HABER
EFECTUADO LA DEBIDA MANUMISIÓN

Cuando tratamos el Dasumiano (§2), rechazamos la idea que en tal senadoconsulto existiera una rúbrica que tratara del caso en que el heredero fiduciario de un fideicomiso de libertad hubiera muerto sin sucesores y sin haber efectuado la debida manumisión, o que teniendo herederos extraños, éstos hubieran renunciado a la herencia o que teniendo *sui*, los mismos se hubieran abstenido de la misma. Los fundamentos de Impallomeni,⁶² que afirma la tesis que tal problemática hubiera sido tratada en un específico senadoconsulto resultan, según nuestra opinión, convincentes:

Ulpiano del libro quinto de los fideicomisos trata del Rubriano en D. 40.5.26.7.11 y D. 40.5.28 pr.3; del Junciano en D. 40.5.28.4; del Dasumiano en D. 40.5.28.5 y D. 40.5.30 pr. del Vitrasiano en D. 40.5.30.1-8 y respecto a las reglas de la persona que se encontraba obligada, muerta sin herederos en D. 40.5.9-14. Si estas últimas reglas hubieran sido tratadas en el Dasumiano necesariamente se debería concluir que el jurista, sin razón, habría cortado la continuidad de la exposición que había hecho sobre el Dasumiano.⁶³

El texto de Paulo, *libro quinquagensimo septimo ad edictum* en D. 40.5.5 (que veremos inmediatamente) en donde al referirse al senadoconsulto incluye una problemática no considerada en el Dasumiano: el esclavo no pertenecía al *de cuius*. Iniciemos el análisis del presente pasaje:

In fideicommissariis libertatibus si absente herede praetor pronuntiasset libertatem deberi, est et liber et defuncti libertus, si et servus eius fuit, aut

⁶² Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, cit. 94 ss.

⁶³ Cfr. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, 2, cit. 921 ss., Impallomeni piensa que el Vitrasiano se encuentra tratado por Ulpiano en los §§ 6-8, pero Volterra, s.v: *senatus consulta*, cit. 1073 adecuadamente observa que tal senadoconsulto se encuentra analizado por el jurista a partir de D. 40.5.30.1.

*heredis, si servus heredis sit. immo et si sine successore heres decesserit, conservandam esse libertatem senatus Hadriani temporibus censuit.*⁶⁴

Respecto a las libertades fideicomisarias, si se encuentra ausente el heredero, el pretor hubiera declarado que es debida la libertad, es libre el esclavo y liberto del difunto si fue su esclavo o del heredero, si el esclavo es del heredero (*In-heredis sit*). Inclusive, también si el heredero murió sin sucesores, un senadoconsulto del tiempo de Adriano decidió que debe ser conservada la libertad (*immo-censuit*).

El presente pasaje explica que debe ser considerado liberto el esclavo que hubiera sido declarado libre por el pretor en el caso de la ausencia del heredero. Si el esclavo era del *de cuius* y la ausencia del fiduciario hubiera sido injustificada habría sido aplicado el Rubriano y habría sido considerado como liberto del *de cuius*.⁶⁵ Si la ausencia hubiera sido justificada y el esclavo hubiera pertenecido al heredero el mismo no habría perdido el patronato del liberto.⁶⁶ El senadoconsulto del tiempo de Adriano habría establecido que en el caso en que el heredero hubiera muerto sin haber hecho la manumisión del esclavo y no tuviera herederos, se conservaría la libertad y por esto el pretor habría debido pronunciarla.⁶⁷

⁶⁴ Según nosotros el texto fue sintetizado porque falta la referencia a una ausencia injustificada en el caso en que el esclavo fuera del heredero; si la ausencia hubiera sido justificada el heredero no perdería el patronato del liberto según el Dasumiano. Respecto al caso en que el esclavo fuera del heredero según el pasaje el fiduciario no perdería el patronato, pero tal afirmación presenta problemas ya que respecto al Junciano habíamos afirmado anteriormente que la ausencia injustificada producía la consecuencia que el fiduciario perdía el patronato del liberto, así como recuerda el escrito de Antonino Pío (D. 26.4.1.3); probablemente el caso habría tratado de una ausencia justificada.

⁶⁵ El texto no habla de una ausencia injustificada, pero debería presuponerse porque si hubiera sido justificada al aplicarse el Dasumiano el heredero no perdería el patronato del liberto. Sobre este punto véase: Krüger, *Das Versäumnisverfahren um die libertas fideicommissa*, cit. 176 n. 8; Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, cit. 95; Arcaria, *Senatus censuit. Attività giudiziaria ed attività normativa del senato in età imperiale*, cit. 290.

⁶⁶ La ausencia del heredero no puede ser injustificada porque en tal caso el fiduciario habría perdido el patronato del liberto tal como lo recuerda el escrito de Antonino Pío (D. 26.4.1.3).

⁶⁷ En modo diferente Arcaria, *Senatus censuit. Attività giudiziaria ed attività normativa del senato in età imperiale*, cit. 291 ss, interpreta la última parte del texto en el sentido que la libertad se conseguía directamente, sin la necesaria actividad del *praetor*. Tal interpretación le serviría de apoyo a su tesis que la presente decisión tenía un origen judicial, una sentencia

La presente disposición probablemente se refería al caso del esclavo que era del *de cuius* o del heredero, porque el senadoconsulto citado por Paulo no distingue a quién pertenecía, además que las referencias consideradas por el jurista, antes de mencionar la normativa, se refieren a los dos casos.⁶⁸ Si hubiera sido así resultaría evidente la dificultad que el senadoconsulto pueda ser identificado con el Dasumiano porque tal *senatus consultum* no consideraba el caso del esclavo que pertenecía al heredero y habría sido emanado seguramente después del año 127 d.C. (fecha del Junciano) y antes del año 138 d.C., porque había sido hecha en el periodo adrianeo.⁶⁹

Ulpiano, *libro quinto fideicommissorum* en D. 40.5.30.9-14 analiza la presente normativa, así en el §9 afirma:

Sed et si quis sine herede vel alio successore decesserit qui fideicommissam libertatem praestare debebat, adito praetore libertatem praestandam esse censuit senatus.

Pero también si alguno muere sin herederos o sin algún otro sucesor que debía dar la libertad fideicomisaria, el senado decidió que al presentarse al pretor deba ser concedida la libertad.⁷⁰

El presente texto no distingue si el esclavo era del *de cuius* o del fiduciario, situación por la que se encontraría confirmada la tesis que

del senado en grado de apelación en contra de la decisión del *praetor fideicommissarius*. Nosotros creemos sea difícil probar tal tesis porque las últimas palabras del pasaje habrían podido considerar implícitamente la necesidad de la actividad del pretor, porque anteriormente es mencionada tal necesidad: *praetor pronuntiasset libertatem deberi*. En cuanto a la posibilidad de apelar respecto a la decisión del pretor, ver Silla, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, cit. 187 ss., en donde el autor subraya la absoluta falta de datos textuales que puedan permitir un análisis mayor sobre tal aspecto.

⁶⁸ En este sentido Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, cit. 95.

⁶⁹ Así Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, cit. 236 ss.

⁷⁰ Silla, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, cit. 43 afirma que la expresión *adito praetore* mencionada en el presente pasaje podría demostrar que no pudiendo el Dasumiano llamar la *evocatio a praetore* por la peculiaridad del caso regulado, haya sido previsto en tal senadoconsulto la referencia a la *aditio praetoris*. La presente tesis no puede ser aceptada porque, como hemos hecho notar, tal texto no corresponde al Dasumiano sino a un senadoconsulto diferente. El texto que presenta el investigador (D. 40.5.22.2) no demuestra que el Dasumiano hubiera tratado del presente problema porque la disposición se referiría también al Rubriano, como hemos visto en el §2.

el presente senadoconsulto no hubiera hecho tal distinción, además se puede observar que no se encontraba limitada al heredero sino que podía referirse a cualquier otro tipo de sucesor por ejemplo, un *bonorum possessor* (caso considerado por el jurista en el §14).⁷¹ La disposición se aplicó a otros casos por la jurisprudencia en donde se producirían los mismos efectos jurídicos, por ejemplo, si un *heres suus* se hubiera abstenido de la herencia (§10)⁷² o si un menor de veinticinco años hubiera aceptado la herencia y después se procedía a la *restitutio in integrum* (§11).⁷³

El senadoconsulto no daba una solución al problema de quién habría sido considerado el esclavo como liberto y una constitución posterior debió resolver la cuestión declarando que el esclavo se hacía liberto del *de cuius*, esto es, *orcino* (§12);⁷⁴ ciertamente tal constitución habría tenido como presupuesto que el esclavo hubiera

⁷¹ *Eleganter quaeri potest, cum heres sine successore decesserit, utrum exspectari debet, donec certum sit heredem vel bonorum possessorem non extaturum, an vero etiam dum incertum est (forte deliberante herede scripto) possit ad libertatem pervenire: et melius est exspectari oportere, quoad certum esse coeperit successorem non extaturum.* (Elegantemente se puede preguntar cuando el heredero fallece sin sucesor si se debe esperar hasta que sea cierto que no habrá heredero o poseedor de los bienes o si también puede el esclavo llegar a la libertad mientras sea incierto acaso por estar deliberando el heredero instituido. Y es mejor que se haya de esperar hasta que comencere a ser cierto que no existirá un sucesor).

⁷² *Sed et si suus heres se abstinerit, libertati fideicommissae per senatus consultum subventum est, tametsi non est sine herede, qui suum heredem habet licet abstinentem se.* (Pero si se hubiere abstenido de la herencia un *suus heres* se auxilió también por el senadoconsulto a la libertad dejada por fideicomiso aunque no está sin heredero el que tiene un *suus heres* por más que éste se abstenga). No creemos que tal opinión hubiera sido una novedad de edad severiana, porque si bien el caso de abstención del *heres suus* es diferente al de la falta del sucesor, los dos casos producen los mismos efectos jurídicos.

⁷³ *Idem dicendum et si minor viginti quinque annis adierit hereditatem eius, qui libertatem fideicommissam debebat, et in integrum sit restitutus abstinenti causa.* (Lo mismo se ha de decir también si un menor de veinticinco años hubiere aceptado la herencia del que debía la libertad dejada por fideicomiso y hubiera sido efectuada la *restitutio in integrum* para abstenerse).

⁷⁴ *Quaerendum est autem, cuius libertus iste fit: ex constitutione enim servo libertas perinde competit, atque si ex testamento libertatem consecutus esset. erit igitur libertus orcinus, non eius qui fideicommissam libertatem debebat.* (Pero se ha de preguntar de quien se hace liberto porque en virtud de la constitución al esclavo le corresponde la libertad lo mismo que si la hubiera conseguido por virtud del testamento; así bien, será liberto *orcino* y no del que debía la libertad dejada por fideicomiso). No sabemos a quien debería atribuirse tal constitución, Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, cit. 96 piensa fue hecha en el periodo de Marco Aurelio y Lucio Vero porque los mismos emanaron otra en tema de cofiduciarios, uno vivo y ausente justificado y el otro muerto sin herederos. En el mismo sentido Arcaria, *Senatus censuit. Attività giudiziaria ed*

pertenecido al *de cuius*, porque en caso contrario no habría tenido sentido si el *servus* hubiera sido del heredero.

VII. SENADOCONSULTO PROBABLEMENTE
DE EDAD ADRIANA EN DONDE A UN ESCLAVO
IMPÚBER ES CONCEDIDO CON BASE
EN UN FIDEICOMISO LA LIBERTAD
Y LA HERENCIA

Un senadoconsulto de fecha incierta citado por Papiniano, *libro undecimo quaestionum* en D. 26.5.13 pr.-1 presenta el problema del esclavo impúber al cual fue concedido con base en un fideicomiso la libertad y la herencia:

Si impuberi libertas et hereditas per fideicommissum data sit et institutus adire nolit, senatus censuit eum, si impuberis nomine desideretur, adire cogendum, ut tamen pupillo pupillae tutor ab eo, cui ius dandi erit, detur, qui tutelam retineat, quoad restituatur hereditas et rem salvam fore ab herede caveatur. postea divus Hadrianus, ut idem in eo servetur, cui directa libertas data fuerit, rescripsit. 1. Quamvis autem a patrono rem salvam pupillo fore non facile cautio exigatur, tamen senatus pro extraneo haberi voluit eum, qui, quod in ipso fuit, etiam libertate privavit impuberem: et ius quidem liberti, quod habet, quia ex causa fideicommissi manumittit, non est ei ablatum, tutela vero sine vinculo cautionis non committitur. quid ergo si non caveat? non dubie tutela non erit apud patronum.⁷⁵

attività normativa del senato in età imperiale, cit. 290 n. 112. Tal disposición es tratada por Ulpiano inmediatamente después en el §13.

⁷⁵ La doctrina mete en duda el contenido clásico del §1, así S. Solazzi, *Studi sulla tutela en Pubblicazioni della facoltà di Giurisprudenza di Modena*, 9, 1925, 54 ss. = *Scritti di Diritto Romano*, 3, Napoli, 1960, 100 ss. elimina los términos *non facile* y la última parte de *ius* en adelante porque según el investigador la restitución *quamvis... cautio non exigatur* es imposible por dos motivos: 1) porque se encuentra en contraposición con el hecho narrado por Papiniano; 2) porque el resultado no tiene ningún sentido. Se encuentra en contraposición porque en el pr. el jurista dijo respecto al tutor temporáneo *tutelam retineat, quoad... rem salvam fore ab herede caveatur*; ya que como el heredero sería el patrono sería falso afirmar *quamvis a patrono... cautio non exigatur* y la parte *quamvis autem a patrono... cautio non exigatur, tamen senatus pro extraneo haberi voluit eum* no tiene ningún sentido. Arcaria, *Senatus censuit*, cit. 276 n. 79 con más referencias bibliográficas acepta la presente tesis y llega a la siguiente conclusión: es necesario pensar que la parte *non facile* haya sido elaborada por un compilador poco preciso que sabía de la existencia de la regla general vigente para los patronos, esto es la no exigencia de efectuar la *cautio*, no habiendo notado

Si fue concedida la libertad y la herencia por fideicomiso a un impúber y el instituido heredero no quiere aceptar la herencia, el senado decidió que si en nombre del impúber hubiera sido requerido, debería estar obligado a aceptarla (*Si-cogendum*), con la finalidad que al pupilo o a la pupila le sea nombrado un tutor el cual habría tenido derecho a que se le nombrara conservando la tutela hasta que le sea entregada la herencia y le sea garantizado por el heredero la *cautio rem pupilli salvam fore (ut-caveatur)*. Después el divino Adriano respondió por escrito que sea observada la misma situación también cuando le hubiera sido concedida la libertad directamente (*postea-rescripsit*). 1. Si bien no sea fácil exigir la *cautio rem pupilli salvam fore* al patrono, sin embargo el senado quiso que sea considerado como extraño a aquel que, en cuanto en él estuvo, privó al impúber también de la libertad (*Quamvis-impuberem*); y no se le quitó ciertamente el derecho que tiene sobre el liberto, porque manumitió por causa de fideicomiso, pero no se le encomienda la tutela sin el vínculo de la garantía (*et-committitur*). ¿Qué se dirá si no se diera la garantía? Que sin duda no obtendrá el patrono la tutela (*quid-patronum*).

El testador concede a un impúber la libertad y la herencia con base en un fideicomiso que debería cumplir el heredero, pero que no acepta obstaculizando que el menor de edad se transforme en liberto y pueda adquirir el patrimonio hereditario. El senado decidió que si un tercero extraño hubiera pretendido a nombre del impúber el cumplimiento del fideicomiso, el heredero se encontraría obligado a aceptar la herencia y se nombraría un tutor interino (probablemente el mismo tercero extraño que había demandado en juicio a favor del impúber). La función del tutor interino habría durado hasta que el heredero no hubiera transmitido la herencia al menor de edad (o a la menor de edad) y no hubiera garantizado con la *cautio rem pupilli salvam fore* la conservación de los bienes del fideicomisario. La misma decisión había sido aplicada a la manumisión directa y no fideicomisaria según un escrito de Adriano, pero en tal caso el menor de edad habría sido considerado un liberto orcino (del muerto) y no del fiduciario.

que las palabras: *quamvis... a patrono... cautio exigatur* se referían contrariamente al caso particular objeto de la decisión del senado. Según nuestra opinión seguramente el §1 fue sintetizado, ya que la interpretación no es fácil, pero de todos modos veamos cuál pudo haber sido su probable significado.

El fiduciario que no quería aceptar la herencia, pero que con base en la decisión del senado fue constreñido a efectuar la *aditio* no puede perder el patronato del liberto siempre que hubiera garantizado la conservación de los bienes con la *cautio rem pupilli salvam fore*, porque si bien aceptó la herencia contra su voluntad al final lo había liberado. La necesidad de tal garantía era debida a la propia negación de aceptar la herencia que obstaculizando la libertad del infante habría sido tratado como un tercero extraño.

Ciertamente si el fiduciario hubiera cumplido la disposición en modo voluntario no habría sido considerado como un extraño y probablemente ni siquiera habría tenido necesidad de hacer la presente *cautio* porque en circunstancias diferentes el patrono no se encontraría obligado a realizarla. La oposición del fiduciario a garantizar no le quita el patronato, pero sí el derecho a ser considerado tutor del menor de edad.

La disposición considerada por Papiniano no puede identificarse con ninguno de los senadoconsultos que hemos visto anteriormente⁷⁶ y probablemente podría ser posterior al periodo adrianeo, porque si bien el escrito de Adriano posterior al *senatus consultum* había aplicado la misma normativa a las manumisiones directas, no podría excluirse que hubiera sido del mismo periodo histórico, sobre todo porque si bien anteriormente en el periodo de Trajano el senado había iniciado a decidir en materia de manumisiones fideicomisarias con el Rubriano, claramente fue en el periodo de Adriano cuando los senadores establecen más disposiciones en tal materia.

⁷⁶ Sobre este punto Solazzi, *Studi sulla tutela in Studi*, 1, cit., 101 n.37 no acepta la tesis de A.A.F. Rudorff, *Das Recht der Vormundschaft*, 2, Berlín, 1833, 219 que la disposición pudiera probablemente ser el senadoconsulto Vitrasiano porque no existiría ninguna analogía, pero tampoco parecería probable identificarla como hace el investigador con el Rubriano, porque en el presente caso no fue el pretor quien pronunció la libertad sino el mismo heredero (si bien contra su voluntad). Que el presente senadoconsulto sea una disposición autónoma es una opinión de d'Orgeval, *L'empereur Hadrien*, cit., 77, de A. Guzmán, *Cautión tutelar en derecho romano*, Pamplona, 1974, 310 y de Arcaria, *Senatus censuit*, cit., 277 ss., aunque si bien, según nuestra opinión, la tesis de Arcaria que la disposición era una sentencia de apelación no encuentra fundamentos sólidos porque no existen noticias en el pasaje que en primer grado hubiera decidido el pretor fideicomisario y después el senado en sede de revisión.

VIII. SENADOCONSULTO DE EDAD ADRIANA
QUE ORDENA QUE EL HEREDERO INSTITUIDO
EN UN TESTAMENTO, EN QUE ERA ESTABLECIDA
LA LIBERTAD (DIRECTA O FIDEICOMISARIA)
A LOS ESCLAVOS Y LA TRANSMISIÓN A ELLOS
DE LA HERENCIA CON BASE EN UN FIDEICOMISO,
SEA OBLIGADO A ACEPTARLA NO OBSTANTE
HUBIERA SIDO CONSIDERADA COMO SUSPECTA
DEBIENDO TRANSMITIRLA AL PRIMER ESCLAVO
DESIGNADO EN EL TESTAMENTO
EL CUAL OBTENDRÁ SU LIBERTAD

Escevola, *libro octavo decimo quaestionum* en D. 28.5.84 (83) pr-1 refiere un senadoconsulto que tenía importancia en materia de libertad fideicomisaria:

*Si non lex Aelia Sentia, sed alia lex vel senatus consultum aut etiam constitutio servi libertatem impediat, is necessarius fieri non potest, etiamsi non sit solvendo testator. 1. Temporibus divi Hadriani senatus censuit, si testator, qui cum moritur solvendo non fuit, duobus pluribusve libertatem dederit eis que hereditatem restitui iusserit et institutus heres suspectam sibi hereditatem dixerit, ut adire eam cogatur et ad libertatem perveniat qui priore loco scriptus fuerit, eique hereditas restituatur. idem servandum in his, quibus per fideicommissum libertas data fuerit. igitur si primo loco scriptus desideraret adire hereditatem, nulla difficultas erit. nam si posteriores quoque liberos se esse dicent et restitui hereditatem desiderent, an solvendo sit hereditas et omnibus liberis factis restitui deberet, apud praetorem quaereretur. absente autem primo sequens desiderans adire hereditatem non est audiendus, quia si primus velit sibi restitui hereditatem, praefendus est et hic servus futurus est.*⁷⁷

Si no la ley Elia Sencia, sino otra ley, senadoconsulto o constitución impidiera la libertad del esclavo, éste no puede transformarse en heredero necesario también si el testador no fuera solvente (*Si-testator*). En los tiempos del divino

⁷⁷ El texto seguramente fue modificado por los compiladores a partir da *igitur* porque la forma como se presentan las ideas no son muy claras. Así Arcaria, *Senatus censuit*, cit. 283 ss. con más referencias bibliográficas en la nota 98 y Masiello, *Le Quaestiones di Cervidio Scevola*, cit. 241 ss. que afirma con razón que parecería que nos encontramos frente a una pésima síntesis modificada del contenido original del texto de Escévola.

Adriano el senado decidió que si el testador, que al tiempo de la muerte no era solvente y hubiera concedido la libertad a dos o más esclavos y hubiera ordenado que a ellos fuese entregada la herencia y el instituido heredero hubiera afirmado que le parecía insolvente la herencia (*Temporibus-dixerit*), se encuentra obligado a aceptarla y a hacer llegar la libertad a aquel que hubiera sido instituido en primer lugar y que le sea entregada la herencia (*ut-restituatur*). Lo mismo debe ser observado respecto a aquellos a los que hubiera sido concedida la libertad fideicomisaria (*idem-data fuerit*). Por ello, si el primer instituido hubiera querido aceptar la herencia no existiría ninguna dificultad (*igitur-erit*). Ciertamente también si los siguientes afirmaran que son libres y quisieran que la herencia les fuera dada, se trataría de saber frente al pretor si la herencia es solvente y si deba ser entregada a todos una vez liberados (*nam-quaeretur*). Pero si no se encontrara presente el primero y el siguiente quisiera aceptar la herencia, no deberá ser escuchado, porque si el primero quisiera que a él le fuera entregada la herencia, deberá ser preferido y el segundo seguirá siendo esclavo (*absente-futurus est*).

Como es notorio, la ley Elia Sencia obstaculizaba las manumisiones que constituyeran un fraude a los acreedores⁷⁸ y Escévola afirma que si con base en otra ley, senadoconsulto o constitución no permitiera la libertad del esclavo, él mismo no habría podido ser considerado como heredero necesario del difunto. Después el jurista refiere el contenido de un senadoconsulto adrianeo que había resuelto un problema específico: un testador había concedido la libertad a dos o más esclavos y había rogado al heredero de transmitir la herencia a los mismos con base en un fideicomiso. El heredero no quiere aceptarla porque tiene sospechas que sea una herencia con más pasivos que activos. El senado decidió que el heredero debiera aceptar la *hereditas*, hacerle llegar la libertad al esclavo que en primer lugar hubiera sido nombrado en el testamento y a transmitirla al liberto.

Aunque si bien es cierto entre el *principium* y el §1 existen dos casos diferentes (en el *pr.* la imposibilidad que un esclavo pueda transformarse en heredero necesario y en el §1 la posibilidad que el esclavo nombrado en primer lugar en el testamento pueda obtener la libertad y el fideicomiso), podremos considerar que entre los dos existen dos puntos de relación: en el primer caso el esclavo que no

⁷⁸ Sobre este punto véase, por ejemplo, Arcaria, *Senatus censuit*, cit. 281 ss. y T. Masiello, *Le Quaestiones di Cervidio Scevola*, Bari, 1999, 237.

puede ser considerado heredero necesario no podría tampoco obtener su libertad permaneciendo esclavo,⁷⁹ mientras que en el segundo caso los esclavos (a excepción del primer nombrado) permanecerán como tales y no tendrán derecho al fideicomiso. Otro punto interesante que separan los dos casos consiste en el hecho que mientras en el *pr.* el esclavo no puede transformarse en heredero necesario y mucho menos adquirir su libertad, en el §1 solamente uno de los esclavos podrá obtener la libertad y tendrá derecho al fideicomiso; en este caso el liberto respondería a los acreedores como habría hecho un heredero necesario.

El senadoconsulto impide el *ius abstinendi* al heredero, pero el mismo no será responsable de frente a los acreedores, porque como deberá transmitir la herencia al mismo esclavo fideicomisario nombrado en primer lugar en el primer testamento, el *servus* y no el heredero deberá hacer frente a las deudas hereditarias. La disposición adrianea establece criterios importantes que tienen como finalidad tutelar las pretensiones de los acreedores, por una parte, serán obstaculizadas las manumisiones de los esclavos (a excepción del designado en primer lugar en el testamento) evitando en este modo que el patrimonio hereditario pueda sufrir una disminución en daño de los acreedores, y por otra parte, permite que uno de los esclavos (el primero nombrado en el testamento) pueda obtener la libertad y el fideicomiso y en este modo hacer frente a las deudas hereditarias.

El pasaje afirma después que lo mismo debería ser observado respecto a aquellos a los que hubiera sido concedida la libertad fideicomisaria. No sabemos si tal afirmación formaba parte del senadoconsulto o hubiera sido una interpretación de Escévola. Nosotros creemos sea mayor probable la primera hipótesis porque en el texto son usados los términos *idem servandum in his...* palabras que el senado habría podido usar para aplicar la disposición a otros casos similares como

⁷⁹ Masiello, *Le Quaestiones di Cervidio Scevola*, cit., 239 ss. hace notar que no existiendo una intención fraudulenta la ley Elia Sencia no podía encontrar aplicación. Esto explica la razón por la cual se hace referencia a otras leyes o senadoconsultos o constituciones imperiales que impidan las manumisiones. El problema es grave (como hace notar el investigador) porque el impedimento legislativo transforma en nada un principio, la institución de un *heres necessarius tantum*, que era el resultado de una larga tradición. Su explicación es aceptable: la intervención de una ley o de un senadoconsulto o de una constitución imperial, con objeto de impedir un procedimiento consolidado, tenía el serio fundamento de tutelar a cualquier costo las razones del acreedor.

había hecho, por ejemplo, en el caso del senadoconsulto Juvenciano: *idemque in similibus causis servandum* (D. 5.3.20.6). Así el heredero no se encontraría obligado a conceder la libertad a todos los esclavos y a transmitir la herencia como había dispuesto el testador, sino únicamente a uno de ellos (el primero designado en el testamento) el cual al recibir el fideicomiso se encontraría obligado frente a los acreedores.

Después el texto se hace complicado y presenta una serie de casos que analizaremos en este momento. El primero es enunciado en el siguiente modo: *igitur si primo loco scriptus desideraret adire hereditatem, nulla difficultas erit*. Tal afirmación presenta problemas porque los términos *adire hereditatem* deberían referirse al heredero, pero no puede ser así porque claramente se encuentran en relación con el *primo loco scriptus* que en el pasaje sería el esclavo como puede verse anteriormente: *ad libertatem perveniat qui priore loco scriptus fuerit*; por esto el texto debería interpretarse en este modo, una vez que el heredero hubiera aceptado la herencia y el esclavo designado en primer lugar hubiera querido que le fuese transmitida con base en el fideicomiso no existiría ninguna dificultad en la aplicación del senadoconsulto, se transformaría en libre y se encontraría obligado frente a los acreedores hereditarios mientras que los otros esclavos permanecerían tales y formarían parte del patrimonio hereditario.

El segundo caso prevé que todos los otros esclavos afirmaran que eran libres con base en la manumisión testamentaria y pretendieran del heredero la entrega de la herencia. En tal caso establecer si la herencia era capiente o no debería ser determinado por el pretor y si las sospechas del heredero hubieran sido infundadas todos obtendrían la libertad y a ellos sería entregada la herencia; en caso contrario habría sido aplicado el senadoconsulto y únicamente el primero designado habría adquirido la libertad y el patrimonio hereditario.

En el tercer caso la herencia es *damnosa* y el segundo esclavo designado pretende frente al pretor que el heredero le entregue la herencia sin la presencia del primer esclavo designado. El pretor podrá ignorar la pretensión del segundo esclavo que permanece como tal porque solamente el primer nombrado tendría derecho a la libertad y al fideicomiso según el senadoconsulto. Pero si Escévola usa los términos *praeferendus est* podría considerarse que si el primero designado no quisiera obtener la libertad y tener el fideicomiso, el

segundo esclavo (que no es preferido respecto al primero) habría podido obtener el lugar del primero.

La doctrina⁸⁰ afirma la tesis que el mismo problema se encuentra considerado por Gayo, *libro secundo fideicommissorum* en D. 36.1.65 (63).15, pero sin nombrar el senadoconsulto. Veamos el texto:

Admonendi autem sumus, si is, qui solvendo non sit, Titio herede instituto servum liberum esse iusserit et rogaverit Titium hereditatem eidem restituere, vix esse, ut Titius recusans adire hereditatem cogatur. nam licet desiderante servo Titius adierit hereditatem, non tamen potest libertas servo competere quasi in fraudem creditorum data, licet Titius locuples sit: qua de causa nec hereditas ei restitui potest. sed ex sententia legis dicendum est perinde habendum, ac si is servus solus liber et heres scriptus esset nec Titius heres esset.

Pero debemos advertir que si aquel que no sea solvente habiendo ordenado que un esclavo fuera libre instituido heredero Ticio y rogado Ticio de restituir la herencia al mismo (*Admonendi-restituere*), resulta particular que Ticio oponiéndose sea constreñido a aceptar la herencia (*vix-cogatur*) porque aunque queriéndolo el esclavo Ticio hubiere aceptado la herencia, no puede, sin embargo competarle la libertad al esclavo como si hubiera sido concedida en fraude de los acreedores, si bien Ticio posea (*nam-sit*). Por tal situación ni siquiera puede ser entregada la herencia (*qua-potest*). Pero con base en el significado de la ley debe ser dicho que al mismo modo debe ser considerado como si únicamente el esclavo sea libre y heredero escrito sin que Ticio sea considerado como heredero (*sed-esset*).

El modo como se encuentra redactado el texto parecería presentar problemas lógicos porque al inicio Gayo afirma claramente que el esclavo no puede obtener la libertad y tampoco el fideicomiso aunque el heredero posea; después el jurista afirma exactamente lo contrario interpretando el contenido de la ley (que los investigadores creen sea la *lex Aelia Sentia*)⁸¹ a favor de la tesis que no acepta.

Según nuestra opinión la interpretación podría ser diferente; el jurista afirmaba de ser contrario a que el heredero fuera constreñido a aceptar una *hereditas damnosa* y al referir la tesis opuesta, no ha-

⁸⁰ Así Arcaria, *Senatus censuit*, cit. 284 ss. y T. Masiello, *Le Quaestiones di Cervidio Scevola*, cit. 240 n. 79.

⁸¹ Véase nota anterior.

bría sido el jurista a interpretar la ley, sino que habría aplicado una disposición normativa relacionada con la *lex Elia Sencia*; esto es, el senadoconsulto referido en D. 28.5.84 (83).⁸² La presente tesis encontraría como fundamento el verbo *dicendum est*, un criterio “debido” por el cual con base en el significado de la ley habría sido decidido en favor de la libertad del esclavo; además, con referencia al *servus* que obtiene la libertad es usado el término *solus* que en el presente caso parecería inútil porque en el pasaje el jurista habla de un solo esclavo, pero probablemente como en el senadoconsulto la decisión se refería a dos o más esclavos en donde solamente el primero designado habría obtenido la libertad y el fideicomiso, al aplicarlo al presente caso Gayo habría incluido el *solus* si bien el caso correspondía a un esclavo. Ticio se encontraría obligado a aceptar la herencia pero materialmente el liberto sería responsable frente a los acreedores porque al haber sido nombrado como fideicomisario habría sido considerado ‘como si’ fuera un heredero escrito: *ac si... heres scriptus esset*.

IX. ESCRITO DE ADRIANO QUE ESTABLECE
EL DERECHO DEL ESCLAVO, CON BASE
EN UN FIDEICOMISO DE LIBERTAD, DE PRETENDER
LA MANUMISIÓN POR PARTE DEL FIDUCIARIO
QUE LO ENAJENÓ Y NO DE SU ADQUIRENTE

Hasta el presente momento hemos observado no únicamente el contenido de los senadoconsultos de edad adrianea en materia de libertad fideicomisaria, sino también la aplicación de los mismos a los problemas prácticos considerados por la jurisprudencia. Un problema que todavía no hemos considerado en su totalidad es el referente a la enajenación del esclavo por parte del fiduciario que se encuentra obligado a liberarlo; respecto al Rubriano sabemos que la

⁸² Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa*, cit. 139 n.71 y Voci, *Diritto ereditario romano*, 2, cit. 422 piensan que probablemente el pensamiento de Gayo haya sido sintetizado por los compiladores justinianos, situación por la cual no existe en el pasaje una referencia al senadoconsulto. Según Arcaria, *Senatus censuit*, cit. 285 ss. Gayo no habría mencionado el senadoconsulto porque su naturaleza era un acto judicial y por ello más bien interpretativo que normativo de la ley *Elia Sencia*. Pero el senadoconsulto habría sido tomado en consideración (aunque no lo menciona) y no ignorado por el jurista.

jurisprudencia había considerado que la ausencia injustificada del adquirente en tribunal, aunque se encontrara presente el fiduciario, no obstaculizaba la libertad del esclavo que se transformaba en un liberto orcino (D. 40.5.10.1 e D. 40.5.28 pr.) y que en el caso del Juneciano (§5) el comprador habría tenido la posibilidad de manumitir al esclavo (D. 40.5.51.10). Una constitución de Adriano y después otra de Antonino Pío afrontan el problema, como puede constatarse en un texto de Ulpiano, *libro quinto fideicommissorum* en D.40.5.24.21:

*Quotiens autem fideicommissaria libertas relinquitur efficaciter, in ea causa est, ut neque alienatione neque usucapione extingui possit: ad quemcumque enim pervenerit is servus, cui fideicommissa libertas relicta est, cogi eum manumittere: et ita est saepissime constitutum. cogetur igitur is, ad quem servus pervenerit, fideicommissam libertatem praestare, si hoc maluit is qui rogatus est: latius enim acceptum est, ut et si sub condicione fuit ei libertas relicta et pendente condicione alienatus sit, attamen cum sua causa alienetur. quod si nolit ab eo manumitti, sed potius ab eo velit ad libertatem perducere, qui erat rogatus eum manumittere, audiri eum oportere divus Hadrianus et divus Pius rescripserunt. quin immo et si iam manumissus est, velit tamen potius eius libertus fieri, qui erat rogatus eum manumittere, audiendum eum divus Pius rescripsit. sed et si ex persona manumissoris vel ex quacumque causa manumissus ostendere potest ius suum laedi manumissione vel etiam laesum, succuri ei ex his constitutionibus oportet, ne contra voluntatem defuncti durior eius condicio constitatur. plane si ea sit defuncti voluntas, ut vel a quocumque manumitti voluerit, dicendum est constitutiones supra scriptas cessare.*⁸³

Pero cada vez que es concedida eficazmente la libertad fideicomisaria, es de tal condición que ni con base en una enajenación, ni usucapión pueda ser extinguida (*Quotiens-possit*). Porque a cualquiera que le hubiere llegado

⁸³ Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, cit. 70 y 207 n. 2 piensa que los términos *si hoc maluit is qui rogatus est* fueron incorporados por un autor posclásico porque, según el investigador, la regla clásica, probablemente aceptada por Justiniano, se refería, por el contrario, en modo exclusivo a la voluntad del esclavo beneficiado. Nosotros no aceptamos la presente tesis porque la decisión del esclavo de preferir al fiduciario en lugar del adquirente para ser liberado tiene como presupuesto que el esclavo ya no fuera del fiduciario, por esto en el caso en que el fiduciario adquiriera nuevamente el esclavo para liberarlo, el *servus* no habría tenido la posibilidad de escoger. Sobre este punto Modestino, *libro tertio pandectarum* en D. 40.5.15 afirma el deber del fiduciario de adquirir nuevamente el esclavo y manumitirlo: *si tradiderit* (el fiduciario), *redimere illum cogitur et manumittere*.

este esclavo, al cual le hubiera sido concedida la libertad fideicomisaria, se encuentra obligado a manumitirlo y así muchas veces fue establecido (*ad-constitutum*). Por ello se encuentra obligado quien, al cual le llegó el esclavo, a otorgar la libertad fideicomisaria si (el esclavo) prefiere éste en vez de aquél al que le fue rogado de otorgarle la libertad (*cogetur- rogatus est*) porque fue admitido, además que si le hubiera sido concedida la libertad bajo condición, hubiera sido enajenado de todos modos con tal requisito (*latius- alienetur*). A este propósito, si no quiere ser manumitido por aquel, sino que prefiere que sea constituido en libertad de quien se encontraba obligado a manumitirlo, hicieron escritos el divino Adriano y el divino Pío que deberá ser escuchado (*quod-rescripserunt*). Además, si hubiera ya sido manumitido, pero hubiera preferido transformarse en liberto de aquel al que se le había solicitado de manumitirlo, el divino Pío hizo un escrito en donde se establece que debe ser escuchado (*quin- rescripsit*). Pero también si el manumitido puede demostrar que por causa de la persona del manumisor o por cualquier otra causa se daña su derecho con la manumisión o le fue causado un daño, debe ser auxiliado con base en tales constituciones para evitar que contra la voluntad del difunto se haya constituido una situación menos favorable (*sed-constituatur*). Claramente, si la voluntad del difunto hubiera sido en modo tal que por cualquiera hubiera sido manumitido, debe ser dicho que las constituciones mencionadas anteriormente dejan de tener efecto (*plane- cessare*).

Como puede ser observado el fiduciario se encuentra obligado a cumplir el fideicomiso de libertad y tal deber por ningún motivo se podría extinguir (cierto en el caso en que la libertad hubiera sido otorgada bajo condición debería haberse cumplido); por esto la enajenación o la usucapión del esclavo no son consideradas razones válidas para no cumplir la disposición del *de cuius*. Si bien el fiduciario no podría enajenar el esclavo que se encontraba obligado a liberar,⁸⁴ el presente pasaje demostraría que ciertas veces sucedía lo contrario. Diferentes

⁸⁴ Marciano, *libro nono institutionum* en D. 40.5.51.3: ...*quod nec in alium transferendus est (cui per fideicommissum libertas debetur), ut aut libertas eius impediatur aut iura patronorum graviora experiatur* (porque no puede ser transferido a otro, de modo que se impida su libertad o experimente más gravosos derechos de patronos). Modestino, *libro tertio pandectarum* in D. 40.5.15: *Is qui ex causa fideicommissi manumissurus est nullo modo deterioremservi condicionem facere potest: ideoque nec vendere eum interdum alii potest, ut ab eo cui traditus est manumittatur...* (El que por causa de fideicomiso ha de manumitir a otro no puede de ningún modo hacer peor la condición de este esclavo, y por ello tampoco puede venderlo mientras tanto a otro, para que por éste, a quien es entregado, sea manumitido).

disposiciones (entre las constituciones mencionadas en el pasaje) han garantizado la liberación del esclavo enajenado. Claramente el que adquiere el esclavo se encontraría obligado a liberarlo, pero sobre este punto surge un problema: no es la misma situación para el esclavo ser liberado por el que lo adquiere si es más joven que el fiduciario anciano, porque una vez transformándose en liberto habría tenido obligaciones hacia el patrono que nosotros conocemos con el nombre de *obsequium*. Sobre este punto Modestino en D. 40.5.15 afirma que ciertas veces interesa más al esclavo ser manumitido por un anciano que por un joven: *interest enim nonnumquam a sene potius manumitti quam a iuvene*.

El esclavo enajenado, que debería ser manumitido, podría pretender del pretor que fuera liberado por el fiduciario y no por el adquirente como había establecido el escrito de Adriano y después el de Antonino Pío.⁸⁵ Este segundo escrito, a diferencia del primero, habría incluido además otra posibilidad: que una vez liberado el esclavo por el adquirente habría podido ser escuchado por el pretor con la finalidad que una vez valoradas sus razones hubiera sido considerado liberto no del adquirente que lo había manumitido, sino del fiduciario.⁸⁶ Probablemente la razón de tales constituciones de conceder al esclavo la posibilidad de escoger de quién ser considerado liberto se encontraba fundamentada en la voluntad del *de cuius*, ya que si el disponente había concedido un fideicomiso de libertad en lugar de manumitir directamente el esclavo en el testamento era porque habría querido que una vez liberado el *servus* hubiera sido su patrono el fiduciario, pero si las disposiciones normativas habían permitido que el adquirente hubiera debido liberar el esclavo era porque en este modo se salvaguardaban las libertades (*subventum libertatibus* diría Ulpiano en D. 40.5.26.7 en otro contexto), pero el hecho de permitirse que el esclavo que debe ser liberado por el adquirente hubiera sido escuchado, tendría la finalidad que la voluntad del *de cuius* hubiera sido seguida en modo pleno. Sobre este punto el jurista es claro: si

⁸⁵ Respecto a los casos particulares en donde no encontrarían aplicación las constituciones preferimos hacer un reenvío a Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, cit. 74 ss.

⁸⁶ En relación con el término *audiri* y su importancia en la *cognitio*, ver Silla, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, cit. 49 ss.

al *de cuius* le hubiera sido indiferente quién habría debido liberarlo no habría sido escuchado el esclavo.

X. CONSIDERACIONES FINALES

Ulpiano, cuando trata de una disposición normativa del senado, antes que nada transcribe el texto y después analiza sus palabras, como habíamos visto en otra sede,⁸⁷ pero en el caso de la libertad fideicomisaria el desarrollo del problema tratado por Ulpiano en el libro quinto *fideicommissorum* fue modificado por los compiladores, como hizo notar Voci.⁸⁸ Si bien en el caso del Rubriano (D. 40.5.26.7-11; D.40.5.28 pr.-3) puede comprobarse la aplicación de tal método, en el caso del Junciano (D. 40.5.28.4) llegó a la compilación el contenido de la disposición sin la explicación del mismo. Respecto al Dasumiano falta el texto de la disposición, pero son explicados los términos *ex iusta causa abesse* en D. 40.5.28.5. En los otros casos no son transcritos los textos de los senadoconsultos ni tampoco el comentario ulpiano de su contenido.

La obra institucional de Marciano en el libro noveno en D. 40.5.51 refiere los *senatus consulta* en modo breve y las obras de los otros juristas que han analizado las libertades fideicomisarias aplican las disposiciones a casos concretos sin que en ciertos momentos sea posible identificar a qué disposición hagan referencia, no necesariamente por causas atribuidas a los compiladores, sino porque, como en cada caso tratado podían encontrar aplicación más de un senadoconsulto, daban por supuesto su contenido, por ejemplo, Pomponio, *libro septimo epistularum* en D. 40.5.20, cuando menciona el pensamiento de Juliano, el segundo jurista afirma: *praetor causa cognita secundum senatus consulta ad eas causas pertinentia pronuntiare debet* y Papiniano, *libro vicensimo secundo quaestionum* en D. 40.5.22.2 usa el término *senatus consultum* al singular para referirse en modo colectivo, bien sea al Rubriano, bien sea al Dasumiano. La jurisprudencia resuelve problemas que habrían podido presentarse en la realidad y los senadoconsultos en materia de libertad fideicomisaria

⁸⁷ González Roldán, *Il senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso consulibus factum nella lettura di Ulpiano*, cit. 35.

⁸⁸ Voci, *Diritto ereditario romano*, 2, cit. 421.

son el marco y el punto de partida para dar una solución a tal problemática; por ejemplo, si bien el Dasumiano se refería en origen a la libertad fideicomisaria del esclavo perteneciente al *de cuius*, no vemos obstáculos para considerar su aplicación también al caso del *servus* que no hubiera pertenecido al testador para evitar las consecuencias de la constitución de Antonino Pío que se referían a una ausencia injustificada (D. 26.4.1.3).

El análisis de los senadoconsultos adrianeos demostrarían que los senadores habrían tratado de resolver problemas prácticos que habrían existido respecto al cumplimiento de la voluntad del *de cuius* en materia de libertad fideicomisaria. Si bien una de las finalidades principales de estas disposiciones hubiera sido aquella de permitir que la voluntad del *de cuius* fuera cumplida,⁸⁹ creemos, así como hizo notar Starace,⁹⁰ que en los senadoconsultos de edad antoniana el concepto de '*favor libertatis*' aparece presente con gran fuerza. Tales disposiciones habían permitido auxiliar o ayudar las libertades: *subventum libertatibus est* como había afirmado Ulpiano en D. 40.5.26.7, cuando trataba el Rubriano y cada una de las disposiciones habría tenido consecuencias específicas para alcanzar tal meta.

El fiduciario que sin una justa causa no se presenta en tribunal, no puede obstaculizar la liberación del esclavo, pero tampoco puede pretender conservar el patronato (Rubriano).

La ausencia *ex iusta causa* no puede evitar que el *servus* se transforme en libre, pero a diferencia del Rubriano, el fiduciario conserva el patronato (Dasumiano).

La existencia de un coheredero *infans* no puede obstaculizar la libertad y esto se encuentra subrayado por Ulpiano en D. 40.5.30.6: *non oportere intercidere libertatem* (Vitrasiano).

La residencia del esclavo en una provincia diferente a la del fiduciario no puede obstaculizar su libertad y por esto, para llegar a

⁸⁹ Castello, *In tema di senatoconsulto Rubriano*, cit. 236 ss. afirma en relación con el Rubriano (y con las posteriores disposiciones del periodo adrianeo) que la decisión del senado, más que ser considerada como un acto de favor hacia el esclavo, era el firme propósito de la *res publica* de cumplir la disposición de última voluntad del difunto manifestada sirviéndose de un fideicomiso, pero claramente tal afirmación no se encuentra en oposición al hecho que tal propósito tuviera como resultado una ventaja para el esclavo.

⁹⁰ Starace, *Lo statuliber e l'adempimento fittizio della condizione. Uno studio sul favor libertatis fra tarda Repubblica ed età antonina*, cit. 79 ss.

tal meta, fue concedida a los gobernadores la facultad de decisión en materia de manumisiones fideicomisarias y los esclavos que se encontraran en una provincia habrían podido obtener su libertad por la autoridad de su domicilio, aunque el fiduciario no fuera residente en tal provincia (Articuleyano).

Si el esclavo no pertenecía al *de cuius* no obstaculizaba su libertad (Junciano) y tampoco la muerte del fiduciario que, sin haber seguido la debida manumisión, hubiera muerto sin herederos (senadoconsulto de fecha incierta).

El rechazo del heredero a aceptar la herencia no puede obstaculizar la libertad del impúber al cual fue concedida tal libertad y la herencia con base en un fideicomiso (senadoconsulto de fecha incierta).

Si el *de cuius* había establecido en su testamento la libertad (directa o fideicomisaria) a los esclavos y la transmisión a ellos de la herencia con base en un fideicomiso que el heredero consideraba *suspecta*, el fiduciario se encontraría obligado a aceptarla y en este modo no se obstaculizaría la libertad del primer esclavo designado en el testamento (senadoconsulto de fecha incierta).

Silla,⁹¹ en referencia al Dasumiano, afirma que dentro de las finalidades del mencionado senadoconsulto, además de aquella de garantizar el beneficio de la manumisión fideicomisaria, existiría sin duda la intención de tutelar la conservación del patronato al fiduciario y esto puede ser constatado en el texto de Papiniano, *libro vicensimo secundo quaestionum* en D. 40.5.22.2: *idque senatus consulto (incluye en este caso no solamente el Dasumiano) demonstratum est, quo senatus consulto comprehensum est, ne dubium est obscurum esset, cuius libertus fieret, praetorem pronuntiare debere, qui ex iusta causa et qui detractandae libertatis gratia absit.*

La importancia de los presentes senadoconsultos respecto a la *cognitio de libertate fideicommissa* ha sido analizada últimamente por Silla⁹² y por este motivo creemos sea necesario confrontar sus conclusiones con los resultados a los que hemos llegado después del presente estudio.

La facultad del esclavo de *adire praetorem* antes del periodo adrianeo no encuentra pruebas en las fuentes y por este motivo podríamos

⁹¹ Silla, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, cit. 202.

⁹² Silla, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, cit. 193 ss.

aceptar la tesis que el esclavo hubiera sido admitido en juicio mediante la 'garantía' de una tercera persona, como sucedía con el caso del *adsertor in libertatem* en la *causa liberalis* y que el esclavo hubiera tenido un papel de 'comparsa'.

Después de la emanación de los senadoconsultos adrianeos parecería todavía demasiado rápido afirmar que el esclavo habría podido ser considerado un 'demandante' de la *cognitio*. Silla⁹³ piensa que la referencia a la *evocatio* en los senadoconsultos Rubriano y Dasumiano habrían hecho pensar en una iniciativa efectuada por parte del esclavo, pero no vemos las razones por las que deberíamos considerar que tal iniciativa debiera ser del esclavo y no de una tercera persona.

Si el Articuleyano había establecido que en las provincias conocieran (respecto a la libertad fideicomisaria) los gobernadores de las provincias aunque el heredero hubiera sido residente en otro lugar, podríamos formular la hipótesis que el esclavo hubiera podido pretender su libertad en la provincia en que tenía su residencia, pero de las referencias existentes respecto a tal disposición en las obras jurisprudenciales no existen pruebas en que sea evidente que haya sido el *servus* y no una tercera persona la que pudiera pretender el cumplimiento del fideicomiso de libertad.

Que en edad antoniana (o severiana?) el esclavo no hubiera sido una simple 'comparsa' en la *cognitio* puede comprobarse en Paulo, *libro tertio fideicommissorum* en D. 40.5.31.4 que refería un escrito de Antonino Pío (Caracalla?) en donde se afirmaba que en el caso del esclavo que no pertenecía al testador ni al fiduciario era necesario que el propietario hubiera estado dispuesto a venderlo y el *servus* quisiera ser manumitido: *quod si et dominus vendere paratus sit et servus velit manumitti, cogendus est heres redimere et manumittere*, considerándose que el pretor habría podido en la *cognitio* pedir el parecer del mismo esclavo si quisiera ser liberto o permanecer bajo la potestad de su *dominus*, pero ciertamente si tal cuestión debiera ser clarificada en juicio difícilmente habría podido ser el mismo esclavo a realizar la iniciativa en la *cognitio* cuando todavía no se había clarificado si el *servus* quisiera ser liberado o no.

También en el caso de los escritos de Adriano y Antonino Pío referidos en D. 40.5.24.21 puede observarse que el esclavo debía

⁹³ Silla, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, cit. 195 ss.

ser escuchado si prefería ser manumitido por el fiduciario y no por su actual propietario: *quod si nolit ab eo manumitti, sed potius ab eo velit ad libertatem perducí, qui erat rogatus eum manumittere, audiri eum oportere divus Hadrianus et divus Pius rescripserunt* y también habría podido ser escuchado, una vez hecho libre, si hubiera preferido transformarse en liberto del fiduciario y no de aquel que lo había tenido en su potestad según el escrito de Antonino Pío: *quin immo et si iam manumissus est, velit tamen potius eius libertus fieri, qui erat rogatus eum manumittere, audiendum eum divus Pius rescripsit*. En el segundo caso no existirían dudas que el liberto habría podido solicitar al pretor de modificar la relación de patronato porque ya no era esclavo; pero en el caso del *servus* todavía no liberado los términos *oportere audiri* en referencia al pretor no necesariamente, según nuestra opinión, deberían presuponer que la iniciativa proviniera del mismo esclavo, porque si bien el pretor habría debido escucharlo para individualizar exactamente quién debería liberarlo (el adquirente o el fiduciario), tal iniciativa habría podido provenir de una tercera persona.

Que todavía en edad adrianea hubiera sido una tercera persona la que hubiera iniciado la *cognitio* en materia de libertad, según nosotros, podría demostrarse con el pasaje de Papiniano, *libro undecimo quaestionum* en D. 26.5.13 pr.-1, en donde trataba del senadoconsulto que vimos en el §7 respecto al esclavo impúber al cual se le había concedido con base en un fideicomiso la libertad y la herencia. El jurista afirmaba que si se hubiera concedido la libertad y la herencia por fideicomiso a un impúber y el instituido heredero no quisiera aceptar la herencia, el senado habría decidido que si en nombre del impúber hubiera sido pedido, debería estar obligado a aceptarla: *si impuberi libertas et hereditas per fideicommissum data sit et institutus adire nolit, senatus censuit eum, si impuberis nomine desideretur, adire cogendum, senatus censuit eum, si impuberis nomine desideretur...* considerándose claramente la intervención de una tercera persona. Ciertamente podría afirmarse que tal intervención hubiera sido debida porque el esclavo era un menor de edad, pero permanecería la duda si todavía en edad adrianea el esclavo mayor de edad habría tenido necesidad para obtener la libertad con base en una *cognitio* de la intervención de una tercera persona.

La posibilidad que el esclavo pudiera pretender su libertad en una *cognitio* habría podido suceder en un periodo posterior, probablemente con Antonino Pío, porque en el libro decimoquinto *digestorum* de Marcelo claramente se observa que el mismo *servus* habría podido demandar para solicitarla; así en D. 40.5.9 se encuentra afirmado que, si el *de cuius* hubiera establecido que el esclavo no hubiera sido transmitido a una tercera persona y, por el contrario, hubiera sido enajenado, el *servus* habría podido *petere libertatem: cum fidei heredis commisit, ne servus alienam servitutem patiatu[r] experiri, potest confestim, ut fuerit alienatus, petere libertatem...*

La *cognitio* en materia de libertad según Ulpiano, *libro quinto fideicommissorum* en D. 40.5.26.9 iniciaba con la llamada del pretor al fiduciario, como puede comprobarse en su comentario al Rubriano:

Evocari autem a praetore oportet eos, qui fideicommissam libertatem debent: ceterum nisi fuerint evocati, cessat Rubrianum senatus consultum. proinde denuntiationibus et edictis litterisque evocandi sunt.

Pero deben ser llamados por el pretor a los que deben la libertad fideicomisaria, sin embargo, si no hubieran sido llamados, cesa el senadoconsulto Rubriano; por esto deben ser llamados con *denuntiationes* y edictos y cartas.

El texto podría demostrar el modo como se iniciaba una *cognitio* que se refiriera a una libertad fideicomisaria; la doctrina usa el término *evocatio*.⁹⁴ El fiduciario podía ser llamado con una *denuntiatio* o edictos o cartas y sobre este punto el presente pasaje presenta afinidad con un texto del mismo Ulpiano en una sede diferente, el libro decimoquinto en su comentario al edicto en D. 5.3.20.6d, cuando trataba del senadoconsulto Juvenciano y específicamente de la *cognitio* en materia fiscal: *petitam autem fisco hereditatem ex eo tempore existimandum esse, quo primum scierit quisque eam a se peti, id est cum primum aut denuntiatum esset ei aut litteris vel edicto evocatus esset*⁹⁵ (Pero debe ser considerado que la herencia sea pedida a favor del fisco en el momento en que alguno haya sabido por primera vez

⁹⁴ Así Castello, *In tema di senatoconsulto Rubriano*, cit., 211 ss, Silla, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, cit. 23 ss.

⁹⁵ Sobre este punto ver nuestra monografía González Roldán, *Il senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso consulibus factum nella lettura di Ulpiano*, cit. 305 ss.

que le había sido pedida, esto es, cuando por la primera vez o le fue hecha una *denuntiatio* o bien fue convocado con carta o edicto).

Si en edad adrianea las referencias a los modos de citación del demandado en un juicio relativo a la *vindicatio* de los *caduca* revelan la existencia de elementos propios de una *cognitio* en la solución de controversias entre el fisco y las personas, podríamos formular la hipótesis que en materia de libertad fideicomisaria la llamada del pretor al fiduciario habría sido hecha en el mismo modo como podría demostrar D. 40.5.26.9. Si antes de Antonino Pío el esclavo no tenía la facultad de actuar en juicio en contra del fiduciario para pretender la libertad fideicomisaria, la *cognitio* habría tenido necesidad de la iniciativa de una tercera persona como en la materia fiscal donde la *denuntiatio* habría podido hacerla cualquier persona, un *quivis de populo*. El juicio en materia de libertad habría tenido necesidad del impulso 'procesal' del *quivis de populo* que habría solicitado al pretor el cumplimiento de la voluntad del testador. Tal habría sido una persona que habría tenido pleno conocimiento de la voluntad del *de cuius*, por ejemplo, quien se encontrara presente en la apertura del testamento.

El demandante para iniciar la *cognitio* habría pretendido del magistrado la autorización de proceder a la citación del fiduciario con la *denuntiatio* y su intervención le habría dado un carácter oficial, así en D. 40.5.26.9 la *denuntiatio* es considerada como un acto del pretor. En el caso en que el fiduciario no fuera residente en el lugar donde el juicio se habría desarrollado (caso del Articuleyano) el magistrado habría hecho la llamada *litteris* o *edictis* cuando no se conociera el lugar de su residencia.⁹⁶

Claramente el magistrado mencionado en los senadoconsultos que habría debido tener conocimiento de la libertad fideicomisaria habría sido el pretor fideicomisario⁹⁷ y en provincia después del Articuleyano el *praeses provinciae*. Una vez llamado en juicio el fiduciario los senadoconsultos vistos anteriormente habrían entrado en juego; si los fiduciarios hubieran sido más de uno y no se encontraban pre-

⁹⁶ Confront. González Roldán, *Il senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso consulibus factum nella lettura di Ulpiano*, cit. 314 ss.

⁹⁷ Respecto al pretor fideicomisario ver el completo trabajo de V. Giudice Sabbatelli, *fideicommissorum persecutio. Contributo allo studio delle cognizioni straordinarie*, Bari, 2001, 83 ss.

sentes debía valorarse si la ausencia era justificada o injustificada (D. 40.5.22.2); en el primer caso habría sido aplicado el Dasumiano y en el segundo el Rubriano. Después de haber sido valorado por el pretor el tipo de ausencia del fiduciario podríamos creer que estuvieran presentes testigos o que se presentaran otros elementos que habrían podido demostrar que efectivamente el *de cuius* había concedido la libertad al esclavo con base en una manumisión fideicomisaria, porque parecería poco probable que la simple afirmación 'me parece haber escuchado' hubiera sido suficiente para considerarlo libre. Si la manumisión hubiera sido bajo condición el pretor habría debido verificar el cumplimiento de la misma pudiendo designar un árbitro para tal efecto;⁹⁸ así el magistrado habría cumplido la *causae cognitio* (D. 40.5.26.7) y habría declarado que competía la libertad (D. 40.5.26.7 y D. 40.5.51.4).

El *competere libertatem* y la declaración del tipo de ausencia producían dos consecuencias jurídicas: la libertad del esclavo y la determinación de la titularidad del patronato. Mientras que en el caso del Rubriano (D. 40.5.26.7) la ausencia injustificada del fiduciario producía la 'ficción' que el esclavo había sido manumitido por el *de cuius*: *ac si directo manumissi essent*. En el Dasumiano (D. 40.5.51.4-6) más que hablar de una ficción preferimos considerar que la declaración habría tenido las mismas consecuencias de una manumisión efectuada por el fiduciario: *perinde libertas competat, atque si, ut oportet, ex causa fideicommissi manumissus esset*. Lo mismo podemos afirmar respecto al Junciano (D. 40.5.28.4): *praetor cognoscat et, si in ea causa esse videbitur, ut, si praesens esset, manumittere cogi deberet, id ita esse pronuntiet: cumque ita pronuntiasset, idem iuris erit, quod esset, si ita, ut ex fideicommissis manumitti debuisset, manumissus esset*.

⁹⁸ Sobre este punto Juliano, *libro quadragesimo secundo digestorum* en D. 40.5.47.2 afirma que si la condición era la de rendir las cuentas de su administración y la ausencia del fiduciario hubiera sido justificada el pretor habría debido designar un árbitro y una vez determinada la suma debida tal cantidad habría sido depositada; en caso de ausencia injustificada no sería necesario tal procedimiento: *si Stichus libertas per fideicommissum data fuerit sub condicione, si rationes reddidisset, et is absente herede paratus sit reliquia solvere, praetoris officio continetur, ut virum bonum eligat, cuius arbitrio rationes computentur, et pecuniam, quae ex computatione colligitur, deponat, atque ita pronuntiet libertatem ex causa fideicommissi deberi. haec autem fieri conveniet, si heres ex iusta causa aberit: nam si latitabit, satis erit liquere praetori per servum non stare, quo minus condicione pareat, atque ita pronuntiare de libertate oportebit*.

EL ARBITRAJE Y EL JUICIO DE AMPARO

Ramón HERNÁNDEZ CUEVAS

Se ha dicho que el arbitraje significa un procedimiento más rápido que el judicial, menos solemne y formulista que éste y aún más privado o secreto por contraste con el desenvolvimiento del proceso en público.

Dante Barrios De Angelis¹

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El arbitraje*. III. *Clases de arbitraje*. IV. *El acuerdo de arbitraje*. V. *Los árbitros y su carácter privado*. VI. *Laudos arbitrales y cosa juzgada*. VII. *El interés jurídico de los árbitros en el juicio de amparo*. VIII. *La posible afectación de la esfera personal del árbitro*.

I. INTRODUCCIÓN

Los sistemas judiciales atraviesan una profunda crisis. Así lo han evidenciado las encuestas realizadas en varios países latinoamericanos durante la última década, para medir la opinión de la ciudadanía.² En este panorama, los medios de solución alternos de conflictos o resolución alternativa de disputas (RAD), emergen como una solución paralela, alterna o adicional que puede ser utilizada para la solución de controversias privadas.

¹ Briseño Sierra, Humberto, *Arbitraje: México*, Cárdenas Editor, México, 1998, p. 4.

² Álvarez, Gladis Stella, *La mediación y el acceso a la justicia*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2003, p. 15.

Así, el arbitraje, "como uno de esos medios" comienza a consolidarse como un instrumento alternativo, al cual las partes acuden para evitar un litigio en sede jurisdiccional.

En efecto, si bien en nuestro medio jurídico era sumamente común hablar del arbitraje tanto en el medio universitario o académico, en la práctica constituía una vía de solución de controversias poco frecuente; sin embargo, por un lado, la crisis sufrida por el sistema judicial (en este caso, porque no es infrecuente que los procedimientos judiciales se presenten como caminos retardados, desgastantes y tortuosos); y por otra, en gran medida a que nuestro país ha participado en la suscripción de una importante serie de tratados internacionales en materia comercial.

Ambas situaciones han constituido un detonante de mucha importancia para propiciar la adopción de diversos medios jurídicos para la solución de las controversias distintos al proceso judicial propiamente dicho (precisamente como el arbitraje, e incluidas, la amigable composición, la mediación, la transacción, los convenios, etcétera), como cauces para buscar una solución a los conflictos jurídicos, alternativamente a la jurisdicción tradicional; si bien es cierto de alguna manera, el arbitraje como herramienta jurídica ya existía dentro de nuestro medio jurídico; empero, por virtud de su incorporación y perfeccionamiento dentro del Código de Comercio,³ cuya reforma modificó el título cuarto, libro quinto, de ese ordenamiento,⁴ se ha vuelto una herramienta legal con mayor utilidad.

Entre los cambios sustantivos realizados a nuestra legislación mercantil, se pueden advertir los siguientes:

³ La regulación del arbitraje comercial es resultado de la incorporación al sistema normativo mexicano de algunos elementos que se encuentran presentes en la *Ley Modelo de Arbitraje*, expedida por la *Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, conocida por CNUDMI, por sus siglas en español, o UNCITRAL, por su redacción en inglés.

⁴ Abascal Zamora, José María, "La interpretación uniforme de la Convención de Nueva York y del Título Cuarto, Libro Quinto del Código de Comercio", en Pérez Nieto Castro, Leonel (comp.), *Arbitraje comercial internacional*, Fontamara, México, 2002, p. 134. Dicho autor comenta que nuestro país México, adoptó la Ley Modelo de Arbitraje (LMA), en el *Diario Oficial de la Federación* del 23 de julio de 1993, en el cual se publicó el decreto que modifica el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio y establece una nueva regulación del arbitraje comercial.

- Se adopta tanto para el arbitraje internacional como para el nacional.
- Se aparta en unos cuantos preceptos del modelo.
- Cambia la numeración para adaptarla a la del Código de Comercio.
- Agrega algunas disposiciones (sobre términos, notificaciones, costas, y procedimiento para los juicios de nulidad y de reconocimiento y ejecución de laudos).⁵

La práctica del arbitraje en México se encuentra regulada desde el siglo XVI, sin embargo, no es hasta finales del presente siglo cuando se le da un cauce específico a sus necesidades, y se considera al arbitraje como el medio más indicado para resolver las controversias entre particulares.⁶

A partir de la actualización del arbitraje, su perfeccionamiento y su mayor utilización lo han perfilado como un instrumento alternativo eficaz para la solución de controversias privadas; aunque su uso habitual ha traído una consecuencia lógica, a saber, el surgimiento de diversos problemas a los que se enfrentan actualmente nuestros tribunales, por ejemplo, la homologación de los laudos arbitrales, su ejecución, la nulidad de la cláusula arbitral o de los laudos, el interés jurídico de los árbitros, etcétera, lo cual de manera ocasional también se constituye en causa de litigios ante los tribunales jurisdiccionales.

Este trabajo tiene como objetivo mediano abordar de manera sencilla e ilustrativa algunos aspectos del arbitraje, pero de manera particular, el fin inmediato lo constituye el replanteamiento sobre *el interés jurídico* de quienes fungen como árbitros en un determinado procedimiento al demandarse la nulidad del laudo, precisamente cuando son incorporados como partes formales dentro del juicio de nulidad, pero al final, se impide la defensa de sus intereses por medio del juicio de garantías.

⁵ Abascal, Zamora, José María, *op. cit.*, pp. 134 y 135.

⁶ Gorjón Gómez, Francisco, *El arbitraje comercial y ejecución de laudos*, McGraw-Hill, México, 2001, p. 1.

II. EL ARBITRAJE

Bajo el nombre de Resolución Alternativa de Disputas (RAD) o de conflictos (RAC) se incluye toda forma de solución de conflictos que no pasen por la sentencia judicial, el uso de la fuerza o el abandono del conflicto. Cabe mencionar, entre ellos, la negociación, mediación, conciliación, arbitraje tradicional y los nuevos arbitrajes, la evaluación previa, el *minijudio*, los expertos neutrales, y el *ombudsperson*, entre otros.⁷

En dichos métodos, de manera alterna y diferente al proceso judicial, las partes bajo una decisión propia pueden pactar la resolución de una controversia cuando así lo desean, esto es, que al inexistir un acuerdo para dirimir el problema, entonces pueden también establecer que sea un tercero imparcial, "*diverso al juez*", quien imponga una solución.

Dentro de los medios de solución de conflictos existen diversas clasificaciones, las cuales apuntan a los sujetos que intervienen, la forma en que se resuelve, la materia involucrada, el órgano ante el que se promueve o el sujeto que lo dirime. Así, se constituye como un medio alternativo de solución de conflictos.

Dentro de esas clasificaciones se distingue el método *autocompositivo* de la solución de conflictos, respecto del *heterocompositivo*. En el primero, las partes buscan la solución; en el segundo, un tercero es quien les impone el arreglo. Ambos sistemas tienen como finalidad la solución de un litigio.

El arbitraje, en una primera aproximación, se identifica con la segunda de las clasificaciones, en donde es un tercero quien impone la solución; y una primera clasificación, *prima facie*, se subdivide en libre o *ad hoc* e institucional.

En el arbitraje denominado libre o *ad hoc* no existe ninguna institución que administre el sistema, ni está sometido a ningún mecanismo predeterminado, de manera que son las propias partes quienes deberán ponerse de acuerdo en las reglas sobre las cuales se desarrollará el arbitraje.⁸

⁷ Álvarez, Gladis Stella, *op. cit.*, p. 21.

⁸ Caivano, Roque J., *Arbitraje. Su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos*, Argentina, Ed. Ad-Hoc, 1993, p. 69.

En cambio, el arbitraje institucional existe, intermediando entre los árbitros y las partes, una entidad especializada que organiza y administra el trámite, y presta una serie de servicios sumamente útiles para que la contienda pueda ser resuelta con mayor eficacia.⁹

Al arbitraje se le puede ubicar como una forma de resolución de conflictos, sustitutiva y diversa al proceso judicial, donde las partes pactan la manera de dirimir una controversia por medio de la intervención de un tercero —elegido por las propias partes— quien dispone una solución que a la postre resultará obligatoria en toda su magnitud.

Dentro del sistema de la llamada autocomposición de conformidad con diversos estudios sobre el tema, se pueden identificar, entre otros, los siguientes medios de solución de controversias:

- La *mediación*, que constituye el sistema principal.
- La *conciliación*, que bien podría entenderse como un sinónimo de la mediación.
- La *transacción*, donde las partes se plantean recíprocas concesiones buscando una solución mutuamente satisfactoria.
- *Acuerdo entre las partes*, cuando los interesados consensan una solución.
- *Desistimiento de la acción*, se configura cuando iniciado el proceso quien fungió como promovente renuncie a proseguir con el juicio.
- *Perdón legal*, ocurre generalmente en los procesos de carácter penal, cuando por tratarse de un delito perseguido por querrela de parte, existe la posibilidad de que la parte agraviada otorgue su consentimiento para el cese definitivo del proceso.
- *El avenimiento entre las partes*, la cual es otra forma de resolver los conflictos por consenso; y
- *El minitrial*, un mini-juicio simulado (propio del sistema anglosajón).¹⁰

⁹ *Ibidem*, p. 67.

¹⁰ Sobre la clasificación de los métodos o maneras de resolver los litigios de manera *autocompositiva* existe una abundante doctrina, como los estudios realizados por Leonel Pereznieta Castro, Claus Von Wobeser, Roque J. Caivano, Gladis Álvarez, Humberto Bri-ceño Sierra y otros.

Dentro de los sistemas en donde priva la heterocomposición, se pueden destacar:

- El *procedimiento jurisdiccional tradicional*, el cual se realiza ante un órgano del Estado (juez), quien goza de jurisdicción y competencia, por lo que puede establecer una solución vinculatoria para las partes en conflicto; esto se identifica con el proceso judicial propiamente dicho.
- El *arbitraje*, aunque no se traduce en un procedimiento judicial, tiene características afines y es fundamental la dirección del árbitro, como un tercero designado por las partes o por el juez competente, ante cuya potestad se desarrolla el procedimiento arbitral. La decisión tiene efectos obligatorios para las partes.
- La *amigable composición*, el cual es un método en donde el juzgador opera para avenir a las partes en sus intereses. Algunas legislaciones procesales de diversas entidades del país como el Distrito Federal, remiten a las partes a una audiencia conciliatoria en donde se busca el sometimiento de los litigantes por un acuerdo mutuo para concluir el juicio.

El arbitraje según podemos advertir, es una forma heterocompositiva para solucionar los conflictos distinta del proceso judicial; esto es, se trata de un método por el cual las partes acuerdan someter su controversia sometiéndose a un tercero físico, o a un tribunal constituido para tal efecto,¹¹ el cual puede ser singular o plural (un solo árbitro o varios), temporal (para el caso), o constituido (alguna institución existente), aplicando a su vez las normas que las partes especifiquen y con la obligación de aceptar al final el laudo o resolución como arreglo definitivo.

III. CLASES DE ARBITRAJE

Existen varias clasificaciones en materia de arbitraje, entre las más importantes, podemos referir:¹²

¹¹ Bravo Peralta, Martín Virgilio, *El arbitraje económico en México*, Porrúa, Universidad Anáhuac, México, 2002, p. 9.

¹² Sobre las clases de arbitraje existen múltiples y variadas clasificaciones correspondientes a diversos autores, aquí solamente se citan las más comunes.

- a) *Arbitraje ad-hoc*. Este tipo de arbitraje es consensado por las partes, quienes precisan la materia del arbitraje, las reglas aplicables y las condiciones de ejecución del fallo.
- b) *Arbitraje institucional*. En éste las partes someten el conflicto a la decisión de un órgano no jurisdiccional, por ejemplo: la Cámara Nacional de Comercio, la Cámara Internacional de Comercio, la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, el Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya, la Asociación Americana de Arbitraje (AAA) (American Arbitration Association). El arbitraje institucional se distingue por la presencia de un organismo que tiene por objeto servir de manera profesional a los contratantes, ofreciéndoles una nómina de árbitros y reglas específicas para la solución del litigio.¹³
- c) *Arbitraje oficial o legal*. En nuestro país, este tipo de arbitraje se encuentra dispuesto en algunas legislaciones como un medio eficaz para la solución de un conflicto; por citar algunos casos: Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, Código de Comercio, Ley de Instituciones de Seguros, Ley Federal de Protección al Consumidor y Ley Federal del Trabajo. Recientemente, en organismos oficiales como la Comisión Nacional de Arbitraje Médico.
- d) *Arbitraje nacional e internacional*. Esta subdivisión obedece sobre los sujetos que participan en el arbitraje. Será nacional cuando las partes que decidan recurrir a una que por su nacionalidad pertenezcan a un determinado país, y la materia del acuerdo o el objeto de la controversia se encuentre dentro de su porción territorial; en cambio, será un arbitraje internacional cuando las partes en conflicto tengan su residencia en estados diferentes o la materia u objeto del mismo sean de diferente nacionalidad, o exista un pacto expreso en ese sentido.
- e) *Arbitraje individual o plural*. Es singular, cuando la composición del tribunal se reduzca a un solo miembro y, plural, obviamente cuando sean más de uno, siempre con tendencia a

¹³ Si se desea conocer más información sobre las instituciones arbitrales internacionales, se pueden consultar los estudios de Luis Miguel Díaz en su libro *Arbitraje. Privatización de la justicia*, también citado en este trabajo.

que el tribunal esté constituido por un número de integrantes impar.

El arbitraje mercantil en México tuvo su génesis normativa en los artículos 1051, 1052 y 1053 del Código de Comercio de 1890, mismo que no hizo sino continuar con la tradición secular sobre la materia. Como todos los países herederos del derecho hispánico y, a través de éste del romano, México no sólo ha mantenido la vigencia de la fórmula arbitral que alguna vez fue llevada al máximo plano en la Constitución de 1824, sino que recurre a esta institución procesal siempre que se presenta la ocasión de fomentar el arreglo pacífico entre las partes.¹⁴

IV. EL ACUERDO DE ARBITRAJE

La cláusula compromisoria es el convenio por el cual las partes deciden someter algunos asuntos al arbitraje, sustrayéndolos al conocimiento de los jueces ordinarios. Las partes renuncian a que sean decididos por los tribunales de justicia, asignándoseles a particulares revestidos, como consecuencia de ello, de funciones y facultades jurisdiccionales.¹⁵

El artículo 1416 del Código de Comercio dispone que, para los efectos del presente título, se entenderá en sus fracciones I y II, lo siguiente:

I. Acuerdo de arbitraje, el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente;

II. Arbitraje, cualquier procedimiento arbitral de carácter comercial, con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente ante la que se lleve a cabo [...].

El diverso precepto 1423 del mismo ordenamiento, dispone que el acuerdo de arbitraje deriva de la voluntad de las partes y debe

¹⁴ Briseño Sierra, Humberto, *Arbitraje: México, op. cit.*, p. 49.

¹⁵ Caivano, Roque J., *op. cit.*, p. 116.

constar por escrito, consignarse en un documento privado, en intercambio de cartas, télex, telegrama, facsímil o cualquier otro medio de comunicación que deje constancia del acuerdo de arbitraje, tal precepto indica:

El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito, y consignarse en documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas, facsímil u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmado por una parte sin ser negado por la otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria, constituirá acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

En armonía con lo anterior, los árbitros, aunque gozan de autonomía para decidir su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje, según lo dispone el artículo 1432 de referido código; en realidad, éstos únicamente pueden actuar en la resolución del litigio tal y como las partes lo hayan pactado, pues así se advierte del cuarto y último párrafo del precepto 1445 del Código de Comercio, el cual dispone:

En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las disposiciones del convenio y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.

Sobre la cláusula de arbitraje la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional, dispone lo siguiente:¹⁶

El capítulo II de la Ley Modelo trata el acuerdo de arbitraje y su reconocimiento por los tribunales judiciales. Las disposiciones siguen muy de cerca el artículo 11 de la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las

¹⁶ El 21 de junio de 1985, al finalizar su 18 periodo anual de sesiones, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) aprobó la Ley Modelo de la CNUDMI, sobre Arbitraje Comercial Internacional... la Ley Modelo constituye una base sólida y alentadora para la armonización y el perfeccionamiento deseados de las leyes nacionales. Para consultar más información sobre el tema consultar a Bravo Peralta, Martín Virgilio, *El arbitraje económico en México*, el cual es citado en este trabajo, p. 32.

sentencias arbitrales extranjeras (Nueva York, 1958)... El párrafo 1) del artículo 7 reconoce la validez y eficacia de un compromiso por el que las partes deciden someter al arbitraje una controversia existente (*compromis*) o futura (*clause compromissoire*).¹⁷

Como ejemplos de las cláusulas modelo compromisorias de arbitraje, podemos citar las siguientes:

Del centro de Arbitraje de México.

Todas las desavenencias que deriven de este contrato serán resueltas definitivamente de acuerdo con las Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México (CAM), por uno o más árbitros nombrados conforme a dichas reglas.

También la cláusula modelo de la Cámara de Comercio Internacional (CCI).

Todas las desavenencias que deriven de este contrato o que guarden relación con éste serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento.¹⁸

Una de las principales características del arbitraje es que las partes tienen la libertad de pactar, ya sea en cláusula compromisoria o en el compromiso arbitral, la forma, términos y condiciones en las que se desarrollará el arbitraje.¹⁹

Por otro lado, las resoluciones derivadas de los laudos arbitrales adquieren la categoría de cosa juzgada, y son vinculantes para las partes, tal como se desprende del precepto 1461 del Código Comercial que señala:

Un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante [...]

¹⁷ Bravo Peralta, Martín Virgilio, *op. cit.*, pp. 37 y 38.

¹⁸ Graham, Luis Enrique, "La cláusula arbitral", en *Manual de arbitraje comercial*, Cecilia Azar M. (comp), Porrúa, Instituto Tecnológico Autónomo de México y la Barra Mexicana de Abogados, México, 2004, p. 64.

¹⁹ Von Wobeser, Claus, "El desarrollo del procedimiento arbitral", en Pérez Nieto Castro, Leonel (comp.), *Arbitraje comercial internacional*, Ed. Fontamara, México, 2002, p. 96.

V. LOS ÁRBITROS Y SU CARÁCTER PRIVADO

De acuerdo con lo dispuesto en el Código de Comercio, el arbitraje es una convención que la ley reconoce como sustituta de la función jurisdiccional, la cual tiene su fundamento en la libertad contractual comercial dispuesta por los artículos 78, 1416 y 1423 de dicho ordenamiento, cuya finalidad esencial radica en que un árbitro decida una controversia; sin embargo, aunque esa potestad tiene un reconocimiento legal, por el contrario, debe destacarse que los árbitros no pueden ser considerados como funcionarios del Estado, ni cuentan con jurisdicción propia o delegada, y sus facultades se desprenden de la voluntad de las partes.

Las características sobre el carácter privado de los árbitros se encuentran reconocidas por nuestra Suprema Corte de Justicia, particularmente en el criterio de la Tercera Sala en su integración anterior, en la tesis que lleva por título *Arbitraje*, de la cual podemos abstraer lo siguiente:²⁰

- a) El *árbitro* no es funcionario del Estado, ni tiene jurisdicción propia o delegada; sus facultades se desprenden de la voluntad de las partes, expresada de acuerdo con la ley; y, aunque la sentencia o laudo arbitral no puede revocarse unilateralmente por los interesados, no es por sí misma ejecutiva.
- b) El árbitro carece de imperio, puesto que no puede examinar coactivamente testigos ni practicar inspecciones oculares; sus laudos son actos privados, puesto que provienen de particulares. Esos actos son ejecutivos sólo cuando los órganos del Estado han añadido, a la materia lógica del laudo, la materia jurisdiccional de una sentencia.
- c) La función jurisdiccional compete al Estado y no puede ser conferida sino a los órganos del mismo; pero obrar en calidad de órgano del Estado significa perseguir, con la propia voluntad, intereses públicos, lo que evidentemente no hacen las partes cuando comprometen a los árbitros la resolución de sus diferendos, de modo que las relaciones entre las mismas partes y el árbitro son privadas. El laudo es un juicio privado y no una

²⁰ La tesis está publicada en la quinta época del *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXXVIII, p. 801, con número de registro en el sistema de búsqueda electrónica 361 915.

sentencia (por lo que se encuentra desprovisto del elemento jurisdiccional de los fallos judiciales), hecho que lo hace inejecutable hasta que una autoridad del Estado lo mande cumplir.

- d) La revisión que del laudo hicieran los tribunales debe tener por objeto exclusivo determinar si contraviene algún precepto, cuya observancia se encuentre por encima de la voluntad de los comprometidos.
- e) Por último, una vez que se decreta su cumplimiento, el laudo se eleva a la categoría de acto jurisdiccional. Entonces el agraviado puede ocurrir a los tribunales de la federación en demanda de amparo, con el objeto de subsanar los vicios de que adolezca el laudo arbitral.

El hecho de que los árbitros dependen de la voluntad plasmada en un acuerdo escrito, conduce a razonar que el arbitraje privado obtiene su función de lo pactado por las partes.

Este acuerdo de voluntades no puede establecer o delegar una función jurisdiccional a los árbitros, pues ésta es exclusiva del Estado. Por ello se le califica al arbitraje, entre otras formas, como un método alternativo para la solución de controversias.²¹

VI. LAUDOS ARBITRALES Y COSA JUZGADA

La decisión arbitral adquiere la categoría de cosa juzgada reconocida por la ley, al respecto el numeral 533 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, establece en lo conducente “todo lo que en este capítulo se dispone respecto de la sentencia, comprende las transacciones, convenios judiciales, y los laudos que ponen fin a los juicios arbitrales”.

Sobre la característica de “cosa juzgada”, el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, ha dispuesto lo siguiente:²²

²¹ De Castilla del Valle, Luis Emilio. “Fuentes del derecho arbitral”, en *Manual de arbitraje comercial*, Cecilia Azar M. (comp), Porrúa, Instituto Tecnológico Autónomo de México y la Barra Mexicana de Abogados, México, 2004, p. 1.

²² La tesis puede ser consultada en la novena época del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XV, mayo de 2002. Tesis I.4o.C.54 C, p. 1175, con número de registro electrónico 187 010.

Arbitraje. Los laudos firmes adquieren la categoría de cosa juzgada. Los laudos arbitrales firmes tienen la calidad de cosa juzgada, aun cuando deban ser ejecutados ante una autoridad jurisdiccional, puesto que éstos tienen la característica de inmutabilidad, es decir, que no puede cuestionarse su eficacia jurídica; situación que encuentra apoyo en lo dispuesto en el artículo 632 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

La Convención de las Naciones Unidas Sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) suscrita por México, dispone en los artículos III y V lo siguiente:²³

Artículo III. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada, con arreglo a las condiciones que se establecen en los artículos siguientes. Para el reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales a que se aplica la presente convención, no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas, ni honorarios o costas más elevados, que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales.

Artículo V.

1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución.

a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia; o

b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o

c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia

²³ Abascal Zamora, José María, “La interpretación uniforme de la Convención de Nueva York y del título cuarto, libro quinto del Código de Comercio”, en Pérez Nieto Castro, Leonel (comp.), *Arbitraje comercial internacional*, México, Ed. Fontamara, 2002, pp. 138-139.

que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o

d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; o

e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia.

2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba:

a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o

b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país.

Bajo esta tesis, se puede deducir, que los fallos surgidos de un arbitraje adquieren la categoría de inimpugnabilidad e inmutabilidad, pero no la capacidad coercitiva para ser ejecutados por sí mismos.

En este sentido es un punto lógico el hecho de que el legislador ordinario, al advertir que el arbitraje insume la solución de intereses privados resueltos por un particular, “como una especie de control de legalidad o incluso, hasta de apoyo”, indefectiblemente se requiere para su ejecución de la participación del Estado por medio del órgano jurisdiccional, lo cual induce a distinguir que los laudos arbitrales pueden ser ejecutados aun en contra de la voluntad del particular que resulte vencido, ante lo cual es inexcusable presentar una petición escrita ante el juez competente, de conformidad con las disposiciones del Título Cuarto, Capítulo IX del Código de Comercio, en relación con el reconocimiento y ejecución de laudos.

Conforme al segundo párrafo del artículo 1461 del Código de Comercio, una vez formulada la petición, se debe acompañar el original del laudo debidamente autenticado o en copias certificadas, así como el tanto original donde conste el acuerdo de arbitraje para que el juez pueda proceder a su debido cumplimiento.

Este aspecto, de algún modo, revela la imposibilidad del llamado *juez privado* y su actuación para ejecutar por sí mismo el laudo, esto es, no puede considerarse la actuación del árbitro un acto de autoridad, pues al carecer de una característica especial para hacer cumplir su determinación —como lo es el *ius imperium*— pone de manifiesto que se trata del acto de un particular que actúa a su vez bajo la encomienda de intereses privados en la órbita exactamente delimitada en el pacto arbitral.

En sintonía con lo anterior, la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la nación, al resolver el amparo en revisión 454/31, al efecto determinó:²⁴

Árbitros. El amparo sólo procede contra actos de la autoridad que violen las garantías individuales, según lo dispone la fracción I del artículo 1o., de la ley de la materia, y aun cuando los árbitros, por ministerio de la ley, tienen la facultad jurisdiccional de resolver los conflictos jurídicos que las partes someten a su consideración y esas resoluciones tienen toda la fuerza de sentencias definitivas, sin embargo, éstas no pueden cumplirse mientras el juez del orden común no les preste el apoyo legal que, como autoridad pública debe concederles, en los términos de lo dispuesto por el artículo 5o. de la Ley Orgánica de los Tribunales del Fuero Común. Esta disposición, de una manera terminante establece que los árbitros no ejercen autoridad pública y que los tribunales cuando estuvieron dentro de la ley los actos de que se trata, les presentarán el apoyo de su autoridad para hacer cumplir las determinaciones que hayan dictado. De esto se infiere que aun cuando los árbitros sean verdaderos jueces de derecho y sus resoluciones produzcan la excepción de cosa juzgada, sin embargo, carecen de imperio para hacer cumplir sus determinaciones, atributo sin el cual, no pueden considerarse como autoridades del orden público y, por ese concepto, la ley orgánica respectiva no les reconoce este carácter, siendo improcedentes por lo mismo, los amparos que se intenten contra resoluciones que dicten, mientras la autoridad legalmente constituida no les preste su apoyo.

El laudo o cualquier decisión arbitral, no es un acto de autoridad. El acto de autoridad se produce cuando el Estado, a través de sus órganos

²⁴ La tesis puede ser consultada en la quinta época del *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXXII, p. 451, con número de registro en el sistema de búsqueda electrónico 363 608.

competentes, normalmente los jueces, otorga la coercitividad del acto y ordena la ejecución, con o sin la voluntad de los particulares.²⁵

Por otro lado, si bien el propio enjuiciamiento mercantil, dispone que un laudo pueda ser anulado por diversas causas, para lo cual es necesario solicitarse por alguna de las partes por vía incidental, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

Según podemos advertir, con dicha disposición, la intención del legislador entraña un doble contenido: por una parte, no abrir un juicio principal, sino sólo un incidente en donde se establezcan los plazos y las etapas de tal procedimiento; por otro, que quienes en dicho incidente participen, gocen de la garantía de audiencia en toda su expresión.

Acerca de la primera finalidad del incidente de que se habla, en cuanto a la aplicabilidad de las reglas procesales existe un pronunciamiento del Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito que señala:²⁶

Incidente de reconocimiento o ejecución de laudo arbitral comercial. En materia de recursos, debe aplicarse el Código de Comercio. El segundo párrafo del artículo 1463 del Código de Comercio dispone que el trámite del incidente de reconocimiento o ejecución de laudo arbitral debe regirse conforme a lo establecido en el numeral 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles; esta norma sólo regula los plazos y etapas procesales que deben seguirse en el procedimiento incidental, mas no contiene disposición alguna en cuanto a los recursos que pueden hacerse valer en el transcurso del mismo; por tanto, como el legislador remitió exclusivamente al numeral citado, y no a todo el contenido de la legislación procesal civil federal, es inconcuso que la aplicación de aquél sólo es procedente en tratándose del trámite del incidente y no así en cuanto a la determinación de los recursos que pueden hacerse valer en el transcurso del mismo, lo que excluye la aplicación de las normas del Código Federal de Procedimientos Civiles en ese sentido. En consecuencia, en relación con el incidente de mérito, y respecto de los

recursos que es posible interponer en contra de las resoluciones dictadas en éste, debe estarse a lo dispuesto en el Código de Comercio, por ser el cuerpo normativo que regula lo relativo al arbitraje comercial.

VII. EL INTERÉS JURÍDICO DE LOS ÁRBITROS

El artículo 1460 del Código de Comercio establece que “el procedimiento de nulidad se sustanciará incidentalmente, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles, y la resolución no será objeto de recurso alguno”.

Bajo una vista general es posible observar, cuando alguien pretende la nulidad de un laudo arbitral debe acudir a la vía incidental para dirimir un derecho que le corresponde, o para deducir una obligación de su contraparte; por tanto, es inconcuso debe mediar el respeto de la garantía de audiencia de las partes involucradas en el proceso, esto es, el actor incidental y el demandado.

En este sentido, el párrafo primero del artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles establece que “promovido el incidente, el juez mandará dar traslado a las otras partes, por el término de tres días”, lo cual brinda la idea, que se debe correr traslado con la apertura del incidente a las demás partes en el proceso.

Dentro del arbitraje entre los sujetos vinculados al incidente de nulidad del laudo arbitral, podemos considerar, se debe incluir a los siguientes: el actor incidental bajo su pretensión de declarar la nulidad del laudo; la parte vencedora para que aduzca lo que a su derecho convenga; y, desde luego, al árbitro o árbitros quienes lo pronunciaron a efecto de defender su actuación y para que les pare perjuicio la sentencia.

En este momento es oportuno recordar que el aspecto principal en este apartado es dar respuesta a la siguiente interrogante: ¿los árbitros cuentan con interés jurídico en el juicio de amparo, sobre todo cuando los actos reclamados derivan, ya sea del juicio especial mercantil o del incidente de nulidad del laudo en donde figuraron como parte demandada?

Sobre este tema existen dos posturas académicas de suyo conocidas que encuentran un punto de colisión sobre el tema del interés jurídico; por un lado, quienes sostienen que los árbitros carecen de

²⁵ De Silva Nava, Carlos, “El arbitraje y el amparo”, en Pérez Nieto Castro, Leonel (comp.), *Arbitraje comercial internacional*, México, 2002, Ed. Fontamara, p. 163.

²⁶ La tesis puede ser consultada en la novena época del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XVI, octubre de 2002. Tesis I.7o.C.37 C, p. 1385, con número de registro en el sistema de búsqueda electrónica 185 741.

interés jurídico en el amparo; y por otro, la pugna por el sentido de que sí gozan de dicho interés jurídico.²⁷

Quienes afirman *la inexistencia* del citado interés, manifiestan lo siguiente:²⁸

- a) Ausencia de un agravio personal y directo. ¿Dónde está la lesión directa a sus intereses jurídicos, su persona o patrimonio? Las únicas partes que sufren una lesión directa son las partes en el arbitraje. Los árbitros sufren una lesión indirecta: su reputación. Pero la nulidad de un laudo afecta directamente al acreedor bajo el mismo; no a quien lo emite. Podría contestarse que ello sería cierto en cuanto a la primera hipótesis (interés jurídico), y la tercera hipótesis (patrimonio), pero la segunda sí se ve actualizada (“su persona”). Sería una interpretación estricta. Una medida afecta a una persona cuando afecta sus derechos personalísimos. Además, dicha posibilidad se ve resuelta con la oportunidad de hacer valer sus derechos en el juicio que ventile la acción indemnizatoria.
- b) Oportunidad de hacer valer sus derechos mediante acción indemnizatoria. En caso de que se enderece una acción en contra de los árbitros, tendrían oportunidad para demostrar si la causal de nulidad en verdad existió y si ello genera responsabilidad. Un aspecto difícil es si el juez que decida sobre la responsabilidad dará por existente la causal que el tribunal de nulidad decidió, o si lo analizará de nuevo. Considero que tendría que relitigarse. Aunque una primera reacción podría ser que se acepte por demostrada la causal –pues así lo sostuvo el juez de nulidad– considero que tendría que relitigarse pues no existe identidad de partes entre el primero y el segundo juicio, por lo

²⁷ Sobre este aspecto, Francisco González de Cossío, en su artículo, “Arbitraje en México: ¿un jardín o una jungla?”, nos dice que a favor de la inexistencia de interés jurídico se encuentran tanto él como Carlos Loperena. Asimismo, en contra de su postura y a favor del interés jurídico de los árbitros en el amparo, está la opinión de José María Abascal Zamora y Cecilia Flores Rueda. Esta información puede verse en el artículo de referencia, el cual se obtuvo de la consulta en el portal electrónico <http://gdca.com.mx/english/publications/arbitration/PDF.Arbitraje>.

²⁸ González de Cossío, Francisco, “El árbitro”, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, núm. 31, México, 2007, pp. 386-389.

que –so pena de dejar al árbitro en estado de indefensión con respecto a la demostración de la existencia de la causal– tendría que relitigarse la existencia de la misma, aunque se corre el riesgo de que se incurra en contradicción (se determine que la causal no se materializó, contrario a lo que haya sostenido el juez de nulidad).²⁹

- c) Posible generación de dudas sobre su imparcialidad. Existe un riesgo que inclina la balanza en contra de la posibilidad de que un árbitro tenga interés jurídico: podría generar dudas sobre su imparcialidad. Es verdad que ello no es necesariamente cierto. Defender la inexistencia de una causal no necesariamente implica defender a la parte que busca evitar la nulidad del laudo. Sin embargo, el riesgo existe. Sería conveniente evitarlo.³⁰

Quienes se encuentran a favor del interés jurídico de los árbitros, entre otros, sostienen los siguientes puntos de vista.

- i) Los árbitros tienen el deber de dictar un laudo válido y ejecutable.
- ii) El incumplimiento de dicho deber puede generar una reclamación por daños y perjuicios.
- iii) Dado que tienen (o deben tener) interés jurídico las personas a quienes se les causa un agravio personal y directo y una sentencia que anula un laudo les causa un agravio que reúne el requisito de “personal y directo”.³¹

Sobre el tema es conveniente recordar lo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado sobre los conceptos tanto del interés jurídico como del perjuicio necesarios para la promoción del juicio de amparo.

²⁹ González de Cossío, Francisco, “El árbitro”, *op. cit.*, p. 388.

³⁰ *Ibidem*, p. 389.

³¹ Los comentarios sobre la defensa del interés jurídico de los árbitros son enunciados por el autor en comentario, Francisco González de Cossío, en referencia a la opinión de José María Abascal Zamora y Cecilia Flores Rueda, en el artículo denominado “El árbitro”, el cual puede consultarse a fojas 384 de la misma revista.

En efecto, para la procedencia del juicio de amparo, la Primera Sala del Alto Tribunal ha razonado lo siguiente:³²

Interés jurídico en el amparo. Elementos constitutivos. El artículo 4o. de la Ley de Amparo contempla, para la procedencia del juicio de garantías, que el acto reclamado cause un perjuicio a la persona física o moral que se estime afectada, lo que ocurre cuando ese acto lesiona sus intereses jurídicos, en su persona o en su patrimonio, y que de manera concomitante es lo que provoca la génesis de la acción constitucional. Así, como la tutela del derecho sólo comprende a bienes jurídicos reales y objetivos, las afectaciones deben igualmente ser susceptibles de apreciarse en forma objetiva para que puedan constituir un perjuicio, teniendo en cuenta que el interés jurídico debe acreditarse en forma fehaciente y no inferirse con base en presunciones; de modo que la naturaleza intrínseca de ese acto o ley reclamados es la que determina el perjuicio o afectación en la esfera normativa del particular, sin que pueda hablarse entonces de agravio cuando los daños o perjuicios que una persona puede sufrir, no afecten real y efectivamente sus bienes jurídicamente amparados.

Asimismo, el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte ha sostenido:³³

Interés jurídico, concepto de, para la procedencia del amparo. Debe distinguirse entre perjuicio o interés jurídico, como condición para la procedencia del juicio de amparo y el perjuicio económico sufrido por un individuo o conjunto de individuos en virtud de la realización del acto reclamado, perjuicio este último que no es suficiente para la procedencia del juicio de garantías, pues bien pueden afectarse económicamente los intereses de un sujeto y no afectarse su esfera jurídica. Surge el interés jurídico de una persona cuando el acto reclamado se relaciona a su esfera jurídica, entendiendo por ésta el cúmulo de derechos y obligaciones poseídos por un sujeto o varios de ellos como en el caso de la persona jurídica moral. Si las leyes impugnadas no se refieren a algún derecho perteneciente a la esfera jurídica de la quejosa, ésta carece de interés jurídico para impugnarlas en el juicio de amparo y si lo hace, debe declararse la improcedencia del juicio.

³² La jurisprudencia puede ser consultada en la novena época del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXVII, enero de 2008, Tesis 1a./J. 168/2007, p. 225, con número de registro en el sistema de búsqueda electrónica 170 500.

³³ La tesis puede ser consultada en la séptima época del *Semanario Judicial de la Federación*, t. 64, Primera Parte, p. 68, con número de registro en el sistema de búsqueda electrónica 233 107.

También, la Primera Sala de ese Alto Tribunal plantea en la jurisprudencia 1/2002:³⁴

Interés jurídico en el juicio de amparo. Carga de la prueba. La carga procesal que establecen los artículos 107, fracción 1, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 4o. de la Ley de Amparo, consistente en que el promovente del juicio de garantías debe demostrar su interés jurídico, no puede estimarse liberada por el hecho de que la autoridad responsable reconozca, en forma genérica, la existencia del acto, en virtud de que una cosa es la existencia del acto en sí mismo y otra el perjuicio que éste pueda deparar a la persona en concreto.

Conforme a los criterios anteriores, el concepto del interés jurídico se encuentra estrechamente ligado a la noción de perjuicio o daño, o sea, es precisamente la afectación directa a los derechos o intereses de una persona en su esfera patrimonial o jurídica; incluso, el interés jurídico de que habla la fracción V del artículo 73 de la Ley de Amparo: *no puede referirse, a otra cosa, sino a la titularidad que al quejoso corresponde, en relación con los derechos o posesiones conculcados*, por lo que es necesario que se acredite la afectación de los derechos invocados ya sean de carácter posesorio o de cualquiera otra clase.

Luego, para que un determinado sujeto pueda acudir a demandar el amparo y protección de la justicia federal, debe acreditar ineludiblemente su interés jurídico, el cual no es otra cosa que el perjuicio sufrido en sus bienes o derechos.

El concepto de interés jurídico, según lo ha interpretado nuestra Suprema Corte de Justicia, también está ligado al derecho subjetivo subsistente en el juicio de donde deriva el acto reclamado.

VIII. LA POSIBLE AFECTACIÓN A LA ESFERA PERSONAL DEL ÁRBITRO

Si para promover el juicio de amparo resulta necesaria la justificación del interés jurídico, es decir, el perjuicio personal y directo en la esfera de los gobernados; en el caso particular de los árbitros, si bien

³⁴ La jurisprudencia puede ser consultada en la novena época del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XV, febrero de 2002. Tesis 1a./J. 1/2002, p. 15, con número de registro en el sistema de búsqueda electrónica 187 777.

dirimen intereses ajenos a su esfera patrimonial e individual de conformidad con lo pactado en el acuerdo arbitral, ante lo cual el desenlace de la pretendida nulidad del laudo, pudiera imaginarse que ello no le afecta o el menoscabo es indirecto, lo cual resta la posibilidad para el árbitro de poder defender su postura en esa vía incidental, e incluso a través del juicio de amparo.

Cuando los árbitros son incorporados formalmente como "demandados", en el procedimiento judicial donde se pretende la nulidad del laudo, desde mi óptica existen varios argumentos que al menos deben ser considerados para la discusión, como son:

1. Los árbitros en su carácter privado no forman parte de la estructura del gobierno, por ello, su actuación está desprovista de las características específicas de los autos de autoridad pues si bien actúa por voluntad de las partes, lo cierto es, no ejercen facultades decisorias a nombre del Estado.
2. Si bien la actividad del árbitro se genera en extensión a la voluntad contractual de las partes, *per se* al acuerdo de arbitraje, la decisión que emitan en su forma pura, bien puede constituir "un derecho adquirido para las partes"; esto es, para los litigantes, por las consecuencias que entraña lo fallado, y la obligación jurídica que resulte del laudo; asimismo, para *el juez privado*, porque se encuentra de por medio su determinación que tiene su base en los límites de esa voluntad.
3. Cuando los árbitros son incorporados formalmente como demandados en un procedimiento judicial, en la primera y segunda instancia es inconcuso que gozan de la oportunidad de contestar la demanda, ofrecer pruebas, alegar, e incluso apelar contra el fallo de primera instancia; ante lo cual, me parece un contrasentido, que al acudir a la vía de amparo carezcan de interés jurídico para defender sus derechos "simplemente como partes".
4. Al pretenderse la nulidad de la decisión asumida en el laudo, es inconcuso que el perjuicio no es indirecto, sino directo, pues se proyecta sobre un acto volitivo en sí mismo, pero distinto al de las partes, como es el tiempo, trabajo y dedicación intelectual para la elaboración del laudo; al menos, se podría plantear un escenario en donde fuera declarada la nulidad del laudo en primera y segunda instancia, lo cual equivaldría a reponer el

procedimiento o a emitir un nuevo laudo, este aspecto les dota del suficiente interés para defender la validez y consistencia de su resolución frente a terceros, e incluso ante una autoridad judicial a través de todos los medios legales como cualquier particular en el mencionado incidente y, en grado extremo, en el juicio de amparo indirecto.

5. La actividad profesional del árbitro depende en forma preponderante de la voluntad de las partes, y una vez que ese árbitro emite el laudo la decisión en sí entraña un acto jurídico propio, que se desvincula de aquella voluntad que le dio origen, pues el sometimiento de las partes al arbitraje es para que se resuelva el litigio, pero no para decidir en determinado sentido. Por tanto, el laudo es un acto propio, nuevo, diferente y definitivo que plasma el criterio individual o plural del árbitro designado, según sea su integración.

El acto mismo del laudo es diverso al de la voluntad de las partes e implica el resultado de la convicción del árbitro, su experiencia, su tiempo, dedicación y cuidado, su forma de aplicar la ley al caso concreto o las reglas dispuestas para el arbitraje, en este sentido: la decisión es aquel acto en virtud del cual el árbitro resuelve el caso sometido a su juicio.

Sobre este aspecto, podemos agregar, las características básicas del acto decisorial del árbitro, que resultan de la definición señalada, son a saber:

- Es, ante todo, un acto jurídico.
- Constituye una resolución, un juicio obligatorio.
- Es una decisión negocial.³⁵

En consecuencia, si la decisión arbitral ya no es un acto de las partes, sino del árbitro, la pretensión para declarar su nulidad invariablemente producirá un perjuicio personal y directo a quien ha emitido esa decisión. Lo que en la especie le dota de la facultad de defenderse, no de llevar la defensa del asunto, sino de lo resuelto por su parte.

³⁵ Díez-Picazo y Ponce de León, Luis, *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Barcelona, España, Ed. Bosch, 2002, pp. 307 y 308.

6. Incluso, aun dependiendo de la causa de nulidad, de tener que volver a emitir el laudo, es inconcuso que la posibilidad de variar su criterio en cuanto al fondo es muy reducida porque la nulidad solo es por aspectos de forma, lo que no puede conducir a retomar una decisión diferente: *el objeto de esta instancia, como surge de las causales que la habilitan, no es el de revisar el contenido del laudo en cuanto al fondo de lo resuelto por los árbitros, sino comprobar que éstos hayan dado cumplimiento a determinados recaudos que las legislaciones han considerado indispensables para la buena administración de justicia.*³⁶
7. Ante lo cual, al causarle un perjuicio es indudable debe tener la oportunidad de defender el laudo frente a terceros, o incluso ante la autoridad judicial, gozando en consecuencia de un verdadero interés jurídico puesto que el derecho afectado es la emisión de un veredicto particular.
8. Además, relacionado con la emisión del laudo, también se encuentra de por medio nada más y nada menos, *la honorabilidad de los árbitros*, puesto que no puede desconocerse que las partes buscan en el arbitrador tanto la experiencia de la materia, sus conocimientos de derecho, pero también su reputación, pues inconcuso es que no pueden incurrir en el riesgo de someter un asunto de extremosa cuantía, a cualquier persona; habida cuenta que los árbitros también son responsables ante las partes que los nombraron, pues al emitir el laudo pueden incurrir en responsabilidad por sus actos culposos o de mala fe.³⁷ Si de su actuación como resolutor final de intereses privados puede incurrir en responsabilidad civil o penal, ello no debe ser visto como "actos futuros de realización incierta", sino bajo la idea del interés con que cuenta para defender su decisión. Por lo que el perjuicio que se causa al decretarse la nulidad del laudo, si bien no entraña una afectación a un derecho real, sí lo es sobre un derecho material, como lo es el laudo.
9. Por otra parte, si bien el artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles dispone que promovido el incidente, el

³⁶ Caivano, Roque J., *Arbitraje. Su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos*, Argentina, Ed. Ad-Hoc, 1993, p. 260.

³⁷ Paganoni O'Donohoe, Raúl, *El arbitraje en México*, México, Ogs editores, 1997, p. 40.

- juez mandará dar traslado a las otras partes por el término de tres días, lógicamente debe entenderse que el incidente sobre la nulidad del laudo se ciñe sobre la pretensión de quien persigue su nulidad y la oposición de quien se resiste por haber resultado vencedor en el juicio arbitral.
- Es decir, el litigio como tal debería circunscribirse estrictamente a las partes contendientes; empero, en el caso de que al iniciarse el mencionado incidente también se les corra traslado a los árbitros para comparecer a dar contestación a la demanda incidental y una vez desahogada esta actuación, el juzgador ante quien se inició el incidente da lugar a que éstas den contestación a la *litis* incidental; luego, en el caso, existen razones para que a los árbitros, en un momento determinado, de llegarse a resolver la nulidad, puedan interponer el juicio de amparo en contra de esa determinación ya que en este supuesto se les estaría privando de un legítimo derecho de defensa, que como cualquier gobernado es llamado a la contienda para que deduzca sus derechos.
10. Si no obstante las anteriores razones, persistiera la idea de que la afectación personal en la esfera jurídica de los árbitros no se produce, pues en realidad la resolución que determina la nulidad del laudo afecta únicamente a los directamente interesados, es decir, los contratantes en el acuerdo arbitral, quienes serían los legitimados por la vía del amparo para impugnar la decisión. No debe soslayarse que en otros casos, nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha matizado la existencia del indicado interés a ciertos sujetos, aunque la afectación en el juicio natural sea indirecta, como ejemplo, el supuesto en donde el notario público no es incorporado dentro de la relación jurídico procesal entablada por quien pretende la nulidad de la escritura pública elaborada por éste, pese a estar de por medio la nulidad de dicho documento, el cual, desde luego, no es un acto atribuible a las partes, sino al fedatario público, quien tiene derecho a ser llamado a la contienda judicial para defender sus derechos. Luego, al menos, las razones esgrimidas proporcionan otro punto de vista para tomarse en consideración, en aquellos juicios de amparo en donde se encuentre *sub-judice* el interés jurídico de los árbitros.

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A UNA EVENTUAL INTRODUCCIÓN DEL JUICIO DE AMPARO EN FRANCIA

Ana Ruth HERRERA

SUMARIO: I. *Presentación*. II. *Amplitud protectora del amparo en Francia*.
III. *Interés en la adopción del juicio de amparo*. IV. *Conclusión*.

I. PRESENTACIÓN

Entre las diversas prioridades de las sociedades contemporáneas, se encuentra la relativa a mejorar la justicia constitucional, la cual es "una solución muy importante que un número significativo de naciones ha buscado para hacer frente al problema de la opresión por el poder, a través de la adopción de normas, instituciones y procedimientos constitucionales tendientes a limitar y a controlar el poder político"¹.

Al respecto, la expansión continua de un control jurisdiccional ha sido una manifestación central de la revolución en materia de derechos fundamentales, la cual se incrementó a partir de la Segunda Guerra Mundial gracias al desarrollo de la justicia constitucional, misma que se encuentra íntimamente ligada a la existencia de instrumentos eficaces para la protección de los derechos fundamentales, que con-

¹ Cappelletti, Mauro, *Le Pouvoir des juges*, París, Economica, 1990, p. 2.
En este sentido Eisenmann, Charles, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, París, Economica, 1986, pp. 103-107.

ciernen a los órganos encargados de impartirla así como a las reglas que rigen el procedimiento.²

La justicia constitucional como garantía jurisdiccional de la Constitución, resulta un elemento de medidas técnicas para asegurar el ejercicio regular de las funciones estáticas, mismas que tienen un carácter jurídico,³ así como el respeto a la Constitución.

La Constitución se encuentra en el grado superior, o desde un punto de vista dinámico es la fuente, el principio del orden estático.⁴ Si la supremacía constitucional no se garantiza a través de la justicia constitucional, la Constitución no resulta más que un programa político, cuando más obligatorio moralmente; así, “la justicia constitucional transforma en verdaderas a las normas jurídicas conforme ello se quiere”.⁵

La justicia constitucional concierne primordialmente al respeto de los derechos constitucionales cuya garantía debe asegurarse por una instancia que coaccione a las autoridades a dicha finalidad a fin de que los mismos sean eficaces, y que incluso sea capaz de disuadir a las autoridades de violar tales derechos. En cuanto a ello, la defensa de la Constitución implica los diferentes instrumentos y métodos para que tanto las autoridades como los particulares respeten las disposiciones constitucionales. En los sistemas jurídicos contemporáneos, entre los instrumentos de defensa constitucional se encuentran los de carácter político⁶ y los de carácter jurídico otorgados a ciertas

² Milano, Laure, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Dalloz, 2006, p. 1.

³ Kelsen, Hans, “La garantie juridictionnelle de la Constitution” (La justice constitutionnelle), *Annuaire de l'Institut International de Droit Public*, Paris, PUF, 1929, p. 53.

⁴ Eisenmann, Charles, *op. cit.*, p. 9.

⁵ Vedel, Georges, prólogo de la obra de Eisenmann, Charles, *op. cit.*, p. VI.

⁶ Al respecto véase Fix-Zamudio, Héctor, *La Constitución y su defensa*, UNAM, México, 1984, p. 12, quien considera que la defensa de la Constitución comprende la protección constitucional (*normalidad constitucional*), y las garantías constitucionales (*anormalidad constitucional*). La *normalidad constitucional* es denominada el aspecto fisiológico porque tiene por objeto el correcto funcionamiento de los órganos de poder. En ese sentido, la protección constitucional se integra por la separación de poderes, la regulación de las finanzas públicas del Estado, la institucionalización de factores sociales y los límites de reforma constitucional.

La *anormalidad constitucional* es considerada el aspecto patológico constitucional, en virtud de que se refiere a los instrumentos jurídicos procesales que tienen por objeto la efectividad de la Constitución. En ella se encuentran los procedimientos encaminados

autoridades o particulares para acudir a una instancia encargada de vigilar la constitucionalidad de los actos de autoridad.

En lo que concierne a la protección de derechos humanos, Francia ha sido —y es aún en gran parte— un hogar de creación para la cultura europea de donde proviene el elemento de universalidad que hace del pensamiento francés un instrumento de diálogo entre todas las culturas occidentales. Entre los ejemplos de ello, ninguno es tan claro como el que se desprende de un análisis de lo acontecido en el pensamiento hispanoamericano durante las primeras décadas del siglo XIX, durante el cual se desarrollaron los primeros movimientos de emancipación política en América Latina, en donde la influencia política e intelectual del pensamiento francés ocupa el primer plano.⁷

En efecto, Francia es reconocida como uno de los pioneros en la protección de los derechos humanos, fuente de inspiración de diversos regímenes reflejada en la parte dogmática de sus constituciones, influenciadas por la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y por la filosofía política francesa.

A pesar de que Francia fue uno de los primeros países del mundo en darse una Constitución escrita, su justicia constitucional ha sido limitada a un control de constitucionalidad *a priori*,⁸ encargado al Consejo Constitucional. En un inicio, dicho órgano fue concebido como mero órgano político encargado de vigilar que el legislador no se entrometiera en el dominio reglamentario; sin embargo, a partir de su decisión 71-44 DC del 16 de julio de 1971, que protege la libertad de asociación⁹ se marca un cambio hacia un control de constitucionalidad en el cual el Consejo Constitucional se revela como órgano protector de los derechos fundamentales.

a combatir la inconstitucionalidad de actos de autoridad ante una instancia jurisdiccional encargada de tal tarea.

En este sentido véase Burgoa, Ignacio, *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 2004, pp. 65-75; Castro, Juventino, *Garantías y amparo*, México, Porrúa, 2004, pp. 4-9, 319; Colomer Viadel, Antonio, *La valeur du fait constitutionnel dans les États ibéro-américain*, Académie internationale de Droit Constitutionnel (La suprématie de la Constitution, recueil des cours), Tunis, Toubkal, 1987, p. 262.

⁷ Abellan, José Luis, *Pensée hispanique et philosophie française des lumières*, Toulouse, Université de Toulouse-Le Mirail, 1980, Série A, t. 45, p. 7.

⁸ Rodrigues Vieira, Paulo, *Les perspectives d'instauration de l'exception d'inconstitutionnalité en France*, tesis, Paris, 1992, pp. 10-37.

⁹ *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 237-255.

De esta manera, en el sistema constitucional francés es reconocido expresamente el control de constitucionalidad de leyes *a priori* en términos del artículo 61 de la Constitución del 4 de octubre de 1958, conforme al cual el Consejo Constitucional puede pronunciarse sobre la conformidad de las leyes a la Constitución antes de su promulgación.¹⁰

Sin embargo, si la justicia constitucional implica las garantías necesarias a través de instrumentos eficaces para la defensa de los derechos constitucionales vulnerados por actos de autoridad que pueden ser de naturaleza legislativa, administrativa o jurisdiccional, en sentido material, el contencioso constitucional francés deberá comprender mecanismos para impugnar tales actos de autoridad tildados de inconstitucionales.

Bajo tal perspectiva, recientemente Francia ha adoptado un control de constitucionalidad de leyes *a posteriori* en los artículos 29 y 30 de la "Ley constitucional núm. 2008-724 del 23 de julio de 2008 para la modernización de las instituciones de la Quinta República".¹¹

¹⁰ "Artículo 61. Las leyes orgánicas, antes de su promulgación, los proyectos de ley mencionados en el artículo 11, antes de ser sometidos a referéndum, y los reglamentos de las asambleas parlamentarias, antes de su aplicación, deben ser presentados ante el Consejo Constitucional, quien se pronunciará sobre su conformidad a la Constitución.

Con la misma finalidad, pueden ser presentadas las leyes ante el Consejo Constitucional, antes de su promulgación, por el Presidente de la República, por el primer ministro, por el presidente de la Asamblea Nacional, por el presidente del Senado o por sesenta diputados o por sesenta senadores".

¹¹ Ley constitucional núm. 2008-724 del 23 de julio de 2008 para la modernización de la Quinta República, publicada en el Diario Oficial de la República francesa del 24 de julio de 2008, cuyo artículo 29 establece:

"Después del artículo 61 de la Constitución, se agrega el artículo 61-1, redactado en los siguientes términos:

Si en el curso de una instancia ante una jurisdicción, se sostiene que una disposición legislativa atenta a los derechos y libertades garantizados por la Constitución, el Consejo Constitucional puede ser accionado por reenvío del Consejo de Estado o de la Corte de Casación, quienes se pronunciarán al respecto en un plazo determinado.

La ley orgánica determinará las condiciones de aplicación del presente artículo".

Por su parte el artículo 30 establece lo siguiente:

El primer párrafo del artículo 62 de la Constitución es modificado por los siguientes dos párrafos:

"Una disposición declarada inconstitucional con fundamento en el artículo 61 constitucional no puede ser promulgada ni aplicada.

Una disposición declarada inconstitucional con fundamento en el artículo 61-1 constitucional queda derogada a partir de la publicación de la resolución del Consejo Constitucional o a partir de una fecha posterior señalada en la mencionada resolución. El Consejo

Es así que se puede vislumbrar un medio de defensa constitucional francesa que permita controlar no solamente la constitucionalidad de las leyes, sino de todo acto de autoridad inconstitucional que vulnere los derechos constitucionales de los justiciables, el cual deberá prever los mecanismos, acciones, procedimientos e instancias tendientes a combatir todos los actos que contravengan la Constitución.

Al respecto, ciertos autores consideran que tal control de constitucionalidad ha sido llevado a cabo en ciertas ocasiones de manera implícita por el Consejo de Estado y la Corte de Casación, quienes tutelan también el respeto a derechos constitucionales.¹² Así, son de reconocerse los esfuerzos realizados por dichos jueces a pesar de que la Constitución francesa no preveía expresamente ni controles ni tribunales o instancias competentes para ello.

Al respecto, si la tendencia del constitucionalismo consiste en superar los problemas relativos a la falta de eficacia normativa de la Constitución, la cual se garantiza en virtud de controles principalmente procesales que protejan los derechos constitucionales de los justiciables,¹³ se observa un esfuerzo en Francia a dicha tendencia al reconocer la posibilidad de impugnar la inconstitucionalidad de las leyes en un control de constitucionalidad *a posteriori*, el cual debería culminar en el reconocimiento expreso de impugnar todo acto de autoridad inconstitucional, para lo cual proponemos el juicio de amparo en Francia. Ello, en virtud de que la idea de un Estado de Derecho se encuentra vinculada a aquella consistente en que la Constitución, debe

Constitucional determinará las condiciones y límites bajo los cuales los efectos producidos por la disposición puedan ser impugnados".

Es de señalarse que el Proyecto de ley orgánica del artículo 61-1 de la Constitución francesa se encuentra en discusión en primera lectura en la Asamblea Nacional. El mismo se encuentra disponible en línea en www.assemblee-nationale.fr [Ref. del 20 de julio de 2009].

¹² Véase Derrien, Arnaud, *Les juges français de la constitutionnalité. Étude sur la construction d'un système contentieux. Conseil Constitutionnel, Conseil d'État, Cour de Cassation: trois juges pour une norme*, Bruylant, 2003, pp. 52-84.

Dichas observaciones se refieren a la existencia de un control de constitucionalidad *a posteriori* desarrollado por el Consejo de Estado y la Corte de Casación, independientemente de la reciente aprobación de la "Ley constitucional núm. 2008-724 del 23 de julio de 2008 para la modernización de las instituciones de la Quinta República", publicada en el Diario Oficial de la República Francesa del 24 de julio de 2008.

¹³ Véase Valadés, Diego, "Constitución y control político", *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, Porrúa, México, 2000, p. 343.

prevalecer sobre todo acto de autoridad en virtud del principio de preeminencia constitucional, lo que ha dado lugar a la expansión de los sistemas de justicia constitucional.¹⁴

II. AMPLITUD PROTECTORA DEL AMPARO EN FRANCIA

Para la realización del presente análisis relativo a la introducción del juicio de amparo en el sistema constitucional francés, deberá comprenderse dicha institución en cuanto a su naturaleza y ámbito protector en relación con el del contencioso constitucional francés a fin de determinar cómo serían modificadas, en su caso, las instituciones francesas en aras a reforzar su sistema constitucional.

1. Ámbito del amparo

La palabra amparo designa la acción de *amparar*, verbo que significa proteger o defender.¹⁵ La institución del amparo se encuentra asociada a la tutela de los derechos humanos, objeto en el cual se ha consolidado. Así, el concepto jurídico de "amparo" concierne a la defensa, o protección de los derechos humanos.¹⁶

El ámbito de protección de dicha institución no es el mismo en todos los sistemas jurídicos que lo regulan. Al respecto, en los sistemas jurídicos hispanos el término "amparo" ha tenido los siguientes significados:¹⁷

- a) Como recurso o medio de impugnación de resoluciones judiciales.
- b) Como interdicto posesorio.

¹⁴ Al respecto véase Brewer-Carias, Allan, "Control de la constitucionalidad", *El derecho público de finales de siglo: una perspectiva iberoamericana*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 520-569; Cappelletti, Mauro, "Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle", *Revue Internationale de Droit Comparé*, año 33, núm. 2, abril-junio, 1981.

¹⁵ Colomer Viadel, Antonio, *Art. cit.*, p. 26.

¹⁶ Esriche, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, t. I, Madrid, p. 522.

¹⁷ Véase Fix-Zamudio, Héctor, "Diversos significados jurídicos del amparo en el derecho iberoamericano", *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, año XVIII, enero-abril, 1965, núm. 52, pp. 122-140.

- c) Como procedimiento sumario destinado a la protección de la libertad.

En lo que concierne al amparo considerado como recurso o medio de impugnación de resoluciones judiciales, hay legislaciones en las cuales a pesar de referirse al recurso de amparo, en realidad tratan de un juicio autónomo y no así de un recurso el cual es una instancia dentro de un juicio.¹⁸

Por otra parte, el amparo como interdicto posesorio comprende una orden prohibitiva para proteger la posesión de bienes o derechos, es decir, una orden destinada a la restitución de la posesión de un bien a quien lo tenía en concepto de propietario antes de ser desposeído del mismo sin previa audiencia.¹⁹

Finalmente, en el concepto de amparo como procedimiento sumario destinado a la protección de la libertad, se tutela a las personas contra detenciones arbitrarias, siendo al respecto referido a la institución de *habeas corpus*.²⁰

En el presente estudio, se hará referencia como base del mismo al juicio de amparo mexicano, origen de tal institución, en relación con los avances del sistema constitucional francés. En este tenor, al hacerse referencia al juicio de amparo se considerará su ámbito protector en relación con los siguientes procedimientos que se distinguen en la doctrina: 1) *amparo habeas corpus*, 2) amparo contra leyes, 3) el amparo administrativo, 4) el amparo casación o amparo judicial.

Dicho procedimiento se observa bajo sus dos modalidades: por una parte, como una acción de inconstitucionalidad en sentido estricto, y por otra como un recurso de inconstitucionalidad, cuyo desarrollo

¹⁸ Por ejemplo, la Constitución de Guatemala del 2 de febrero de 1965 hacía alusión al recurso de amparo siendo que en realidad lo que se regulaba era un juicio de amparo concebido como una acción autónoma.

La Constitución de Guatemala vigente regula en su artículo 265 la procedencia del amparo concebido como una acción autónoma para proteger a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o para restaurar el imperio de los mismos cuando han sido violados. Al respecto véanse los comentarios de Fix-Zamudio, Héctor, *Art. Cit.*, p. 128.

¹⁹ De manera ilustrativa, en la legislación de la República del Salvador se regula el juicio de amparo posesorio relativo a la protección de la posesión de bienes inmuebles y derechos reales (artículos 778 al 781 del Código de Procedimientos Civiles).

²⁰ La doctrina y jurisprudencia chilena daba tal sentido al artículo 16 de la Constitución de Chile de 1925 que regulaba las detenciones arbitrarias.

histórico ha tenido por sentido unir a la función de justicia constitucional la función que, en Francia y en otros países, es propia del control de legalidad, la cual es también muy importante en un Estado de Derecho.²¹

Así, por juicio de amparo se entenderá el proceso de naturaleza constitucional desencadenado por vía de acción ante el juez constitucional en contra de actos de autoridad cuya finalidad consiste en proteger a los quejosos en contra de leyes (entendidas en sentido amplio, tanto formales como materiales) que transgredan los derechos constitucionales de los particulares, así como en contra de actos administrativos y jurisdiccionales que violen dichos derechos. El efecto de la sentencia de amparo será la restitución de la situación existente antes de la violación constitucional —si el acto impugnado tiene efectos positivos, o la obligación para la autoridad responsable de respetar el derecho constitucional violado— si los efectos del acto impugnado son negativos.²²

En los sistemas jurídicos contemporáneos, el juicio de amparo pertenece a aquéllos de tradición romanista en los cuales se privilegia a la ley, al derecho sustancial y donde el rol del juez consiste en la aplicación de la norma jurídica de la cual es un intérprete; ello en oposición a los sistemas del *common law* basados en los casos, en el proceso y en donde el juez tiene un papel esencial en la elaboración de las reglas de derecho.²³

En cuanto a ello, es de señalarse que si bien el amparo puede ser considerado como una institución regulada en países de tradición romanista, en los cuales la ley como fuente de derecho es sustancial, se concibe la posibilidad de cuestionar su constitucionalidad, a fin de defender los derechos constitucionales en contra de actos que los vulneren, y por consecuencia de la supremacía constitucional, por el

²¹ Cappelletti, Mauro, “El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado”, *La justicia constitucional, estudios de derecho comparado*, México, UNAM, 1987, pp. 36-41.

²² Castro, Juventino, *Garantías y amparo*, México, Porrúa, 2004, p. 355.

²³ Zenati, Frédéric, *L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil*, Dalloz, 2002, p. 15.

El Dr. Héctor Fix-Zamudio, en su artículo “El juicio de amparo latinoamericano”, publicado en *Estudios jurídicos en memoria de Alberto Vázquez del Mercado*, Porrúa, México, 1982, considera que hay ciertos instrumentos jurídicos internacionales que guardan similitudes con el amparo como lo es el *Verfassungsbeschwerde* alemán.

propio justiciable, lo cual conlleva a su vez a conservar la unidad y uniformidad del orden jurídico. Ello con objeto de reforzar la protección de los derechos constitucionales contra actos de autoridad que afecten a los particulares, toda vez que la ley se encuentra subordinada a la Constitución.

Este último concepto se encuentra plasmado en el *obiter dictum* de la decisión del Consejo Constitucional CC-85-197 DC del 23 de agosto de 1985, que reza: “La ley votada...no refleja la voluntad general si no respeta la Constitución”, en virtud de que la voluntad de legislador puede errar y de que la misma se encuentra condicionada a un elemento adicional al voto parlamentario: *el respeto de la Constitución*,²⁴ en el cual se observa una tendencia a satisfacer las exigencias del constitucionalismo.

Sin embargo, es necesario un medio para asegurar la supremacía constitucional respecto de todo acto de autoridad garantizando en todo caso el derecho a un tribunal; al respecto, el control preventivo de constitucionalidad francés ha cumplido parcialmente las exigencias del constitucionalismo, ya que dicho control no se ejerce sobre todas las leyes ordinarias respecto de las cuales accionar al Consejo Constitucional es facultativo, mas sí obligatorio en el caso de las leyes orgánicas en términos del artículo 61 de la Constitución del 4 de octubre de 1958, lo cual torna aleatoria la supremacía de la Constitución sobre la ley.²⁵

Sabiendo que la Constitución debe prevalecer sobre las leyes, Francia ha adoptado recientemente un control represivo a través del artículo 61-1 de la Constitución francesa, el cual podría comprender la posibilidad de impugnar directamente por el justiciable actos legislativos, administrativos y judiciales a través de un mecanismo que respete la *ratio* de sus instituciones, pero que a su vez tienda a un incremento en la protección de los derechos constitucionales, no reservando más tal acción a las autoridades.

Con dicho fin, el sistema constitucional francés podría reforzar sus mecanismos de control de constitucionalidad en aras de una protec-

²⁴ Blachère, Philippe, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale. La loi votée...n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution*; PUF, Francia, 2001, p. 12.

²⁵ *Ibidem*, p. 79.

ción completa y efectiva de los derechos fundamentales gracias a la introducción del juicio de amparo.

2. El amparo y el contencioso constitucional francés

El juicio de amparo procede, ya sea por vía de amparo directo o de amparo indirecto. El amparo directo procede en contra de sentencias definitivas, laudos o resoluciones que pongan fin al juicio dictados por tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, respecto de los cuales no proceda ningún recurso ordinario por el que puedan ser modificados o revocados, ya sea que la violación cometida durante el procedimiento afecte las defensas del quejoso, trascendiendo al resultado del fallo, y por violaciones de garantías cometidas en las propias sentencias o resoluciones indicados.²⁶

El amparo directo es también conocido en la doctrina como amparo casación, al tener su influencia del recurso de casación²⁷ del cual ha sido cuestionada su naturaleza jurídica y lo correcto o no de que se le regule como medio de control de constitucionalidad, al considerar ciertos autores que no es más que un recurso.²⁸ A la inversa, en Francia se hacen cuestionamientos en torno a la actividad llevada a cabo por el Consejo de Estado y la Corte de Casación y su posible injerencia en un control de constitucionalidad, cuya actitud ante la Constitución se ha desarrollado a fin de no resultar jueces de "segunda categoría".²⁹

²⁶ Castro, Juventino, *op. cit.*, p. 442.

Artículo 158 de la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

²⁷ En efecto, dentro de las fuentes del juicio de amparo se encuentran algunos elementos de derecho francés como lo son: la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en razón de que para la creación de un modelo de justicia constitucional se debe comenzar por el reconocimiento de derechos; el Senado Conservador, fuente de inspiración del Supremo Poder Conservador de 1836, abolido en 1843; el recurso de casación reflejado en el amparo directo, el cual procede en contra de resoluciones definitivas tanto por errores *in procedendo* como por errores *in iudicando*, y la jurisprudencia.

Sobre dicho tema véase Castro, Juventino, *op. cit.*, p. 281; Soberanes Fernández, José Luis, "Notas sobre el origen del amparo casación en México", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XXV, núm. 74, mayo-agosto, México, IJ-UNAM, 1982; Vega, Fernando, "El juicio de amparo y el recurso de casación francés", *Pemex-Lex*, núm. 35-36, mayo-junio, México, 1991, p. 40.

²⁸ Burgoa, Ignacio, *op. cit.*, pp. 177-180.

²⁹ Derrien, Arnaud, *op. cit.*, pp. 51 y ss.

Al parecer, dichos cuestionamientos relativos a la actividad constitucional tanto de los jueces de amparo como de los mencionados jueces franceses coinciden, en razón de que no resulta muy claro si cuando hacen referencia a la regla constitucional o cuando controlan errores de derecho de actos judiciales, ello implica un control de constitucionalidad.

En lo que se refiere a la naturaleza del amparo directo se cuestiona si la misma es de un juicio o no es más que un recurso en el cual el juez revisa la exacta aplicación de la ley. En efecto, la diferencia entre juicio y recurso atañe a la naturaleza de la reclamación así como también se refiere a una distinción entre el todo y la parte;³⁰ esto es, el juicio inicia a través de una acción en la cual se reclama una pretensión jurídica, comienza por una demanda, se lleva a cabo bajo el principio de contradicción en distintas etapas, incluidas las de pruebas y alegatos, y concluye por sentencia firme. Por el contrario, el recurso, en el caso del recurso de casación es interpuesto en contra de una resolución definitiva, parte de un juicio entendido en *lato sensu*. De esta manera, se dilucida si la actividad de los jueces respecto a los errores de derecho que violen derechos constitucionales es de verdaderos jueces constitucionales o si lo único que hacen es revisar errores de derecho en lo resuelto por el *a quo* respetando la Constitución al resolver conforme a ella.

Es de señalarse que la creación del Consejo de Estado y la Corte de Casación es anterior a la del Consejo Constitucional que data de 1958. En virtud de las dificultades por dichos jueces para invocar directamente la Constitución y las declaraciones de derechos, se apoyaron de manera discreta en los principios generales del derecho, que han coincidido con varias disposiciones del contenido del bloque de constitucionalidad francés.³¹ A partir del momento en que los principios generales de derecho son elevados a valor constitucional,

³⁰ Sobre este tema véase Rabasa, Emilio, *El artículo 14: estudio constitucional y el juicio constitucional: origen teoría y extensión*, Porrúa, México, pp. 95-102.

³¹ Actualmente el bloque de constitucionalidad francés se integra por la Constitución francesa de 1958, la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República, los principios particularmente necesarios en nuestro tiempo contenidos en el Preámbulo de la Constitución de 1946 y los principios de valor constitucional (Rousseau, Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, Monthchrestien, 2001, pp. 101-114.

el Consejo de Estado y Corte de Casación reaccionan aplicando el texto del contenido del bloque, constitucionalidad francés, actitud en la cual si bien tales jueces se muestran cada vez más respetuosos del Consejo Constitucional, aún subsiste el riesgo de “una pluralidad de constituciones”.³²

Al respecto, se observa que el Consejo de Estado y la Corte de Casación francesa invocan con mayor frecuencia el texto constitucional por considerar que la Constitución no puede quedar como un texto vago de contenido incierto, para lo cual la norma constitucional llega a ser fundamento de sus resoluciones. A manera de ejemplo, la Corte de Casación llega a hacer referencia a normas constitucionales en sus resoluciones dadas en el recurso de casación; tal actitud podría desprenderse del artículo 604 del Nuevo Código de Procedimientos Civiles que establece que “en el recurso de casación la Corte de Casación sanciona la inconformidad de la resolución combatida a las reglas de derecho”, entre las cuales figura en primera categoría la Constitución, cuya violación da lugar a la casación. Por cuanto hace al Consejo de Estado, éste no duda en llevar a cabo su actividad haciendo referencia a las normas constitucionales, en lo cual se observa una lógica de complemento entre el Consejo Constitucional y el Consejo de Estado,³³ el cual llega a considerar fundamentos constitucionales para confirmar o anular el acto impugnado.³⁴

³² Derrien, Arnaud, *op. cit.*, pp. 54-84.

³³ Derrien, Arnaud, *op. cit.*, pp. 65 y ss. C.E., Ass., 13 de noviembre de 1998, *M. Le Déaut et autres*.

³⁴ Véase la resolución de la Corte de Casación de 25 de enero de 2005, cámara de comercio, núm. de recurso 03-10068 que dice: “que el Consejo Constitucional en su decisión del 19 de diciembre de 1998, ha dicho bajo las mismas consideraciones señaladas que, el impuesto sobre las fortunas sólo podrá recaer sobre la capacidad contributiva por la posesión de un conjunto de bienes y los ingresos provenientes de los mismos, pero agrega que la disposición sancionada, permite, en violación al artículo 13 de la Declaración de 1879, considerar en la base gravable el valor pleno de la propiedad del nudo propietario respecto de la cual no provienen ingresos”.

También ver la resolución del Consejo de Estado en el recurso de casación núm. 227770 del 29 de enero de 2003, que dice: “Considerando tercero, que si la decisión del 5 de marzo de 1996 por virtud de la cual se concede a la señora X... el beneficio de sustitución de ingresos, a pesar de que no cubría los requisitos para ello, se han generado derechos adquiridos para la interesada, situación que no impide a esta resolutoria poner fin a futuro al depósito de dicha prestación, lo cual no constituye una violación a los derechos adquiridos de la señora X, ni desconoce el principio de irretroactividad de los actos administrativos, ni viola los

No en todos aquellos casos en los que el juez de amparo directo o los jueces ordinarios franceses se pronuncian sobre los errores de derecho cometidos por el *a quo* son una simple instancia adicional, sino que parece ser que llegan a ejercer un control constitucional; en cuanto a ello, es de tomarse en cuenta que la frontera que separa al error de derecho —consistente en deformar la norma jurídica para adaptarla a los hechos—, del error de hechos —consistente en torcer los hechos para hacerlos encuadrar en la hipótesis jurídica— es ínfima,³⁵ respecto de la cual pueden suscitarse incidencias sobre un control constitucional según la regla de derecho que se aplique al acto impugnado para resolver la controversia.

Por otra parte, el amparo indirecto interpuesto ante los juzgados de distrito, conocido como *bi-instancial* por admitir una segunda instancia en caso de que se interponga recurso de revisión, en cuyo objeto puede impugnarse la constitucionalidad de leyes (*amparo contra leyes*), algunos actos administrativos en términos del artículo 114 de la Ley de Amparo (*amparo administrativo*) y contra detenciones arbitrarias (*amparo habeas corpus*), es un juicio seguido por el principio de contradicción compuesto de diversas etapas, incluida la de pruebas y alegatos.³⁶

Tratándose del control de actos administrativos se observa que en Francia el control de la legalidad de los mismos se lleva a cabo a través del recurso por desvío de poder (*recours pour excès de pouvoir*) por virtud del cual se anulan actos administrativos contrarios a derecho,³⁷ del cual hay quien considera que el mismo tiene similitudes al juicio de amparo indirecto.³⁸

El *recours pour excès de pouvoir* es un medio de defensa tendiente a la anulación de actos administrativos para asegurar conforme a los principios generales de derecho, el respeto de la legalidad.³⁹

principios invocados por la actora, reconocidos en el preámbulo de la Constitución de 27 de octubre de 1958 (sic)”.

³⁵ Massot, Jean *et al.*, *Le Conseil d'État, juge de cassation*, Berger Levrault, 2001, p. 136.

³⁶ Véase Zamora, Stephen, Cossío Díaz, José Ramón *et al.*, “Judicial Procedures to Enforce the Constitution”, *Mexican Law*, Oxford, Nueva York, 2004, pp. 266-267.

³⁷ Vedel, Georges, *Droit administratif*, PUF, 1976.

³⁸ Chanes Nieto, José, *La procédure d'amparo mexicaine et le recours pour excès de pouvoir*, Thèse, Paris 1, 1966.

³⁹ CE Ass. 17 de febrero de 1950, *Dame Lamotte*.

En dicho recurso si bien el juez rehúsa controlar la calificación de hechos, hay ocasiones en las cuales el Consejo de Estado controla errores manifiestos de apreciación sancionando errores flagrantes y actos manifiestamente desproporcionados en relación con la motivación de los mismos que implican decisiones arbitrarias.⁴⁰

En la apreciación del derecho el juez del *recours pour excès de pouvoir* puede anular el acto administrativo impugnado o determinar que el mismo es contrario a derecho fundando su resolución en disposiciones constitucionales. El juez de amparo ante quien se impugna un acto administrativo lo examina a la luz de la Constitución, ya sea que el mismo contravenga la Constitución o el fundamento del mismo sea inconstitucional, y al resultar inconstitucional su fundamento, lo será así el acto administrativo. Respecto del juez francés hay que distinguir dos hipótesis: 1) la anulación del acto administrativo por ser contrario a derecho, basando su resolución en disposiciones constitucionales, 2) en el supuesto en que entre el acto administrativo y la Constitución intervenga una ley inconstitucional, el Consejo de Estado rehúsa pronunciarse al respecto (*loi-écran*).

Así, la Constitución resulta una norma que el Consejo de Estado no puede ni desea ignorar en el control que ejerce en el *recours pour excès de pouvoir*. En este tenor, el control interno de los actos administrativos incluye el de su violación a la Constitución.⁴¹

III. INTERÉS EN LA ADOPCIÓN DEL JUICIO DE AMPARO

La justicia constitucional se impone ante la necesidad de que las declaraciones de derechos, nacionales o internacionales, no sean sólo proclamaciones filosóficas, por lo que su efectividad se confía a tribunales nacionales o trasnacionales, como lo es la Corte Europea de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo.⁴²

⁴⁰ Brisson, Jean-François, *Le recours pour excès de pouvoir*, Ellipses, pp. 100 y ss. CE 16 de diciembre de 1988, *Association générale des administrateurs civils*.

⁴¹ Gohin, Olivier, "Le Conseil d'État et le contrôle de constitutionnalité de la loi", *Aux origines du contrôle de constitutionnalité XVIIIe.-XX siècle*, Paris, Panthéon-Assas, LGDJ, 2003, p. 177.

⁴² Cappelletti, Mauro, "Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle", *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 2, abril-junio, 1981, p. 637.

Al respecto, de manera significativa se constata que si bien en Francia existe un control de constitucionalidad de las leyes, hay lagunas importantes las cuales resulta imperioso colmar a fin de reforzar su lugar como garante de los derechos humanos; sin embargo, su posición se consolida gracias a una tendencia cada vez mayor a ello.

Con dicho fin, la creación de una Corte Constitucional o bien de un Poder Constitucional, conformado por diversos jueces, con facultades para controlar la constitucionalidad de todo acto de autoridad inconstitucional, directamente accionado por el justiciable, permitiría cumplir las exigencias de una justicia constitucional efectiva.

1. Fortalecimiento del contencioso constitucional francés

Si bien en ocasiones el Consejo de Estado y la Corte de Casación llegan a actuar como jueces constitucionales, no siempre es así. Ello acontece en los casos en que dichos jueces rehúsan controlar la constitucionalidad de un acto respecto del cual una ley se impone entre el mismo y la Constitución (*loi-écran*);⁴³ esto es, si un acto tiene como fundamento una ley respecto de la cual el juez considera que apreciar su constitucionalidad implica un control de constitucionalidad, se rehúsa a ello.

Sin embargo, antes de la aprobación de la "Ley constitucional núm. 2008-724 del 23 de julio de 2008 para la modernización de las instituciones de la Quinta República", a fin de superar lagunas del sistema jurídico francés relativas a la posibilidad de impugnar leyes inconstitucionales *a posteriori*, el Consejo de Estado y la Corte de Casación se han pronunciado sobre la inconstitucionalidad de las normas jurídicas con base en una interpretación conforme consistente en que aquellos casos en que la norma admita diversas interpretaciones, se adopta la que sea conforme a la Constitución.⁴⁴ En cuanto a ello, resulta un avance considerable hacia un Estado de Derecho, la apro-

⁴³ Derrien, Arnaud, *op. cit.*, p. 81.

⁴⁴ Sobre la interpretación conforme véase Da Silva, Virgilio Alfonso, "La interpretación conforme a la Constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial", *Cuestiones constitucionales*, núm. 12, enero-junio, 2005, pp. 1-26. Disponible en línea en la *Biblioteca Jurídica Virtual*: www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/12/ard/ard1.htm [ref. del 5 de junio de 2008].

bación de la "Ley constitucional núm. 2008-724 del 23 de julio de 2008 de modernización de las instituciones de la Quinta República", al reconocer la posibilidad de impugnar las leyes *a posteriori*, toda vez que "la democracia no se reduce a la supremacía de la opinión de la mayoría sino que ordena un equilibrio que asegure a las minorías un trato justo y se evite todo abuso de la posición dominante".⁴⁵

La defensa constitucional debe proceder en contra de cualquier acto de autoridad que vulnere la Constitución a fin de proteger los derechos constitucionales, preservar la supremacía constitucional y la unidad del orden jurídico.

En lo que se refiere al control constitucional de actos administrativos y judiciales, el Consejo de Estado y la Corte de Casación tienen límites para pronunciarse abiertamente sobre su inconstitucionalidad; a su vez, desde el punto de vista del particular, tiene limitaciones para tener acceso a un tribunal investido de facultades para controlar la constitucionalidad de tales actos con las técnicas y métodos apropiados para ello.

A fin de hacer prevalecer un Estado de Derecho, gracias a la aprobación de los artículos 29 y 30 de la "Ley constitucional núm. 2008-724 del 23 de julio de 2008 para la modernización de las instituciones de la Quinta República", en lo que concierne al control de constitucionalidad de leyes *a posteriori* reconocido en el artículo 61-1 de la Constitución, Francia se ha opuesto a la idea de que el control de constitucionalidad de las leyes constituye una anomalía en un sistema democrático al no ser elegido democráticamente el órgano que lo ejerce, siendo tal control un refuerzo de la democracia. En efecto, el límite al poder presupone una concepción pluralista caracterizada por el respeto de los derechos fundamentales, ello toda vez que los representantes no son el soberano sino delegados de dicho poder.⁴⁶

Dicha cuestión puede ser observada a la inversa, esto es, si los sistemas jurídicos que cuentan con un control de constitucionalidad *a posteriori* de las leyes atentan contra la democracia a pesar de que ello ha reforzado la protección de los derechos constitucionales de los gobernados gracias a mecanismos establecidos para que las instancias

⁴⁵ Cedh, Chassagnou *et al.* vs. France, 29 /04/1999, §112.

⁴⁶ En este sentido véase Cossío Díaz, José Ramón, *Constitución, tribunales y democracia*, Themis, México, 1998, pp. 63-69; Rousseau, Dominique, "Pour une constitutionnelle", RDP, 2002, pp. 362-775.

correspondientes censuren actos inconstitucionales que afectan los derechos de los justiciables.

Si se acepta que la democracia se basa en el respeto de derechos fundamentales, entonces resulta indispensable un mecanismo con dicha finalidad para el caso en que sean aplicadas a los justiciables leyes inconstitucionales; para lo cual, en realidad tanto las leyes como todo acto de autoridad debe ser sujeto de un control constitucional por un juez constitucional accionado por los justiciables, y no así reservar tal facultad a las autoridades, ya sean políticas o jurisdiccionales. Al respecto, se han logrado avances en Francia al saber que "no se puede considerar eternamente a los ciudadanos franceses como 'menores inconstitucionales' cuya defensa constitucional se encuentre irrevocablemente delegada a sus representantes".⁴⁷

Aún más, el respeto de los derechos constitucionales en Francia debe comprender a todo justiciable sujeto a la jurisdicción francesa, al no ser "menores constitucionales", lo cual implica la posibilidad de que impugnen todo acto alegado de inconstitucional, ya sea de naturaleza legislativa, administrativa o jurisdiccional, *lato sensu*, en virtud de que tales actos no deben quedar bajo el cobijo de la impunidad a causa de la ausencia de un mecanismo de control de constitucionalidad.

Ello lleva a considerar el tema relativo al derecho a un tribunal. Dicho derecho, comprendido como "el derecho de toda persona, con un interés legítimo y cubiertos los presupuestos procesales, de tener acceso a una jurisdicción",⁴⁸ se basa en el principio de preeminencia del derecho, el cual es una solución muy importante en los sistemas jurídicos para satisfacer la necesidad de que los derechos de los justiciables prevalezcan.⁴⁹

El reconocimiento en el sistema jurídico francés del derecho a un tribunal constitucional ante el cual se diriman las controversias planteadas por los particulares sobre violaciones constitucionales, es una solución tendiente a una mejor protección de los derechos constitucionales, a reafirmar la supremacía de la Constitución, así

⁴⁷ Robert Badinter, citado por Rousseau, Dominique, *Sur le Conseil Constitutionnel. La doctrine Badinter et la démocratie*, Descartes, París, 1997, p. 70.

⁴⁸ Milano, Laure, *op. cit.*, p. 51.

⁴⁹ Cappelletti, Mauro y Bryant Garth, *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, México, 1987, p. 97.

como la uniformidad y la unidad del orden jurídico concebido como una pirámide conformada jerárquicamente por normas, respecto de las cuales cada una constituye el parámetro de regularidad de las inferiores.⁵⁰

En este sentido, en las relaciones entre normas de diversos grados, la norma superior es el fundamento de validez de las inferiores toda vez que el orden normativo es concebido como un sistema de normas que regulan a los sujetos de derecho respecto de las cuales la garantía de la Constitución implica la regularidad de los actos de autoridad a fin de que la respeten, manifestado principalmente en el control de constitucionalidad de las leyes.⁵¹

Dicho de otra manera, la garantía de los justiciables franceses de accionar a un juez para impugnar todo acto de autoridad inconstitucional, permitirá garantizar a su vez la unidad y la uniformidad del orden jurídico para que la Constitución prevalezca en todo caso y sea aplicada uniformemente.

Asimismo, la coherencia del orden jurídico sería también garantizada gracias a que dicho control reconoce la relación de las partes que componen todo orden jurídico, incluidos los actos de autoridad, legislativos, administrativos o jurisdiccionales, en sentido material, en relación con la Constitución, la cual no puede válidamente ser ignorada o contrariada bajo riesgo de afectar la armonía y unidad de las partes de dicho orden.

Por ello, la adopción en Francia de un instrumento garante de la defensa constitucional *a posteriori* y por consecuencia de los derechos constitucionales, atendiendo para ello a las particularidades de su sistema y avances al respecto, resulta importante.

Sobre ello, el juicio de amparo como instrumento de control constitucional y de protección de los derechos constitucionales tiene una proyección internacional en diversos órdenes jurídicos nacionales y cuya esencia se encuentra prevista incluso en instrumentos internacionales como lo es, a manera de ejemplo, el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece:

⁵⁰ Kelsen, Hans, "La garantie juridictionnelle de la Constitution", *Annuaire de l'Institut International de Droit Public*, París, PUF, 1929, p. 79.

⁵¹ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Porrúa, México, 1997, pp. 201, 232.

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

En este sentido, la proyección del juicio de amparo en el sistema jurídico francés para reforzar la protección de derechos de los particulares gracias a los avances en la materia, sería previsible considerando que existe una especie de concurrencia entre el Consejo Constitucional y el Consejo de Estado y la Corte de Casación, reconociéndolos o integrándolos como jueces constitucionales aprovechando su experiencia jurisdiccional en la materia.⁵²

Por otra parte, la adopción de un control de constitucionalidad concreto *a posteriori* también toca la cuestión relativa a las relaciones entre la Corte Europea de Derechos Humanos y el Consejo Constitucional, respecto de las cuales algunos autores consideran que la construcción de una supraconstitucionalidad europea y el control de convencionalidad de las leyes realizado por el Consejo de Estado y la Corte de Casación podría anunciar la decadencia del Consejo Constitucional.⁵³ Contrariamente a dicha óptica, la introducción de un control de constitucionalidad *a posteriori*, reafirma el rol de dicha institución como garante de la Constitución, considerando sus relaciones con los jueces ordinarios, respecto de lo cual habría que analizar el objeto y los mecanismos de control de sus actividades, en aras de la uniformidad del orden jurídico.

Sobre dicho tema, si bien puede haber una concordancia material de los derechos previstos en los catálogos constitucional y europeo,

⁵² El control de constitucionalidad de leyes *in abstracto* realizado por el Consejo Constitucional es similar al control abstracto de constitucionalidad del mismo orden llevado a cabo en México desencadenado por acción de autoridades políticas denominado "acción de inconstitucionalidad". Sin embargo, a diferencia del control abstracto de constitucionalidad previsto en el párrafo segundo del artículo 61 de la Constitución francesa, la acción de inconstitucionalidad se ejerce después de publicada la ley. Al respecto, los efectos de las decisiones pronunciadas en dicho control con las pronunciadas en amparo podrían regularse en Francia.

⁵³ Sobre dicho tema véanse las referencias dadas por Saillant Elodie, "Conseil constitutionnel, Cour européenne des Droits de l'Homme et protection des droits et libertés: sur la prétendue rivalité de systèmes complémentaires", *RDP*, t. 120, nov.-dic., 2004, núm. 6, pp. 1497-1546.

ello no implica la anulación del Consejo Constitucional ya que dicha coincidencia no siempre acontece, ni el contenido ni el margen de interpretación de los derechos constitucionales, los cuales a su vez pueden coincidir con el catálogo de derechos protegidos por el Consejo de Estado y la Corte de Casación, así como de los métodos propios utilizados por las instancias constitucionales.

Por el contrario, de no garantizarse en el orden jurídico interno una defensa completa de los derechos constitucionales, sí habrá mayores riesgos de que se debiliten las instancias nacionales, ya que los particulares recurrirán con mayor frecuencia a la Corte Europea de Derechos Humanos en virtud del derecho a un tribunal previsto en el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, riesgos que disminuyen gracias a la adopción de un control de constitucionalidad *a posteriori* francés.

Así, confirmamos la visión de que "hay que evitar buscar en Estrasburgo lo que podemos encontrar aquí",⁵⁴ ello no implica un desprecio al juez europeo por el juez constitucional nacional, sino una visión de complemento en la cual sea el juez constitucional francés quien dé solución a sus quejosos a fin de evitar saturaciones innecesarias en la Corte Europea de Derechos Humanos, así como consolidar la confianza en las instituciones francesas en materia de justicia constitucional en la cual se tienen progresos importantes.

2. Algunos aspectos procesales del juicio de amparo y el contencioso constitucional francés

Bajo las condiciones anteriormente señaladas, para una introducción del juicio de amparo en el sistema jurídico francés, han de tomarse en cuenta aspectos relativos a su compatibilidad con el control ya desarrollado por el Consejo Constitucional y por el Consejo de Estado y la Corte de Casación, que si bien llevan a cabo actividades complementarias, parece ser que el resultado ha sido un desarrollo

⁵⁴ Véase CE 3 avril 1998, *Corderoy du Tiers*, concl. Arrighi de Cassanova, citado en Pacteau, Bernard, "Le juge administratif et l'interprétation européenne", en *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Nemesis, coll. Droits et justice, Bruselas, 1998, p. 278.

concomitante de dicho control de constitucionalidad, con objeto de satisfacer las necesidades de los justiciables.

Así, deberá considerarse la estructura y el funcionamiento del juicio de amparo con la manera como funcionan las instituciones francesas, con miras a hacer del Consejo Constitucional una Corte Suprema coordinada en su estructura orgánica con tribunales constitucionales de rango inferior a fin de establecer un Poder Constitucional, que tendría las facultades de los jueces de amparo para controlar todo acto de autoridad inconstitucional. En lo que concierne a los progresos desarrollados por el Consejo de Estado y Corte de Casación, habría que determinar cómo se integrarían tales órganos en un Poder Constitucional o si el despojarlos de sus avances en la materia afectaría su naturaleza.

Al respecto, ¿sería posible, en consideración del rol desarrollado por los jueces ordinarios, hablar de la existencia implícita de un control difuso de la Constitución francesa solamente respecto a la actividad del Consejo de Estado y de la Corte de Casación? A pesar de que si dicho control difuso no se encuentre reconocido expresamente, ¿tales jueces participan en el mismo en apego al principio de la supremacía constitucional?⁵⁵ O bien al contrario, ¿en razón de la referencia expresa del control de constitucionalidad confiado al Consejo Constitucional, éste se encuentra en la cúspide de un Poder Constitucional y todo otro juez queda excluido del mismo a pesar del desarrollo de su injerencia en tal ámbito?

En el caso del juicio de amparo, el mismo opera como un control concentrado ejercido por jueces especializados en materia constitucional, siendo el tribunal máximo la Suprema Corte de Justicia, de tal manera que entre los diversos jueces constitucionales hay especializaciones, así como mecanismos para garantizar la uniformidad de la jurisprudencia, que permiten en cierta forma evitar saturaciones y rezago del juez constitucional.

Parece ser que en Francia se ha desarrollado una especie de control en el cual el Consejo de Estado y la Corte de Casación participan para

⁵⁵ Melleray, Fabrice, "La Constitution, norme d'application directe par le juge: conditions et limites", *L'application de la Constitution par les Cours supremes. Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat, Cour de cassation*, sous la direction de Guillaume Drago, Dalloz, 2007, pp. 17-29.

asegurar la conformidad de los actos a la Constitución.⁵⁶ ¿Ello implica que además del Consejo Constitucional, tales jueces participan en el control de constitucionalidad francés? En caso de ser así, deberán preverse mecanismos para garantizar la coherencia y uniformidad de sus criterios. O bien, bajo la línea de que se ha adoptado un control de constitucionalidad concentrado, es dable erigir un Poder constitucional conformado por diversos jueces constitucionales, a fin de dar seguimiento a los diversos asuntos en plazos razonable, en cuya cúspide se encuentre el Consejo Constitucional.

Sobre dicho aspecto, el objeto de la actividad jurisdiccional constitucional es la declaración o realización coactiva y concreta de los intereses protegidos en abstracto por la Constitución, cuando por incertidumbre o inobservancia, no son directamente satisfechos por los obligados a ello, en la que hay un pronunciamiento sobre la pretendida inconstitucionalidad del acto reclamado.⁵⁷ Así, en rigor aquellos casos en los que el Consejo de Estado y la Corte de Casación fundamenten sus resoluciones en la Constitución o en las decisiones del Consejo Constitucional no serían un control de constitucionalidad *strictu sensu* si no se determina la validez o anulación del acto reclamado a la luz de su constitucionalidad.⁵⁸

En caso de adoptarse un control de constitucionalidad concreto como lo es el juicio de amparo, las decisiones pronunciadas en un control abstracto por el Consejo Constitucional, en su caso, tendrían efectos sobre aquellas pronunciadas con motivo del juicio de amparo. En cuanto a ello, se deberán determinar los efectos de la autoridad absoluta (*erga omnes*) de las decisiones del Consejo Constitucional establecido en el párrafo tercero del artículo 62 de la Constitución francesa con los de las sentencias en amparo.

Al respecto, si bien se establece el carácter obligatorio para todas las autoridades de las decisiones del Consejo Constitucional pronunciadas en un control de constitucionalidad *a priori* en términos del tercer

⁵⁶ Arnaud, Derrien, *op. cit.*, pp. 53-85.

⁵⁷ Es nuestro concepto basado en la definición de actividad jurisdiccional propuesta por Rocco Ugo, en su obra, *Teoría general del proceso civil*, México, Porrúa, 1999, p. 42.

⁵⁸ Sobre el tema de control difuso, véase Sánchez Gil, Rubén, "El control difuso de la constitucionalidad en México, Reflexiones en torno a la tesis P/J/38/2002" [en línea], *Biblioteca Jurídica virtual* [ref. del 11 agosto 2006]. Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/11/ard/ard7.htm>.

párrafo del artículo 62 constitucional, la falta de sanción de dicha norma ha permitido ciertas libertades a las autoridades, a pesar de que en la práctica no se permite a autoridades tan prestigiadas como el Consejo de Estado y la Corte de Casación ignorar con desdén al Consejo Constitucional.⁵⁹

Con dicho fin, para asegurar el cumplimiento de las resoluciones del Consejo Constitucional, el mismo podría ser dotado de un poder de *injonction* sobre la autoridad responsable en cumplimiento a sus decisiones. En efecto, el derecho a un tribunal no culmina con la emisión de la sentencia por la que se resuelve la controversia jurídica, sino que comprende también la ejecución de la sentencia en la que se resuelve sobre la pretensión del justiciable.

Ello repercutiría en el fortalecimiento de la coherencia y seguridad del sistema jurídico en razón de la interconexión de atribuciones de las autoridades que se desenvuelven en el mismo, así como en lo que se refiere a la interpretación y aplicación uniforme del derecho.

Dicho tema nos lleva a su vez a revisar los efectos de una jurisprudencia constitucional francesa pronunciada en un control de constitucionalidad de leyes *a priori* en relación con las decisiones pronunciadas por el Consejo Constitucional en el control de constitucionalidad *a posteriori*, en el cual está facultado para determinar los efectos de sus decisiones en el tiempo; esto es, conforme al párrafo segundo del artículo 62 constitucional, una disposición declarada inconstitucional en el control de constitucionalidad *a posteriori* es derogada a partir de la publicación de la resolución del Consejo Constitucional o bien a partir de una fecha ulterior si así es fijado por dicho Consejo.

Al respecto surge la cuestión relativa a si una vez que el Consejo Constitucional ha emitido criterio constitucional en el control de

⁵⁹ Arnaud, Derrien, *op. cit.*, p. 230.

Al respecto, tomamos en consideración el artículo 30 de la "Ley constitucional núm. 2008-724 del 23 de julio de 2008", que establece:

"El primer párrafo del artículo 62 de la Constitución es remplazado por dos párrafos en los siguientes términos:

Una disposición declarada inconstitucional con fundamento en el artículo 61 no puede ser promulgada ni ser aplicada.

Una disposición declarada inconstitucional con fundamento en el artículo 61-1 queda abrogada a partir de la publicación de la resolución del Consejo constitucional o de una fecha posterior fijada por dicha resolución. El Consejo constitucional determina las condiciones y límites bajo las cuales los efectos de la disposición son susceptibles de ser cuestionados".

constitucionalidad *a priori*, sería posible presentar demanda de amparo.⁶⁰ Al efecto, no se debe aceptar una “jurisprudencia congelada” en detrimento de los justiciables y de la defensa de la Constitución en virtud de que si bien una ley pudiera parecer constitucional en principio, su inconstitucionalidad puede revelarse en su aplicación, ya sea porque es aplicada a situaciones no imaginables para el legislador, ya sea porque la interpretación de las hipótesis previstas en la misma evolucionan en el tiempo.

Sobre dicho punto, podría considerarse que las decisiones pronunciadas por el Consejo Constitucional, en su caso, no resultarían inmediatamente obligatorias sino hasta que constituyeran jurisprudencia. En cuanto a ello, primero debe revisarse si el actual carácter absoluto (*erga omnes*) de las decisiones del Consejo Constitucional previsto en el artículo 62 constitucional, aun sin constituir jurisprudencia, se perdería bajo un esquema jurisprudencial como el referido, o si bien bajo en virtud de tal carácter de las decisiones de dicho Consejo no es necesario esperar se cree jurisprudencia para que la misma resulte obligatoria para todas las autoridades en relación con el planteamiento en el caso concreto, para lo cual habrá que atender a la distinción entre “cosa juzgada” y “cosa interpretada”.⁶¹

En lo que concierne a normas declaradas inconstitucionales por resolución del Consejo Constitucional que no constituyan aún jurisprudencia, habrá de considerarse los efectos de la jurisprudencia en relación con las lagunas legales que se pudieran suscitar. Dicho de otro modo, una vez que la jurisprudencia declare una ley inconstitucional, varias posibilidades pueden plantearse: que dicha ley declarada inconstitucional sea reemplazada por otra o bien que quede un vacío jurídico.⁶²

⁶⁰ Dicho tema es objeto de controversias en los debates que se llevan a cabo con motivo de la aprobación de la ley orgánica del artículo 61-1 de la Constitución francesa. Véase *Projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, núm. 1599, presentada el 8 de abril de 2009, cuyos debates se encuentran disponibles en el sitio www.assemblee-nationale.fr/13/dossiers/art61-1_const_04-09.asp [Ref. del 6 de mayo de 2009].

⁶¹ Sobre este tema véase Disant, Mathieu, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, Université de Lille II, Tesis ganadora del premio *Prix de thèse du Sénat pour 2009, Prix de la Fondation Jacques Descours Desacres pour 2009*.

⁶² Es de distinguirse aquellos casos en que la declaración de una ley inconstitucional tenga por efecto revivir disposiciones anteriores, sobre todo en materia penal, lo cual resultaría

En la primera hipótesis, incluso si existía un orden jurídico en vigor con anterioridad a la promulgación de la ley impugnada, el legislador puede crear una norma sobre el mismo supuesto normativo, pero limitado a la autoridad del juez constitucional y el respeto a sus criterios constitucionales aun en nuevas disposiciones legales que *a pesar de que sean redactadas en forma distinta (tengan) en sustancia un objeto análogo a aquellas disposiciones legislativas declaradas inconstitucionales* (Decisión 89-258 Dc del 8 de julio de 1989, *Rec.*, p. 48).

Dicho criterio del Consejo Constitucional resulta una protección frente a toda tentativa del legislador de dar la vuelta a las decisiones que ya hayan declarado la inconstitucionalidad de una ley, no permitiéndole la aprobación de otra que en esencia prevea lo mismo. Además, con ello se evitan procedimientos de inconstitucionalidad que saturan a los tribunales innecesariamente.

En el segundo caso, si por la ley declarada inconstitucional queda un vacío jurídico al respecto, crear una nueva ley es facultad del poder legislativo. Ciertamente, hay ocasiones en las que el juez al interpretar las leyes, llegan a modificar el alcance de las disposiciones aplicadas al caso concreto; sin embargo, la tarea del juez constitucional es declarar la inconstitucionalidad de las leyes y no así legislar, ya que dicha función pertenece por Constitución a otro poder, el legislativo. Es de considerarse que en este supuesto, existe la facultad prevista en el artículo 62 constitucional consistente en que el Consejo Constitucional difiera en el tiempo los efectos de sus resoluciones.

IV. CONCLUSIÓN

Finalmente, es normal que las instituciones evolucionen, y bajo ello, es posible que el juicio de amparo sea adoptado por Francia, país de la Declaración de los Derechos Humanos, del cual se inspiraron varios

violatorio de los artículos 111-3 del Código penal francés y 7 párrafo 1 del Convenio Europeo para la Protección de los derechos humanos y libertades fundamentales.

En este sentido Lamanda, Vincent (Presidente de la Corte de Casación), en los debates sobre el Proyecto de Ley orgánica del artículo 61-1 de la Constitución por la *Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République*, del martes 30 de junio de 2009, *Compte rendu* núm. 63. Disponible en línea en www.assemblee-nationale.fr/13/cr-loi/08-09/c089063.asp [Ref. del 06/07/09].

regímenes jurídicos, así como también país de progresos importantes en materia de control de constitucionalidad, incluido el control *a posteriori*, gracias al genio del Consejo de Estado y la Corte de Casación, siendo dichas características y avances compatibles con la introducción del juicio de amparo.

COMENTARIOS SOBRE LA JERARQUÍA ENTRE LEYES Y TRATADOS EN EL DERECHO MEXICANO

Les bonnes lois en font faire de meilleures, les
mauvaises en amènent de pires.¹

Rodrigo LABARDINI
Jacqueline OLVERA VÁZQUEZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Texto original y reforma del artículo 133 constitucional*. III. *Jerarquía de los tratados según las interpretaciones de la SCJN*. IV. *Argumentos esgrimidos en la SCJN en el análisis de 2007*. V. *Comentario final*. VI. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

En el ámbito internacional, los Estados Unidos Mexicanos se caracterizan por tener una reiterada práctica de cooperación, solidaridad y respeto hacia los demás estados, expresada en su política exterior.²

¹ “Las buenas leyes llevan a hacer unas mejores, las malas acarrearán otras peores”, Jean Jacques Rousseau, *Le Contrat Social*, Livre III, ch. 15 (traducción de los autores [t.a.]).

² Política exterior que en su conducción por el Ejecutivo Federal debe seguir siete principios constitucionales: “Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes: ... X. Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, así como terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos, sometiéndolos a la aprobación del Senado. En la conducción de tal política, el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos: la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los Estados; la cooperación internacional para el desarrollo; y la lucha

Lo anterior se ve reflejado en el importante número de tratados que nuestro país ha celebrado en diversas materias: 1 926 tratados bilaterales y multilaterales.³ La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) prevé la forma de recepción y de incorporación de los tratados en nuestro sistema jurídico interno⁴ y los considera como parte de la “Ley Suprema de toda la Unión”.⁵

Recientemente, en 2007, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) emitió un nuevo criterio interpretativo sobre el artículo 133 constitucional,⁶ a fin de establecer si existe o no una jerarquía entre los ordenamientos jurídicos que conforman la Ley Suprema de toda la Unión: en específico la Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y los tratados⁷ celebrados por el Presidente

por la paz y la seguridad internacionales”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (CPEUM), art. 89-X.

³ Al 20 de julio de 2009 se encuentran en vigor 1 299 tratados; 678 bilaterales y 622 multilaterales. Los tratados no vigentes son 409 bilaterales y 218 multilaterales. Todos los tratados vigentes se encuentran disponibles en www.sre.gob.mx/tratados.html.

⁴ Véase Manuel Becerra, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, UNAM, 2006 y José Luis Caballero, *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México*, Porrúa, 2009.

⁵ El texto completo en vigor del artículo 133 constitucional es: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados” (énfasis añadido).

⁶ SCJN, *Tratados internacionales*. Son parte integrante de la Ley Suprema de la Unión y se ubican jerárquicamente por encima de las leyes generales, federales y locales. Interpretación del artículo 133 constitucional, registro IUS 172650, Novena época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXV, abril de 2007, p. 6, Amparo en revisión 120/2002. McCain México, S. A. de C. V. 13 de febrero de 2007. Mayoría de seis votos. Todas las tesis aisladas y jurisprudenciales citadas pueden encontrarse en los discos IUS que emite la SCJN o en <http://www.scjn.gob.mx/ius2007.html>.

⁷ Conforme a la *Ley sobre la Celebración de Tratados* (LCT), tratado es “el convenio regido por el derecho internacional público, celebrado por escrito entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y uno o varios sujetos de derecho internacional público, ya sea que para su aplicación requiera o no la celebración de acuerdos en materias específicas, cualquiera que sea su denominación, mediante el cual los Estados Unidos Mexicanos asumen compromisos. De conformidad con la fracción I del artículo 76 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los tratados deberán ser aprobados por el Senado y serán Ley Suprema de toda la Unión cuando estén de acuerdo con la misma, en los términos del artículo 133 de la propia Constitución”, art. 2-I. Debemos señalar que la definición es muy cercana –pero divergente– de la ofrecida por la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* (CVDT): “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido

de la República que hayan sido aprobados por el Senado y estén de acuerdo con la misma.

En el presente opúsculo analizaremos algunos alcances e implicaciones de la interpretación ofrecida por la SCJN. Comenzaremos con el análisis del texto original y su reforma. Posteriormente comentaremos las diferentes tesis que la SCJN ha sostenido en distintos momentos, en particular la última tesis emitida en abril de 2007, y algunos efectos jurídicos e implicaciones que derivan de la aplicación de este reciente criterio jurisprudencial. Finalmente, ofreceremos algunos elementos que pueden auxiliar en el desarrollo de la materia.

II. TEXTO ORIGINAL Y REFORMA DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL

La CPEUM, promulgada el 5 de febrero de 1917, señalaba en el texto original del artículo 133:⁸

Esta Constitución, las Leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella, y todos los tratados hechos y que se hicieren por el Presidente de la República, con aprobación del Congreso, serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, Leyes y Tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los Estados.⁹

El 18 de enero de 1934 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la única reforma que ha sufrido este precepto. El texto vigente establece:

por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”, art. 2(1) (a). La CVDT refleja correctamente que las obligaciones asumidas en un tratado son del Estado en tanto que la LCT indica que es celebrado entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y un sujeto de derecho internacional público (estados, organismos internacionales y sujetos atípicos, como el Comité Internacional de la Cruz Roja). La CVDT fue suscrita en Viena el 23 de mayo de 1969, firmada por México el 23 de mayo de 1969, aprobada por el Senado el 29 de diciembre de 1972, ratificada el 25 de septiembre de 1974, y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de febrero de 1975. Entró en vigor tanto en el ámbito internacional como en el ámbito interno el 27 de enero de 1980.

⁸ Originalmente planteado en el Congreso Constituyente de 1917 como artículo 132 fue dictaminado el 20 de enero de 1917, *Diario de los Debates del Congreso Constituyente*, 21 de enero de 1917, p. 546, y aprobado sin debate el 25 de enero de 1917, *idem*, p. 701.

⁹ *Diario Oficial de la Federación*, 5 de febrero de 1917, p. 160.

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

De la confrontación de ambos textos, se observa que la reforma conservó casi de manera íntegra la estructura y contenido del artículo originario. Ambos textos establecen que la Ley Suprema de toda la Unión se integra por la Constitución, las leyes emanadas del Congreso de la Unión y los tratados hechos o celebrados por el Presidente de la República.

Sin embargo, el precepto citado sufrió tres cambios perceptibles, uno de forma y dos respecto al fondo del mismo. En cuanto al cambio en la forma, el texto originario enunciaba “*los tratados hechos y que se hicieren por el Presidente de la República*”, mientras que la reforma de 1934 establece “*celebrados y que se celebren por el Presidente de la República*”. Si bien el cambio es gramatical, reviste con un lenguaje jurídico el proceso que desarrolla el Ejecutivo Federal por medio del cual nacen los tratados. Se cambió el término general “hacer”,¹⁰ por el término particular “celebrar”,¹¹ con lo cual no se afectó el sentido y la intención de dicho precepto, pero precisó su contenido. En tanto hacer significa producir algo, el concepto celebrar engloba todo un procedimiento que se desarrolla en diversas etapas.¹² En este sentido

¹⁰ Las primeras cinco acepciones del vocablo “hacer” según el *Diccionario de la Real Academia Española* nos indican: “1. tr. Producir algo, darle el primer ser. 2. tr. Fabricar, formar algo dándole la forma, norma y trazo que debe tener. 3. tr. Ejecutar, poner por obra una acción o trabajo. *Hacer prodigios*. U. a veces sin determinar la acción. *No sabe qué hacer*, U. t. c. prnl. *No sabe qué hacerse*. 4. tr. Realizar o ejecutar la acción expresada por un verbo previamente. *¿Escribirás la carta esta noche? Lo haré sin falta*. En los escritores clásicos era frecuente la sustitución de *lo* por *sí*. *¿Vendréis mañana? Sí haré*. 5. tr. Dar el ser intelectual, formar algo con la imaginación o concebirlo en ella. *Hacer concepto, juicio, un poema*”, disponible en www.rae.es (visitado el 20 de julio de 2009).

¹¹ La cuarta acepción del vocablo “celebrar” según el *Diccionario de la Real Academia Española* indica: “4. tr. Realizar un acto, una reunión, un espectáculo, etc. U. t. c. prnl.”, *op. cit.*, *supra* nota 9.

¹² “De la interpretación sistemática de lo dispuesto en los artículos 76, fracción I, 80, 89, fracciones I, II y X, 92 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se concluye que la disposición contenida en el citado artículo 133, en el sentido de que los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente

resulta más apropiado el término “celebrar” ya que incluye la fase de negociación, adopción, firma, aprobación por el Senado y, más importante, la ratificación¹³ del tratado.

El primer cambio de fondo lo encontramos cuando la reforma establece que formarán parte de la “Ley Suprema de toda la Unión” únicamente los tratados que “estén de acuerdo” con la Constitución. El texto originario estaba desprovisto de esta frase, ya que aparentemente se entendía de manera implícita que los tratados debían estar acordes con la Constitución, pues el Ejecutivo los celebraba y el Congreso —ambas Cámaras— debía aprobarlos, lo que en su conjunto permitiría verificar que los tratados no estuviesen en contra o fuesen incompatibles con la Carta Magna. La intención de la reforma de precisar que sólo son Ley Suprema de toda la Unión los tratados que “estén de

de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de la Unión, *no debe interpretarse con la limitación letrista* de que en forma específica sea el titular del Poder Ejecutivo de la Unión quien necesariamente lo lleve a cabo en todas sus fases, incluyendo la suscripción personal, pues los preceptos constitucionales invocados permiten la actuación del jefe del Ejecutivo a través del secretario de Estado correspondiente, siendo nuestro derecho interno, como es aceptado internacionalmente, el que determina la forma en que se estructura el órgano supremo representativo del Estado hacia el exterior y fija los procedimientos y límites de esa representación; por otro lado, *la celebración de un tratado no se reduce a la firma del mismo, la que puede provenir del presidente, del secretario relativo o del representante que aquél señale, sino que se encuentra constituido por todo un procedimiento que se desarrolla en diversas etapas, en las cuales interviene otro poder, además de los secretarios de Estado que se ocupan de las materias específicas*, de conformidad con lo previsto en los artículos 2o., 27, fracciones I, II, III y VII, y 28, fracciones I y XI, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, de los que deriva que corresponde al secretario de Relaciones Exteriores intervenir en toda clase de tratados y convenciones en los que el país sea parte, y al secretario de Gobernación, conducir las relaciones del Ejecutivo con el Poder Legislativo y publicar las leyes y decretos. En tales condiciones, basta con que el tratado internacional de que se trate haya sido negociado por el secretario de Relaciones Exteriores siguiendo las instrucciones del presidente de la República y luego ratificado por éste y aprobado por el Senado, como sucedió por parte de nuestro país en el tratado de mérito, para que tenga plena validez”, Tratado de extradición internacional celebrado entre México y los Estados Unidos de Norteamérica el cuatro de mayo de mil novecientos setenta y ocho. No es inconstitucional por la circunstancia de que el Presidente de la República no lo haya suscrito personalmente, si instruyó al secretario de relaciones exteriores para su negociación, y luego lo ratificó personalmente, registro IUS 196235, Novena época. Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, VII, mayo de 1998, p. 13, tesis aislada, Amparo en revisión 2830/97. Jorge Andrés Garza García. 24 de febrero de 1998. Unanimidad de diez votos (énfasis añadido).

¹³ Que es “el acto por el cual los Estados Unidos Mexicanos hacen constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado”, *Ley sobre la Celebración de Tratados*, art. 2-V.

acuerdo” con la Constitución aparentemente radicó en establecer de manera clara y explícita que todos los tratados que se celebren deben contar con el requisito indispensable de estar en concordancia con la Constitución –al menos al momento de su aprobación y ulterior ratificación. En este sentido, se presume que los tratados se encuentran apegados al texto constitucional hasta demostrar lo contrario.¹⁴ No obstante, la introducción de esta frase reflejó también la antigua polémica sobre las relaciones entre normas internas e internacionales –o las denominadas teorías monista y dualista.¹⁵ La Constitución resuelve el tema en favor de la constitución –situación anómala para algunos autores¹⁶ ya que “el derecho internacional no está normado por la Constitución”.¹⁷

En contraste, el hecho de que originalmente fuera el Congreso General el que aprobara los tratados puede representar dos situaciones:

1. Aprobación del tratado para que el texto constitucional pudiera enmendarse –si se requiriera– y así garantizar la correspondencia entre tratado y Constitución. Esta situación puede referirse también a la alternativa: conocimiento del legislativo para enmendar la legislación mexicana secundaria –y no necesariamente la constitucional (pese a que ha habido casos de reforma constitucional para adoptar una legislación secundaria federal).¹⁸ En ambos casos podría ser la vía para asegurar que tratado y sistema jurídico mexicano estén de acuerdo.

¹⁴ “...Así, basta que un tratado internacional lo firme el Ejecutivo, por sí o por conducto de plenipotenciario facultado, lo apruebe el Senado y se publique en el *Diario Oficial de la Federación*, para presumir que es acorde con la Constitución Federal, en el entendido de que esta presunción legal subsistirá hasta en tanto se declare la inconstitucionalidad o ilegalidad correspondiente por el órgano competente y en vía idónea.”, SCJN, *Tratados internacionales*. Deben presumirse apegados al texto constitucional hasta en tanto se demuestre su inconstitucionalidad en la vía procedente, registro IUS 171889, Novena época, Segunda Sala, XXVI S.J.F. 384 (julio de 2007). Tesis: 2a. LXXXIV/2007. Amparo en revisión 120/2002, McCain México, S.A. de C.V., 30 de mayo de 2007. Cinco votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretaria: Andrea Zambrana Castañeda.

¹⁵ Ver *infra* nota 134 y texto que le acompaña.

¹⁶ Jorge Palacios Treviño, *Tratados. Legislación y práctica en México*, Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 3a. ed., 2001, p. 55.

¹⁷ Ignacio L. Vallarta, citado en Palacios, *supra* nota 15, p. 55.

¹⁸ En 1933, el Congreso manifestó que para adoptar una nueva legislación secundaria –Ley de Nacionalidad y Naturalización– se requería reformar la Constitución para debidamente sustentarla jurídicamente, hecho que procedió a realizar: “...pero como *para llevar*

2. Verificar que el Ejecutivo no exceda sus facultades al celebrar un tratado que pudiera violar alguna garantía individual o algún concepto fundamental –como puede ser la integración territorial del Estado o su forma de gobierno. Esto podría estar corroborado por el artículo 15 constitucional que señala: “No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; *ni de convenios o tratados en virtud de los cuales se alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano*”.¹⁹ Alterar significa modificar la sustancia.²⁰ En consecuencia, en atención a la expresión del constituyente originario, pareciera *stricto sensu* que los tratados no pudieran concebirse como una reducción de garantías pero tampoco como una ampliación de ellas.²¹

El tercer cambio de esta reforma resulta de trascendencia debido a que realiza un cambio en el órgano interno competente facultado para aprobar los tratados. En el texto originario del artículo 133, el Congreso de la Unión –que abarca tanto a la Cámara de Diputados como a la de Senadores–²² era el órgano que se encargaba de aprobar todos los tratados hechos por el Presidente de la República. La reforma otorgó competencia exclusiva a la Cámara de Senadores –implícitamente se la retiró a la Cámara de Diputados– para aprobar los tratados celebrados por el Presidente de la República. Presumiblemente esto ocurrió bajo el principio de que la Cámara de Senadores

a cabo la expedición de dicha Ley se necesita la reforma de las bases constitucionales que deban sustentarla, dicha Cámara colegisladora aprobó las modificaciones pertinentes a los artículos 30 y 37 de la Constitución que directamente se refieren al asunto, así como las de los artículos 73 y 133 del mismo pacto fundamental...”, *Diario de Debates Cámara de Diputados*, martes 19 de diciembre de 1933, p. 13 (énfasis añadido).

¹⁹ Énfasis añadido.

²⁰ Conforme al *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, alterar significa: “1. tr. Cambiar la esencia o forma de algo. U. t. c. prnl. 2. tr. Perturbar, trastornar, inquietar. U. t. c. prnl. 3. tr. Enojarse, excitar. U. t. c. prnl. 4. tr. Estropear, dañar, descomponer. U. t. c. prnl.”, *supra* nota 9.

²¹ Sin embargo, véase *infra* notas 79 a 85 y el texto que le acompaña.

²² “El poder legislativo de los Estados Unidos Mexicanos se deposita en un Congreso general, que se dividirá en dos Cámaras, una de diputados y otra de senadores”, CPEUM, art. 50.

es el órgano que representa la voluntad de las entidades federativas y que por lo tanto era el indicado para aprobar un tratado que vincularía a todo el territorio mexicano –incluida la jurisdicción de las entidades federativas.²³

En la Cámara de Diputados no se encuentra mayor explicación sobre la iniciativa en 1933 del Ejecutivo²⁴ –aprobada por el Senado el 28 de octubre de 1933– que proponía dicho cambio²⁵ salvo que: “Es obvia la razón que se ha tenido en cuenta para reforma el artículo 133 de la Constitución en la forma propuesta por el Ejecutivo y que el Senado acepta, pues si bien es verdad que los tratados internacionales también son Ley Suprema de la Unión, esto es, en cuanto no estén en pugna con la Ley Fundamental que es la Constitución”.²⁶ La

²³ “...por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades...”, SCJN, Tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal, Registro núm. 192867, Novena época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, X, noviembre de 1999, Pleno, p. 46. Tesis: P. LXXVII/99, tesis aislada. Amparo en revisión 1475/98. Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo. 11 de mayo de 1999. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rancel (énfasis añadido).

²⁴ La iniciativa fue impulsada por Óscar Rabasa, Becerra, *supra* nota 3, p. 110.

²⁵ El Diario de Debates de 1933 no ofrece mayor explicación o concepto alguno sobre los motivos que impulsaron la reforma publicado en el *Diario Oficial* de 1934, salvo que fue iniciativa del Ejecutivo Federal y aprobada por el Senado. El 19 de diciembre de 1933, en la Cámara de Diputados el Prosecretario leyó el Dictamen de primera lectura de la Comisión de Puntos Constitucionales, que se había presentado el 9 de noviembre de 1933, Diario de Debates Cámara de Diputados, martes 19 de diciembre de 1933, pp. 2 y 3, sesión en la que se dispensaron los trámites: “Primera Comisión de Puntos Constitucionales. Honorable Asamblea: El Ejecutivo de la Unión, envió a la H. Cámara de Senadores del Congreso General una iniciativa de Ley de Nacionalidad y Naturalización que habrá de sustituir a la que actualmente está en vigor; pero como para llevar a cabo la expedición de dicha Ley se necesita la reforma de las bases constitucionales que deban sustentarla, dicha Cámara colegisladora aprobó las modificaciones pertinentes a los artículos 30 y 37 de la Constitución que directamente se refieren al asunto, así como las de los artículos 73 y 133 del mismo pacto fundamental, por las razones que oportunamente se harán constar. ...”, Diario de Debates Cámara de Diputados, martes 19 de diciembre de 1933, p. 13.

²⁶ Diario de Debates Cámara de Diputados, martes 19 de diciembre de 1933, p. 15. Con esta información, lo más que puede uno suponer haya sido la motivación del Ejecutivo para proponer la enmienda, es que por tratarse de un mayor número de legisladores, ello podría retrasar el proceso de aprobación del tratado amén de politizar el tema con el posible enfrentamiento entre facciones políticas y partidistas. Sin embargo, el mayor diálogo al

Cámara aprobó la iniciativa el 19 de diciembre de 1933²⁷ y aprobó la declaratoria de reforma constitucional el 23 de diciembre de 1933.²⁸ La reforma se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de enero de 1934.²⁹

En el Senado, se había dado primera lectura al dictamen, presentado el 3 de octubre de 1933, de la Primera Comisión de Relaciones sobre el Proyecto de Ley, de Nacionalidad y Naturalización que presentó el Ejecutivo y que “hace indispensable la reforma de los artículos 30, 37, 73 y 133 de la Constitución Federal”.³⁰ El dictamen, aprobado el 28 de octubre de 1933,³¹ señala, en relación con el artículo 133 y el órgano legislativo –Congreso General, Cámara de Diputados o Cámara de Senadores– que debe aprobar los tratados, que “...La reforma de este artículo es más al texto que a su contenido. El artículo actualmente en vigor no especifica que los tratados internacionales, junto con la Constitución y Leyes expedidas por el Congreso, serán la Ley Suprema de la Unión, siempre que estén de acuerdo con la misma. Por esto hemos creído conveniente hacer esta salvedad, pues en caso de conflicto entre las disposiciones contenidas en un tratado internacional y las de la propia Constitución, sería difícil, teniendo a la vista los textos constitucionales únicamente decidir cuál de las dos disposiciones debe prevalecer...”.³² Lo anterior parece mostrar

interior del órgano legislativo podría ser la justificación precisa para enviar el tratado a la discusión del legislativo para manifestar claramente el compromiso del *Estado* y no sólo del gobierno o la administración en turno.

²⁷ Diario de Debates Cámara de Diputados, martes 19 de diciembre de 1933, pp. 13-16.

²⁸ Diario de Debates Cámara de Diputados, sábado 23 de diciembre de 1933, p. 43.

²⁹ *Diario Oficial de la Federación*, p. 208.

³⁰ Diario de los Debates de la Cámara de Senadores del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, año II, Periodo Ordinario. XXXV Legislatura, t. II, núm. 7, Sesión ordinaria celebrada el día 3 de octubre de 1933, p. 4. Esta aseveración resulta interesante en tanto que para adoptar una legislación secundaria se contemplaba necesaria la reforma constitucional, con lo que en términos prácticos parecería que la norma constitucional debía seguir lo prescrito por la norma secundaria.

³¹ El dictamen de las Comisiones Unidas, Primera de Relaciones y Segunda de Puntos Constitucionales sobre la iniciativa mencionada se aprobó el 28 de octubre de 1933, Diario de los Debates de la Cámara de Senadores del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, año II, Periodo Ordinario. XXXV Legislatura, t. II, núm. 12, Sesión ordinaria celebrada el día 28 de octubre de 1933, pp. 6-9.

³² *Idem*, p. 8. El párrafo completo lee “La reforma de este artículo es más al texto que a su contenido. El artículo actualmente en vigor no especifica que los tratados internacionales, junto con la Constitución y Leyes expedidas por el Congreso, serán la Ley Suprema de la

que el cambio realizado sobre el órgano que debe aprobar los tratados realmente no fue analizado en el proceso de reforma y que la intención únicamente consistía en procurar la concordancia entre el texto constitucional y las disposiciones del tratado.

De esta forma, cuando el Senado, como representante de las entidades federativas, aprueba un tratado puede entenderse —como lo ha hecho la SCJN—³³ que las propias entidades federativas también lo aprueban y se comprometen a su debido cumplimiento al interior de cada una de ellas. Pese a ello, debe señalarse que cuando tocaba al Congreso General aprobar los tratados, el Senado igualmente participaba y aprobaba los tratados.

Adicionalmente, la enmienda de 1934 en el sentido de que el Senado es el único órgano facultado para aprobar los tratados puede explicar que igualmente se marque que los tratados deben “estar de acuerdo” con la Constitución ya que el Senado de manera autónoma y por sí solo no está facultado para enmendar la legislación nacional —pese a que en el proceso de reforma no se analizó el tema sobre qué órgano legislativo debía aprobar los tratados.³⁴ Esto parece confirmarse con la “obvia razón” que en 1933 señala la Cámara de Diputados —“...pues si bien es verdad que los tratados internacionales también son Ley Suprema de la Unión, esto es, en cuanto no estén en pugna con la Ley Fundamental que es la Constitución”—³⁵ y porque el Senado comentó que si no existe esa frase podrían surgir complicaciones derivadas de posible inconsistencia entre normas constitucionales e internacionales.³⁶ Por ello, el Senado —como órgano de Estado— debe verificar que los tratados estén de acuerdo con la CPEUM para evitar conflicto entre las normas internacional y constitucional —aunque

Unión, siempre que estén de acuerdo con la misma. Por esto hemos creído conveniente hacer esta salvedad, pues en caso de conflicto entre las disposiciones contenidas en un tratado internacional y las de la propia Constitución, sería difícil, teniendo a la vista los textos constitucionales únicamente decidir cuál de las dos disposiciones debe prevalecer. Por esto de una manera clara establecemos en este artículo la supremacía de la Constitución”, *loc. cit.*

³³ “...el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades...” Tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal, *loc. cit.*

³⁴ *Cfr. supra* nota 31.

³⁵ Diario de Debates, Cámara de Diputados, *supra* nota 24, p. 15.

³⁶ *Supra* nota 31.

esto no implica necesariamente la legislación secundaria (general, federal o reglamentaria).

Es así que el texto vigente del artículo 133 constitucional establece que la “Ley Suprema de toda la Unión” —entiéndase los Estados Unidos Mexicanos (integrado por las tres ramas del poder: ejecutivo, judicial, legislativo; los tres órdenes de gobierno: federal, estatal y municipal y los órganos autónomos constitucionales)— está integrada: 1) por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2) las leyes del Congreso de la Unión “que emanen de ella”, y 3) los tratados celebrados por el Presidente de la República, siempre que estén en acuerdo con la misma y sean aprobados por la Cámara de Senadores.

Respecto a las leyes emitidas por el Congreso de la Unión, la SCJN ha señalado que las leyes del Congreso de la Unión a las que se refiere este artículo constitucional, no corresponden a las “leyes federales” —aquéllas que regulan las atribuciones conferidas a determinados órganos con el objeto de trascender únicamente al ámbito federal (en oposición al ámbito estatal)— sino que se trata de “leyes generales”³⁷ —que son aquéllas que pueden incidir válidamente en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado mexica-

³⁷ Al 24 de julio de 2009, las leyes mexicanas que en su denominación tienen el concepto general son: Ley de los Impuestos Generales de Importación y de Exportación, Ley de Vías Generales de Comunicación, Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, Ley General de Asentamientos Humanos, Ley General de Bibliotecas, Ley General de Bienes Nacionales, Ley General de Contabilidad Gubernamental, Ley General de Cultura Física y Deporte, Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas, Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable, Ley General de Desarrollo Social, Ley General de Deuda Pública, Ley General de Educación, Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, Ley General de la Infraestructura Física Educativa, Ley General de las Personas con Discapacidad, Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, Ley General de Población, Ley General de Pesca y Acuicultura Sustentables, Ley General de Protección Civil, Ley General de Salud, Ley General de Sociedades Cooperativas, Ley General de Sociedades Mercantiles, Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Ley General de Turismo, Ley General de Vida Silvestre, Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, Ley General para el Control del Tabaco, Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, y Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos.

no.³⁸ Sin embargo, las denominadas “leyes reglamentarias”³⁹ de un precepto constitucional bien podrían encuadrar dentro “de las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella (la CPEUM)”, ya que también tienen aplicación en los diferentes órdenes jurídicos de los Estados Unidos Mexicanos.

El precepto constitucional establece de manera expresa que es facultad del “Presidente de la República” celebrar tratados. Esto pudiese interpretarse en el sentido de que sólo los tratados celebrados personalmente por el Presidente son válidos. Sin embargo, la SCJN ha señalado que no debe realizarse una “interpretación letrista” de dicho precepto constitucional.⁴⁰ La SCJN ha indicado que al realizar un análisis sistemático de los artículos 76, fracción I, 80, 89, fracciones

³⁸ “...leyes generales que son aquellas que pueden incidir válidamente en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado mexicano. Es decir, las leyes generales corresponden a aquellas respecto a las cuales el Constituyente o el Poder Revisor de la Constitución ha renunciado expresamente a su potestad distribuidora de atribuciones entre las entidades políticas que integran el Estado mexicano, lo cual se traduce en una excepción al principio establecido por el artículo 124 constitucional. Además, estas leyes no son emitidas *motu proprio* por el Congreso de la Unión, sino que tienen su origen en cláusulas constitucionales que obligan a éste a dictarlas, de tal manera que una vez promulgadas y publicadas, deberán ser aplicadas por las autoridades federales, locales, del Distrito Federal y municipales”. Leyes Generales. Interpretación del artículo 133 constitucional, registro IUS 172.739, Novena época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, XXV, abril de 2007, p. 5, tesis aislada, Amparo en revisión 120/2002. McCain México, S.A. de C.V. 13 de febrero de 2007. Mayoría de seis votos.

³⁹ Al 24 de julio de 2009, las leyes reglamentarias —en cuyo título expresamente se señalan como “ley reglamentaria”— en México son las siguientes: Ley de amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ley Federal de Extinción de Dominio, Reglamentaria del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del Apartado B) del Artículo 123 Constitucional, Ley Reglamentaria de la Fracción V del Artículo 76 de la Constitución General de la República, Ley Reglamentaria de la fracción VI del artículo 76 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ley Reglamentaria de la Fracción XIII bis del Apartado B, del Artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ley Reglamentaria de la Fracción XVIII del Artículo 73 Constitucional, en lo que se refiere a la Facultad del Congreso para Dictar Reglas para Determinar el Valor Relativo de la Moneda Extranjera, Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo, Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en Materia Nuclear, Ley Reglamentaria del Artículo 5o. Constitucional, Relativo al Ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal y Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario.

⁴⁰ “...la disposición contenida en el citado artículo 133, no debe interpretarse con la limitación letrista...”, SCJN, Tratado de extradición internacional celebrado entre México y

I, II y X, 92 y 133 de la Constitución, se desprende que estos preceptos permiten la actuación del Jefe del Poder Ejecutivo a través del secretario de Estado correspondiente.⁴¹ En cuestión de tratados esto ocurre mediante plenos poderes por lo tanto, tiene validez el tratado que haya sido negociado por el secretario correspondiente siguiendo las instrucciones del Presidente de la República, aprobado por el Senado, y luego ratificado por el Estado mexicano.⁴² Debe apuntarse que pese a que por mandato constitucional es facultad exclusiva de la Cámara de Senadores aprobar los tratados que el Presidente de la República celebre en nombre de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos no establece procedimiento general o especial alguno para la aprobación de un tratado.⁴³ El tratado que se somete al Senado sigue el mismo proceso que se realiza para la aprobación de leyes emanadas del Congreso General, con la diferencia de que no existe una cámara revisora y una cámara de origen, ya que el procedimiento es llevado a cabo únicamente por la Cámara de Senadores.⁴⁴

los Estados Unidos de Norteamérica el cuatro de mayo de mil novecientos setenta y ocho, *supra* nota 11.

⁴¹ “En el ejercicio de sus atribuciones y para el despacho de los negocios del orden administrativo encomendados al Poder Ejecutivo de la Unión, habrá las siguientes dependencias de la Administración Pública Centralizada: I. Secretarías de Estado;...”, *Ley Orgánica de la Administración Pública Federal*, art. 2 (I). La firma del tratado requiere que el funcionario o la persona facultada para ese propósito cuente con plenos poderes, que son “el documento mediante el cual se designa a una o varias personas para representar a los Estados Unidos Mexicanos en cualquier acto relativo a la celebración de tratados”, *Ley Sobre La Celebración De Tratados*, art. 2(VI), y “un documento que emana de la autoridad competente de un Estado y por el que se designa a una o varias personas para representar al Estado en la negociación, la adopción o la autenticación del texto de un tratado, para expresar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, o para ejecutar cualquier otro acto con respecto a un tratado”, CVDT, *supra* nota 6, art. 2(c).

⁴² *Cfr.* SCJN, Tratado de extradición internacional celebrado entre México y los Estados Unidos de Norteamérica el cuatro de mayo de mil novecientos setenta y ocho, *supra* nota 11.

⁴³ De hecho, el vocablo tratado no se encuentra en esta Ley que organiza tanto a la Cámara de Diputados como a la de Senadores.

⁴⁴ Debe ponderarse en su oportunidad que si los tratados son “Ley Suprema de la toda Unión”, quizá deberían aprobarse por las dos Cámaras que conforman al Congreso de la Unión, ya que las leyes generales, que también son Ley Suprema de toda la Unión, son aprobadas bajo un procedimiento legislativo en las Cámaras de Diputados y de Senadores, aunque por otra parte ello podría derivar a una politización del proceso de la aprobación del tratado y su posible retardo para la vinculación internacional del Estado, *cfr. supra* nota 24. Sin embargo, debe recordarse que los tratados y las leyes del Congreso de la Unión presentan una naturaleza jurídica y origen distintos. Por otra parte, las leyes del Congreso

III. JERARQUÍA DE LOS TRATADOS SEGÚN LAS INTERPRETACIONES DE LA SCJN

Atendiendo al texto constitucional, los tratados son parte integrante de la "Ley Suprema de toda la Unión". Sin embargo, la CPEUM no tiene una definición expresa sobre la jerarquía que existe entre tratados y las leyes del Congreso General que emanen de la Constitución. Lo que señala la CPEUM es que las leyes del Congreso de la Unión deben "emanar" de la propia CPEUM y que los tratados tienen que estar de acuerdo con la misma una vez aprobados por el Senado. A lo largo de su historia, la SCJN ha adoptado diferentes tesis con las que establece la jerarquía entre Constitución, leyes del Congreso de la Unión y tratados.

1. El criterio de 1950

El 26 de junio de 1950, la Segunda Sala de la SCJN sostuvo, en materia administrativa, que las estipulaciones contenidas en los tratados celebrados con las potencias extranjeras, tienen fuerza de ley para los habitantes del país.⁴⁵ En este sentido, se admitió que tratados y leyes tendrían el mismo efecto jurídico para la población. Este criterio no establece en sí una jerarquía normativa sino la obligatoriedad interna que el tratado tiene. La tesis es consistente con el texto constitucional ya que éste sólo prescribe que constitución, leyes y tratados componen la Ley Suprema de toda la Unión. Del texto constitucional y de la citada tesis no puede concluirse prelación alguna entre los tres elementos—Constitución, leyes y tratados—una vez que se han incorporado a la Ley Suprema de toda la Unión. Lo que sí es que los tratados deben estar de acuerdo con la CPEUM y las leyes deben emanar de ella.

de la Unión, conforme al texto constitucional integrarían la Ley Suprema de toda la Unión, debe considerarse a este concepto sólo a las leyes generales o las reglamentarias ya que éstas son de observancia obligatoria para la Federación, las entidades federativas y los municipios, así como a todos los ramos del gobierno: ejecutivo, judicial y legislativo.

⁴⁵ Fuerza de los Tratados, registro IUS núm. 319825, Quinta época, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, CIV, p. 2243, Amparo administrativo en revisión 9792/49. Manuel E. Conde, 26 de junio de 1950. Unanimidad de cuatro votos.

2. Los criterios de 1981

En 1981, el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito emitió dos tesis aisladas en materia de tratados. La primera estableció que el artículo 133 constitucional no estipula una aplicación preferente de las disposiciones contenidas en un tratado respecto de lo dispuesto en las leyes emanadas del Congreso de la Unión.⁴⁶ El tribunal interpreta de forma consistente con el texto constitucional, ya que éste no fija prelación alguna, salvo que exista una posibilidad de acuerdo con el orden de redacción constitucional: constitución, leyes y tratados. Asimismo se señaló que las autoridades mexicanas deberían sujetarse a una regla de conflicto⁴⁷ a fin de establecer cuál es la norma aplicable a un caso concreto. Sin embargo, ello no representa que el precepto constitucional establezca que los tratados presentan una mayor obligación legal o mayor prelación jurídica que las leyes del Congreso. Ésta quizás es la mejor interpretación de todas ya que infiere que Constitución, tratados y leyes forman parte de un cuerpo normativo: la Ley Suprema de toda la Unión, donde ninguna (conforme a este criterio) precede a la otra.⁴⁸

⁴⁶ "La última parte del artículo 133 constitucional establece el principio de la supremacía de la Constitución Federal, de las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y de los tratados celebrados y que se celebren por el presidente de la República con aprobación del Senado, respecto de las constituciones y leyes de los Estados que forman la unión, y no la aplicación preferente de las disposiciones contenidas en los tratados respecto de lo dispuesto por las leyes del Congreso de la Unión que emanen de la Constitución Federal. Es pues, una regla de conflicto a que deben sujetarse las autoridades mexicanas, pero conforme a la misma no puede establecerse que los tratados sean de mayor obligación legal que las leyes del Congreso", SCJN, *Tratados internacionales*. El artículo 133 constitucional, última parte, no establece su observancia preferente sobre las leyes del Congreso de la Unión emanadas de la Constitución Federal, registro IUS núm. 250697, Séptima época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, 151-156, Sexta Parte, p. 195, tesis aislada., Amparo en revisión 160/81. National Research Development Corporation. 16 de julio de 1981. Unanimidad de votos. Ponente: Sergio Hugo Chapital Gutiérrez. Amparo en revisión 269/81. José Ernesto Matsumoto Matsuy. 14 de julio de 1981. Unanimidad de votos. Ponente: Samuel Hernández Viazcán, *Amparo en revisión 256/81*. C. H. Boehringer Sohn. 9 de julio de 1981. Unanimidad de votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel.

⁴⁷ *Loc. cit.*

⁴⁸ Se trata de lo que podemos denominar como "trinidad legal", donde las tres normatividades: "Constitución", "Leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella" y "tratados"—celebrados por el Ejecutivo Federal, aprobados por el Senado y de acuerdo con la CPEUM—tienen la misma jerarquía debido a que los tres conjuntos normativos conforman la "Ley Suprema de toda la Unión", una vez satisfechos los requisitos de ingreso a la pro-

La segunda tesis confirmó lo anterior: el artículo 133 constitucional no dispone ni establece preferencia alguna entre las leyes emanadas de la Constitución y los tratados que estén de acuerdo con la misma.⁴⁹ Conforme a este criterio, la disposición constitucional no sostiene que el derecho internacional tenga supremacía sobre el derecho interno, sino que adopta la postura de que el *derecho internacional es parte del derecho nacional*.⁵⁰ Por lo tanto, las tesis sostienen que los tratados que estén de acuerdo con la CPEUM y las leyes del Congreso de la Unión que emanen de la misma tienen un rango constitucional de igual jerarquía.

3. El criterio de 1992

El 30 de junio de 1992, el Pleno de la SCJN aparentemente confirmó la anterior interpretación aunque emitió la tesis donde interpretó que las “leyes federales” y los tratados tenían la misma jerarquía normativa.⁵¹

pia Ley Suprema de toda la Unión: que las leyes emanen de la Constitución y los tratados estén de acuerdo con ella. Desde ahora podría apuntarse a un posible problema de que un tratado ingrese a la “Ley Suprema de toda la Unión” pero posteriormente no se encuentre “de acuerdo” con la Constitución —porque ésta se modifique y genere que el tratado deja de estar de acuerdo, porque se modifique el tratado o porque se detecte que en un principio el tratado realmente no estaba de acuerdo.

⁴⁹ “El artículo 133 constitucional no establece preferencia alguna entre las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, puesto que el apuntado dispositivo legal no propugna la tesis de la supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno, sino que adopta la regla de que el derecho internacional es parte del nacional, ya que si bien reconoce la fuerza obligatoria de los tratados, no da a éstos un rango superior a las leyes del Congreso de la Unión emanadas de esa Constitución, sino que el rango que les confiere a unos y otras es el mismo”, SCJN, Tratados internacionales y leyes del Congreso de la Unión emanadas de la Constitución Federal. Su rango constitucional es de igual jerarquía, registro IUS núm. 250698, Séptima época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, 151-156 Sexta Parte, p. 196, tesis aislada, Amparo en revisión 256/81. C. H. Boehring Sohn. 9 de julio de 1981. Unanimidad de votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Guillermo Antonio Muñoz Jiménez.

⁵⁰ *Loc. cit.*

⁵¹ “De conformidad con el artículo 133 de la Constitución, tanto las leyes que emanen de ella, como los tratados internacionales, celebrados por el Ejecutivo Federal, aprobados por el Senado de la República y que estén de acuerdo con la misma, ocupan, ambos, el rango inmediatamente inferior a la Constitución en la jerarquía de las normas en el orden jurídico mexicano. Ahora bien, teniendo la misma jerarquía, el tratado internacional no puede ser criterio para determinar la constitucionalidad de una ley ni viceversa. Por ello, la Ley de

En dicha tesis se estableció que tanto las leyes federales, como los tratados aprobados por el Senado poseían el mismo rango inmediatamente inferior a la Constitución. En consecuencia, un tratado no podía ser un criterio para determinar la constitucionalidad de una ley ni viceversa.⁵² Es de señalar que la Constitución sólo alude a las leyes del Congreso de la Unión sin distinguir entre generales, reglamentarias y federales.⁵³ Consistente con los criterios previos, no hay prelación entre “ley federal” y tratados y ni unas ni los otros pueden definir la constitucionalidad del otro ordenamiento. Todo se mueve a un problema práctico de las autoridades mexicanas: qué norma aplicar, en lo que sería una regla de conflicto.⁵⁴ Esta labor compromete al Poder Judicial en términos del propio artículo 133 constitucional al tenor de: “Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha *Constitución, leyes y tratados*, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”.⁵⁵

4. El criterio de 1999

En 1999, el Pleno de la SCJN emitió una tesis con la que abandonó los criterios sostenidos durante 82 años desde la adopción de la Constitución de 1917. En esta ocasión la SCJN en *dictum*⁵⁶ consideró que los tratados se encuentran en un segundo plano inmediatamente inferior a la Constitución pero por encima del “derecho federal” y del local.⁵⁷

las Cámaras de Comercio y de las de Industria no puede ser considerada inconstitucional por contrariar lo dispuesto en un tratado internacional”, SCJN, Leyes federales y tratados internacionales. Tienen la misma jerarquía normativa, registro núm. 902454, Octava época, Pleno, Tesis 1781, Apéndice 2000, t. I, Const., P.R. SCJN, Jur. Acciones de Inconstitucionalidad C.C. p. 1230, Amparo en revisión 2069/91. Manuel García Martínez. 30 de junio de 1992. Mayoría de quince votos. Ponente: Victoria Adato Green. Secretario: Sergio Pallares y Lara. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Octava época, núm. 60, diciembre de 1992, p. 27, Pleno, tesis P. C/92. Debe subrayarse que este criterio se abandonó en la tesis P. LXXVII/99, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, noviembre de 1999, p. 46, *infra* nota 56.

⁵² *Loc. cit.*

⁵³ *Ver supra* nota 37.

⁵⁴ *Cfr. supra* nota 45.

⁵⁵ Artículo 133 constitucional, segunda oración (énfasis añadido).

⁵⁶ Parte no resolutive de una sentencia.

⁵⁷ “Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión “...serán la Ley Suprema

La interpretación anterior se pretendió fundamentar en el principio de que los tratados celebrados por el Presidente de la República y aprobados por el Senado, comprometen a *todo* el Estado mexicano y a *todas* sus autoridades frente a la comunidad internacional.⁵⁸ Es decir que la obligación de un tratado es la obligación del Estado *in toto*. Si bien el argumento es correcto —el tratado obliga a todo el Estado— no

de toda la Unión...” parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de “leyes constitucionales”, y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que “Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados”. No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, núm. 60, correspondiente a diciembre de 1992, p. 27, de rubro: “Leyes federales y tratados internacionales. tienen la misma jerarquía normativa”; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal”, SCJN, *Tratados internacionales*. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal, registro núm. 192867, Novena época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, X, noviembre de 1999, Pleno, p. 46, Tesis: P. LXXVII/99, tesis aislada. Amparo en revisión 1475/98. Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo. 11 de mayo de 1999. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel.

⁵⁸ *Loc. cit.*

es dable concluir que por ese motivo tiene prelación por encima de la legislación federal. Al efecto, se ha señalado que esta tesis y la de 2007 claramente “atenta[n] contra el orden constitucional del Estado mexicano” y constituyen “un golpe de Estado soterrado”.⁵⁹

Además, la SCJN estableció que “el derecho federal y local” se encuentran en un mismo rango⁶⁰ en virtud del artículo 124 constitucional,⁶¹ el cual establece el pacto federal consistente en que lo no expresamente otorgado a la federación se entiende reservado a las entidades federativas.⁶² En este punto debe señalarse que el artículo 124 constitucional refleja que en términos constitucionales la Federación existe por voluntad de las entidades federativas, ya que lo que no ha sido otorgado a la Federación, ésta no lo tiene y se reservó a las propias entidades federativas. Del texto constitucional y discusiones de los congresos constituyente original y permanente no es claro como concluir que “ley federal” y local si encuentran en un mismo plano. Lo más es que, conforme al texto del 133 constitucional, el derecho local cede lugar ante la Ley Suprema de toda la Unión —entiéndase Constitución, leyes y tratados— ya que los jueces de las entidades federativas “se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados”,⁶³ pese a lo prescrito en sus constituciones o legislación estatal.

5. El criterio de 2007

En 2007, la SCJN, reunida en Pleno, estableció una tesis que en lo general se pronunció en el mismo sentido que la anterior de 1999. Reafirmó que los tratados se encuentran jerárquicamente por debajo de la Constitución Federal, pero ahora precisó que incluso por en-

⁵⁹ Arnau Muriá Tuñón, *Crítica a las resoluciones de la Corte con respecto a la jerarquía constitucional de los tratados internacionales*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. VIII, 2008, p. 554.

⁶⁰ “... Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental...”, SCJN, *Tratados internacionales*. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal, *supra* nota 56.

⁶¹ “Las facultades que no estén expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados”.

⁶² SCJN, *Tratados internacionales*. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal, *supra* nota 56.

⁶³ Artículo 133 constitucional, segunda oración.

cima de las leyes generales y las federales y locales, estas últimas dos al mismo nivel.⁶⁴ Lo anterior se razonó al señalar que el Estado mexicano debe observar el principio de derecho internacional *pacta sunt servanda*,⁶⁵ según el cual, señala la SCJN, cada Estado “contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional”.⁶⁶

IV. ARGUMENTOS ESGRIMIDOS EN LA SCJN EN EL ANÁLISIS DE 2007

El Pleno de la SCJN confirmó en 2007 que los tratados forman parte integrante de la “Ley Suprema de toda la Unión”, pero que se encuen-

⁶⁴ “El artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente abajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario “*pacta sunt servanda*”, contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional”, SCJN, Tratados internacionales. Son parte integrante de la Ley Suprema de la Unión y se ubican jerárquicamente por encima de las leyes generales, federales, locales y constitucionales. Interpretación del artículo 133 constitucional, registro núm. 172650, Novena época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXV, abril de 2007, p. 6, tesis aislada, Amparo en revisión 120/2002. McCain México, S.A. de C.V. 13 de febrero de 2007. Mayoría de seis votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Andrea Zambrana Castañeda, Rafael Coello Cetina, Malkah Nobigrot Kleinman y Maura A. Sanabria Martínez.

⁶⁵ Locución latina que significa lo pactado debe cumplirse y que tiene su fundamento en la virtud moral de la justicia y la dimensión jurídica del hombre. Cfr. Agustín Basave Fernández, *Filosofía del derecho internacional, iusfilosofía y politosofía de la sociedad mundial*, UNAM, México, 2001, pp. 97-103.

⁶⁶ SCJN, Tratados internacionales. Son parte integrante de la Ley Suprema de la Unión y se ubican jerárquicamente por encima de las leyes generales, federales, locales y constitucionales, *supra* nota 63.

tran jerárquicamente: “Por encima de las leyes generales, federales, locales y constitucionales”.⁶⁷ Al señalar esto último (“por encima de las leyes generales, federales, locales y constitucionales”), parece reunir en un solo concepto a dichos ordenamientos internos, pese a que en los propios términos constitucionales: 1) las normas estatales ceden lugar no ante la ley federal ni ante los tratados, sino ante “dicha Constitución, leyes y tratados”⁶⁸ (que son los elementos normativos que integran la “Ley Suprema de toda la Unión”), y 2) las leyes federales que emanan del Congreso de la Unión y son parte de la Ley Suprema de toda la Unión deben imperar por encima de las locales. En virtud de lo anterior, resulta necesario conocer los fundamentos y argumentos esgrimidos por el máximo tribunal mexicano, a fin de tener un conocimiento integral de los criterios que dieron origen a la tesis antes mencionada.

1. A favor

El postulado del Pleno de la SCJN sostiene la supremacía de los tratados por encima de las leyes generales sustentado básicamente en dos principios: una “vocación internacionalista” de nuestra Constitución y el respeto del Estado mexicano hacia el derecho internacional. Debe señalarse que el caso concreto analizado no planteaba la inconstitucionalidad del tratado sino su acuerdo o no con una ley mexicana y se buscaba plantear un criterio amplio que abarcara la mayoría de los casos y fuera duradero.⁶⁹

⁶⁷ En la discusión, el ministro Mariano Azuela Güitrón, indicó: “El orden jurídico nacional se integra por lo siguiente: primero, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en seguida, tratados internacionales, leyes federales y locales...”, *Versión estenográfica de la sesión de la SCJN del 12 de febrero de 2007* (en adelante *Versión estenográfica -12feb2007*). Al señalar que las leyes federales y locales se encuentran en el mismo nivel —como señalaba la tesis de 1999, véase *supra* nota 56— parece que se desvirtúa el concepto de “Ley Suprema de toda la Unión”, ya que contarían con igual nivel jerárquico, pese a lo establecido en el propio artículo 133 constitucional.

⁶⁸ Artículo 133 constitucional, segunda oración.

⁶⁹ Manuel Becerra Ramírez, *Comentarios sobre las tesis P.IX/ 2007 y P.VIII/ 2007 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 2007, Respecto de la jerarquía de los Tratados en el Orden Jurídico Mexicano*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. VIII, 2008, pp. 861-866.

A. La vocación internacionalista de la Constitución mexicana

Conforme al primer criterio, la CPEUM muestra una vocación internacionalista. Atendiendo a un estudio del contenido de la CPEUM,⁷⁰ los ministros Salvador Aguirre Anguiano y Mariano Azuela Güitrón arguyen que en diferentes artículos de la misma se hace referencia al interés del Estado mexicano en concordar con el ámbito internacional. Los artículos constitucionales que mencionan son el 3o., 15, 89-X y 133. Los ministros indican que deben analizarse en su conjunto, es decir de manera sistemática, lo que da como resultado una jerarquía implícita donde el derecho internacional prevalece sobre las leyes generales, federales, locales y las de los propios municipios.⁷¹

El artículo 3o. constitucional establece: “La educación que imparte el Estado, tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor por la Patria y la conciencia de la solidaridad internacional”. Conforme a dichos ministros, de ello se desprende un elemento esencial para la impartición de la educación pública, la cual debe promover la colaboración y la “solidaridad internacional”. Señalan que éstos son elementos necesarios para permitir la sana convivencia y el “tráfico mercantil”⁷² entre los estados.⁷³ Suponemos que por tráfico mercantil, el ministro Aguirre Anguiano se refiere al conjunto de acciones que se llevan a cabo dentro del intercambio comercial entre los estados. La globalización es otro argumento que presenta el ministro Aguirre Anguiano y por el que señala que se debe otorgar una superioridad a los tratados con respecto a las leyes constitucionales, reglamenta-

⁷⁰ Referido por los ministros Aguirre Anguiano, *Versión estenográfica – 12feb2007*, supra nota 66, pp. 5-7, y Mariano Azuela Güitrón, *idem*, pp. 15-21.

⁷¹ Ministro Salvador Aguirre Anguiano, *Versión estenográfica – 12feb2007*, supra nota 66, p. 5, ministro Mariano Azuela Güitrón, *ibidem*, p. 18. Las versiones estenográficas de las sesiones del Pleno de la SCJN pueden obtenerse en www.scjn.gob.mx.

⁷² Ministro Salvador Aguirre Anguiano, *Versión estenográfica – 12feb2007*, supra nota 66, p. 6. Con este término se refiere al “tema común de todos los asuntos que están a nuestra consideración, esto es, tratados en esa materia pero que nada tienen que ver con los tratados de derechos humanos, y respecto de los cuales no se pueden llegar a conclusiones uniformes”, *loc. cit.*

⁷³ *Loc. cit.*

rias y generales.⁷⁴ En este sentido, el fenómeno de la globalización crece cada día más debido a la interacción de los estados, lo que da como resultado mayor convivencia y tráfico mercantil, hechos que son regulados mediante la celebración de tratados.⁷⁵ Por lo tanto, concluye que resulta impertinente dar preferencia a la aplicación del derecho interno sobre la de los tratados, debido a que *fue voluntad del Estado mexicano* vincularse a un tratado con la finalidad de observar las normas establecidas en él, y en caso de no hacerlo incurrirá en responsabilidad internacional.⁷⁶

Sin embargo, en el entorno mundial globalizado⁷⁷ más parece ser una competencia económica sin cuartel entre compañías de diversos estados activada por el difundido uso de Internet.⁷⁸ Fomentar “la cooperación y solidaridad internacional” parece referirse a hacer conciencia en la población mexicana de que es parte de la población mundial y participa en el acontecer mundial. Si bien el artículo 3o. constitucional dispone que la educación pública deberá “fomentar la conciencia de la solidaridad internacional”, esto no supone –incluso visto de manera sistemática con otros artículos– que el Estado mexicano otorgue por ese motivo preeminencia del derecho internacional sobre las “leyes generales, federales, locales y constitucionales”. La finalidad del precepto consiste en establecer un sistema educativo público, donde el educando adquiere identificación, compromiso y

⁷⁴ *Idem.*

⁷⁵ *Idem.*

⁷⁶ Dar a un tratado la misma jerarquía que “las leyes generales o las leyes ordinarias, es desconocer ni más ni menos, las responsabilidades internacionales del Estado mexicano, pero ante todo, la esencia internacionalista que señala nuestra Constitución”, ministro Salvador Aguirre Anguiano, *Versión estenográfica – 12feb2007*, supra nota 66, p. 13.

⁷⁷ “La globalización ha llevado a que esferas anteriormente consideradas de interés exclusivamente “doméstico”, sean en la actualidad áreas de interés global, potencialmente regulables por fuentes de derecho internacional”, José María Serna de la Garza, El Poder de Celebrar Tratados Internacionales y la División de Competencias del Sistema Federal Mexicano, en José María Serna de la Garza (coord.), *Federalismo y Regionalismo, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002, p. 511, disponible en www.bibliojuridica.org/libros/1/348/20.pdf (consultado el 26 de agosto de 2009).

⁷⁸ Thomas Friedman, en *The Lexus and the Olive Tree*, Farrar, Straus & Giroux, 1999, o Anchor Book, 2000, y *The World is Flat*, Farrar, Straus & Giroux, 2005, considera incluso a la globalización como un nuevo sistema internacional en el que los estados sacrifican cierto grado de soberanía económica frente a las instituciones globales y la propia economía y dinamismo internacionales.

respeto por los intereses de su nación, pero, más importante, sin dejar de lado la cooperación y ayuda hacia otras naciones, cuando éstas así lo requieran y el Estado mexicano se encuentre en posibilidad de hacerlo.⁷⁹ El artículo parece reflejar que la educación debe reconocer que México se encuentra inserto en el mundo y que sus actos influyen en otros pueblos y naciones, pero no que ello represente la pre-eminencia de la norma internacional sobre la norma federal.

Otro artículo constitucional mencionado en el referido estudio es el 15. Éste dispone: “No se celebrarán tratados para la extradición de reos políticos, ni para aquellos delincuentes que hayan tenido en el país donde cometieron los delitos, la calidad de esclavos; *ni de convenios o tratados en virtud de los cuales se alteren las garantías y derechos establecidos en la Constitución*”.⁸⁰ A partir de este precepto, el ministro Azuela Güitrón desprende que “en materia de derechos fundamentales los tratados que se celebren aún están en lugar primigenio frente a la Constitución, no porque se opongan a la Constitución, *sino porque enriquecen los derechos fundamentales que la Constitución reconoce*”.⁸¹ Por ello, en materia de derechos humanos, “no sería tanto el caso de que esos tratados estén por encima de la Constitución, sino que *la Constitución misma los está incorporando a las normas supremas que tienen rango constitucional*”.⁸² Por lo tanto, en materia de derechos humanos resulta evidente para él que los tratados se encuentran por encima de las leyes constitucionales, puesto que complementan u otorgan mayores beneficios a los individuos.⁸³

Pese a lo anterior, debemos señalar que el artículo 15 constitucional *stricto sensu* únicamente limita la celebración de tratados en dos temas: 1) la extradición de reos políticos y delincuentes con calidad de esclavos en su país de origen, y 2) la “alteración”⁸⁴ de las garan-

⁷⁹ El término “solidaridad internacional” se introdujo en el texto constitucional a partir de una reforma del artículo 3 constitucional, llevada a cabo el 30 de diciembre de 1946.

⁸⁰ Énfasis añadido.

⁸¹ Ministro Azuela Güitrón, *Versión estenográfica – 12feb2007, supra* nota 66, p. 43 (énfasis añadido).

⁸² *Idem*, p. 44 (énfasis añadido).

⁸³ *Ibidem*, p. 43. En su análisis, el ministro no comenta sobre el significado de “alterar” las garantías, lo cual podría ser en sentido positivo o negativo. Asumimos que se trata de una ampliación de garantías, pero véase *supra* notas 79 a 85.

⁸⁴ Alterar significa cambiar la esencia, véase *supra* nota 19.

tías otorgadas por nuestra Constitución. El artículo 15 constitucional impide la celebración de tratados que pudieran vulnerar los derechos tutelados por nuestra Constitución, por lo que dichos tratados irían así en contravención de la misma.⁸⁵ Sin embargo, no constituye *per se* un fundamento para establecer una jerarquización de los tratados atendiendo a la materia que regulen. El precepto constitucional establece una prohibición explícita para celebrar tratados que: 1) versen sobre las materias de extradición antes señaladas y 2) aquéllos que puedan “alterar” los derechos y garantías de la Constitución. En todo caso, conforme al debate de dicho artículo en la Constitución de 1857, la intención del Congreso Constituyente fue bastante más defensiva y cauta respecto del mundo internacional.⁸⁶ Leyendo los artículos 15 y 133 constitucionales, podemos ver que se busca que *los tratados deben estar de acuerdo con la CPEUM* y que no alteren las garantías constitucionales.

En la discusión de 2007, el ministro Aguirre Anguiano, observó en el artículo 89 fr. X una vocación internacionalista de nuestra Constitución. A partir de un análisis indirecto, él deduce que el derecho internacional *debe* estar por encima de las leyes constitucionales, en atención a que este artículo establece las directrices bajo las cuales el Ejecutivo Federal debe dirigir la política exterior de nuestro país. El artículo 89-X constitucional busca establecer las bases bajo las cuales debe regirse el Ejecutivo Federal en el momento de interactuar

⁸⁵ El ministro Azuela explica: “...me parece que sí sería muy importante el criterio que *implícitamente* ya hemos ido estableciendo de que todo aquello en que se fortalezcan los derechos humanos previstos en la Constitución, o se enriquezcan, deben entenderse que están en el orden de nuestra Constitución”, *Versión estenográfica – 12feb2007, supra* nota 66, p. 44 (énfasis añadido).

⁸⁶ Francisco Zarco propuso el 18 de julio de 1856 la adición: “Tampoco podrán celebrarse tratados ni convenios en virtud de cuyas disposiciones se puedan alterar las garantías y derechos que otorgan esta constitución”. Señaló que aun cuando podría parecer inútil la adición, se volvía necesaria ya que las “grandes potencias tienden generalmente a influir en los negocios de los países débiles. En virtud de un tratado, pueden pues, perderse ciertos derechos políticos, o perderse otras libertades, como la de comercio, la de tránsito, etc. Si hoy nada tenemos que temer a este respecto, nadie puede conocer el porvenir, y acaso un día las naciones de Europa querrán arrebatarlos nuestros derechos políticos, o los Estados Unidos persistirán en su empeño de que permitamos la extradición de esclavos, nulificando así los dos artículos que se acaban de aprobar”. El artículo y la adición fueron aprobadas por unanimidad de 80 diputados en la sesión del 27 de noviembre de 1856. Francisco Zarco, *Historia del Congreso Constituyente de 1857*, Senado de la República, LX legislatura, enero de 2007, pp. 187-188.

con otros estados, con el objeto de establecer relaciones pacíficas y armoniosas entre México y los demás estados al conducir la política exterior mexicana.⁸⁷ Sin embargo, este texto tácita o explícitamente no parece *per se* crear un argumento que favorezca la preeminencia de los tratados por encima de las leyes del Congreso de la Unión. El artículo 89-X, adicionalmente enuncia los principios normativos de la política exterior que deberán respetarse en las relaciones con otros estados a fin de que esta interacción sea benéfica para México y sus contrapartes.

Finalmente, el artículo 133 constitucional establece los subsistemas de normas que en conjunto constituyen la “Ley Suprema de toda la Unión”. Estos subsistemas son conforme al texto constitucional: 1) la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2) las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y 3) los tratados —celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado— que sean acordes con la Constitución. Hoy en día no parece estar en discusión que la Constitución es el máximo ordenamiento del sistema jurídico mexicano⁸⁸ y que, por lo tanto, los demás ordenamientos tienen que

⁸⁷ Artículo 89 fr. X. de la CPEUM: “Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes: X. Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, así como terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos, sometiéndolos a la aprobación del Senado. En la conducción de tal política, el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos: la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los estados; la cooperación internacional para el desarrollo; y la lucha por la paz y la seguridad internacionales”.

⁸⁸ La SCJN ha establecido mediante jurisprudencia que la CPEUM es el máximo ordenamiento en el sistema jurídico mexicano. “En el mencionado precepto constitucional no se consagra garantía individual alguna, sino que se establecen los principios de supremacía constitucional y jerarquía normativa, por los cuales la Constitución Federal y las leyes que de ella emanen, así como los tratados celebrados con potencias extranjeras, hechos por el presidente de la República con aprobación del Senado, constituyen la Ley Suprema de toda la Unión, debiendo los jueces de cada estado arreglarse a dichos ordenamientos, a pesar de las disposiciones en contrario que pudiera haber en las constituciones o en las leyes locales, pues independientemente de que conforme a lo dispuesto en el artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los estados que constituyen la República son libres y soberanos, dicha libertad y soberanía se refiere a los asuntos concernientes a su régimen interno, en tanto no se vulnere el Pacto Federal, porque deben permanecer en unión con la Federación según los principios de la Ley Fundamental, por lo que deberán sujetar su gobierno, en el ejercicio de sus funciones, a los mandatos de la Carta Magna, de manera que si las leyes expedidas por las legislaturas de los estados resultan contrarias a los preceptos

emanar de ella o estar acordes con ella. Sin embargo, esto no impide que se pueda interpretar lo dispuesto en el artículo 133 constitucional, en conjunción con los artículos 15, 124, 89 fr. X, 76 fr. I, 117, al establecer que si bien la CPEUM es la norma magna inicialmente, a la Constitución se incorporan los otros dos elementos normativos para integrar la “Ley Suprema en toda la Unión”: leyes del Congreso de la Unión y tratados que respectivamente deben emanar de ella y estar acordes con la misma. Una vez satisfechos estos requisitos de ingreso, los tres ordenamientos constituyen la Ley Suprema de toda la Unión,⁸⁹ donde tocará en su aplicación cotidiana a los tres poderes

constitucionales, deben predominar las disposiciones del Código Supremo y no las de esas leyes ordinarias, aun cuando procedan de acuerdo con la Constitución Local correspondiente, pero sin que ello entrañe a favor de las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, facultades de control constitucional que les permitan desconocer las leyes emanadas del Congreso Local correspondiente, pues el artículo 133 constitucional debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta Magna para ese efecto”, Supremacía constitucional y orden jerárquico normativo. Principios de Interpretación del artículo 133 constitucional que los contiene, registro IUS núm. 180240, Tesis 1a./J. 80/2004, Novena época, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XX, octubre de 2004, p. 264. Amparo en revisión 2119/99. 29 de noviembre de 2000. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Leticia Flores Díaz. Amparo directo en revisión 1189/2003. Anabella Demonte Fonseca y otros. 29 de octubre de 2003. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Luis Fernando Angulo Jacobo. Amparo directo en revisión 1390/2003. Gustavo José Gerardo García Gómez y otros. 17 de marzo de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: Humberto Román Palacios; en su ausencia hizo suyo el asunto José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Jaime Salomón Hariz Piña. Amparo directo en revisión 1391/2003. Anabella Demonte Fonseca. 31 de marzo de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Ana Carolina Cienfuegos Posada. Amparo en revisión 797/2003. Banca Quadrum, S.A. Institución de Banca Múltiple. 26 de mayo de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Luis Fernando Angulo Jacobo. Tesis de jurisprudencia 80/2004. Aprobada por la Primera Sala de la SCJN, en sesión del 22 de septiembre de 2004.

⁸⁹ Esto representaría lo que podemos denominar la “trinidad legal mexicana”, en donde la Constitución es el estándar para definir que una ley o un tratado para ser válidos requieren estar acordes con la Constitución, pero que satisfecha esta condición, los tres órdenes no tienen prelación unos sobre otros, es decir los tres ordenamientos tendrían el mismo rango y de manera conjunta integran la “Ley Suprema de toda la Unión”. Incluso como dice el propio artículo 133 constitucional en su segunda oración: “Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los Estados” (énfasis añadido). Véase *supra* nota 47.

–Ejecutivo, Legislativo, Judicial– definir cuál es la norma a aplicar en una situación y casos específicos.

B. *Ius cogens* como elemento interpretativo

Agrega que el Estado mexicano debe respetar el principio internacional que enuncia “los tratados internacionales, deberán interpretarse conforme a las normas de los mismos, es decir, conforme a todos los principios del *ius cogens* y no conforme a las legislaciones internas de los países, constituciones incluidas y los países se obligan a modificar su legislación interna para que sea consonante a esos tratados internacionales que versan sobre estos temas genéricos de *ius cogens*”.⁹⁰ Al efecto, recordemos que la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 (CVDT),⁹¹ en su artículo 31 dispone que “los tratados deberán interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. Lo anterior corresponde a la interpretación general de los tratados, en cuyo contexto deberán observarse los acuerdos e instrumentos efectuados entre las partes con motivo de la celebración del tratado. Asimismo, el artículo 32 del mismo instrumento internacional señala que los medios complementarios de interpretación serán en particular los trabajos preparatorios del tratado –*les travaux préparatoires*– y las circunstancias de celebración del mismo. Observemos que no se establece de manera explícita que los tratados deberán interpretarse conforme a los principios del *ius cogens*.

De acuerdo con el artículo 56 de la CVDT, una norma de *ius cogens* es una “norma imperativa de derecho internacional general”, la cual es definida como “una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de estados en su conjunto como una norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. La característica más distinguible de las normas de *ius cogens* es su relativa permanencia y naturaleza indeleble. En esencia son reglas de derecho consuetudinario que no pueden que-

⁹⁰ Ministro Aguirre Anguiano, *Versión estenográfica – 12feb2007, supra* nota 66, p. 6.

⁹¹ *Supra* nota 6.

dar modificadas por un tratado o una costumbre en contrario, donde los casos menos controvertidos son la prohibición de una guerra de agresión, del genocidio, el principio de no discriminación racial, delitos contra la humanidad y las reglas que prohíben la esclavitud y la piratería.⁹² Ejemplos de estas normas los encontramos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional,⁹³ donde se establece su competencia para conocer de los delitos del crimen de genocidio, de lesa humanidad, de guerra y de agresión.⁹⁴ Se dice que la prohibición de cometer dichos delitos constituye una norma de *ius cogens* debido a que la comunidad internacional está de acuerdo en proteger los valores jurídicos afectados por estos crímenes.⁹⁵ Encontramos que no existen excluyentes de responsabilidad para la comisión de tales crímenes, por lo que la protección de los valores jurídicos tutelados no admite pacto en contrario ni limitación alguna. Por lo tanto, los tratados deben interpretarse conforme a lo mencionado por la CVDT en donde las normas de *ius cogens* pueden servir de elementos de construcción. De esta forma debemos distinguir entre la interpretación de un tratado y su contenido. Creemos que no es aceptable afirmar que las normas de *ius cogens* tienen fuerza suficiente para establecer un orden jerárquico de las normas al interior de cada Estado, ni siquiera al exterior. Como bien expone el ministro Cossío Díaz, el *ius cogens* determina la importancia del respeto en el derecho internacional público de ciertos elementos materiales respecto de los órdenes jurídicos, como pueden ser la tortura, el genocidio o la trata de personas. Sin embargo, esto no está relacionado de alguna manera con la jerarquía normativa al interior de un Estado.⁹⁶ El tratado debe respetar las normas de *ius cogens* a fin de que sea válido. Las normas de *ius cogens* son un

⁹² Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Clarendon Press, Oxford, 3a. ed., 1982, p. 513.

⁹³ Adoptado en Roma, Italia, el 17 de julio de 1998. Firmado por México el 7 de septiembre de 2000, aprobado por el Senado el 21 de julio de 2005, ratificado por México el 28 de octubre de 2005, entró en vigor en el ámbito internacional el 1 de julio de 2002 y para México el 1 de enero de 2006.

⁹⁴ Artículo 5 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

⁹⁵ Jan Klabbbers, *The Concept of Treaty in International Law*, Kluwer Law International, The Hague, Netherlands, 1998, p. 137, note 63.

⁹⁶ Ministro Cossío Díaz, *Versión estenográfica – 12feb2007, supra* nota 66, p. 9. Adicionalmente véase *infra* notas 126 a 128.

elemento para establecer la validez y objeto de un tratado; no así el medio de interpretación de dicho instrumento jurídico.

C. Armonización del derecho nacional con el internacional

A lo anteriormente evocado, el ministro Aguirre Anguiano agregó también que al celebrar un tratado los estados deben modificar su legislación interna, con la finalidad de concordar con los tratados que versan sobre normas de *ius cogens*.⁹⁷ De este modo, en su opinión, los tratados influyen en la transformación de la legislación interna de un país. Su argumento evidencia que la armonización entre tratados y leyes generales es necesaria para una correcta aplicación del contenido del tratado en el ámbito interno. Si la ley interna no se encuentra en concordancia con el tratado o carece de los preceptos necesarios para hacerlo efectivo y viable, su cumplimiento se encontrará dificultado. Esto redundará en la ineficacia de las normas contenidas en el tratado.

Dicha armonización corresponde en primera instancia al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo, dado que ambos participan en la elaboración de las leyes. Sin embargo, el Poder Judicial participa también en la misma labor.

Por ello, la definición jurisprudencial de que en toda circunstancia los tratados tienen jerarquía sobre las leyes generales puede ser inquietante.

El criterio adoptado por la SCJN vuelve inoperantes las normas contenidas en las leyes generales que se encuentren en contradicción con un tratado, con lo que afecta las facultades que corresponden al Poder Legislativo.

Una muestra de la armonización que corresponde al Poder Judicial, es cuando tuviera que dirimir —como en el propio caso *Mc Cain*—⁹⁸ una inconsistencia o contradicción entre tratado y legislación interna; y al decidir que el tratado vence a raja tabla toda norma interna excepto la Constitución, podría impedir o limitar el debido ejercicio de la interpretación judicial.

⁹⁷ Ministro Aguirre Anguiano, *Versión estenográfica – 12feb2007*, *supra* nota 66, p. 6.

⁹⁸ *Supra* nota 66.

D. México es un Estado respetuoso del derecho internacional

El segundo de los criterios que se arguyen para apoyar la supremacía de los tratados por encima de las leyes generales es el relativo a que México es un país respetuoso del derecho internacional y que se caracteriza por el cumplimiento de sus obligaciones internacionales.⁹⁹ Para el ministro Góngora Pimentel resulta ocioso pensar que el Presidente de la República —entiéndase el Poder Ejecutivo— o el Congreso de la Unión pudiesen expedir de manera premeditada leyes que contraviniesen en todo o en parte las estipulaciones de un tratado, ya que son obligaciones que de manera voluntaria el Estado mexicano ha contraído en el ámbito internacional.¹⁰⁰

Sin embargo, debemos recordar la coyuntura política que se vivió en el proceso electoral de 2009. Ante la situación de inseguridad que se vive en México, el Partido Verde Ecologista de México (PVEM)¹⁰¹ propuso reinstaurar la pena de muerte, abolida constitucionalmente

⁹⁹ Ministro Góngora Pimentel, *Versión estenográfica – 12feb2007*, *supra* nota 66, p. 25.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 26.

¹⁰¹ En el 2008, el PVEM presentó ante la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, un paquete integral de siete iniciativas tendientes a reducir la incidencia de secuestros en el país, con medidas que incluyen la aplicación de la pena de muerte en algunas modalidades de ese delito. La diputada Gloria Lavara Mejía explicó que diversos estudios ponen de manifiesto que la pena de muerte disuade la comisión de delitos, puesto que es más temida por delincuentes que la cadena perpetua. Puso como ejemplo el hecho de que en Estados Unidos de América, el 99% de los condenados luchan hasta la fase final de sus juicios por una sanción en vida, no por una sentencia de muerte. Agregó que su iniciativa propone que sean los jueces quienes dispongan si el castigo aplicable en estos casos es la prisión vitalicia o la pena de muerte y, a fin de evitar injusticias, propone que SCJN, confirme o revoque tales sanciones a partir de criterios que no dejen lugar a dudas sobre la culpabilidad de un indiciado. PVEM Boletín de Prensa 109/08, publicado el 20 de agosto de 2008, disponible en el portal electrónico del PVEM: <http://www.pvem.org.mx> (visitado el 25 de julio de 2009). La proposición con punto de acuerdo para que la “Cámara de Diputados realice foros de debate sobre la aplicación de la pena de muerte en el país y su posible eficacia como medida de sanción punitiva” fue presentada por la diputada Gloria Lavara Mejía y el senador Javier Orozco Gómez ante la Comisión Permanente de la Cámara de Senadores el 21 de enero de 2009. Dicha Comisión emitió un punto de acuerdo que establece: “la Comisión Permanente del Honorable Congreso de la Unión respalda la propuesta del Grupo parlamentario del Partido Verde para realizar Foros para analizar el catálogo de delitos graves, el incremento de penas y la pertinencia de incorporar la pena de muerte como medida para combatir la delincuencia”. Gaceta del Senado núm. 319, año 2009, miércoles 21 de enero, tercer año de ejercicio, Primer receso, Comisión Permanente, disponible <http://www.senado.gob.mx/gace.php?sesion=2009/01/21/1&documento=17>.

en 2005.¹⁰² Si una iniciativa de reforma de este tipo fuera adoptada conforme a los cauces democráticos constitucionalmente establecidos, la misma formaría parte del sistema jurídico mexicano a nivel constitucional y, por tanto, conforme al criterio de la SCJN, por arriba de los tratados. Sin embargo, en caso de que una propuesta de este corte se llegara a aprobar quedaría en clara contravención del artículo 4 (3) de la Convención Americana de Derechos Humanos que expresamente prohíbe la reinstalación de la pena de muerte.¹⁰³

Por otro lado, dado que conforme a la SCJN los tratados siempre están por encima de las normas legislativas mexicanas, tenemos que suponer que los congresos de la Unión y locales estarían precluidos de presentar una iniciativa que violentara un tratado puesto que éste tiene mayor jerarquía. Es decir, debido a que el resultado del acto legislativo consiste en una ley, las legislaturas federal y locales no habrían de tener facultades para legislar en contra de un tratado. De ser esto cierto, el tratado estaría por debajo de la Constitución hoy, pero mañana por arriba de ella, justo para cumplir con las obligaciones internacionales. Es decir, el criterio de la SCJN podría derivar en la inhibición del congreso constituyente permanente ante la posible oposición a un tratado.¹⁰⁴

De igual forma, uno de los riesgos que se corren al aplicar las tesis de 1999 y 2007, se funda en el hecho de que la Ley de Amparo,¹⁰⁵ el instrumento jurídico que regula el medio de defensa constitucional y protege las garantías individuales del gobernado en México, podría ver limitada su aplicación por lo dispuesto en los tratados de que México es parte. Esto es porque conforme a la tesis jurisprudencial vigente, se trata de una ley del Congreso de la Unión que *tiene* que estar por

¹⁰² *Diario Oficial de la Federación*, viernes 9 de diciembre de 2005.

¹⁰³ Artículo 4 (3): "No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido". La Convención Americana sobre Derechos Humanos fue adoptada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, aprobada por el Senado mexicano el 18 de diciembre de 1980. México se adhirió el 24 de marzo de 1981, entró en vigor en el ámbito internacional el 18 de julio de 1978, y para México entró en vigor el 24 de marzo de 1981.

¹⁰⁴ Lo que implicaría que el criterio ya no se aplicaría igual. A reserva de mayor análisis, la única opción tendría que ser el considerar una iniciativa de reforma constitucional como un acto no legislativo —que no resultaría consistente con el actuar legislativo— o en su defecto como un acto legislativo de naturaleza distinta, lo que igualmente resultaría inconsistente con el actuar legislativo.

¹⁰⁵ Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

debajo de los tratados. Las consecuencias podrían desembocar en una disminución de los medios y recursos efectivos de defensa del individuo.

El ministro Góngora Pimentel estima que los tratados vigentes exigen que se respete el contenido de sus normas¹⁰⁶ (lo que entendemos, que las leyes también exigen que se respete el contenido de sus normas). Por lo tanto, concluye que un tratado debe tener supremacía sobre las leyes, ya que éstas podrían contener disposiciones adversas a lo dispuesto por el tratado, vulnerando así el exacto cumplimiento del mismo.¹⁰⁷ Sin embargo, debemos suponer que el Ejecutivo y el Senado realizan correctamente su labor respecto a la celebración y aprobación de un tratado, siguiendo los lineamientos necesarios para su incorporación al derecho mexicano y verifican la concordancia entre las normas internas e internacionales y en caso que no surgen las reservas justo para evitar la aplicación de la norma internacional y así conciliar ambos órdenes jurídicos. Pero en caso contrario existe la acción de inconstitucionalidad, la cual es resuelta por la SCJN y tiene por finalidad invalidar un tratado cuando existen como mínimo ocho votos a favor de la inconstitucionalidad del mismo.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Ministro Góngora Pimentel, *Versión estenográfica – 12feb2007*, *supra* nota 66, p. 25.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 26.

¹⁰⁸ Artículo 105 de la CPEUM: "La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.

Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:

b) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del Senado, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión o de tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano;

c) El Procurador General de la República, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano;

g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución.

Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueren aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos".

El ministro Góngora Pimentel considera que un fundamento sólido para considerar que los tratados deben considerarse superiores a las leyes internas, se sustenta en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT).¹⁰⁹ El artículo 27 de la CVDT establece que: “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno, como justificación del incumplimiento de un tratado”. En consecuencia, para el ministro Góngora Pimentel, de lo anterior se deduce que un tratado siempre será válido incluso si éste hubiera sido celebrado en contravención a las disposiciones internas relativas a la materia del tratado.

Sin embargo, existe una excepción para el incumplimiento de un tratado invocando el derecho interno, la cual consiste en que si el Estado otorgó su consentimiento a través de una persona que no cuenta con la capacidad para ello (según su legislación interna), y que lo anterior conlleve una violación manifiesta que afecte una norma de importancia fundamental, entonces el Estado podría alegar un vicio de su consentimiento. En este sentido se encuentra el artículo 46 de la CVDT, que dispone: “El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados, no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno”.¹¹⁰ En estos supuestos se puede imaginar a un funcionario o representante del Estado que no cuente con plenos poderes para suscribir un tratado y que afectara una norma de importancia fundamental, como puede ser la pena de muerte. Por lo tanto, y conforme a la propia CVDT, el Estado podría abstenerse de dar total cumplimiento a lo estipulado en el tratado.

Para el ministro Góngora Pimentel, estos lineamientos internacionales muestran claramente la existencia de una superioridad jerárquica de los tratados sobre el derecho interno.¹¹¹ Así, concluye que un tratado debe prevalecer sobre las leyes generales internas, ya que de existir una norma contraria y superior a los mismos (en el caso mexicano

¹⁰⁹ *Supra* nota 6.

¹¹⁰ Ministro Góngora Pimentel, *Versión estenográfica – 12feb2007*, *supra* nota 66, p. 25.

¹¹¹ *Ibidem*, pp. 25-26.

sólo la CPEUM puede estar por encima de los tratados conforme a la tesis de la SCJN) el Estado mexicano se vería imposibilitado para dar cumplimiento a dicho tratado, incurriendo así en responsabilidad internacional.¹¹²

Tomando como regla general el supuesto anterior, los ministros Góngora Pimentel y Sánchez Cordero proponen una excepción a la misma, ya que estiman que su estricta aplicación podría acarrear perjuicios para el individuo. La excepción consistiría en que una ley prevalecerá sobre un tratado aun cuando ésta lo contraríe, siempre y cuando dicha ley amplíe u otorgue mayores derechos o beneficios al individuo.¹¹³ No obstante, el Pleno de la SCJN no adoptó la excepción propuesta.

Coincidimos en que implementar una excepción de este tipo podría resolver el problema que surge cuando una ley otorga mayores beneficios al individuo. En el supuesto de que los tratados prevalecieran siempre sobre las leyes internas, una ley que aportara mayores beneficios que uno o varios tratados no podría tutelar esos derechos, en virtud de que los instrumentos internacionales tendrían siempre supremacía sobre la ley. Esto inhibiría así la ampliación de garantías de los individuos que adoptara el legislativo interno.

2. En contra

Hemos presentado ya los argumentos esgrimidos por algunos ministros de la SCJN a favor de la supremacía de los tratados por encima de las leyes emanadas del Congreso de la Unión. Ahora es momento de mostrar los argumentos vertidos en el seno de la SCJN que sostienen la existencia de una igualdad jerárquica normativa entre ambos cuerpos normativos.

¹¹² *Loc. cit.*

¹¹³ Ministra Sánchez Cordero, *Versión estenográfica – 12feb2007*, *supra* nota 66, p. 54. Ministro Gudiño Pelayo, *ibidem*, p. 22. Esto retoma parte de la discusión del artículo 15 constitucional. Ver *supra* notas 79 a 85 y texto que las acompaña. Con ello parece aludirse al principio *Pro Homine*. Al efecto véase Karlos Castilla, *El Principio Pro Persona en la administración de justicia*, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 20, enero-junio 2009, pp. 65-83.

A. La jerarquía de normas internas debe sustentarse en criterios nacionales

Como primer argumento para defender la igualdad jerárquica entre leyes y tratados, tenemos que la jerarquía o primacía de una norma al interior del sistema jurídico nacional debe estar sustentada únicamente en criterios nacionales y no internacionales. Cada Estado tiene la libertad absoluta de disponer cuál es el rango que otorgará a los tratados a los que se encuentre vinculado. Como ejemplo de ello encontramos diferentes sistemas jurídicos en los cuales los tratados tienen un rango supra constitucional, constitucional, supra legal y legal.¹¹⁴

El ministro Gudiño Pelayo señala que el origen interno o externo de una norma contenida en un tratado, o de carácter consuetudinario o de derechos humanos, no es un criterio apropiado para determinar su jerarquía dentro del ámbito interno del Estado, ya que independientemente de ello, el instrumento jurídico pasa a formar parte del sistema jurídico nacional,¹¹⁵ como parte de la Ley Suprema de toda la

¹¹⁴ Ministra Sánchez Cordero, *Versión estenográfica – 12feb2007, supra* nota 66, p. 28. Un ejemplo puede ser Argentina que prescribe un rango constitucional y supra legal al señalar: “Corresponde al Congreso: ... 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.”, *Constitución de la Nación Argentina*, Sancionada por el Congreso General Constituyente el 1 de mayo de 1853, con las reformas de 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994, Texto según Ley 24430, publicada en el Boletín Oficial en el Suplemento del 10/1/1995 (Promulgada por Decreto 3/1995), art. 75 (22).

¹¹⁵ Ministro Gudiño Pelayo, *Versión estenográfica – 12feb2007, supra* nota 66, p. 23.

Unión. También sostiene que la superioridad de un tratado tampoco puede fundamentarse en lo dispuesto por la CVDT, ya que ésta es un instrumento jurídico internacional que por su propia naturaleza bien podría ser inconstitucional,¹¹⁶ a pesar de que hayan intervenido el Ejecutivo y el Senado para su celebración y aprobación.¹¹⁷ Los argumentos anteriores fueron compartidos por los ministros Díaz Romero y Sánchez Cordero.¹¹⁸

Se arguye que la postura que sostiene la jerarquía superior de los tratados por encima de las leyes está sustentada únicamente en criterios internacionales, tales como la responsabilidad internacional y lo contenido en la CVDT,¹¹⁹ respecto a que ningún Estado puede invocar su derecho interno como medio de incumplimiento de un tratado. Se arguye que esta postura internacionalista parece olvidar la propia naturaleza de la CVDT, que también es un tratado por lo que, conforme a los criterios de la SCJN, se encuentra por debajo de la Constitución, y sólo a partir de su ratificación es que forma parte del derecho interno de nuestro país. Por lo tanto, al ser jerárquicamente inferior a la CPEUM, las normas contenidas en la CVDT no pueden ser un criterio para aclarar o interpretar lo dispuesto en el artículo 133 constitucional, el cual por su propia naturaleza, es evidentemente superior a cualquier norma dispuesta en esta Convención.¹²⁰

B. Derecho interno e internacional son distintos órdenes normativos

Otro elemento importante consiste en establecer que no existe una relación directa entre jerarquía constitucional y responsabilidad internacional. Se arguyó que no se puede sostener la superioridad de una norma frente a otra por razones de incurrir en una probable responsabilidad, sino atendiendo al sistema de organización interna del entramado normativo mexicano. Según los ministros Cossío Díaz¹²¹

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 24.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 23.

¹¹⁸ *Loc. cit.*

¹¹⁹ Con este argumento *petitio principii*, parece dudar sobre la posible constitucionalidad de la CVDT a la que se había previamente referido, véase *supra* nota 115.

¹²⁰ Ministro Gudiño Pelayo, *Versión estenográfica – 12feb2007, supra* nota 66, p. 23.

¹²¹ Ministro Cossío Díaz, *ibidem*, p. 8.

y Gudiño Pelayo,¹²² estos dos elementos son problemas distintos, ya que el establecimiento de una determinada jerarquía entre leyes y tratados no establece una relación de causa-efecto para que un Estado incurra en responsabilidad internacional. Compartimos con dichos ministros que el hecho de que un tratado tenga o no supremacía sobre una ley no implica que el Estado mexicano va a incurrir en responsabilidad internacional por incumplimiento del tratado. Si bien es cierto que los tratados vinculan a todo el Estado mexicano, esto no implica que el tratado deba prevalecer sobre la ley sólo para que sea respetado por todas las entidades federativas y con ello se le dé un exacto cumplimiento a las obligaciones internacionales contraídas y sin atender lo que prescribe la Constitución. En este sentido, el artículo 133 constitucional señala que los jueces de las entidades federativas –pero no los federales– han de acatar los tratados incluso en contra de la norma constitucional estatal.¹²³ Por ello, coincidimos en que es competencia de cada Estado el establecer y definir la jerarquía de sus normas dentro de su ámbito nacional.¹²⁴

Por otro lado, el ministro Cossío Díaz sostiene que aceptar que la jerarquía de un tratado depende de los temas discutidos en los foros internacionales resulta sumamente peligroso, debido a que las tendencias sobre la importancia de un tema se encuentran en constante cambio y están supeditadas a las decisiones que se tomen en la política internacional.¹²⁵ De este modo, para el ministro Cossío Díaz, valorar la jerarquía de un tratado en función del tema que regula carece de todo fundamento jurídico.¹²⁶

¹²² Ministro Gudiño Pelayo, *ibidem*, p. 23.

¹²³ “...los Tratados son superiores a las normas federales y locales porque las normas del Tratado obligan a todo el Estado, por lo cual se explica que el Constituyente, haya facultado al presidente a suscribirlos en su calidad de jefe de Estado y el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas, esta primera demostración me parece que es débil, el jefe de Estado apruebe un tratado no indica nada acerca de la jerarquía del mismo al interior de un orden jurídico ...”, Ministro Cossío Díaz, *ibidem*, p. 57.

¹²⁴ “...el hecho de que un Estado haya asumido un compromiso internacional con otros estados, nada tiene que ver con la jerarquía normativa de ese tratado al interior de un orden jurídico, en tanto esa jerarquía sólo corresponde determinarla al orden jurídico de que se trate...”, Ministro Cossío Díaz, *ibidem*, p. 56.

¹²⁵ Recuérdese la discusión sobre el artículo 15 constitucional, *supra* notas 79 a 85.

¹²⁶ Ministro Cossío Díaz, *Versión estenográfica – 12feb2007*, *supra* nota 66, p. 9.

C. Jerarquía jurídica interna

El ministro Cossío Díaz agrega que, el *ius cogens* se concibe como aquéllo que no admite pacto en contrario según la conciencia internacional, pero hablando de jerarquía de normas, la conciencia internacional no determina la jerarquía de éstas al interior de los sistemas jurídicos de los estados.¹²⁷

Esta afirmación del ministro Cossío Díaz es muy acertada. El *ius cogens* es concebido como “el conjunto de normas de derecho consuetudinario internacional que en vista de su significado fundamental para la comunidad de Estados, son inmodificables”.¹²⁸ Como ejemplo de ello tenemos la prohibición de iniciar un ataque, el deber de proteger los derechos humanos más elementales (prohibición de genocidio, tortura, esclavitud, o discriminación racial), así como el derecho a la autodeterminación de los pueblos.¹²⁹

De esta definición y del artículo 53 de la CVDT, se desprende que las normas de *ius cogens* son normas que fundamentan su naturaleza en la importancia o relevancia de su contenido material. Por lo tanto, el argumento presentado que la interpretación de los tratados debe realizarse conforme al *ius cogens* y no conforme al derecho interno, no parece un fundamento sólido para establecer una jerarquía entre tratados y leyes, ya que se hace referencia a dos conceptos diferentes que no se relacionan entre sí. El *ius cogens* puede ser un elemento para la interpretación del contenido y validez del tratado pero no un elemento nacional ni internacional para definir la jerarquía normativa interna. Así, la comunidad internacional y el Estado mexicano no consideran que el establecer la superioridad de un tratado respecto a las leyes (constitucionales o no) de un Estado, representa una norma imperativa de derecho internacional que deba ser reconocida y aceptada por la comunidad internacional de estados. Es decir, dicha jerarquía no constituye *ius cogens*.

¹²⁷ *Ibidem*, p.13.

¹²⁸ Matthias Herdegen, *Derecho internacional público* [en línea], México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 155 citado [03/05/09], formato PDF, disponible en Internet: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1629>, ISBN 970-32-2270-6, p 155).

¹²⁹ *Idem*.

Por su parte, la ministra Luna Ramos sostuvo que no es un problema de jerarquía de normas el que se debe resolver, ya que tal conflicto no existe. Al hablar de jerarquía de normas se entiende que una norma inferior siempre depende de una superior, debido a que ésta le da nacimiento y representa su razón de ser.¹³⁰ En otras palabras, no existe dificultad porque ambos órdenes jurídicos —leyes y tratados— tienen distinto origen: uno es nacional y el otro internacional. En este sentido debemos recordar que los elementos básicos que conforman la teoría de la jerarquía de normas son los siguientes: norma superior, norma inferior y la relación jerárquica que existe entre ellas. Una norma superior “es aquella que establece el proceso de creación de otra u otras y su contenido”, una norma inferior es la “creada de acuerdo con el procedimiento de creación señalado por otra norma y teniendo el contenido determinado por ésta” y, finalmente, la relación jerárquica normativa es la “que existe entre la norma jerárquica superior y la inferior mediante el proceso de creación establecido en la primera”.¹³¹

Con base en lo anterior debemos concluir que no debe hablarse de una jerarquía entre tratados y leyes —constitucionales, generales o reglamentarias—, puesto que ni los tratados establecen la forma de creación y contenido de las leyes, ni las leyes la creación y contenido de los tratados. Ambas normas surgen de procedimientos y foros totalmente distintos. Mientras que los tratados nacen de un proceso en el ámbito internacional, las leyes se crean a partir del proceso legislativo previsto en nuestra Carta Magna. Al no existir una relación entre el nacimiento de ambas disposiciones normativas, no existe una relación jerárquica entre las mismas. Se trata de dos órdenes normativos que, en términos del artículo 133 constitucional, integran la Ley Suprema de toda la Unión una vez satisfechos los requerimientos de ingreso: leyes que emanan de la Constitución y tratados que están de acuerdo con la misma.

El ministro Valls Hernández argumentó que nos encontramos ante un ámbito de aplicación determinado, donde toca a cada juez decidir

¹³⁰ Ministra Luna Ramos, *Versión estenográfica – 12feb2007*, *supra* nota 66, p. 37.

¹³¹ Carla Huerta Ochoa, *Teoría del derecho. Cuestiones relevantes* [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 320 [citado 03/05/09], Formato PDF, disponible en Internet: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2611>, ISBN 978-607-2-00355-2, p. 320).

sobre la aplicación de la norma correcta,¹³² atendiendo a la especialidad de cada una de las normas. En consecuencia, en su opinión el tema debe ser analizado desde la perspectiva de un conflicto de normas a fin de encontrar aquella que tiene primacía o preferencia sobre la otra de acuerdo con el caso específico. De este modo, si una norma tiene primacía sobre otra —en un caso en específico— no implica que necesariamente sea superior a la otra.¹³³ El ministro Valls Hernández agregó que cuando existe un problema entre dos normas de subsistemas diferentes, éste debe resolverse siguiendo los principios que rigen el conflicto de normas; en el cual, atendiendo a la naturaleza, el objeto y el caso concreto, se establecerá cuál es la norma que debe prevalecer para una situación determinada.¹³⁴

En este sentido, debemos considerar que al efectuar una interpretación natural del texto del artículo 133 constitucional encontramos que existen tres ordenamientos que conforman la “Ley Suprema de toda la Unión”: la Constitución, las leyes que emanan del Congreso de la Unión que emanan de ella y los tratados que estén en concordancia con la misma celebrados por el Presidente de la República, sean aprobados por el Senado. En primera impresión pareciera que la Constitución es la norma máxima del país y que se encuentra en la cúspide de todo el ordenamiento jurídico mexicano y que, por lo tanto, no debiera haber discusión sobre su jerarquía respecto de los demás ordenamientos que también conforman la ley suprema. Es decir, que la Carta Magna sería jerárquicamente superior a las leyes del Congreso de la Unión y a los tratados. Sin embargo, estimamos que una vez que estos tres elementos normativos constitucionales ingresan al sistema jurídico mexicano, todos ellos —no uno ni dos sino los tres— forman parte de la Ley Suprema de toda la Unión sin distinguir entre sí.¹³⁵ En estas circunstancias, tocaría al juzgador determinar en el caso concreto la norma específica que debe prevalecer.

La discusión en todo el análisis de la SCJN radica en saber si existe un orden jerárquico entre los tratados y las leyes (generales) del Congreso de la Unión. Doctrinalmente sabemos que existen dos sistemas de recepción nacional del derecho internacional que

¹³² Ministro Valls Hernández, *Versión estenográfica – 12feb2007*, *supra* nota 66, p. 41.

¹³³ Igualmente ver ministra Luna Ramos, *ibidem*, p. 37.

¹³⁴ Véase también, ministro Franco González Salas, *ibidem*, p. 51.

¹³⁵ Ver concepto preliminar sobre la “trinidad legal mexicana”, *supra* nota 47.

buscan armonizarlo con el derecho interno: las teorías monista y dualista.¹³⁶ La teoría dualista establece que el derecho internacional y el interno forman parte de dos sistemas diferentes e incompatibles debido a que la naturaleza y el proceso de creación de las normas es totalmente diferente en cada uno de los ámbitos. La teoría monista expone que tanto el derecho internacional como el nacional forman parte de un mismo sistema jurídico. Esta teoría presenta dos variantes: la monista internacionalista y la monista nacionalista. La monista internacionalista establece que la recepción del derecho extranjero en el ámbito interno de un Estado se realizará de manera automática sin necesidad de establecer algún procedimiento específico para su adopción. La monista nacionalista acepta que tanto el derecho internacional como el nacional conforman un solo sistema jurídico y, sin embargo, muestra preferencia hacia el derecho interno. En este sentido, los estados que presentan este sistema de adopción del derecho internacional, desarrollan procedimientos específicos para poder integrar el derecho internacional dentro de su ámbito nacional. Éste es el caso real de los Estados Unidos Mexicanos, ya que en el artículo 133 constitucional se establece que tanto los tratados como las leyes emanadas del Congreso de la Unión serán parte de la Ley Suprema de toda la Unión, lo que manifiesta que ambas normas y la Constitución conforman un mismo sistema jurídico. Además, en el mismo precepto constitucional se establece que para integrar al sistema interno el derecho contenido en los tratados es necesario seguir un procedimiento de aprobación en el ámbito interno, el cual sólo se efectúa ante la Cámara de Senadores.

Del artículo 133 constitucional se interpreta que el sistema jurídico mexicano sigue la teoría monista nacionalista como método de recepción del derecho internacional. Encontramos en éste y otros artículos constitucionales el fundamento que contraviene la supuesta vocación internacionalista de la Constitución, pues resulta evidente que al tener este tipo de adopción del derecho internacional estamos privilegiando al derecho nacional por encima del internacional. Pese a ello, debe recordarse que “la Constitución no regula sino las relaciones interiores de sus poderes públicos, por lo que el principio de derecho

¹³⁶ Herdegen, *supra* nota 127.

interno de las facultades expresas y limitadas de dichos poderes carece de aplicación en las relaciones internacionales”.¹³⁷

V. COMENTARIO FINAL

Es de señalar que el texto de la tesis de 2007 hace referencia expresa¹³⁸ a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (CVDTEOI)¹³⁹ y no a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT).¹⁴⁰ Si bien la CVDTEOI fue ratificada por México, para 2009 aún no ha entrado en vigor.¹⁴¹ La CVDTEOI establece, en términos generales, reglas similares a las de la CVDT.¹⁴²

Dado que la CVDTEOI no ha entrado en vigor, esta situación hace necesario indagar sobre qué tipo de compromisos internacionales serán válidos para el Estado mexicano en opinión de la SCJN. Puede tratarse de normas internacionales que eventualmente serán obligatorias para el Estado mexicano cuando éste haya manifestado su consentimiento, como en el caso de la CVDTEOI que entrará en vigor cuando se reúna el número suficiente de ratificaciones. También puede referirse a normas, como el caso del (Retirado) Convenio (revisado) sobre las horas de trabajo (minas de carbón), 1935 (núm. 46) de la Organización Internacional del Trabajo,¹⁴³ retirado por la propia

¹³⁷ Felipe Tena Ramírez, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1976, p. 41.

¹³⁸ *Cfr. supra* nota 63.

¹³⁹ *Convención de Viena, sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales*, adoptada en Viena, Austria, el 21 de marzo de 1986, ratificada por México el 14 de enero de 1988 y publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, 28 de abril de 1988.

¹⁴⁰ *Supra* nota 6.

¹⁴¹ Cuenta con 39 signatarios, 41 miembros parte, pero no ha entrado en vigor debido a que, conforme a su artículo 85, las organizaciones internacionales que sean parte no cuentan para efectos de su entrada en vigor. Sólo 29 estados la han ratificado. Datos al 28 de septiembre de 2009 (<http://treaties.un.org>).

¹⁴² Karl Zemanek, *Convención de Viena, sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales*, United Nations Audiovisual Library of International Law, 2009, en <http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/vcltsio/vcltsio-s.pdf> (consultado el 28 de septiembre de 2009).

¹⁴³ OIT, Consejo de Administración, *Publicación de los resultados de las labores del Grupo de Trabajo sobre política de revisión de normas*, GB.283/LILS/WP/PRS/4, 283.a reunión, marzo de 2002, disponible en <http://www2.ilo.org/public/spanish/standards/relm/gb/docs/gb283/pdf/prs-4.pdf> (consultado el 28 de septiembre de 2009).

organización en junio de 2000,¹⁴⁴ con lo que nunca podrá entrar en vigor, pero que fue ratificado por México¹⁴⁵ y publicado en el *Diario Oficial de la Federación*.

En materia de derechos humanos la SCJN parece mostrar cierta apertura para lograr la mayor aplicación y efectividad de los mismos, dado que es posible invocarlos al estudiar violaciones a garantías individuales.¹⁴⁶ Esto refiere al análisis de la posible mayor jerarquía o relevancia a tratados de derechos humanos que a otro tipo de tratados¹⁴⁷ —lo que podría derivar en un conflicto ya que podría considerar que existen diversos niveles de obligaciones internacionales: las de derechos humanos y otras del derecho internacional público. En este sentido, se ha señalado en la SCJN que los tratados a que se refiere la tesis de 2007 no incluye a los tratados de derechos humanos, tema sobre el que no se ha pronunciado el propio tribunal.¹⁴⁸ Adicionalmente, podemos considerar que si bien la Declaración Universal

¹⁴⁴ El Convenio fue retirado en la 88 Sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo (junio de 2000), OIT, Consejo de Administración, *Mejorar las actividades normativas de la OIT. Documento de posición del Grupo de los Trabajadores*, en <http://www2.ilo.org/public/spanish/dialogue/actrav/standards/improv.htm> (consultado el 28 de septiembre de 2009).

¹⁴⁵ El Convenio fue ratificado por México el 1 de septiembre de 1939, <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/newratframeS.htm> (consultado el 28 de septiembre de 2009).

¹⁴⁶ "...Por lo tanto, pueden ser invocados al resolver sobre la violación de garantías individuales que involucren la de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales suscritos por México", Derechos humanos, los tratados interacionales suscritos por México sobre los. Es posible invocarlos en el juicio de amparo al analizar las violaciones a las garantías individuales que impliquen la de aquéllos, registro IUS 169108, Tribunales Colegiados de Circuito, XXVIII S.J.F. 1083 (agosto de 2008), Tesis: I.7o.C.46 K, Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Amparo directo 344/2008. Jesús Alejandro Gutiérrez Olvera. 10 de julio de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Julio César Vázquez-Mellado García. Secretario: Benjamín Garcilazo Ruiz. El tribunal utilizó el criterio de 2007 para resolver.

¹⁴⁷ Cfr. en lo general *Versión estenográfica – 12feb2007*, supra nota 66, así como las sesiones públicas de la SCJN de los días 8 y 10 de septiembre de 2009.

¹⁴⁸ "Por tanto, no puede decirse con propiedad que la tesis ahí establecida incluye a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, pues incluso el precedente antes referido hace salvedad acerca de los instrumentos de derechos humanos, al señalar que tal decisión se daba en el entendido de que la Suprema Corte no se ha pronunciado respecto de la jerarquía de aquellos tratados internacionales cuyo contenido está referido a derechos humanos; caso en el cual pudiera aceptarse que la jerarquía de éstos corresponda a la de la Constitución Federal misma, al concebirse dichos instrumentos internacionales como una extensión de lo previsto por esto", ministra Luna Ramos, SCJN, *Versión taquigráfica de la Sesión Pública Ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el jueves 10 de septiembre de dos mil nueve*, p. 34 (énfasis añadido).

de Derechos Humanos¹⁴⁹ se adoptó como una declaración¹⁵⁰ y, consecuentemente, sin efectos vinculantes. Sin embargo, podría, en opinión de algunos,¹⁵¹ llegarse a considerar que su contenido refleja derecho consuetudinario y ser jurídicamente vinculante¹⁵² o que por su relevancia histórica eventualmente podría derivar en ese estatus.¹⁵³ Suponemos asimismo que no se refiere a normas internacionales que no hayan sido suscritas por México o normas extrarregionales, como puede ser el caso de la Carta Árabe de Derechos Humanos Revisada que entró en vigor en 2008.¹⁵⁴

VI. CONCLUSIONES

El texto constitucional no establece *per se* alguna diferencia entre leyes y tratados ya que les otorga la misma naturaleza de integrantes

¹⁴⁹ Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948.

¹⁵⁰ El término "declaración" ha sido oficialmente definido por la Secretaría General de Naciones Unidas como un "instrumento formal y solemne, apropiado para ocasiones raras cuando se enuncien principios de gran y duradera significación" ("a formal and solemn instrument, suitable for rare occasions when principles of great and lasting significance are being enunciated."), U.N. Doc. E/CN.4/L.610 (1962) (traducción de los autores).

¹⁵¹ Loretta Ortiz Ahlf, *Aportación de la Declaración Universal de Derechos Humanos para la actividad académica en la UIA*, en CELEBRACIÓN DEL 50 ANIVERSARIO DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, 16 de noviembre de 1998, Universidad Iberoamericana, disponible en <http://www.uia.mx/uiainstitucional/dh/pdf/50a/derecho.pdf> (consultada el 22 de abril de 2009), y Daniel O'Donnell, *Protección internacional de los derechos humanos*, Comisión Andina de Juristas, Fundación Friedrich Naumann, Lima, 1988, p. 24.

¹⁵² La obligatoriedad de la Declaración fue reconocida por el Acta Final de la Conferencia Internacional sobre Derechos Humanos celebrada en Teherán en 1968, según la cual: "la Declaración Universal de los Derechos Humanos enuncia una concepción común a todos los pueblos de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana y la declara obligatoria para la comunidad internacional" ("2. *The Universal Declaration of Human Rights states a common understanding of the peoples of the world concerning the inalienable and inviolable rights of all members of the human family and constitutes an obligation for the members of the international community*") (traducción de los autores).

¹⁵³ Pese a que no es jurídicamente vinculante, una declaración "puede por costumbre quedar reconocida como estableciendo reglas vinculantes entre Estados" ("may by custom become recognized as laying down rules binding upon States.") (traducción de los autores), Secretaría General de la ONU, supra nota 150.

¹⁵⁴ *Revised Arab Charter of Human Rights*, Liga de los Estados Árabes, 22 de mayo de 2004, reproducida en 12 INT'L HUM. RTS. REP. 893 (2005), entrada en vigor el 15 de marzo de 2008.

de la “Ley Suprema de toda la Unión”. Únicamente se determinan los requisitos de validez para ingresar a esa “Ley Suprema de toda la Unión”. Al efecto establece que tanto leyes como tratados no deben ser anticonstitucionales, es decir su contenido no debe contrariar lo establecido en la Constitución. Discusión aparte es si podrían ser inconstitucionales estableciendo con esto que su creación y contenido pueda o no alejarse de los lineamientos previstos en la Constitución pero sin contrariarla directamente. Las leyes del Congreso de la Unión deben emanar de la Constitución. Los tratados deben cumplir con el trámite constitucional –aprobación del Senado y celebración (y ratificación) por el Ejecutivo– y estar de acuerdo con la Constitución.

Subrayamos que si ambos ordenamientos –leyes y tratados– cumplen dichos requisitos, entonces estarán reglamentando y aplicando correctamente lo dispuesto por la Carta Magna y, *conjuntamente con ésta*, conforman la Ley Suprema de toda la Unión. Además, si el constituyente originario hubiese tenido la intención de establecer una diferencia de jerarquía entre leyes constitucionales y tratados, entonces lo hubiese asentado de manera explícita en el texto constitucional –tal como hizo en el artículo 15 constitucional para evitar que los tratados pudieran afectar las garantías constitucionales y los derechos fundamentales.¹⁵⁵ Debido a que el artículo 133 no presenta dicha distinción, no existe fundamento *prima facie* para establecer una jerarquía entre ambas normas.

Leyes y tratados siguen un proceso de creación distinto. Sin embargo, ambos forman parte del derecho interno mexicano y constitucionalmente, en términos del artículo 133, tienen igual jerarquía. No nos encontramos ante un problema de prelación de aplicación de una norma sobre otra, sino ante dos instrumentos jurídicos cuya aplicación dependerá de la concordancia con la realidad o con el caso específico, respetando el principio *pro homine*, en el cual se aplicará la norma que mejor favorezca al individuo. Más específico, el ejercicio estriba en definir la concordancia entre los tres elementos de la “Ley Suprema de toda la Unión”: Constitución, leyes del Congreso de la Unión y tratados.

Por otro lado, al aplicar la tesis actualmente en vigor por la SCJN, en la que se dispone que los tratados internacionales se ubican siempre

¹⁵⁵ *Supra* notas 79 a 85.

por debajo de la Constitución y siempre por encima de las leyes generales, nos enfrentamos a peligrosas situaciones que pueden vulnerar las prerrogativas establecidas en beneficio del individuo. Si bien parece esta solución ofrecer un sistema sencillo, en términos prácticos podría incluso impedir la aplicación de normas internacionales en colisión con el artículo 15 de la CPEUM,¹⁵⁶ la posible inhibición del Congreso Constituyente Permanente¹⁵⁷ o la exclusión de legislación nacional como la Ley de Amparo –que por ser una *ley* tendría necesariamente que estar por debajo de los tratados y ceder ante las disposiciones internacionales ratificadas por el Estado mexicano.¹⁵⁸

Si aceptamos el principio de que los tratados son indefectible e ineludiblemente jerárquicamente superiores a las leyes generales, entonces el Constituyente permanente deberá en todo momento ajustar su actuar y verificar que el contenido de la legislación nacional se sujete a los lineamientos previstos en los tratados. Más aún, la futura producción legislativa deberá estar supeditada a los tratados ya existentes y a los que se suscriban en un futuro. El resultado de aplicar el criterio de la SCJN de 2007 a raja tabla podría ser la inhibición de la actividad del Constituyente permanente, el cual vería limitada su libertad para legislar de acuerdo con las necesidades del país. Podría estimarse que al seguir siempre los lineamientos discutidos y establecidos en el ámbito internacional estaría vulnerando –o limitando– así la soberanía legislativa del Estado mexicano. De este modo, podría tenerse un Poder Legislativo que actuará supeditado al derecho extranjero que ha sido reconocido por el Ejecutivo y aprobado por la Cámara de Senadores.

Finalmente, debemos remarcar que si se llegara a establecer una jerarquía entre tratados y “leyes del Congreso de la Unión que emanen de la Constitución, es porque, como consecuencia de un mundo globalizado donde no hubiera más asuntos de competencia exclusiva interna,¹⁵⁹ podría surgir la necesidad –nacional o internacional– de fijar dicha jerarquía, pero no porque sea consecuencia de la interpretación del artículo 133 constitucional. Como hemos visto, el texto constitucional no dispone que el tratado se encuentra

¹⁵⁶ *Idem*.

¹⁵⁷ *Supra* nota 103.

¹⁵⁸ *Cfr. supra* nota 104.

¹⁵⁹ *Cfr. supra* nota 76.

por encima de las leyes del Congreso de la Unión.¹⁶⁰ Si existiera la necesidad –nacional, internacional, económica, política, social u otra diversa– de hacerlo en un mundo globalizado debería definirse no por un judicial que re-escribe la Constitución sino por la sociedad mexicana *in toto*.

¹⁶⁰ So pena de reiterar, el artículo 133 constitucional, de hecho, señala que el tratado y la ley ingresan a la Ley Suprema de toda la Unión, y el artículo 15 constitucional señala que los tratados no deben *alterar* las garantías constitucionales.

LAS IMPERFECCIONES DEL MERCADO COMO FUNDAMENTO PARA EL DESARROLLO DEL PAPEL DEL ESTADO EN LA ACTIVIDAD ECONÓMICA

Ma. Solange MAQUEO RAMÍREZ¹

SUMARIO: I. *El cambio de paradigma.* II. *El mercado como utopía.* III. *El problema de la inequidad en el mercado.* IV. *El argumento para justificar la intervención estatal.* V. *Las imperfecciones del mercado.* VI. *A modo de conclusión.*

I. EL CAMBIO DE PARADIGMA

Desde el inicio de la propia existencia del Estado moderno, éste ha intervenido en la actividad económica en coexistencia con el mercado, especialmente por lo que se refiere a la regulación de los derechos de propiedad (necesarios para la existencia del mercado), los mecanismos de imposición fiscal (reconocidos como los medios idóneos para que el Estado esté en posibilidad de allegarse de recursos) y el control o seguridad jurídica respecto de la celebración de contratos de intercambio mercantil (también considerados como necesarios para el adecuado funcionamiento del mercado).

Incluso, el propio Adam Smith reconoció la importancia del Estado para establecer un marco jurídico e institucional adecuado que permitiera el funcionamiento del mercado. Como dijera Buchanan (1979, p. 89): "Son pocos los anarquistas libertarios que argumentan que un

¹ Profesora asociada al Departamento de Ciencias Jurídicas del CIDE.

mercado podría surgir y funcionar eficazmente con ausencia *total* de actividad del gobierno". De esta forma, se concede casi de manera unánime la función de protección y vigilancia al Estado a efecto de brindar seguridad jurídica a los individuos en sus bienes, sobre su persona y en sus relaciones. Incluso el propio Nozick (1974, p. IX), ferviente defensor del Estado "mínimo", ha sostenido la importancia del papel protector del Estado para combatir la fuerza, el robo, el fraude, las imposiciones de los contratos, entre otros.

La divergencia de posturas en la teoría económica se manifiesta cuando se pretende ir un poco más allá del Estado mínimo, pues ello supone una participación activa del Estado en perjuicio de la libertad de las fuerzas del mercado. De hecho, no existe un verdadero consenso entre los economistas respecto del papel económico del Estado. Se aceptan y se discuten muy diversos grados e instrumentos de intervención estatal, pero eso sí, siempre en coexistencia con el mercado.² Quizá una de las posturas más generalizadas en la actualidad la podemos encontrar en las palabras de Charles Lindblom (2001, p. 156):

Una visión o modelo común coloca al sistema de mercado al frente y al centro, dejando al Estado con dos papeles de carácter subsidiario. El primer papel consiste en establecer los fundamentos legales sin los cuales el sistema de mercado no podría operar. [...] El segundo papel es calificado con palabras tales como 'interferencia' e 'intervención', o palabras menos críticas aunque negativas en su colorido, como 'regulación'.³

Si bien el paradigma de la teoría económica moderna consiste en considerar al mercado como el mecanismo idóneo o predominante (o más sencillo y menos imperfecto) para coordinar la actividad económica de la sociedad, también se reconocen en el Estado determinadas funciones, concretamente se le reconoce la función de administrar,

² De acuerdo con Ayala (1992, p. 63): "En rigor no existe una 'teoría' económica sobre la intervención del Estado, al menos no una que goce de amplia aceptación. En cambio se ha aceptado que sí existen valiosas 'perspectivas analíticas', como los ha denominado Buchanan, para estudiar algunos aspectos relevantes del intervencionismo estatal. Por ejemplo, la escuela de la elección pública, el neoinstitucionalismo económico, la economía del bienestar, la teoría de las finanzas públicas, que justamente han permitido estudiar el funcionamiento de los mecanismos relevantes mediante los cuales el Estado influye en el sistema".

³ La traducción es nuestra.

regular y vigilar la marcha correcta de la combinación de ambas instituciones (el mercado y el Estado conjuntamente) de acuerdo con reglas de carácter institucional y contractual. De acuerdo con Ayala Espino (1992, p. 60): "Su propósito explícito [se refiere al Estado] consiste en mejorar el funcionamiento global del sistema de acuerdo con los objetivos que definan los gobiernos en un cierto orden valorativo". Ciertamente el motivo de debate se centra en determinar ese orden valorativo que se traduce en la adopción de tal o cual modelo económico en cada sistema constitucional.

No obstante lo anterior, la doctrina económica moderna, con contadas excepciones, reconoce determinados ámbitos de relevancia económica en los cuales se considera necesaria la "mano visible" del Estado. Concretamente nos referimos a la capacidad del Estado para administrar y regular los intereses contradictorios de los distintos grupos sociales que presentan objetivos y pesos diferentes, de tal forma que mediante dicha intervención se logren atenuar, si no eliminar, las estructuras asimétricas de los poderes políticos y económicos; también hemos de mencionar a la capacidad de atender las necesidades básicas de bienestar social, la representación de minorías, los derechos humanos, entre otros (Ayala, 1992). Si bien existe un amplio consenso en estas materias —baste mencionar a Samuelson y Nordhaus (1999), al propio Buchanan (1979), a Sen (2000), Stiglitz (1993), Acocella (1998), entre otros—, también se incrementan las discusiones, debates y controversias respecto de su contenido y alcance. Como cualquier materia sujeta a discusión, el problema se sitúa en las aporías.

Ciertamente este cambio de paradigma en el pensamiento económico, que acepta una participación más activa del Estado a pesar de otorgarle un carácter subsidiario frente al mercado, obedece a una revolución intelectual que va más allá del ámbito estrictamente reservado a la economía y que, a fin de cuentas, supone el pleno reconocimiento de ciertas necesidades materiales surgidas por el reparto desigual de la riqueza. En la presente monografía sólo nos avocaremos al enfoque económico que pretende explicar esta transformación del papel del Estado en la actividad económica, mismo que parte del análisis de las imperfecciones del mercado; sin que ello sea óbice para que en un futuro próximo podamos extendernos a su interrelación con el enfoque constitucional, que parte de la introducción del Estado social de derecho, pues si bien ambas perspectivas

parten de supuestos y fundamentos diferentes, a nuestro juicio, ambas convergen en el reconocimiento de la insuficiencia del individualismo y de la neutralidad del Estado liberal de Derecho para alcanzar un elevado nivel de bienestar social.⁴

II. EL MERCADO COMO UTOPIA

La teoría económica convencional, misma que podemos englobar en la descripción que presenta Grossman (1965, p. 138), sostiene que el mercado desarrolla la principal tarea de coordinar las actividades de las unidades económicas individuales (los agentes económicos), pues éstas deciden los niveles de sus actividades económicas y se interrelacionan con referencia significativa a los términos de intercambio (los precios), a efecto de lograr un beneficio en sus posiciones económicas netas. Así, el mercado implica por definición un sistema económico descentralizado, esto es, que no requiere de un planificador central (como sería el Estado en un sistema socialista o mixto). De tal forma que, de acuerdo con Lindblom (2001, p. 4), el mercado logra conciliar los diferentes intereses de los individuos llegando a constituir en un claro instrumento de coordinación de la actividad humana y, por ende, de la sociedad.

En este sentido, el mercado se constituye en un sistema eficaz para organizar la actividad económica, ya que esta organización se alcanza por el simple hecho de dejar funcionar libremente al mercado, sin tener que lidiar con los problemas que representa un enorme aparato burocrático creado expresamente para tales efectos. Así, el mercado permite alcanzar niveles eficientes en la asignación de recursos y, paralelamente, en la producción y la distribución de mercancías; el mercado, al menos en teoría, determina de forma eficiente el qué y en qué cantidad, el cómo y el para quién se produce.

Veamos con mayor detenimiento la capacidad del sistema de mercado para conciliar los intereses de las personas que participan en un determinado mercado, así como su capacidad para asignar los recursos económicos en una sociedad, para lo cual primero tenemos que distinguir entre demandantes (consumidores) y oferentes (vendedores)

⁴ Ya hemos adelantado parte del desarrollo de esta idea. Sobre el particular véase Maqueo Ramírez (2004).

de acuerdo con el momento en que desempeñan ese determinado rol, sin desconocer, por supuesto, que una persona normalmente puede desempeñar ambas funciones.

Por una parte, los consumidores determinan qué bienes están dispuestos a adquirir y en qué cantidad, dependiendo de su precio, sus preferencias o gustos, la renta de la que disponen, entre otros determinantes de la demanda (situación conocida como *consumers' sovereignty*), y por la otra, los vendedores, dependiendo del objetivo que persigan, siendo el más general el de maximizar sus ganancias, eligen también qué bienes producir, cómo producirlos y en qué cantidades.⁵ En ambos casos, simplificando, cabe esperar que tanto demandantes como oferentes persigan un mismo objetivo consistente en la obtención del mayor beneficio posible, como veremos con posterioridad.

A efecto de clarificar lo anterior consideremos como instrumento de análisis para la variación de la demanda y la oferta el determinante del precio y supongamos, asimismo, que tanto los consumidores como los vendedores actúan de manera racional y que toman sus decisiones en términos marginales optando por consumir o producir determinados bienes de acuerdo con el beneficio adicional que les proporcionan las unidades sucesivas de consumo o de producción, para lo cual también suponemos que ambos cuentan con la debida información.

En estas circunstancias, la variación de los precios provoca una reacción contraria o inversa entre demandantes y oferentes, de forma que si se produce una disminución de precios aumenta la cantidad demandada, pero disminuye la cantidad ofrecida, lo que provocaría un exceso de demanda, es decir, los consumidores verían insatisfechos sus deseos. Por el contrario, si se produce un aumento de los precios aumenta la cantidad producida, pero disminuye la cantidad demandada, provocándose un exceso de oferta, por lo que los vendedores no podrían dar salida a toda la mercancía producida. De ahí que las

⁵ En la doctrina económica existen diversas teorías, tanto desde el punto de vista empírico como teórico, respecto de las aspiraciones de los empresarios. Algunos economistas sostienen que los empresarios buscan maximizar sus ventas; otros sostienen que algunos productores tan sólo desean una vida pacífica lejos de los problemas que implica una competencia excesiva y, finalmente, otros sostienen que los empresarios buscan maximizar sus ganancias, siendo esta última la más aceptada y difundida. Al respecto véase la obra de Le Grand *et al.* (1992).

fuerzas contrarias del mercado (demanda y oferta) se vean empujadas o dirigidas, como diría Adam Smith por "la mano invisible", hasta alcanzar un punto de acuerdo entre ellas, de tal forma que se establezca un precio en el cual se iguale la cantidad demandada y la cantidad ofrecida, alcanzándose así el equilibrio en el mercado.

De la misma forma en que los consumidores y los vendedores reaccionan ante las señales de las variaciones de los precios hasta alcanzar una posición de equilibrio, también lo hacen ante otros determinantes como el aumento de renta o la innovación tecnológica, supuestos ante los que la interacción entre los consumidores y los vendedores empuja nuevamente al mercado hasta alcanzar una posición de equilibrio. Carece de importancia para esta monografía señalar cómo se modifican la oferta y la demanda en cada uno de los supuestos en que varían sus determinantes, aunque sí resulta de interés destacar que la actuación libre de las fuerzas del mercado normalmente tiende a conducir a una posición de equilibrio.⁶

Esto cobra gran relevancia para nuestro estudio ya que si consideramos que la eficiencia en la asignación (o eficiencia en el sentido de Pareto) existe cuando no es posible reorganizar la producción o el consumo de tal manera que aumente la satisfacción de una persona sin reducir la de otra, dicha eficiencia podrá alcanzarse en condiciones de equilibrio toda vez que los consumidores y los vendedores no encuentran ya incentivo alguno para modificar la cantidad demandada y producida a un determinado precio, ya que de hacerlo provocarían un exceso en la demanda o un exceso en la producción dependiendo del caso.

Ahora bien, la eficiencia en la asignación de recursos a través del funcionamiento del mercado también es observable en otros términos, partiendo del análisis de los objetivos perseguidos por los vendedores y por los consumidores, que se pueden simplificar en la búsqueda del beneficio económico, es decir, evitando el mayor costo posible, sea en la producción o en la adquisición de los productos, respectivamente. Así, la eficiencia en la asignación de recursos pue-

⁶ Si se desea profundizar sobre la Teoría General del Equilibrio, en la que además se reconocen las dificultades para construir una función de utilidad de la sociedad en su conjunto, resulta recomendable consultar a Arrow (1978).

de ser analizada desde el punto de vista de los diferentes niveles de producción y consumo.

Por lo que se refiere a los consumidores, éstos estarán dispuestos a adquirir aquellos bienes que les representen una utilidad, sin embargo, también tomarán en consideración su costo (que puede ser medido a través del precio). Es claro que si el costo es superior a la utilidad que dichos bienes proporcionan sería absurdo pensar que los consumidores encontrarán incentivos para adquirirlos, por lo que en la mayoría de los casos, considerando que las decisiones se toman racionalmente, estarán dispuestos a adquirir sólo aquellos bienes cuya utilidad marginal iguale, como mínimo, su precio. El supuesto de utilidad marginal decreciente hace que sea especialmente recomendable considerar las decisiones de los consumidores en términos marginales, recordando que, en palabras de Le Grand *et al.* (1992, pp. 10 y ss.), la suma de la utilidad marginal obtenida en los diferentes niveles de consumo refleja la parte del "beneficio social marginal" atribuible al consumidor.

Por lo que se refiere a los vendedores, éstos también desearán incrementar sus ganancias y disminuir sus costos de producción, por lo que estarán dispuestos a producir determinados bienes hasta el punto en que ello no les genere pérdidas, es decir, hasta el momento en que el precio que el mercado está dispuesto a pagar por las mercancías iguale su costo marginal de producción, que se asume creciente.

De la misma forma como lo hemos hecho respecto de los consumidores, conviene aclarar que la suma del costo marginal de producción de cada vendedor en ausencia de externalidades nos determina el "costo social marginal", siguiendo a Le Grand *et al.* (pp. 10 y ss.). En el equilibrio resultante, el beneficio social neto es máximo.

Así, de conformidad con Le Grand *et al.* (p. 14), "una forma equivalente de definir el nivel eficiente de producción es diciendo que éste ocurre cuando el beneficio social marginal es igual al costo social marginal".

De esta forma, cuando el beneficio social marginal es igual al costo social marginal a un determinado nivel de producción, no habría otra forma posible de reorganizar la producción sin alterar negativamente el bienestar económico de una persona para aumentar el de otra. De ahí que digamos que existe eficiencia en la asignación o efi-

ciencia en la producción.⁷ Lo anterior puede resumirse en la siguiente cita textual:

Cuando se decide sobre la cantidad que debemos producir de un artículo en particular, necesitamos considerar la forma en que ambos, beneficios y costos, varían a diferentes niveles de producción. En general, los beneficios son deseables y los costos son evitados, entonces parecería lógico tratar de seleccionar esa producción en la cual el exceso de beneficios sobre los costos, los *beneficios netos*, es mayor. Cuando la sociedad ha seleccionado el nivel de producción y ha distribuido sus recursos en consecuencia, decimos que hay una distribución eficiente de recursos o, alternativamente, un nivel eficiente de producción (Le Grand *et al.*, p. 9).

Por lo tanto, en la economía de mercado, en la cual la distribución de los recursos y los niveles de producción se determinan mediante la libre actuación de la oferta y la demanda, se alcanza un nivel eficiente en la asignación de los recursos, siendo ésta una de las características que más destacan sus defensores.

Sin embargo, para que la eficiencia se alcance tal como la hemos descrito tenemos que partir de varios supuestos, algunos de los cuales ya se encuentran mencionados con anterioridad, tales como la existencia de información perfecta que permita a los consumidores y a los vendedores tomar adecuadamente sus decisiones de consumo o de producción; que dichas decisiones se tomen en términos marginales; que el costo marginal de producción sea creciente, es decir, que cada bien se produzca en condiciones de rendimientos constantes de escala o decrecientes, así como que la utilidad marginal para los consumidores sea decreciente.⁸

⁷ La eficiencia en la producción es diferente al concepto de "eficiencia productiva". Esta última, la eficiencia productiva, se refiere a que la economía se encuentra en su frontera de posibilidades de la producción, es decir, cuando no se puede producir una cantidad mayor de un bien sin reducir la de otro.

⁸ Los modelos de competencia perfecta y equilibrio general, de acuerdo con los cuales el mercado es el instrumento idóneo para alcanzar niveles eficientes, supone, siguiendo a Ayala (1992, p. 69), las siguientes características típicas: "derechos de propiedad claramente definidos, productos homogéneos en todos los mercados, no hay barreras a la entrada, las escalas de las tasas de retorno son constantes, la información relevante está disponible y libre de costos, no existe poder de mercado [...], las empresas maximizan ganancias cuando los precios son iguales a los costos marginales, las desviaciones sobre las condiciones de operación del modelo se traducen en pérdidas de la participación de los productores en el

Además de los supuestos mencionados en el párrafo anterior, debemos incluir otros que también se hacen necesarios para considerar al mercado como instrumento para lograr la eficiencia. Dichos supuestos consisten, entre otros, en la inexistencia de externalidades, sean positivas o negativas, que puedan alterar el valor otorgado a los recursos económicos y, por otro lado, que se trate de un mercado perfectamente competitivo,⁹ a efecto de que permita la flexibilidad en la fijación de los precios.

En otras palabras, el análisis de la eficiencia en los mercados parte de la existencia de un mercado "idealizado", en el cual se presentan los supuestos mencionados con anterioridad. Sin embargo, la realidad es otra, normalmente se presentan casos de competencia imperfecta, de fallos del mercado, las decisiones de los consumidores y de los vendedores no son siempre racionales, motivado en numerosas ocasiones por la falta de información en los diferentes precios y también hay supuestos en que el costo de producción es decreciente, tan sólo por mencionar algunos ejemplos, lo que finalmente hace que la intervención estatal sea necesaria.¹⁰ Al respecto, Stiglitz (1993, p. 59) señala lo siguiente:

Mientras que la literatura tradicional caracterizaba a las deficiencias del mercado como excepciones a la regla general, de que los mercados descentralizados conducirían a la distribución eficiente de recursos, bajo esta nueva interpretación tal presunción se invierte: sólo en circunstancias excepcionales, el mercado resulta eficiente.

mercado, es decir, pueden entrar nuevos productores y los consumidores cambiar sus preferencias, las empresas ganan lo suficiente como para mantenerse en el mercado y no hay ganancias monopólicas y, finalmente, se cumple el óptimo de Pareto".

⁹ De conformidad con Samuelson y Nordhaus (1999, p. 155): "El mercado perfectamente competitivo es un mecanismo que sintetiza: a) la disposición de las personas que poseen votos monetarios a pagar los bienes representados por la demanda y b) los costos marginales de esos bienes representados por la oferta de las empresas. En determinadas condiciones, la competencia garantiza la eficiencia, en la cual no es posible elevar la utilidad de ningún consumidor sin reducir la de algún otro".

¹⁰ De conformidad con Ayala (1992, p. 81): "La economía convencional postula que el mercado en competencia perfecta conduce a soluciones eficientes (paretianas) en la asignación de recursos. Sin embargo, el análisis neoclásico reconoce que los mercados pueden fallar cuando surgen monopolios, externalidades, problemas de información, etc., y concluye que sólo cuando las soluciones de mercado se desvían de los supuestos crean situaciones de asignación de recursos ineficientes".

De ahí, que el sistema de economía de mercado no sea más que un modelo económico inexistente en puridad, en virtud de que sus condiciones o supuestos no se verifican en la realidad.

III. EL PROBLEMA DE LA INEQUIDAD EN EL MERCADO

Hasta el momento nos hemos ocupado de la eficiencia en la asignación de los recursos y hemos visto a grandes rasgos cómo logra alcanzarse en nuestro modelo del mercado "ideal". Veamos a continuación lo referente a la equidad.

A diferencia de lo que sucede con la eficiencia en los mercados en el sentido de que puede ser demostrada mediante criterios estrictamente positivos y en la que existe una definición aceptada por la mayoría de los economistas, la equidad normalmente requiere de valoraciones de carácter normativo, lo que contribuye a que dentro del campo económico no exista una definición unificada de la misma. Por ello, el análisis de la equidad en el sistema económico de mercado se torna una tarea mucho más difícil. En ese mismo sentido se pronuncia Mankiw (1998, p. 141) al señalar que "la evaluación de la equidad de un resultado del mercado es más difícil que la evaluación de la eficiencia. Mientras que esta última es una meta objetiva que puede juzgarse basándose en criterios estrictamente positivos, la equidad obliga a hacer juicios normativos que van más allá de la economía y que entran en el campo de la filosofía política".

No obstante lo anterior, es innegable que la equidad ha tenido cierta importancia dentro de la doctrina económica liberal, desde su simple enunciación como una de las carencias a las que conduce el sistema de mercado "puro", justificando así la necesidad de la intervención estatal, hasta tratar de demostrar que los niveles óptimos que proporciona la competencia económica ayudan a fomentarla.

Ejemplos de ello podemos encontrarlos en la reseña histórica que nos presenta Samuelson (1971, pp. 209 a 261) respecto de la llamada "economía del bienestar", dentro de la cual cita a autores (como es el caso de Walras) que llegan a afirmar que la competencia perfecta mejora la situación de "cada" individuo o, sin llegar tan lejos, otros que señalan que dicha competencia perfecta no mejora propiamente la situación de cada individuo sino que "la suma total de satisfacciones"

es máxima, que la competencia perfecta eleva al máximo la renta de todos los individuos.

Evidentemente, como reconoce el propio Samuelson, citando a Marshall y Wicksell, las dos posturas anteriores no toman en consideración la distribución existente de riqueza y capacidad, lo que da lugar a que el proceso de imputación en el marco de la competencia suele dar origen a grandes desigualdades en la distribución personal de la renta.

Por otra parte, continuando con la reseña histórica de Samuelson, otros autores como Bastiat, adoptan una posición más rígida, sosteniendo que la distribución de los ingresos en competencia es efectivamente equitativa y óptima. Bastiat esperaba poder demostrar que la competencia conduciría a una cantidad de utilidad y gozo siempre mayor.¹¹

Finalmente, Samuelson cita a economistas de la talla de Pareto y Barone, quienes analizan las condiciones óptimas, definidas por Pareto como aquellas que cuentan con "el requisito de que no debería existir ninguna variación o movimiento susceptible de mejorar la situación de cada uno", y que llevan a un *maximum d'utilité collective*, independientemente de la distribución del ingreso e inclusive de la verdad, si no se consideran comparables las utilidades de diferentes individuos.

Un ejemplo más de las consideraciones que se otorgan a la equidad en la economía de mercado, lo encontramos en la teoría librecambista, sustentada por Nozick (1974), de acuerdo con la cual el mercado es equitativo *per se* en virtud de que recompensa a aquellos que realizan un mayor esfuerzo. Es evidente que si aceptamos el criterio de equidad sobre el *quid pro quo*, mediante el cual cada quien recibe las recompensas que le corresponden conforme a su aportación, concluiríamos que efectivamente el mercado conduce a situaciones justas. Sin embargo, en la actualidad, salvo casos excepcionales, se admite la necesidad de acudir a medidas ajenas al mercado que fomenten la

¹¹ "[...] quisiera señalar que algunos autores procuraron erigir una posición más rígida, sosteniendo que la distribución de los ingresos en competencia es efectivamente equitativa y óptima. Así, en los principios del siglo pasado, Bastiat [...] esperaba poder demostrar que la competencia beneficiante conduciría a 'una cantidad de utilidad y gozo siempre mayor y distribuida de modo siempre desigual'" (Samuelson, 1971, p. 217).

equidad o, en otras palabras, que minimicen las desigualdades entre los individuos pertenecientes a una sociedad.¹²

Una postura adicional o complementaria a las antes señaladas, quizá la más generalizada entre los defensores del mercado, es la que subraya Acocella (1998, p. 117):

[...] nosotros podemos distinguir entre el principio de capacidad (o productividad) (el cual invoca la igualdad de oportunidades o la igualdad en los puntos de partida) y el principio de necesidad (o redistribución) (el cual busca igualar los resultados). La doctrina liberal adopta el primero, subrayando la necesidad de reglas comunes (procedimientos) y la capacidad para todos de participar en el juego, el cual, sin embargo, puede finalizar en resultados diferentes para los participantes de acuerdo con sus habilidades y su determinación.¹³

De un modo o de otro, desde una perspectiva general, los defensores 'radicales' del mercado no son totalmente ajenos a los problemas de justicia social; por una parte, algunos niegan a toda costa la intervención del Estado argumentando que el propio funcionamiento del mercado mejora el bienestar social de los individuos que integran una sociedad determinada o, en una visión más alejada de la perspectiva igualitaria, que el mercado es equitativo porque recompensa a aquellos que realizan un mayor esfuerzo, y por la otra, limitan la participación activa del Estado, concediéndole tan sólo la facultad de garantizar la igualdad de oportunidades y la capacidad de acceso a las mismas.

Si bien nuestra intención no es analizar la veracidad de las afirmaciones anteriores, ha quedado demostrado como la equidad ha sido objeto de estudio y disquisiciones entre los más destacados economistas. Sin embargo, aún en la actualidad no hay puntos de total acuerdo y todavía existen incógnitas por resolver, partiendo incluso de los problemas más elementales como definir qué se entiende por equidad y justicia social y establecer los determinantes de la distribución de la riqueza.

Pero independientemente de las posturas que se adopten para definir la equidad, a nuestro juicio, ésta puede fomentarse a través de las

¹² Véase la obra de Okun (1975, pp. 40 y 41).

¹³ La traducción es nuestra.

políticas redistributivas que minimicen ciertas desigualdades entre los miembros de la sociedad, independientemente de que se refiera a la redistribución de la renta, de la riqueza o, incluso, de las libertades y capacidades (lo que incluye la igualdad de oportunidades). Es habitual en la bibliografía económica considerar a la equidad en estos términos, especialmente al contraponerla con los criterios de eficiencia. Como ejemplos de lo anterior podemos mencionar a Okun (1975), Atkinson (1981), Stiglitz (1993), Samuelson y Nordhaus (1999), Mankiw (1998), Lindblom (2001), Sen (2000), Albi (2000), Julian Le Grand, Carol Propper y Ray Robinson (1992).

Pero considerando a la equidad en estos términos, es decir, bajo un carácter meramente redistributivo, no podríamos ver al mecanismo del mercado por sí solo como el método más efectivo para alcanzarla, sino que sería necesario recurrir a otros medios que van desde las actividades altruistas de los particulares hasta la intervención del Estado. Esto es así por diversas razones, entre las cuales podemos enumerar las siguientes:

1. El funcionamiento del mercado parte de una distribución ya dada, aunque ésta sea considerada como inequitativa, distribución que no necesariamente se encuentra limitada a la propiedad de los medios de producción o de la riqueza, sino que también puede ser ampliada a otros factores tales como la capacidad física e intelectual, entre otros.
2. Una de las principales reglas por las que se rige el mercado en su acepción más radical es la llamada regla del "*quid pro quo*", según la cual los individuos reciben los beneficios de acuerdo con lo que han aportado en el mercado. Esto podría ser considerado como una distribución "justa" pero no propiamente "equitativa".
3. Cada participante en el mercado busca, en principio, obtener el máximo beneficio individual, aunque ello no es obstáculo para reconocer también la búsqueda de ciertos beneficios de carácter colectivo.
4. El mercado premia el riesgo, el esfuerzo, la innovación, el buen juicio, la intensidad del trabajo, la suerte, entre otros, pero deja en un segundo plano la distribución de los recursos de acuerdo con las "necesidades" individuales.

De esta forma, si consideramos el concepto de equidad desde su aspecto meramente distributivo, pareciera que el sistema descentralizado (equiparable al *laissez-faire* de Adam Smith), cuyo núcleo de operación es el mercado, no es el mejor sistema para obtenerla, toda vez que en él cada individuo actúa con cierta libertad en la búsqueda de su propio beneficio, dicho sistema *per se* evita la intromisión gubernamental, además de que parte de una distribución de la riqueza ya dada, sin importar que ésta sea inequitativa.

Actualmente es prácticamente una posición unánime entre los economistas la idea de que el mercado por sí solo genera grandes disparidades entre los estándares de vida de los ciudadanos, por lo que en su mayoría reconocen la necesidad de la intervención gubernamental para paliar los efectos de dichas desigualdades.¹⁴ Efectivamente, una de las críticas más difundidas respecto del mercado consiste precisamente en destacar las desigualdades en la distribución de la riqueza existentes en las sociedades que le otorgan una posición privilegiada al mercado, lo cual no significa que no sea una constante preocupación dentro de la teoría económica.

En todo caso, independientemente de los juicios de valor que puedan formularse al respecto no queda duda alguna que para el mercado lo importante es, como diría Mankiw (1998), el tamaño de la tarta económica y no cómo se reparte ésta.

IV. EL ARGUMENTO PARA JUSTIFICAR LA INTERVENCIÓN ESTATAL

De acuerdo con lo anterior, el reconocimiento generalizado de las imperfecciones del mercado se convierte en uno de los principales argumentos bajo los cuales se sustenta la posibilidad de intervención estatal, especialmente por lo que se refiere a los bienes públicos y a las pautas de justicia social. Como establecen Joe Wallis y Brian

¹⁴ De conformidad con Acocella (1998, p. 81): "La solución de los problemas distributivos no se le confía al mecanismo de mercado sino a la intervención gubernamental. Así, de acuerdo con la interpretación convencional del segundo teorema de la Economía del Bienestar el funcionamiento de la mano invisible (el mercado) debe ser corregida por la acción de la mano visible (el gobierno). Bajo estas condiciones, el mercado debería de asegurar una eficiente asignación de los recursos y el Estado sería responsable de la redistribución". La traducción es nuestra.

Dollery (1999, p. 9), uno de los más exitosos acercamientos al análisis del Estado, aunque con algunas carencias, ha sido el que nos proporciona la Economía del Bienestar en la forma de la teoría de las imperfecciones del mercado. En esencia, el paradigma de dichas imperfecciones examina la operación de la economía y prescribe la intervención gubernamental cuando el mercado fracasa en los criterios de eficiencia y en los de equidad. Al respecto, Albi (2000, pp. 105 y 106) señala:

Los "fallos" o imperfecciones del mercado son una de las causas fundamentales de las intervenciones públicas en la economía. Si el mercado no funciona correctamente existen ganancias potenciales de eficiencia que la actuación pública puede lograr para la sociedad. No siempre será el Estado la organización más adecuada para ese fin; el poder político ha de actuar, en ocasiones, como simple impulsor y coordinador de otras organizaciones, nacional o internacionalmente. Además, [...] la actuación estatal es también imperfecta y su financiación, [...] origina costos económicos altos que deben tenerse muy en cuenta. Con todo, el Estado tiene, tradicionalmente, un papel económico importante en la solución de los defectos que muestran los mercados. Lograr que ese remedio no sea sólo potencial, sino que se convierta en realidad, legítima buena parte de la actividad de los sectores públicos y aumenta la eficiencia.

En el mismo sentido se pronuncian Le Grand, Propper y Robinson (1992, p. 32), al indicar que "la comprensión de los fallos del sistema de mercado para lograr satisfactoriamente los objetivos que nuestra sociedad ha establecido por sí misma nos ha conducido a varios tipos de intervención gubernamental".¹⁵

La posibilidad de que el Estado intervenga en la economía con el objeto de subsanar las imperfecciones del mercado implica por lo menos dos ámbitos de intervención: (1) la asignación eficiente de los recursos,¹⁶ si y sólo si mejora con ello la eficiencia económica, y (2) para fomentar la justicia social a través de sus políticas redistribu-

¹⁵ La traducción es nuestra.

¹⁶ Conforme a la teoría económica convencional la denominación de "fallos del mercado" hace alusión exclusivamente a la afectación de la eficiencia económica y, por ende, puede implicar la intervención estatal para reasignar los recursos económicos, pero se excluyen de esta denominación las imperfecciones del mercado que hacen referencia a la equidad o a problemas de carácter macroeconómico.

butivas.¹⁷ De lo anterior conviene subrayar que mientras el primero de ellos se refiere concretamente al incremento de los niveles de eficiencia, donde el mercado es notoriamente insuficiente, el segundo va íntimamente ligado a criterios de equidad, aunque también se le reconocen determinados logros de eficiencia.

Así las cosas, el reconocimiento de las imperfecciones que presenta el mercado desemboca, a su vez, en el reconocimiento de que el mercado por sí solo puede desembocar en pérdidas de eficiencia o en desigualdades económicas y sociales consideradas como inaceptables por la sociedad, lo que a fin de cuentas redundaría en una pérdida de bienestar social.

Como sugiere Albi (2000), la combinación del libre funcionamiento de los mercados con una actuación estatal eficiente produce el mayor aumento de bienestar social. Efectivamente, debido a que las condiciones para que los mercados sean perfectos son muy complejas y numerosas existe un amplio espacio para que la intervención pública (u otras organizaciones sociales) corrija los inconvenientes de los mercados y mejore el bienestar de la sociedad. De acuerdo con el citado autor, el objetivo general es obtener ganancias de eficiencia en el sistema económico de tal forma que se beneficien de manera global, o particularmente, los ciudadanos. Además, también el Estado puede lograr grados adecuados de equidad distributiva en la sociedad, siendo otra de sus misiones esenciales.

Es importante resaltar que si bien las imperfecciones del mercado representan, en muchas ocasiones, una justificación para incrementar la actuación del Estado en la actividad económica, no existe pleno consenso entre los economistas en cuanto a dicha intervención toda vez que también se reconocen las imperfecciones del Estado y, a su vez, se buscan métodos alternativos de solución. Incluso, hay quienes sostienen que la intervención gubernamental puede representar un mal mayor.

¹⁷ Normalmente también se le reconocen al Estado funciones de "coordinación macroeconómica", tales como el pleno empleo en condiciones de estabilización y crecimiento económico, entre otros, que omitimos por razones de delimitación en nuestro trabajo de investigación, pero que conviene tener presentes. Esto coincide con la división tripartita de Musgrave, en su obra clásica sobre la política fiscal, respecto de las funciones o políticas del Estado: 1) políticas de estabilización, 2) medidas sobre distribución de rentas y 3) la asignación de recursos.

De conformidad con Nicholas Barr (1992, pp. 755 y ss.), tomando como referencia a Robert Inman y Dennis Mueller, los puntos de discrepancia más notables entre los economistas se refieren básicamente a cuatro aspectos. Primero, el papel del Estado respecto de las imperfecciones del Estado,¹⁸ segundo, su papel como redistribuidor de la renta y la riqueza; tercero, su responsabilidad ante el electorado, especialmente cuando se encuentran agrupados mediante coaliciones o como grupos de interés, y; cuarto, su aparato burocrático.

Respecto del primer punto señalado por Barr, que es el que presenta mayor interés para los efectos del presente apartado, Wallis y Dollery (1999, p. 26) establecen que, en esencia, son cuatro las áreas en las cuales se ha criticado ampliamente la actuación del Estado para subsanar las deficiencias del mercado.

En primer lugar, se ha discutido la posibilidad real de que el Estado sea capaz de evaluar con exactitud las pérdidas de eficiencia (o de bienestar social) y con base en ello implementar métodos adecuados que permitan subsanar las deficiencias del mercado. En segundo lugar, algunas críticas hacen referencia a la aptitud del Estado para actuar efectivamente de acuerdo con el interés público. Un tercer elemento de crítica, directamente relacionado con el punto anterior, ha sido la falta de motivaciones que presentan los funcionarios públicos para actuar en beneficio de terceros, incrementando el bienestar social, dejando a un lado el interés propio.

Respecto de estos dos últimos elementos de crítica cabe mencionar que la teoría económica ha detectado diversos factores (imperfecciones en el funcionamiento del Estado) que dificultan la posibilidad de que el Estado efectivamente tenga la capacidad de actuar conforme al interés público, incrementando el bienestar de la sociedad. Dichos factores pueden resumirse en problemas de organización (mismos que generan altos costos de transacción y burocratización), de incentivos o motivaciones y de gestión, aunado a las implicaciones de carácter político.¹⁹

¹⁸ En este caso las imperfecciones del mercado se limitan a su concepción tradicional de "fallos del mercado".

¹⁹ Si se desea profundizar respecto de las deficiencias en que pueden incurrir los gobiernos respecto de la actividad económica resulta recomendable el capítulo 2, "Las políticas públicas y su gestión", de la obra de Albi (2000, pp. 55 a 104). Con una visión quizá más negativa puede consultarse el ensayo presentado por Giersch (1979). Asimismo, existen

Y, en cuarto lugar, el desarrollo de la teoría del *second best*²⁰ (atribuida a los economistas Richard Lipsey y Kelvin Lancaster en 1956), ha puesto en duda la conveniencia de que el Estado enfoque su actuación hacia el objetivo de incrementar los niveles eficientes en un determinado ámbito del mercado. En concreto, la teoría del *second best* demuestra que si el mercado falla en un determinado sector de la economía, entonces un nivel superior de bienestar social puede alcanzarse mediante la violación deliberada de la eficiencia en el sentido de Pareto en otros sectores.²¹

No obstante las objeciones antes indicadas, el análisis de las imperfecciones del mercado continúa siendo un elemento fundamental para determinar la conveniencia de la intervención gubernamental. Así, aún después de señalar ampliamente las críticas más difundidas sobre la teoría de las imperfecciones del mercado,²² los propios Wallis y Dollery (1999, p. 30) reconocen: “[...] el criterio de eficiencia desarrollado por esta teoría sigue jugando un papel decisivo en la formulación de políticas”.

Además, cabe destacar que las ventajas comparativas que detenta el Estado frente a otras instituciones de carácter no gubernamental le siguen otorgando una posición privilegiada. Dichas ventajas comparativas, de acuerdo con Stiglitz (1993) y Albi (1995), pueden

diversos estudios que pretenden crear una teoría paralela a la que corresponde a los “fallos del mercado”, en los cuales se sistematizan los llamados “fallos gubernamentales”, un claro intento de lo anterior nos lo proporciona Charles Wolf (1990).

²⁰ De conformidad con Acocella (1998, p. 115): “La teoría del *second best* establece [...]: no es verdad que ‘una situación en la cual la mayoría, pero no todas, de las condiciones óptimas se cumplen es necesaria, o incluso deseable, para ser superior a una situación en la cual se cumple un menor número de ellas.’” Por su parte, Kuttner (1999, p. 19) señala: “El teorema del *Second Best* sugiere que cuando hay una multiplicidad de distorsiones en el precio y la oferta de un mercado dado, la supresión de una de las distorsiones para alcanzar un mercado puro no necesariamente mejorarán el resultado total. Un mercado *second-best* típicamente tiene formas *second-best* de responsabilidad —normas profesionales, supervisiones gubernamentales, regulaciones, y subsidios— a las cuales las fuerzas del mercado se han adaptado”. Ambas traducciones son nuestras.

²¹ Según Wallis y Dollery (1999, p. 27), una crítica más a la teoría de las imperfecciones del mercado la constituye la llamada “falacia de Nirvana”, de conformidad con la cual el paradigma de las imperfecciones del mercado incluye “una metodología que confronta el orden económico actual contra una norma teórica idealizada (esto es, la eficiencia en la asignación de recursos), violando, de esta forma, el concepto fundamental del costo de oportunidad”. La traducción es nuestra.

²² La traducción es nuestra.

reducirse principalmente a dos: 1) el monopolio de la coacción que detenta el Estado, y 2) la necesaria pertenencia de las personas (físicas o jurídicas) a la organización estatal,²³ que a su vez se ven reflejadas en los poderes del Estado para imponer tributos, para proscribir determinadas acciones, para sancionar, así como ciertas ventajas respecto de los costos financieros donde al Estado, por sus propias características puede reducir dichos costos en la resolución de las deficiencias del mercado.

Por el momento no nos queda más que concluir que efectivamente la coexistencia del mercado y del Estado es indisoluble y que la función de los economistas consiste, entre otras cosas, en procurar un adecuado balance entre dos instituciones imperfectas que conlleve al incremento del bienestar de la sociedad.²⁴ Esto puede enfatizarse con el planteamiento que nos presenta Buchanan (1979, p. 16):

²³ De acuerdo con Stiglitz (1993, p. 37), las ventajas comparativas que presenta el Estado, considerado como organización económica, frente a otras organizaciones económicas son: “[...] el Estado es una organización de carácter *universal*, y [que] tiene ciertos poderes de *coerción* de los que carecen otras organizaciones”. En el mismo sentido se pronuncia Albi (1995, p. 18), al indicar: “Dos características fundamentales de la organización pública, al menos en cuanto a sus componentes de las administraciones públicas, son la obligatoriedad de ser miembro de la misma y la capacidad de coacción que la organización pública tiene aunque sea atemperada, por ejemplo, por el principio de legalidad o por la fiscalización a la que se debe someter. Estas características esenciales de la organización pública explican, por ejemplo, la existencia del sistema tributario y ayudan a resolver, a través de la regulación o de la provisión, o producción, de bienes y servicios públicos, los problemas que se derivan de los ‘fallos del mercado’. Son, también, punto de partida de la diversidad de intervenciones públicas regulatorias, de provisión o producción, o redistributivas que se realizan por los sectores públicos en las economías actuales”.

²⁴ Uno de los economistas que ha hecho especial hincapié en las imperfecciones del Estado (además del conocido trabajo de Wolf) es Buchanan (1979, p. 92), padre fundador del *Public Choice*. Una de sus citas más famosas al respecto es la que presentamos a continuación: “Se ha interpretado ampliamente que los análisis del ‘fracaso del mercado’ ofrecen un caso de *prima facie* para la acción correctora del sector público más allá de los confines o límites del Estado mínimo o protector. Y estos análisis han influido, al menos en algún grado, para dar una explicación racional plausible a las muchas extensiones de las actividades gubernamentales [...]. Sin embargo, los análisis ortodoxos del ‘fracaso del mercado’ se han visto perjudicados muy seriamente por el error de comparar alternativas falsas. El funcionamiento de una economía organizada sobre principios de mercado se ha comparado con un modelo teórico-analítico definido por el teórico formal o el filoso-idealista [sic] hasta hace poco tiempo, se han hecho relativamente pocos intentos para establecer la única comparación adecuada entre el proceso de mercado, tal como opera en la realidad, y el proceso correctivo gubernamental, asimismo como opera o pudiera pronosticarse que opere en la realidad también”.

El gobierno y el mercado fallan y el hombre contemporáneo se encuentra atrapado en el gran dilema de reconocer que *las grandes alternativas del "laissez faire" y el socialismo están moribundas y su renacimiento no es previsible.*

V. LAS IMPERFECCIONES DEL MERCADO

Tradicionalmente el término "fallos del mercado" se ha utilizado para calificar aquellas características negativas que presenta el mercado en situaciones reales en contraposición al mercado competitivo idealizado en la teoría económica, de tal forma que el reconocimiento inicial de dichos fallos ha tenido como objetivo principal demostrar que el mercado no siempre produce resultados eficientes, es decir, no conduce necesariamente al óptimo de Pareto.²⁵

Sin embargo, recientemente, las consideraciones respecto del éxito o fracaso de los mercados ya no se limitan simplemente a los fallos del mercado en su concepción tradicional sino que se han extendido a otros ámbitos, concretamente nos referimos a dos de ellos:

1. El primero, mismo que hemos adoptado, se refiere al reconocimiento de que el mercado no necesariamente crea situaciones socialmente deseables de acuerdo con ciertos criterios de carácter moral. Efectivamente, como afirma Albi (2000, p. 131), existe cierto consenso en que "el mercado es un mecanismo del que, si funciona bien, se puede decir que aplica una justicia retributiva, de manera impersonal, pero nunca una distributiva. Tampoco considera cuestiones de dignidad personal".
2. En el segundo, sustentado por Acocella (1998), se analizan cuidadosamente las imperfecciones que se producen dentro del ámbito macroeconómico, con independencia de las estrictamente relacionadas con la teoría clásica de los fallos del mercado (cuyo enfoque tiende a ser microeconómico dentro del marco de la teoría general del equilibrio).

²⁵ En palabras de Wallis y Dollery (1999, p. 16) los llamados fallos del mercado se refieren a la incapacidad del mercado o del sistema de mercados para proporcionar determinados bienes y servicios o en una manera económicamente óptima. Así, los fallos del mercado se definen exclusivamente en términos de eficiencia económica en lo general, y en términos de la eficiencia en la asignación de los recursos, en lo particular.

Cabe aclarar que las deficiencias macroeconómicas del mercado exceden los límites que circunscriben la presente monografía, motivo por el cual no nos adentraremos en su estudio, sin embargo, resulta conveniente tener plena conciencia de su existencia.²⁶

De esta forma, los criterios que utilizaremos para calificar el éxito o el fracaso de los mercados los reduciremos básicamente a dos. En primer lugar veremos aquellas situaciones que afectan la eficiencia en la asignación de recursos, haciendo referencia ocasionalmente a otro tipo de ineficiencias, y, en segundo lugar, atenderemos cuestiones relacionadas con la equidad, por lo que resulta más correcto utilizar el término "imperfecciones del mercado" (concepto *lato sensu*) en sustitución de los tradicionales fallos del mercado (concepto *strictu sensu*, referido concretamente a la afectación del principio de eficiencia).

1. Imperfecciones que afectan a la eficiencia

Por lo que se refiere al primer criterio, son varias las causas que se asocian generalmente a la incapacidad del mercado para alcanzar resultados eficientes. De conformidad con Acocella (1998), dichas causas básicamente se reducen a dos: la competencia imperfecta y los mercados incompletos.²⁷

Por lo que hace a la competencia imperfecta, normalmente se incluyen en esta categoría los problemas derivados de las economías de escala, los monopolios (incluyendo los monopolios naturales) y oligopolios, así como las prácticas monopólicas. Además, aquí también se hace referencia a la libertad de las empresas para entrar y salir del mercado y a los problemas asociados a la existencia de sindicatos con poder para limitar la oferta de trabajo.

Por lo que se refiere a los mercados incompletos, de forma generalizada se atienden bajo este criterio los problemas derivados de las externalidades (o efectos externos), los bienes públicos, así como los

²⁶ Los fallos macroeconómicos del mercado implican situaciones de desempleo, inflación, balanza de pagos y crecimiento económico, entre otros.

²⁷ La enumeración de las imperfecciones del mercado está basada en la recopilación de las diferentes causas de ineficiencias señaladas por los siguientes autores: Acocella (1998); Samuelson y Nordhaus (1999); Lindblom (2001); Albi (2000); Buchanan (1979); y Wolf (1990).

costos de transacción y la información asimétrica; y de acuerdo con Lindblom (2001) también se pueden considerar como imperfecciones del mercado la terminación de las transacciones por una de las partes (o terminación unilateral), y la ignorancia o irracionalidad de los agentes económicos. Veamos a continuación cada una de ellas.

2. La competencia perfecta

Hemos visto que la competencia perfecta es una condición *sine qua non* para la eficiencia en el sentido de Pareto, pero también hemos mencionado la naturaleza irreal de la misma. En el mundo real se presentan muy diversos factores que originan que la competencia en los mercados sea imperfecta, algunos de esos factores tienen un carácter artificial creado por las condiciones históricas o legales de una sociedad determinada (un ejemplo son los sindicatos); por el establecimiento de barreras a la entrada y salida del mercado, por los privilegios concedidos a ciertos productores bajo el denominado régimen político del "amiguismo" o debido a los obstáculos provocados por los propios productores mediante pactos o convenios colusivos.

Asimismo, también existen determinados factores que propician la competencia imperfecta y que derivan de la propia naturaleza de la actividad productiva, como son los llamados rendimientos crecientes a escala o los costos medios decrecientes, comúnmente encontrados en los monopolios naturales y en los bienes públicos.

Sin embargo, con independencia de su origen, todos estos factores hacen referencia a la limitación de la competencia mediante el fomento de un número muy limitado de agentes del lado de la oferta, lo que ocasiona una asignación ineficiente de los recursos con la consecuente pérdida de bienestar social.

Veamos, en forma especial, el caso de los monopolios (incluyendo los monopolios naturales) y los oligopolios.

Un argumento comúnmente utilizado para afirmar la ineficiencia asignativa que provocan los monopolios y oligopolios consiste en afirmar que los monopolistas u oligopolistas intentan maximizar sus ganancias mediante un incremento en los precios (precios arbitrarios) por encima del precio de equilibrio y mediante una producción inferior a la cantidad de equilibrio, de forma tal que los demandantes se ven

altamente perjudicados en sus intereses.²⁸ Es evidente que en esta situación, en la que se establecen precios arbitrarios, no se cumplen las condiciones necesarias para la eficiencia en el sentido de Pareto si recordamos que para que ésta se produzca es necesario que el precio cobrado sea igual al costo marginal, donde el costo marginal es igual al precio de equilibrio.

El argumento anterior respecto de la pérdida de eficiencia cobra mucha mayor fuerza en el caso de los monopolios naturales donde existen economías de escala que provocan que la maximización de los beneficios (la reducción de los costos de producción) para una cantidad demandada sólo sea posible con la existencia de una sola empresa. En estos casos resulta más barato producir con una mayor dimensión porque los costos medios (por unidad de producción) son decrecientes, lo que origina que la empresa no esté en posibilidad de cobrar un precio equivalente al costo marginal (inferior al costo medio) ya que ello le originaría pérdidas al empresario.

Si bien es cierto que algunos economistas (Baumol, Panzar, Willing y Perroux, entre otros) han sostenido que lo importante no es la existencia de economías de escala sino la posibilidad de entrar y salir libremente y sin costo alguno del mercado (*the contestability of markets*), a efecto de promover la fijación de precios equivalentes a los que se originarían en un mercado competitivo, combatiendo así los elevados precios que podría originar un monopolio,²⁹ ello,

²⁸ De conformidad con Samuelson y Nordhaus (1999, p. 280): "Cuando una empresa tiene poder de mercado en un determinado mercado [...] puede elevar el precio de su producto con respecto a su costo marginal. Los consumidores compran una cantidad menor de estos bienes en condiciones de competencia, por lo que disminuye su satisfacción. Este tipo de reducción de la satisfacción de los consumidores es característico de la ineficiencia que crea la competencia imperfecta".

²⁹ Wolf (1990, p. 24) indica, respecto de la teoría de los mercados disputables: "Un reciente progreso en la ciencia económica —la teoría de los 'mercados contestables'— sugiere que, aun de cara a los rendimientos crecientes y ante la presencia de monopolios, pueden persistir fuertes tendencias hacia la eficiencia, o hacia un estado cercano a la eficiencia, en materia de fijación de precios, y de decisiones de producción por los monopolistas, aboliendo o mitigando de este modo el impacto de estos fallos del mercado. La teoría de los mercados contestables fue desarrollada por William Baumol, y difundida hace varias décadas por el economista francés Francois Perroux. Perroux sugirió que si los mercados están abiertos a nuevos participantes y no hay barreras ni costos en la entrada, los monopolistas se disciplinarán por la entrada potencial de competidores (*the 'potential rival'*), los cuales competirán por monopolizar el mercado a pesar de que sus ganancias marginales sean bajas y su producción alta". La traducción es nuestra.

de acuerdo con Acocella (1998, p. 92), no necesariamente implica que bajo esas condiciones se alcance una posición de eficiencia en el caso de los monopolios naturales en virtud de que esta novedosa teoría encuentra su fundamento en alcanzar precios que se asemejen al costo medio y no así al costo marginal.

De esta forma, la teoría de los mercados “disputables” no es argumento suficiente para refutar la afirmación de que los monopolios naturales originan un distanciamiento del objetivo de la eficiencia asignativa.³⁰ Además, situados en un plano realista, las condiciones exigidas por la teoría en comento son de muy difícil realización ya que existen diversos elementos que impiden la gratuidad de la entrada y salida del mercado.

Para clarificar la idea anterior, y siguiendo a Acocella (1998, p. 92), supongamos que un pequeño número de empresas (a las que llamaremos constituidas) en el mercado obtiene ganancias extras estableciendo sus precios por encima del costo medio. Si la entrada y salida del mercado es libre y sin costo alguno, nuevas empresas tendrán incentivos para entrar en el mercado pudiendo obtener también ganancias extras aun cuando cobraran un precio menor al fijado por las empresas constituidas. De esta forma, bajando sus precios (para captar un mayor número de clientes) obligarían a éstas a bajar también sus precios, estableciéndose precios que no superaran al costo medio, incluso podrían reducir el costo al mínimo. Pero a fin de evitar una posible guerra de precios que les generara pérdidas, las nuevas empresas, bajo el supuesto de ausencia de costo, se verían motivadas a salir libremente del mercado habiendo obtenido ganancias extras mientras tanto.

En relación con el supuesto anterior, cabe señalar que efectivamente la entrada y salida libre y sin costo alguno del mercado podría disminuir el ejercicio arbitrario del poder de mercado, sin embargo, el propio Acocella (1998, p. 93) reconoce que dicho supuesto adolece de dos objeciones: 1) es difícil encontrar situaciones reales en las que la entrada y salida del mercado no genere costo alguno, de hecho normalmente dichos costos son muy significativos, y 2) la entrada de nuevas empresas al mercado puede acercarnos a un precio equivalente al costo medio, pero ello no nos coloca en una situación eficiente ya

³⁰ Cfr. Acocella (1998, p. 92).

que, para que haya eficiencia, se requiere que el precio sea igual al costo marginal.

Así las cosas, es una postura muy generalizada que la competencia imperfecta, especialmente en los casos en los que existen economías de escala, generan ineficiencias en la asignación de los recursos. Además, como destaca Wolf (1990, p. 24), de forma contraria a la postura sostenida por Schumpeter y sus seguidores, la presencia de poder de mercado también puede afectar la eficiencia en términos dinámicos toda vez que un monopolista seguro e incontestado tendrá incentivos más débiles para la innovación que los que prevalecerían en un régimen más competitivo.

Aunque todavía no hay posturas unánimes al respecto, como lo demuestra el propio argumento de Wolf, se reconoce por algunos economistas e, incluso, por los legisladores, que los monopolios y oligopolios no necesariamente son dañinos para el desarrollo económico, incluso se le reconocen ciertas ventajas que normalmente hacen referencia a los procesos de innovación y desarrollo tecnológico, así como del fortalecimiento de la competitividad empresarial frente a otras empresas extranjeras.

La posición clásica para defender la existencia de los mercados imperfectos, cabe recordar, nos la proporciona el propio Schumpeter en su clásico tratado *Capitalismo, socialismo y democracia* (1983), de acuerdo con el cual el poder de mercado es absolutamente necesario para fomentar el progreso tecnológico. Así, de acuerdo con el citado economista, la innovación en las empresas con poder de mercado será más confiable que la innovación en un contexto de precios competitivos, debido a que dichas empresas procurarán mantener sus privilegios en el mercado, además de que gozarán de manera más amplia de los beneficios que les genere la inversión en nuevas tecnologías.³¹ En el mismo sentido Albi (2000, p. 107) nos dice:

³¹ En palabras del propio Schumpeter (1983, p. 119): “En cuanto entramos en detalles y tomamos en consideración cada uno de los artículos en que el progreso ha sido más manifiesto esta pista nos conduce no a las puertas de las empresas que trabajan en condiciones de competencia relativamente libre, sino precisamente a las puertas de los grandes *concerns*—que, como en el caso del maquinismo agrícola, han contribuido también al progreso del sector de competencia— y se nos trasluce una enorme sospecha, esto es, la de que la gran empresa ha contribuido a la creación de ese nivel de vida más bien que a su contracción”.

[...] un monopolista es, a veces, un elemento muy positivo en una economía. La innovación, con nuevos productos o tecnologías, o con nuevas formas organizativas, permite, en ocasiones, que una empresa alcance una ventaja decisiva en un mercado y lo domine, eliminando a sus competidores. Este hecho [...] implica que la producción se realiza con mayor eficiencia.

Esto nos lleva a afirmar que si bien la existencia de monopolios y oligopolios nos distancian del objetivo de la eficiencia entendida en términos meramente de asignación de recursos, podrían fomentar, bajo determinadas condiciones, la eficiencia en la producción así como la eficiencia dinámica.³²

Nosotros coincidimos con las posturas que manifiestan que los monopolios y oligopolios presentan aspectos tanto positivos como negativos, situación que hace necesario encontrar un equilibrio adecuado que permita reducir sus aspectos negativos sin prescindir de los positivos. Ello, por supuesto, es una tarea realmente difícil donde la intervención gubernamental desempeña un papel muy importante. Mientras que el reconocimiento de los aspectos positivos del poder de mercado impide que la intervención gubernamental se limite a la prohibición tajante de los monopolios y oligopolios; el reconocimiento de los aspectos negativos justifica, de alguna manera, la intervención activa del Estado en el ámbito económico, a efecto de

³² En la misma línea de pensamiento que Schumpeter o, posteriormente, Kuttner, se encuentra Cotarelo (1994, pp. 143 y 144), quien —atendiendo al criterio de la eficiencia dinámica— sostiene que las condiciones de competencia bajo las que debe operar el orden económico libre defendido por la teoría económica clásica no sólo no es posible sino tampoco deseable. Así, el autor en comento señala: “El llamado ‘óptimo paretiano’ es una situación ideal del mercado, empíricamente irrealizable. La realidad del mercado se caracteriza siempre por la existencia de imperfecciones y limitaciones de la competencia. Es preciso entonces elaborar un concepto realista de competencia [...] el cual se caracteriza por la determinación de las estructuras específicas de cada mercado, esto es, el grado de concentración o monopolio idóneo, que posibiliten una intensidad óptima de la competencia. [...] La óptima intensidad competitiva no se sitúa en las formas extremas del mercado, sino en situaciones de oligopolio amplio con limitada homogeneidad productiva y limitada transparencia. [...] En esta consideración dinámica no cuenta tanto el equilibrio del mercado basado en la ausencia de poder de los agentes económicos, sino, por el contrario, la destrucción de dicho equilibrio, generada por las innovaciones empresariales (tecnológicas, gestoras, organizativas) que dotan, en cada mercado, al innovador de una posición temporalmente preferente y cercana al monopolio, hasta que la competencia erosiona aquella ventaja ocasional, generalizando la innovación como parte integrante de todo el aparato productivo. Es la secuencia dinámica del mercado que Schumpeter denomina ‘destrucción creadora’”.

fomentar la eficiencia económica, sea mediante la prohibición de las prácticas monopólicas con efectos negativos para la competencia en el mercado, los pactos colusorios y el abuso del poder de mercado.³³ Es claro que estos últimos supuestos implican que la presencia de un número considerable de agentes económicos no garantiza por sí sola la competencia perfecta.

Cabe aclarar que un caso diferente de intervención gubernamental se requeriría para los monopolios naturales donde el problema radica en la pérdida que se generaría para los productores o empresarios si ajustaran el precio de sus productos al precio marginal, debido a la característica de los costos medios decrecientes. En estos casos la intervención gubernamental para fomentar la eficiencia podría consistir (además del supuesto generalmente rechazado por la tendencia moderna neoliberal correspondiente a la intervención directa mediante el establecimiento de empresas públicas) en la subvención del monopolista que cobra precios iguales a los costos marginales, para que de esta forma compense sus pérdidas, o en establecer tarifas de precios que permitan al monopolista producir la cantidad eficiente sin incurrir en pérdidas, por ejemplo, las llamadas tarifas a dos partes o las tarifas multibloque, como señala Albi (2000, p. 111).

Una situación similar a la que originan los monopolios y los oligopolios que hacen uso de su poder de mercado, originando una competencia imperfecta, es la que se presenta con los sindicatos con un fuerte poder negociador.

Los objetivos que persiguen las asociaciones de trabajadores (sindicatos) pueden ser de muy diversa índole, sin embargo, uno de ellos, quizá el principal, es la influencia que pueden ejercer para incrementar los salarios de los trabajadores sindicados.³⁴ Pero para

³³ Según Ayala (1992, p. 84): “Los enfoques neoclásicos destacan en términos abstractos la necesidad de promover la competencia para una más eficiente asignación de recursos. Sin embargo, no necesariamente asumen que la competencia debería considerarse como requisito indispensable para lograr un rápido aprendizaje intervencionista, específicamente para realizar inversiones adecuadas y correctas”.

³⁴ De acuerdo con Atkinson (1981, pp. 135 y 136): “La influencia de los sindicatos sobre la estructura de los ingresos depende de los objetivos perseguidos por éstos, los cuales responden a una compleja gama de motivaciones. Los dirigentes sindicales se interesan por otros muchos factores además de los salarios: el nivel de desempleo, el desempleo por exceso de oferta de trabajo, el control sobre las condiciones de trabajo, las prestaciones extrasalariales, etc. Sería erróneo, por tanto, considerar que los sindicatos sólo se preocupan

estar en posibilidad de generar una presión tal ante los empresarios que les permita dicho incremento deben contar con el poder de restringir la oferta de trabajo.

Atkinson (1981, p.136) enuncia los medios que los sindicatos podrían utilizar para limitar la oferta de trabajo, mismos que pueden adoptar diversas formas dentro de las cuales destacan las siguientes:

- El derecho a restringir el acceso o contratación de trabajadores no sindicados en una determinada empresa o industria (*closed shop*).
- El derecho a sujetar a los trabajadores que sean contratados a la condición de sindicarse en un determinado periodo de tiempo contado a partir de la contratación (*union shop*).
- La facultad de designar a los trabajadores para cubrir las vacantes.
- El derecho de huelga, que restringe en su totalidad la mano de obra.
- El derecho a limitar o suprimir las horas de trabajo extraordinario.

Asimismo, siguiendo al citado autor, los sindicatos podrían restringir o controlar la oferta del trabajo realizado mediante la restricción a la producción y a la asignación de mano de obra.

De esta forma, los sindicatos que tengan la posibilidad de limitar la oferta laboral incrementarían los salarios de sus afiliados por encima de los precios competitivos, originando así un desequilibrio entre la oferta y la demanda laboral, dándose la primera en exceso y la segunda en defecto y, por ende, creando una situación ineficiente en el sentido de Pareto.³⁵

Sin embargo, la posible alteración de los salarios motivada por los sindicatos depende, como hemos visto, de la posibilidad real

de la maximización de los salarios; sin embargo, parece razonable suponer que la elevación de éstos es uno de sus principales objetivos".

³⁵ Las consecuencias de la existencia de poderosos sindicatos que logran elevar los salarios de manera significativa no se reducen simplemente a las pérdidas de eficiencia. Normalmente también se les atribuye la generación de desempleo (desempleo clásico) y la inflación de los precios, como nos lo señalan Samuelson y Nordhaus (1999, pp. 241 a 245).

que tengan para limitar la oferta de trabajo, así como de su poder negociador frente a las empresas. De ahí que sea tan importante la regulación específica de los sindicatos.³⁶

Así las cosas, el Estado, a través de su potestad legislativa, puede otorgar facultades, imponer límites o prohibiciones a los sindicatos de forma que su poder de mercado se minimice o se incremente, en beneficio o perjuicio de la eficiencia, respectivamente. Pero difícilmente el Estado prohibirá en su totalidad, al menos por el momento, la existencia de los sindicatos, por considerarse como uno de los logros más importantes de las clases trabajadoras, históricamente consideradas como clases desprotegidas o desaventajadas.

Por otra parte, de conformidad con Acocella (1998, p. 96), además de los casos citados donde el poder de mercado es capaz de limitar la competencia, es importante advertir la existencia de otros factores que presentan las mismas consecuencias respecto de las pérdidas de eficiencia.

Primero, tenemos el requisito de los bienes homogéneos que permite acrecentar las opciones de los consumidores. Sin embargo, este requisito es de muy difícil realización debido a las múltiples estrategias utilizadas por las empresas para diferenciar sus productos. Dicha diferenciación se acentúa por la publicidad donde la intervención estatal puede presentarse especialmente cuando no transmite una información real.

En segundo lugar, también tenemos la falta de información respecto de los precios que propicia una competencia imperfecta. Es de todos sabido que la información parcial crea uno o varios sub-mercados para un mismo bien (la segmentación del mercado) lo que puede generar un exceso de demanda o, en su caso, un exceso en la oferta, lo que, a su vez, nos aleja del óptimo de Pareto. En estos casos también podría justificarse la intervención del Estado a efecto de establecer medidas

³⁶ Si bien existe un amplio reconocimiento de que la presencia de sindicatos con un fuerte poder negociador puede afectar la eficiencia en la asignación de los recursos, también hay economistas que defienden sus posibles efectos positivos en otro tipo de eficiencias. Es el caso de Kuttner (1999, p. 107), de acuerdo con el cual las uniones de trabajadores (sindicatos) que hagan que los empleadores comparables que paguen a los trabajadores similares salarios también comparables fomentan a las empresas a competir en términos basados en la innovación y en la productividad y no así mediante el recorte de los salarios y los beneficios otorgados a sus trabajadores.

que permitan acercar tanto a oferentes como a demandantes al conocimiento de los precios existentes en un mercado determinado.

De esta forma queda claro que los obstáculos que se presentan en el mercado para alcanzar el objetivo de la competencia perfecta y con ello colocarnos en un estado óptimo o eficiente en la asignación de recursos son muchos y muy diversos, por lo que en muchas ocasiones dichos obstáculos se podrían ver reflejados en el régimen jurídico de los estados si consideramos que en todo Estado de Derecho la intervención gubernamental debe encontrar sustento en un marco jurídico constitucional y legal.

3. Los mercados incompletos

Al igual que la competencia perfecta, la existencia de mercados completos es un requisito indispensable para que se alcance el llamado óptimo de Pareto. Sin embargo, en el mundo real se presentan muy diversas causas que hacen imposible la realización del requisito en comento, consistiendo principalmente en las siguientes: *a)* la presencia de externalidades (también llamadas efectos externos); *b)* los bienes públicos, y *c)* la ausencia de determinados mercados especialmente de aquellos que se encuentran sujetos a operaciones contingentes o a plazo (*forward markets*), provocada por los altos costos de transacción y por la información asimétrica en un mundo incierto. Aunado a las causas anteriores, podemos incluir dos más, dando así seguimiento a la clasificación que nos presenta Lindblom (2001): la terminación de las transacciones por una de las partes y la ignorancia o irracionalidad de los agentes económicos. Veamos a continuación cada una de ellas.

Las externalidades, como su mismo nombre lo indica, hacen referencia a ciertos efectos que se producen a personas que no forman parte directa de la relación comercial, en otras palabras, se generan beneficios (externalidades positivas o economías externas) o costos (externalidades negativas o deseconomías externas) que no son considerados dentro del sistema de precios del mercado. Así, se presenta una ausencia de pago por los beneficios percibidos o una ausencia de pago por los daños causados, respectivamente.

Así las cosas, puede observarse que las externalidades, sea en la producción o en el consumo, provocan una ineficiencia económica,

toda vez que crean divergencias entre los beneficios y costos privados y los beneficios y costos sociales (en los cuales se toman en consideración los efectos externos). Mientras que en las externalidades positivas el costo marginal privado es superior al costo marginal social, por lo que se produce una cantidad menor al óptimo social; en las externalidades negativas el costo marginal social es superior al costo marginal privado, de tal forma que los mercados tienden a producir una cantidad mayor que el óptimo social.³⁷

Podemos establecer otra forma de demostrar las ineficiencias causadas con motivo de las externalidades la cual radica en las diferencias que se generan 1) en las relaciones marginales de sustitución entre dos o más bienes, para el caso de las externalidades en el consumo, y 2) las relaciones marginales de sustitución técnica (entre los factores de la producción) por lo que hace a las externalidades en la producción.

En el primer supuesto, la relación marginal de sustitución entre dos bienes será diferente entre las personas que consumen el bien generando externalidades (consumidores), sean positivas o negativas, y las personas que se ven beneficiadas o afectadas por la externalidad (terceros). Mientras que para los consumidores la relación marginal de sustitución será en razón de los precios del mercado, para los terceros dicha relación marginal de sustitución dependerá del grado en que se vean beneficiados o afectados por la externalidad. De esta forma, las diferencias en las relaciones marginales de sustitución hace que sea posible mejorar la posición de los terceros mediante el consumo mayor o menor de un determinado bien que genera externalidades, sin afectar la posición de los consumidores.

Las mismas consideraciones resultan aplicables para las externalidades en la producción respecto de las diferencias entre las relaciones marginales de sustitución técnica entre dos factores para la producción de diferentes bienes.

³⁷ Considerando que la nueva tecnología y los conocimientos son un ejemplo muy recurrente de externalidades positivas podemos observar como también estos fallos del mercado producen un impacto en la llamada eficiencia dinámica. Al respecto, podemos citar a Wolf (1990, p. 21): "Otros casos de externalidades positivas son el conocimiento y la tecnología que resultan de las actividades dedicadas a la investigación y el desarrollo. [...] Una vez más el mercado fallará de acuerdo con el criterio de la eficiencia en la asignación de recursos, a pesar de que el gobierno intervenga mediante subsidios o simulando estas actividades. Sin embargo, la magnitud de la eficiencia dinámica depende precisamente de esto, es decir, de la creación de conocimiento y tecnología [...]". La traducción es nuestra.

Así las cosas, la teoría económica reconoce y estudia la existencia de externalidades que afectan, como se ha demostrado, la eficiencia económica. Sin embargo, es importante subrayar que la mayoría de los bienes, sea en su consumo o en su producción, generan externalidades tanto positivas como negativas, aunque no necesariamente presentan relevancia para la teoría económica. Como bien destaca Thomson (1965, p. 61), únicamente se atienden aquellos casos en los que las externalidades generan serias distorsiones o que “[...] sus efectos son suficientemente importantes como para preocuparse por ellos”.

Muchas de las soluciones que se plantean para solventar los problemas de eficiencia que generan las externalidades apuntan a favorecer el intervencionismo gubernamental, especialmente a través de sus facultades impositivas³⁸ (sean impuestos positivos o negativos), regulatorias o mediante la creación de permisos o derechos comerciables,³⁹ con el principal objetivo de remover las divergencias entre los costos sociales y los costos privados mediante la internalización del costo o beneficio causado a la sociedad por los individuos o por las empresas.

Así, Albi (2000, p. 118) destaca que aparte de los pocos casos donde sea posible la negociación privada entre las partes afectadas (el teorema de Coase), los efectos externos respaldan, en principio, la intervención pública. Evidentemente los instrumentos de intervención pueden ser muy diversos, desde la tributación medioambiental, o la subvención, hasta la regulación de actividades, los mercados de derechos a contaminar, o los acuerdos empresariales con la administración, pero con todo, la dificultad de obtener la información necesaria para actuar públicamente es muy grande en casi todos los casos, de ahí que la prudencia deba incluirse como un elemento fundamental de las políticas sobre efectos externos ya que éstas también pueden generar sus propios costos.

³⁸ Aquí se encuentran, para el caso de las deseconomías externas, los denominados “impuestos pigovianos” en honor del reconocido economista Pigou (1928).

³⁹ Un claro ejemplo de los permisos o derechos comerciables creados por la autoridad gubernamental para reducir los efectos de una deseconomía externa lo encontramos en el Protocolo de Montreal, que hace referencia a los permisos otorgados a las empresas para contaminar o producir determinadas mercancías que contienen sustancias consideradas por el propio Protocolo como nocivas para el medio ambiente.

Sin embargo, como el propio Albi reconoce, las soluciones dadas no necesariamente implican la intervención gubernamental. Una salida diferente, muy difundida dentro de la teoría económica, es la que nos proporciona el llamado “teorema de Coase” cuya base fundamental consiste en reconocer que la intervención pública no es necesaria en todos los casos para internalizar las externalidades siempre y cuando se cumplan dos condiciones fundamentales: una asignación adecuada de los derechos de propiedad y que los costos de transacción⁴⁰ sean nulos.⁴¹

Evidentemente las condiciones exigidas por el teorema de Coase son de muy difícil realización en la práctica, especialmente por lo que se refiere a los costos de transacción, toda vez que en la mayoría de las transacciones comerciales dichos costos tienden a tener un valor considerable. No obstante, el teorema en comento no deja de tener relevancia para la teoría (no así en la práctica) económica, especialmente al introducir los derechos de propiedad y el concepto de costos de transacción en el análisis neoclásico.

Ahora bien, otro de los elementos que hace que un mercado se considere como incompleto es la existencia de los llamados bienes públicos cuyas características consisten, en primer lugar, en que son bienes que no presentan rivalidad, es decir, que pueden consumirse colectivamente sin que el consumo de una persona disminuya el con-

⁴⁰ Ayala (1992, p. 46) apunta que de acuerdo con el propio Coase: “Los costos de transacción incluyen: 1) los necesarios para obtener información relevante, 2) los relativos a la negociación y la toma de decisiones, y 3) los correspondientes a la vigilancia y cumplimiento de los contratos”.

⁴¹ Al respecto, José Antonio Álvarez (1994, p. 624) señala: “Coase retoma el problema de las externalidades de Pigou y lo reformula como un problema de derechos de propiedad mal definidos, es decir, como una inadecuada o incompleta asignación de derechos de propiedad. De ahí se suele deducir que una mejor especificación de los derechos de propiedad completaría los mercados y restablecería su eficiencia en la asignación de recursos. Existen, sin embargo, dos cuestiones a considerar: En primer lugar los derechos de propiedad privada, en algunos casos, no se pueden concretar, debido a los elevados costos de transacción [...]. Pero no basta una clara y precisa asignación de los derechos de propiedad para que los mercados funcionen eficientemente. Es necesario, además, la competitividad, la información perfecta, concavidad en los conjuntos de producción, etc. La existencia del mercado como principal mecanismo de coordinación no excluye la existencia de mecanismos alternativos. [...]”. El autor en comento (p. 627) continúa diciendo: “Para que un sistema de derechos de propiedad se considere que está bien especificado deberá reunir tres condiciones: que todos los recursos escasos tengan una asignación de derechos; que se cumpla el principio de exclusión; y que exista algún mecanismo de transferibilidad entre los individuos”.

sumo de otra y, en segundo lugar, aunque no con un carácter esencial, en que se trata de bienes que no son excluibles en su consumo, sea por la propia naturaleza del bien o por razones de tecnología.

Por las características señaladas en el párrafo anterior, normalmente se considera a los bienes públicos como una forma especial de externalidad, aunque algunos economistas han pretendido establecer distinciones entre ellos, argumentando que las externalidades se aplican normalmente a bienes privados que hacen posible que la mayoría de los beneficios y los costos derivados de la producción puedan obtenerse o asumirse por el propio productor, mientras que los bienes públicos hacen que no sólo el productor se beneficie de ellos, aun cuando asuma todo el costo de la producción.⁴²

No obstante, tal diferenciación (entre externalidades y bienes públicos) carece de interés para nuestro estudio por atender a meras cuestiones de grado. Lo verdaderamente importante es que los bienes públicos permiten que se beneficien otras personas, aparte del productor (que cubre los costos fijos), sin que tengan que asumir un costo equivalente a los beneficios percibidos. Ello, en virtud de que normalmente el costo marginal de producir un bien público es igual a cero.

De esta forma, los bienes públicos no sólo representan un caso especial de externalidad (positiva) sino que también pueden considerarse como un caso extremo de rendimientos crecientes a escala, con todas las consecuencias que ello conlleva para alcanzar el objetivo de la eficiencia en la asignación de los recursos. Ello, en virtud de que si logra introducirse en el mercado la producción de un bien público, especialmente si presenta la característica de no excluible (llamados bienes públicos puros), su precio será superior a su costo marginal, que es cero.

Así las cosas, es fácil colegir que la ineficiencia de los bienes públicos consiste en provocar que su producción y consumo esté por

⁴² Un claro intento por diferenciar las externalidades de los bienes públicos nos lo presenta Wolf (1990, p. 21) al indicar: "Los bienes 'privados' asociados con las externalidades pueden distinguirse de los bienes 'públicos'. El primer término se utiliza cuando la mayoría de los beneficios y los costos de producción son, respectivamente, percibidos o erogados por el productor, a pesar de que *algunos* no; y el segundo (los bienes públicos) se utiliza cuando la mayoría de las consecuencias de la actividad origina beneficios no apreciables [...] o costos no recaudables [...]"

debajo del óptimo social debido a que no hay incentivos económicos para producirlo (más aún si presenta la característica de no excluible), o porque su precio es superior al costo marginal.

Las razones aquí plasmadas nos proveen de una seria justificación para la intervención gubernamental, sea para que el Estado realice directamente la producción de los bienes públicos que considere necesarios, principalmente si se trata de bienes no excluibles en su utilización, o que promueva y regule su producción mediante el financiamiento a otros agentes privados.

Sin embargo, aun cuando el Estado intervenga directa o indirectamente, nos enfrentamos a la complejidad que representa alcanzar niveles eficientes en la producción de los bienes públicos, especialmente porque las personas que se benefician con los mismos carecen de incentivos para revelar en cuánto los valoran (sus preferencias). Si conociéramos esas demandas, a través de las diferentes valoraciones individuales, se podrían determinar los precios o impuestos que se tendrían que pagar personalmente para financiar el costo del bien. Evidentemente la situación se torna más compleja si se trata de bienes no excluibles en su uso ya que no habría forma de descubrir el valor que dichos bienes públicos representan para los individuos, es decir, el precio que estarían dispuestos a pagar por ellos.

Si bien es cierto que se han implementado diversas formas para que los individuos revelen sus preferencias, por ejemplo, a través de encuestas o por el voto de determinadas propuestas políticas, no cabe duda que dicha revelación de preferencias se encuentra sujeta a serias distorsiones o, en su caso, a manipulaciones. De ahí que la existencia de bienes públicos sea considerada como una de las causas más patentes de ineficiencia en los mercados, a pesar de que haya intervención gubernamental.

Pero la afectación a los criterios de eficiencia no es el único argumento utilizado para justificar la necesidad de intervención del Estado cuando se trata de bienes públicos (o colectivos), sino que también algunos economistas y filósofos lo hacen extensivo a los criterios de equidad,⁴³ es el caso de Sen (2000, p. 161), de acuerdo con el cual

⁴³ La interrelación de los bienes públicos como fallos del mercado y el criterio de equidad podemos observarla en palabras de Ayala (1992, p. 85): "El concepto de bienes públicos se ha relacionado, más allá de la economía, con los problemas de gobierno, justicia y equidad. Por ejemplo, Rawls después de su ya clásico enfoque de la 'justicia distributiva' ha definido

“[...] algunos de los bienes que más contribuyen a las capacidades humanas pueden ser difíciles de vender exclusivamente a una persona cada vez. Es el caso, sobre todo, de los llamados bienes públicos, que no son consumidos por separado sino *conjuntamente* por todos los individuos”.

De acuerdo con lo anterior podemos afirmar que la ineficiencia económica, la necesidad y la justicia que traen consigo los bienes públicos hacen que el papel del Estado en esta materia cobre gran relevancia, incluso hasta el grado de incluirlo, en algunos casos, a nivel constitucional.

Además de las externalidades y los bienes públicos, cabe señalar que son muy diversas las circunstancias que originan que el dominio del mercado sea limitado, haciendo que no todos los bienes y servicios que podrían incluirse en él se introduzcan efectivamente. Algunas de estas circunstancias se atribuyen a consideraciones de carácter ético o moral, así como a las costumbres prevalecientes en una determinada sociedad.

Asimismo, otras circunstancias que influyen en la limitación del mercado (o mercado incompleto) obedecen a los altos costos de transacción que podrían generar determinadas operaciones, a la falta de información (o información asimétrica) y al miedo de asumir un alto riesgo por parte de los inversionistas. En este caso las limitaciones se hacen más patentes cuando se trata de operaciones a plazo y contingentes, como son los créditos bancarios, las operaciones de seguro y las garantías financieras, que por sus características (el desconocimiento del riesgo real que podrían representar sus clientes)

uno nuevo basado en la teoría de los ‘bienes primarios’, en el cual extiende la noción de bienes públicos o sociales a otros componentes como las libertades básicas, los derechos humanos, el autorrespeto. En 1980 Benjamín planteó otra variante de los bienes públicos aplicados a un modelo de gobierno. Con base en la noción más amplia de ‘bienes colectivos’ propone una interpretación de las implicaciones políticas de los cambios estructurales que han afectado el comportamiento económico y político del Estado. Un enfoque más es el de los bienes posicionales (derivados de la economía posicional). Consiste en una variante de los bienes públicos. Según este enfoque, la posición que alcance un individuo en la distribución del ingreso (su ingreso relativo) dependerá de tres factores. Primero, el grado de apertura de la sociedad en que vive, es decir, los límites culturales, raciales o políticos a la movilidad social. Segundo, la posición en la distribución inicial de la riqueza humana y no humana así como la rentabilidad de cada una. Y tercero, la dispersión de la distribución del ingreso (para un tratamiento sobre el bienestar y la economía posicional)”.

se ofrecen de manera escasa en el mercado, es decir, en una cantidad menor a la que sería deseable por los demandantes.

Al respecto, cabe destacar que la falta de información no sólo se reduce al desconocimiento de los posibles riesgos a que podrían someterse determinadas empresas o mercados a plazo o contingentes, sino que también puede presentarse, por lo que hace a los consumidores, en la información relativa a los precios, los bienes ofrecidos en el mercado y la calidad de los mismos, y, por lo que se refiere a los productores, la información puede ser incompleta respecto de las técnicas de producción, así como de las oportunidades del mercado. Todo lo cual provoca, de acuerdo con Albi (2000, p. 126), una selección adversa (tanto en los consumidores como en los productores) y el riesgo de manipulación o de oportunismo (*moral hazard*), haciendo que la economía produzca por debajo de su capacidad.⁴⁴

De esta forma, también la falta de información (o información asimétrica) constituye una limitante más para el objetivo de la eficiencia que puede convertirse en argumento para solicitar la mano visible del Estado.

Al respecto conviene precisar, siguiendo a Albi (2000, p. 126), que normalmente los defensores de la teoría neoclásica sostienen que el mercado es capaz de resolver algunos problemas de información, por ejemplo, a través de las motivaciones para mantener una buena reputación y prestigio, por la publicidad o por revistas especializadas, sin embargo, también reconocen que la regulación pública puede ser necesaria, en muchos casos, para que todas las empresas ofrezcan una información análoga.⁴⁵

Pero, independientemente de las causas que originan que el mercado sea limitado, esta situación hace que la eficiencia en la asignación de los recursos que no se encuentran incluidos en el mismo o que generan efectos que van más allá de su dominio, sea de muy difícil

⁴⁴ Sobre el tema de la selección adversa y el riesgo moral resultan de obligada consulta las monografías de Arrow (1963 y 1968) y Pauly (1968).

⁴⁵ De acuerdo con Wallis y Dollery (1999, p. 20): “Las imperfecciones del mercado han llevado a incrementar la intervención gubernamental en las economías de mercado desarrolladas. Gran parte de las políticas públicas se han enfocado en medidas de protección para los consumidores, especialmente en la exigencia de productos etiquetados y respecto de la información del contenido de los productos. Pero la intervención directa del gobierno también se ha hecho evidente. Por ejemplo, la información del tiempo comúnmente se proporciona por las agencias públicas”. La traducción es nuestra.

realización, ya que no cabe duda que, aunque imperfecto, el mercado es el instrumento más práctico e idóneo para alcanzar el objetivo de la eficiencia.

Ahora bien, la ignorancia y la irracionalidad de los agentes económicos se encuentran estrechamente vinculadas a la falta de información o información asimétrica que provoca la selección adversa, aunque no en todos los casos existe una correspondencia efectivamente directa.

Algunas de las causas que pueden motivar la ignorancia y la irracionalidad de los agentes económicos atienden a la propia naturaleza humana, donde cada individuo se enfrenta a sus propias limitaciones o capacidades, así como a su propensión a la manipulación, especialmente publicitaria o política. De esta forma, algunas personas, aun cuando cuenten con la información necesaria, para lo cual puede requerirse la mano firme del Estado, pueden efectuar una mala elección, como diría Lindblom (2001, p. 160) "*efficiency prices and cost calculation do not make sages of buyers and sellers*".

No es necesario explicar detenidamente que la ignorancia y la irracionalidad de los demandantes u oferentes afecta la eficiencia en el sentido de Pareto ya que intuitivamente se puede dilucidar. Lo que es evidente es que la eficiencia en los mercados, en su concepción tradicional (el llamado teorema de Arrow-Debreu), parte del supuesto de que los individuos toman sus decisiones de manera racional e inteligente de tal forma que obtienen una mayor utilidad o beneficio.⁴⁶

Finalmente, para concluir lo referente a los mercados incompletos veamos una causa más que da origen a dicha imperfección. Nos referimos a la terminación de las transacciones que se efectúan en el mercado por una de las partes que, de conformidad con Lindblom (2001, pp. 153-155), también puede considerarse como una causa de ineficiencia en el mercado debido a que la parte que no desea terminar la transacción se ve afectada por la decisión unilateral de la otra parte que sí lo desea.

⁴⁶ Las ineficiencias causadas por la ignorancia o irracionalidad de los agentes económicos cobran un sentido diferente si el objetivo perseguido con la eficiencia es el incremento de las libertades fundamentales de que disfrutaban los individuos (cualquiera que sea el fin para el que las utilicen), y no el grado en que satisfacen sus intereses (por medio de su propia conducta interesada). Esta postura se encuentra ampliamente fundamentada en la obra de Sen (2000).

Esta clase de ineficiencias se hacen muy patentes en las relaciones laborales donde el empleador decide terminar dicha relación respecto de uno o varios de sus empleados. Lo mismo sucede cuando una empresa pierde a un trabajador muy valioso o cuando un consumidor se retracta de comprar determinado producto.

En estos casos de terminación unilateral de las transacciones es evidente que una de las partes no obtiene el beneficio deseado encontrándose en una posición desventajosa, de tal forma que se genera una ineficiencia económica.

Esto cobra gran relevancia para nuestro estudio si consideramos que el Estado normalmente protege las relaciones comerciales o laborales a fin de evitar que dichas relaciones se den por terminadas de manera unilateral (como en el caso de los contratos) o arbitraria (como en las relaciones laborales), fomentando de esta manera no sólo la justicia sino también la eficiencia.

4. Imperfecciones que afectan a la equidad

Una posición generalizada dentro de la teoría económica, en la que hemos insistido durante el desarrollo de este ensayo, es que los mercados crean situaciones que pueden ser consideradas como socialmente indeseables (postura que se encuentra minimizada por los utilitaristas o los libertarios como Nozick). En otras palabras, los mercados no pueden atender valoraciones de carácter ético o moral, por lo que los resultados a los que conducen, aun cuando sean eficientes, no son necesariamente justos o equitativos.

Un claro ejemplo de lo anterior lo encontramos en aquellas situaciones en las que el criterio de equidad se relaciona directamente con la redistribución de los beneficios entre los miembros de la sociedad. Supongamos que la producción y distribución de un bien determinado se encuentra situada en un punto sobre la Frontera de Posibilidades de la Producción; en este caso posiblemente haya eficiencia en la asignación de recursos, pero no necesariamente se encontrarán distribuidos de manera equitativa.

Asimismo, supongamos que el bien asignado eficientemente, pero no distribuido de manera equitativa a través del mercado implica una condición necesaria para tener acceso a nuevas oportunidades. En este caso el argumento no sólo radica en la desigualdad en la distribución,

sino también en la limitación que se genera para ciertos individuos de tener acceso a nuevas oportunidades.

Siendo todavía más exigentes respecto del criterio de equidad adoptado, supongamos que el mencionado bien no sólo limita el acceso a nuevas oportunidades sino que es necesario para la supervivencia. En esta situación el argumento consistirá no sólo en la desigualdad o en la limitación al acceso de oportunidades, sino que será considerado esencial para preservar una o varias vidas humanas. De los ejemplos mencionados podemos establecer las siguientes consideraciones:

1. Aun cuando nos hemos referido a un mismo bien, la justificación de su necesidad, desde una perspectiva de carácter ético o moral, puede tener una argumentación muy diferente, desde la mera desigualdad en la distribución hasta la necesidad de garantizar mínimos de subsistencia.
2. Hemos supuesto que el bien se ha producido y distribuido de manera eficiente a través del mecanismo del mercado, pero eso no es suficiente para que la sociedad considere deseable la situación producida. La desigualdad en la distribución puede ser una causa de insatisfacción social, pero la pérdida de vidas humanas por carecer de un bien determinado puede hacerse aborrecible.

Así, de las consideraciones anteriores podemos colegir básicamente dos cosas: primero, que los criterios de equidad adoptados para modificar artificialmente una situación creada por el mercado pueden ser de muy diversa índole, por lo que debemos adoptar un criterio basado en la pluralidad terminológica⁴⁷ y, segundo, que el mercado es insuficiente para crear situaciones socialmente deseables, lo que representa un argumento casi indiscutible para solicitar la intervención

⁴⁷ De acuerdo con Dieter Bös (1993, p. 136), "[...] los economistas deben aceptar que hay muchas definiciones posibles de justicia coexistentes en el proceso político. No podemos negar la política redistributiva con el argumento de que 'no siempre sabemos lo que es justo'. Existen muchos principios para determinar la justicia de una situación, y la teoría normativa continúa teniendo sentido en el análisis de los resultados cuando se acepta algún principio concreto. Más aún, la combinación de diversas definiciones de justicia, y su incorporación en los modelos opuestos de partidos políticos, es un ejercicio fascinante de la teoría de los modelos normativos".

gubernamental, con independencia del grado de intervención que se admita, de acuerdo con el criterio de equidad adoptado.

Incluso hay autores como Wolf (1990, p. 30) que sugieren que las decisiones de política pública con relevancia en el ámbito económico se encuentran más influidas por cuestiones de distribución (quién obtiene los beneficios y quién paga el costo) que por cuestiones de eficiencia (el tamaño de los beneficios y de los costos). Efectivamente participamos de esta opinión ya que, en nuestra opinión, la equidad representa uno de los pilares más importantes para la legitimación de la actuación gubernamental.

Ahora bien, como los argumentos basados en la equidad para justificar la intervención estatal suelen ser de muy distinta índole, pueden dar lugar a muy diversas formas de intervención. Veamos a continuación, siguiendo la clasificación propuesta por Wallis y Dollery (1999), los argumentos en los que el Estado se basa comúnmente.⁴⁸

5. La desigualdad en la distribución de la renta y la riqueza

La inequidad comúnmente se identifica con aspectos relacionados con la desigualdad entre los miembros de la sociedad. A este respecto conviene puntualizar dos cosas: en primer lugar, no cualquier desigualdad es o puede calificarse de injusta, un claro ejemplo de ello nos lo presenta Atkinson (1981, p. 13) al señalar las desigualdades físicas entre las personas. En segundo lugar, las desigualdades que podrían considerarse indeseables por la sociedad y, por ende, servir de justificación para la actuación gubernamental, pueden obedecer a muy diversos puntos de vista; baste contrastar la desigualdad en la renta y la riqueza de Atkinson (1981) con lo que Sen (2000) considera

⁴⁸ De conformidad con Wallis y Dollery (1999, pp. 22 y 23) son tres los argumentos éticos usualmente reconocidos para justificar la intervención estatal. En primer lugar, existe la idea extendida de que los resultados distributivos de los mercados eficientes no necesariamente conducen a estándares socialmente aceptables de equidad o, en su caso, a los deseos de reducir la extrema pobreza. Una segunda línea de argumentos está basada en la idea de que las personas no siempre atienden a sus mejores intereses, es decir, se atiende al concepto introducido por Musgrave de los "merit goods", definidos como aquellos bienes cuya provisión a la sociedad se hace deseable con independencia de los deseos o preferencias individuales. Finalmente, un tercer argumento ético para la intrusión de la política pública está basado en la idea de la igualdad económica de oportunidades.

como desigualdades inequitativas (desigualdad en la distribución de las libertades y capacidades fundamentales).

No obstante lo anterior, sin desconocer la importancia y amplitud que presenta la postura de Sen,⁴⁹ nosotros nos apegaremos al enfoque predominante en la teoría económica, es decir, aquél que hace referencia a las desigualdades en la distribución de la renta y la riqueza. El motivo de ello no sólo obedece a consideraciones prácticas sino también a la idea, que el propio Sen manifiesta, de que las desigualdades en la renta y la riqueza también tienen serias repercusiones en las libertades y capacidades fundamentales.

De acuerdo con lo anterior, un aspecto que cobra gran relevancia respecto a las desigualdades es la dispersión de los ingresos entre los miembros de la sociedad. Al respecto, Atkinson (1981, pp. 108 y ss.) hace un análisis de las principales teorías que analizan las causas de la desigualdad en la renta; una de ellas es la que proporciona la teoría del capital humano, de acuerdo con la cual las diferencias de renta dependen directamente del grado de educación. Si bien, como el propio Atkinson (1981) señala, existen datos empíricos que demuestran la importancia o el peso que representa la formación de capital humano en relación con los ingresos, existen otras causas más a las que se les atribuyen las diferencias en los ingresos. Concretamente, las causas adicionales señaladas (o recopiladas) por Atkinson (1981) son las diferencias en la capacidad física o mental y los diferentes medios individuales (además de problemas asociados al funcionamiento del mercado de trabajo), la suerte, así como la costumbre o el estatus.⁵⁰

Ante estas causas de desigualdad en el ingreso resulta evidente que aun en los mercados perfectamente competitivos y completos

⁴⁹ Aun cuando el propio Sen (1993) reconoce que el mercado es un fuerte soporte para fomentar las libertades desde la perspectiva procesal —es decir, la autonomía de las decisiones y el derecho a la inmunidad ante la interferencia de otros—, la valoración de sus resultados también debe incluir las libertades de oportunidad —entendidas como la libertad de alcanzar objetivos que los individuos tienen razones para valorar—. En esta última forma de libertad es donde el citado autor pone un mayor énfasis a las imperfecciones del mercado.

⁵⁰ Siguiendo a Atkinson (1981), la desigualdad en el ingreso no deviene únicamente de causas de carácter personal o individual, también existen otros factores determinantes en dichas desigualdades, atribuidas al sector de ocupación, la región, el tamaño de la población y el estatus sindical.

pueden presentarse situaciones de desigualdad en la renta que resulten indeseables para la sociedad.

Así las cosas, dicha desigualdad puede utilizarse como argumento justificativo para la intervención gubernamental. Ésta puede adoptar muy diversas formas, siendo las más comunes la progresividad fiscal, la intervención legislativa sobre los salarios (por ejemplo, mediante la fijación de salarios mínimos), el establecimiento de medidas de protección para los individuos que reciben escasa renta, el sostenimiento de las pensiones de jubilación, la concesión de ayudas públicas para los parados o los indigentes, la creación de empleos públicos o la creación de incentivos para la formación de nuevas empresas que creen puestos de trabajo.⁵¹

Otra de las causas principales a las que atribuye Atkinson (1981, pp. 195 y ss.) las desigualdades entre los miembros de una sociedad son las diferencias en la riqueza, sea que ésta haya sido heredada (incluyendo los legados y las donaciones), que provenga de los diferentes hábitos de ahorro y administración de la renta, o que devenga de la propiedad de recursos naturales.

De la misma manera que sucede con las desigualdades en el ingreso, el Estado puede emplear muy diversos métodos para redistribuir la riqueza. Un método bastante usual es a través de su política impositiva (por ejemplo, los impuestos sobre la propiedad o sobre la transferencia de la riqueza). El Estado también puede establecer limitaciones a la propiedad privada (un claro ejemplo lo presentan las nacionalizaciones y expropiaciones), lo que se hace evidente en algunos recursos naturales, o bien desarrollar programas para estimular la posesión de riqueza en el extremo inferior de la escala; a esto denomina Atkinson “herencia garantizada mínima”, que en la realidad puede traducirse en pensiones de jubilación o bonificaciones para las personas de edad avanzada.

⁵¹ “Más generalmente, el gobierno puede poner en funcionamiento una política de rentas. Estas políticas van desde las puramente voluntarias, basadas en la exhortación, tal como los indicadores salariales de Kennedy, los organismos legales que elaboran recomendaciones sobre incrementos salariales, tal como la Comisión de Precios y Rentas en Gran Bretaña en el periodo 1965-1970 y un organismo bastante antiguo en Holanda, hasta los controles legislados sobre los salarios, como los puestos en funcionamiento por la administración de Nixon y por el gobierno conservador en Gran Bretaña en los años 1972-1974”. Atkinson (1981, p. 141).

Al respecto, cabe señalar que otra forma comúnmente utilizada por el Estado para paliar las desigualdades tanto en la renta como en la riqueza consiste en los programas de servicios públicos que, incluso, de acuerdo con Sen (2000, p. 169), representan un medio más generalizado que los subsidios y las transferencias, toda vez que es más fácil ampliar su cobertura, es decir, con la misma cantidad de fondos públicos se puede proteger mucho más a las personas económicamente necesitadas.

6. Bienes de mérito (o preferentes) y bienes de demérito

Otro de los argumentos comúnmente utilizados para que el Estado intervenga en la actividad económica bajo consideraciones de carácter ético o moral es la necesidad de proveer o sentar las bases para la obtención de los bienes calificados como preferentes (por ejemplo, la necesidad de que los niños asistan a la escuela) o, en su caso, prohibir el consumo de los bienes de demérito (un ejemplo es la prohibición en el consumo de drogas).⁵²

En los casos en los que se considera necesario que los miembros de una sociedad tengan acceso a los bienes preferentes es evidente que el mercado puede considerarse como insuficiente, en primer lugar, por la desigualdad en su distribución y, en segundo lugar, porque su consumo o disfrute es independiente de las preferencias individuales. Los bienes preferentes, como cabe anotar, contrarían el principio de soberanía del consumidor.

Así, el Estado encuentra una justificación para intervenir en el caso de los bienes preferentes. Dicha intervención puede adoptar muy diversas formas, desde un mero carácter pasivo, a través de la legislación mediante la cual imponga obligaciones o establezca prohibiciones, hasta la provisión directa de dichos bienes (por ejemplo, la educación gratuita y la sanidad pública). Pero cabe aclarar

⁵² Si bien técnicamente los bienes preferentes no se relacionan directamente con los criterios de equidad sino con el concepto filosófico-jurídico de "bien común", es innegable que cuando atendemos a su desigual distribución y más aun cuando se trata de bienes efectivamente necesarios o indispensables resulta conveniente tomarlos en consideración cuando se analizan las políticas económicas y sociales que pretenden fomentar la equidad. De ahí que hagamos mención de los mismos.

que, independientemente de la forma que adopte la actuación gubernamental ante los bienes preferentes o de demérito, los efectos producidos serán de tipo redistributivo, al menos si consideramos que la redistribución no sólo implica la acción de dar o de sentar las bases para obtener algo sino que también supone la prohibición para producir o consumir algo.

7. La igualdad de oportunidades

La igualdad de oportunidades representa una de las justificaciones más generalizadas en la teoría económica, filosófica y política para solicitar la ayuda gubernamental. La encontramos como tal en las obras de Rawls (1997), Sen (2000), y Atkinson (1981). Sin embargo, el alcance y determinación de las medidas que otorguen una mayor igualdad en las oportunidades adquiere sentidos muy diversos, desde el principio de igualdad ante la ley (propio de las tendencias liberales) hasta la prestación de servicios públicos gratuitos, siendo los más comunes en Europa Occidental la educación, la salud pública y la vivienda.

Un aspecto directamente relacionado con la igualdad de oportunidades, y que presenta un alto contenido de carácter ético (además de considerarse como una imperfección del mercado relacionada con la falta de información o con la irracionalidad de los agentes económicos) es aquél que hace referencia a la discriminación por razón del sexo, la raza o la religión.⁵³

Efectivamente, la discriminación es una clara afectación al acceso a nuevas oportunidades que permitan obtener una mayor renta, por lo que también representa una causa más de las desigualdades en el ingreso existentes entre los miembros de una sociedad determinada, como lo demuestra Atkinson (1981) mediante una relación de estudios de carácter empírico especialmente referidos a las desigualdades en el ingreso por razón del sexo.

De conformidad con Wallis y Dollery (1999, p. 23), los exponentes de este tipo de argumentos solicitan la intervención gubernamental en los mercados de trabajo para implementar programas de igualdad

⁵³ Algunos estudios especializados en el tema pueden encontrarse en las obras de Becker (1971) y de Castaño, C. *et al.* (1999), refiriéndose este último al caso concreto en España.

de las oportunidades a través de leyes de discriminación positiva que o bien establezcan de forma obligatoria o bien estimulen a través del sistema fiscal la contratación de un determinado número de personas consideradas como parte de los grupos minoritarios (discriminados). En muchos casos tal obligación atiende a criterios de justicia social en contraposición a la mera libertad del mercado.

Otra forma de actuación gubernamental con efectos redistributivos que atiende al fomento de la igualdad de oportunidades es aquella en la que se facilita la obtención de créditos bancarios a las personas con escasos ingresos. Esta medida de intervención puede llevarse a cabo mediante la concesión directa de los créditos, el establecimiento de subvenciones sobre los mismos o la aportación de las garantías crediticias necesarias.

Ahora bien, la clasificación que hemos presentado, basada en la propuesta por Wallis y Dollery (1999), no pretende ser absoluta ni del todo precisa, ya que las justificaciones para la intervención pública que atiendan a criterios de justicia social pueden tomar muy distintas formas, e incluso la necesidad de un mismo bien puede justificarse de muy diversas maneras. Un ejemplo de lo anterior lo encontramos en la educación y la sanidad, cuya necesidad puede argumentarse a través de la igualdad de oportunidades o, incluso, por considerarse como bienes preferentes, donde, independientemente de las preferencias de los individuos, el Estado considera necesaria su obligatoriedad. Sin embargo, consideramos que dicha clasificación nos da una idea general de las medidas que el Estado puede adoptar para fomentar los criterios de equidad, con independencia de las consideraciones que puedan presentarse respecto a la eficiencia económica.

Una aclaración respecto de la clasificación adoptada consiste en que la intervención del Estado para fomentar la justicia social —sea en la distribución de la renta y la riqueza, en los bienes preferentes o de demérito o en la igualdad de oportunidades— tiene claros efectos redistributivos. De esta forma la redistribución se constituye en la acción gubernamental directa (a través de subsidios, transferencias o la prestación de servicios públicos) o indirecta (a través del sistema de incentivos fiscales) que sirve como instrumento o medio para incrementar el bienestar colectivo, pero que, conviene decirlo, no constituye un fin en sí mismo.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

En términos generales, es necesario destacar que el mercado en el “*real market system*” de Lindblom (2001) se enfrenta a serios obstáculos que le impiden la obtención de resultados eficientes en la asignación de recursos, además de obviar, por su propia naturaleza, las desigualdades en su distribución. Sin embargo, ello no implica que el mercado deba desaparecer o, incluso, adquirir un papel secundario frente al Estado, pues si bien es cierto el aforismo que dice que “sin Estado no hay mercado”, también lo es que “sin mercado no hay libertad”. No olvidemos que la conciliación de las fuerzas del mercado con el Estado termina a la larga por convertirse en la anhelada avenencia entre la libertad y la igualdad propia de todo régimen democrático.

Ciertamente las alternativas para conciliar las posiciones entre el Estado y el mercado no sólo dependen del modelo económico y social constitucionalmente adoptado sino que además influyen, recíprocamente, en el mismo.

No es casual que las normas fundamentales de gran parte de los países del llamado Mundo Occidental adopten un modelo mixto, en el cual se busca un punto de equilibrio entre las reglas fundamentales del mercado (propiedad privada, libertad de empresa y profesión, libre competencia, entre otros) y ciertas garantías sociales que presentan un significativo contenido económico, pero susceptible de un amplio margen de interpretación. Así pues, si bien, en principio, pudiera pensarse que la labor de delinear los contornos del Estado y del mercado, respectivamente, corresponde a los aplicadores del derecho, es necesario considerar, de igual forma, las aportaciones que en esta materia ha formulado la teoría económica, entre otras, a través del análisis de las imperfecciones del mercado.

COMPETENCIA DE JURISDICCIONES (LA ALTERNATIVA AL MONOPOLIO PÚBLICO)

Juan Antonio MARTÍNEZ MUÑOZ

SUMARIO: I. *Planteamiento*. II. *Propuesta*. III. *Dificultades y ventajas*. IV. *Breve recapitulación*.

I. PLANTEAMIENTO

La unidad de la jurisdicción se ha convertido en uno de los tópicos referenciales de los actuales sistemas jurídicos cada vez más modernos, esto es, iluministas.¹ La unidad es sólo un eufemismo que significa que hay una única instancia, el Estado, con capacidad para juzgar y que monopoliza el ejercicio del juicio “de derecho” en el espacio público y la capacidad de atribuirla o delegarla legalmente a determinadas personas, todo porque “Consecuencia ineludible de atribuir a la jurisdicción la naturaleza jurídica de potestad dimanante de la soberanía popular, es que el Estado tiene el monopolio de aquélla”,² lo que se traduce en la reserva de jurisdicción, esto significa que “corresponde *exclusivamente* a los juzgados y tribunales determinados por las leyes”,³ del propio estado se entiende. Ese monopolio se justifica con su rimbombante consideración de la actividad de juzgar como función o servicio público que tan gustosa como insatisfactoria e in-

¹ Este trabajo fue presentado inicialmente como ponencia en el Seminario de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el 18 de junio de 2008.

² Montero Aroca, Juan *et al.*, *Derecho jurisdiccional. I, Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 14a. ed., 2005, p. 80.

³ Oliva Santos, Andrés *et al.*, *Derecho procesal. Introducción*, Ramón Areces, Madrid, 3a. ed., 2004, p. 165.

eficientemente asume y acapara el Estado y la extiende, hasta donde considera conveniente, en detrimento del espacio "privado" en el que se encierra atomizadamente la facultad de juicio de que naturalmente están dotados todos los seres humanos que no tengan perturbadas sus facultades mentales. La justificación de ese monopolio no exige mucho esfuerzo, aunque a veces se le da un toque histórico y se deriva de la prohibición de autodefensa en el derecho romano y que "desaparece en el periodo medieval"⁴ por la acción de concepciones "bárbaras".

Con el monopolio público de la jurisdicción se envuelve a los jueces en un ropaje, ya algo caduco, de independencia y predeterminación legal cuyo apoyo último es simplemente que eso se dice de manera reiterada por la mayoría de los juristas educados en supuestos ilustrados, sin precisar bien en qué consiste y sin ninguna fundamentación, la cual se llega a considerar, incluso, innecesaria. La teoría jurídica dominante pinta con esos trazos un paisaje tan idílico para la justicia que, sin necesidad fundamento ni de explicación, permite que los jueces puedan resolver sin piedad ni pasión, como ya indicara Montesquieu, desempeñando únicamente su papel de funcionarios públicos y por amor al mismo; ensalza de tal modo la elevada función que se deposita en manos de los jueces que no permite ver intereses a los que puedan servir esos jueces, de modo que al hacer que parezcan inexistentes logra, al menos, que resulten invisibles, a la par que exime de tener que explicar cómo resisten esos intereses puesto que se supone que no existen en la escena pública de los países democráticos, en contra de lo que durante tantos siglos habría lastrado a la acción de la justicia.

A la actual configuración de los sistemas judiciales ha contribuido, no obstante, un amplio conjunto de ideas que sólo superficialmente parecen concurrentes pero que se basan en el anacronismo de la soberanía del Estado puesto que con el "*monopolio estatal... lo que se quiere decir es que la jurisdicción es una de las funciones que integran la soberanía del Estado...* [y que] Sólo puede ser ejercida por órganos del Estado"⁵ algo que, cuando menos, debería afrontar el hecho de que "la crisis política del Estado moderno ha supuesto también... la infor-

⁴ Calamandrei, Piero, *Instituciones de derecho procesal civil, según el nuevo código*, vol. I, Librería el Foro, Buenos Aires, 1996 (trad. de Santiago Sentís Melendo, prólogo de Hugo Alsina), p. 224.

⁵ Oliva Santos, A., *Derecho procesal*, p. 164.

malidad en la solución de las controversias al margen de los órganos jurisdiccionales del institucionales del Estado"⁶ y que lleva a formular la propuesta de un nuevo "derecho común" que algunos anhelamos por entender que el derecho o es común al género humano o no es propiamente derecho. La teoría "oficial" de la justicia y la jurisdicción reniega así de algunos antecedentes históricos que, cuando menos, oculta (pensemos, por ejemplo, en la Inquisición), y se apoya, sobre todo en unas ideas contrarias bastante simples, pero que tienen detrás unos influyentes intereses económicos y políticos que son, en todo caso, más reducidos en cuanto están en menos manos, de lo que la aparente pluralidad de ideas podría hacer suponer. En cierto modo los intereses causales del monopolio son disonantes con las ideas o, más bien, con el pensamiento, pero lo cierto es que esos intereses se adornan con ideas para su implantación y mantenimiento, pese a ello no se pueden ocultar del todo a causa de la propia miseria humana porque son hasta tal punto influyentes que no permiten que haya la más mínima disidencia del pensamiento y consiguen que se les sometan todas las ideas, algo que enturbia la aparente nitidez de las ideas y aclara la densa opacidad de los intereses.

Ahora bien, la situación actual de lo que, con un nombre heredado del pasado del que se reniega, se llama justicia es crítica. Lo es no tanto porque se la pueda criticar, algo que en un Estado democrático es legítimo, sobre todo porque no sirve de nada frente a los hechos consumados de las resoluciones judiciales mecánicas, ininteligibles y absurdas, sino porque el sistema parece que puede entrar en una fase de coma irreversible y terminal ante la imposibilidad de conseguir mayor descrédito del que ya tiene; así junto a la idílica "sin-teoría" camina el completo desprestigio de la justicia. Se debe la situación a varios factores: en parte, a la escasa importancia que se da al juez profesional e intelectual frente al mero funcionario obediente al poder, al desprecio por la doctrina en beneficio de la legalidad formal, a la desvinculación de los jueces de la autoridad tradicional y su subordinación al poder político democrático (en ningún caso fue más esperpéntica que cuando un juez estaba investigando la trama terrorista

⁶ Pampillo Baliño; Juan Pablo, *Del mos eropaicus al mos amiricanus Iura legendi. Una propuesta de refundación de la ciencia nueva para la integración jurídica americana*, en "Foro. Nueva época" (Universidad Complutense, Madrid, 2008), pp. 117-160, cita en p. 140.

de un gobierno democrático, éste le “ganó” poniéndole de número dos en las listas electorales y en un cargo del propio gobierno al que debía investigar, lo que gustosamente aceptó el “juez” en provecho de su vanidad y de su elevado fanatismo democrático). Con esta nueva configuración que transforma al elitista juez profesional e intelectual en uno democrático y funcional la incompreensión de las decisiones judiciales se acentúa, la sospecha de politización y parcialidad no se acaban de disipar del todo pero, ciertamente, se acatan porque parten de un monopolio público que no tiene alternativa, de modo que cuando alguien sufre una resolución judicial adversa es como si hiciera frío, no se puede evitar, quizá uno puede tratar de abrigarse pero eso no evita el temporal. El defectuoso resultado se explica aduciendo falta de competencia de los jueces particulares que el sistema puede corregir, pero es algo que hace calmando las insatisfechas expectativas de justicia con palabrería huera.

La importancia del juez competente se puede justificar de muchas maneras; un autor que no figura entre los precursores de la democracia pero que, en cuestiones jurídicas, estimo que merece ser tenido en cuenta señala que “el “castigo” no es simplemente “la pena aplicada a quien cometió la injuria”, sino “la pena aplicada a quien cometió la injuria aplicada por quien tiene jurisdicción para castigar”; de donde resulta que si la pena no se aplica por el juez competente no debe llamarse “castigo”, sino más bien “injuria”... Por consiguiente, si Cristo no hubiera padecido bajo un juez competente, aquella pena no habría sido un verdadero castigo”,⁷ pero no es lo mismo un juez competente técnicamente, un legisperito experto en tecnicismos legales y reglamentarios que un juez competente porque tiene una formación intelectual, literaria, científica, con perspectiva histórica y capaz de orientarse filosóficamente. Tampoco es lo mismo un juez competente porque tiene jurisdicción o habilitación para ejercer como magistrado que un juez intelectualmente competente, con autoridad demostrada dentro de la profesión. Gran parte del actual descrédito de la justicia se debe a que, desde el monopolio público, se supone que la cuestión del fundamento es “metafísica”, lo que significa que no tiene que abordada por el juez; lo que da lugar a ese juez “técnico” que se desentiende de las

⁷ Alighieri, Dante, *Monarquía*, Tecnos, Madrid, 1992 (trad. de L. Robles Carcedo y L. Frayle Delgado del original: *Monarchia*, 1310-1317), II, XI, p. 80.

implicaciones de su actividad para trepar por el escalafón funcional, que atiende sólo a las externalidades, podríamos decir, que garantizan el respaldo del poder al que inconfesadamente sirve.

Por otra parte, la insistencia en la unidad de la jurisdicción como expresión o como forma de asegurar el monopolio estatal de la actividad judicial, presenta zonas oscuras. De ese modo no se puede dar una respuesta adecuada a los retos que, para la justicia, representa la diversidad de culturas existentes y su concurrencia a la vida social con nociones de derecho netamente diferentes y frecuentemente contradictorias, tanto en su orientación general como en casos concretos. Tampoco deja ver la dominación del espacio público y sus exigencias jurisdiccionales por parte de una ideología subterránea y monolítica que sólo admite la diversidad de culturas con un sentido pluralista, es decir, en tanto no perturben los intereses dominantes de la selecta y oculta casta dominante, para lo que exige el abandono de las pretensiones significativas de las diferentes culturas, incluidas las jurídicas y relativas a la jurisdicción, como conllevaría propiamente el multiculturalismo toda vez que pondría en peligro el compacto pluralismo impuesto a la fuerza. Ciertamente hay un reparto del ejercicio de la jurisdicción pluralista en muchos jueces, pero se oculta con él el desafuero que produce la falta de unidad de criterio, la carencia de principios compartidos que la justifiquen se suplen con clichés y tópicos que convencen al público pero carecen de cualquier soporte intelectual; el reparto pluralista de la función es puramente caciquil; las disonancias de la actividad judicial respecto al bloque pluralista se corrigen con una desmesurada presión social y mediática que evidencia la penuria de argumentos.

Todo ello proporciona una imagen de la justicia altamente insatisfactoria desde una perspectiva profesional e intelectual por más que el mecanismo persuasivo y propagandístico que la respalda haga parecer que es el único modo en que puede ser entendida, como popular y pública, sin que salga a relucir lo beneficiosa que resulta para el poder político dominante. No siempre ha sido así porque, en otros momentos y en otras culturas (y específicamente en la humanística occidental), la justicia frente al sentido popular y democrático que ahora se le atribuye ha tenido un carácter profesional e intelectual; frente al carácter público ha tenido una proyección comunitaria y, frente a la generalidad pluralista, ha tenido un

carácter estructuralmente universalista, expresivo de la unidad del derecho; frente a la justicia como conquista moderna de libertades se ha visto como un logro artístico y frente a la imposición coactiva se ha considerado como una oferta que descansa en la autoridad moral del juez y no sólo en el poder legalmente atribuido. Debemos tener en cuenta que público no significa compartido ni común, del mismo modo que general no es igual que universal y pluralismo no es multiculturalismo.

Todos los aspectos anteriores estimo requieren una cierta consideración y la reclaman porque el sistema vigente ha fracasado; la justicia pública es la institución más desprestigiada, no sólo en España sino en muchos países. Ello es así a pesar de que el no tener disyuntiva impide ver el fiasco que se deriva de la falta de competencia y lo es en gran medida, precisamente, por la carencia de alternativa que pueda cambiar o mejorar las cosas con soluciones diferentes y que, ante todo, permita afrontar los retos del multiculturalismo en el proceso de determinación del derecho. Por ello cualquier propuesta de explorar nuevas posibilidades necesariamente tiene que pasar por alternativa al monopolio público.

II. PROPUESTA

La propuesta que expongo es sencilla, consiste en posibilitar que haya diversidad de jurisdicciones concurrentes en la vida social, vinculadas a comunidades culturales o ideológicas con una organización política propia, de modo que los potencialmente litigantes puedan elegir a cuál de ellas acudir, de manera que el carácter competitivo de las mismas seleccione la mejor. Cuando digo la mejor no me refiero a la mejor en términos objetivos sino competitivos. Tengo para ello presente que no existe en el mundo actual una visión compartida del bien moral y jurídico que pueda ser impuesto de manera incuestionable por una única vía judicial y que, por ello, se debe dejar paso a la libre elección de lo que se considera el bien y la justicia y de la forma de satisfacerlo.

Consiste en permitir que se puedan institucionalizar formas diferentes de determinar el derecho de las personas en casos complicados o controvertidos y de garantizarlo. Podemos decir que garantizar el derecho es hacer justicia y esa garantía implica la

previa determinación cuando es problemática. Pero resulta absurdo suponer que la única forma de determinar coherentemente y de garantizar de modo efectivo el derecho de las personas es mediante el monopolio del uso de la fuerza en el ciego mecanismo público manejado en régimen de monopolio por el Estado y que ese aparato va a ser neutral, imparcial y lúcido con el mero hecho de repetirlo constantemente.

La elección de jurisdicción, una vez producido el conflicto, es problemática (aunque no imposible, como muestra el arbitraje o el caso de la jurisdicción voluntaria, la que a diferencia de la contenciosa "se suele llamar *administración pública del derecho privado*... puede ser ejercida por autoridades pertenecientes, también orgánicamente, al ordenamiento administrativo",⁸ pero estimo que no necesitaría de esas autoridades administrativas). Es ambigua puesto que considera estimaciones estratégicas de los potenciales litigantes y, por ello, parece claro que sería más adecuado un compromiso previo, ligado tanto a la elección del juez como de la ley aplicable en cada tipo de litigios. Por ello necesariamente debe ir unida a formas comunitarias (no públicas) de organización social, en las que existan nociones compartidas de lo que es el derecho y la justicia que, muy probablemente, irán conectadas a determinadas interpretaciones de la historia y a consideraciones morales y culturales que se inserten en las mismas coordinadas antropológicas. Esas comunidades pueden plantear una acción anticipatoria de los conflictos y prevenirlos. Seguramente serán más eficientes si, además de ideas compartidas, tienen también intereses comunes.

La articulación e institucionalización de los procedimientos para resolver controversias puede ser variada, y necesariamente será distinta de unas comunidades a otras; de hecho actualmente varía de unos estados a otros e, incluso, de unas regiones a otras dentro del mismo estado, pero ahora lo es de manera impuesta, no libremente aceptada como propuesta. El profesor Raz ha señalado: "Los sistemas institucionalizados son conjuntos de normas que o bien establecen ciertas instituciones aplicadoras de normas o bien están internamente relacionados con ellas de determinada manera... Los científicos sociales tienen sus propios problemas que son muy diferentes, aunque

⁸ Calamandrei, P., *Instituciones de derecho procesal civil*, pp. 192-193.

normalmente estén indirectamente relacionados con los del jurista. Los científicos sociales pueden estar interesados en la clasificación de distintos métodos sociales de resolver disputas”,⁹ pero pese a que esa clasificación de métodos no se atenga a la preocupación del jurista, lo cierto es que debe ser considerada como posibilidad a la hora de implantar un sistema por una comunidad determinada. Ese sistema puede ser innovador y formalizado, o bien seguir la inercia de la costumbre y regirse por ella, como sucede en determinados grupos humanos que no tienen una organización demasiado explícita. Puede apoyarse en el sentido de la tradición acerca de la justicia o ser más innovador y realizar continuamente experimentos y cambios, como hacen algunos gobiernos.

Esa articulación y el compromiso comunitario anticipado va unido y se desprende de mi propuesta de estatutos personales diferenciados que son formas de organización política no delimitadas territorialmente ni impuestas sobre un público cautivo por el poder político (aunque sea democrático), sino en las que la pertenencia a las mismas pueda ser libremente elegida por las personas o los individuos en función de las ventajas que proporciona o la afección a sus objetivos ideológicos, culturales o económicos. Significa que, en definitiva, cada comunidad política puede tener una organización judicial para resolver las controversias que surjan entre sus miembros en aquellos ámbitos relacionados con el estatuto de la comunidad (más o menos relacionadas con lo que se considera derecho privado, pero que incluye la organización de la solidaridad o mutualidad, esto es, la ayuda mutua o recíproca). De modo que la resolución de controversias jurídicas es una prestación o servicio más de cada comunidad a sus miembros cuyas condiciones, procedimientos, garantías, estarán normalmente definidas en su estatuto constituyente.

La propuesta de que puedan existir diversas institucionalizaciones de la jurisdicción, concurrentes y en recíproca competencia, tiene un carácter marcadamente político, pero también tiene un soporte teórico derivado de un modo de entender la naturaleza del derecho y de las cualidades fundamentales del mismo. Parte de la inexistencia de una noción compartida del derecho, de la moral, del gobierno,

del propio hombre y de la imposibilidad de que sean asequibles de modo consensuado o por medio del diálogo, por eso se refiere a la competencia de las diferentes nociones existentes en una especie de mercado abierto a todas las posibles ofertas imaginables respecto a las cuales se pueden aceptar compromisos. De este modo, aunque no podamos cuestionar que “Pronto el juzgador iletrado, incapaz de captar la ley espiritual, pierde su prestigio pues no puede satisfacer una pretensión jurídica racional”,¹⁰ no podemos oponernos a que determinadas personas prefieran jueces legos, populares, y acaben siendo carne de checa, pero sí podemos legítimamente aspirar a que no se imponga ese sistema como exclusivo.

Los dos aspectos básicos que tiene que afrontar la institucionalización de una jurisdicción comunitaria sustitutiva del monopolio público se refieren a la determinación del derecho y a su garantía. Es en ellos donde debe mostrarse como mejor, compitiendo con los demás y con el propio sistema público, que debería quedar como supletorio y limitado a aquellas materias, como las penales, en las que no tenga cabida la composición privada de intereses.

La incertidumbre de la determinación del derecho, algo que hasta ahora no se ha podido eliminar por ningún medio, se puede reducir de modo significativo en las comunidades estatutarias que menciono con la previa aceptación de la ley aplicable, por ejemplo, en asuntos familiares, aunque es claro que allí donde hay convicciones compartidas se reduce, al menos teóricamente, la litigiosidad. También se puede reducir con la elección de jueces con autoridad que transmitan confianza con su conducta y su formación intelectual. Del mismo modo, al institucionalizar procedimientos eligiendo, dentro de los modelos existentes, los menos gravosos en términos de duración, seguridad, garantías, complejidad. Por lo general la autoridad del juez y la buena fe suple en gran medida el tecnicismo de los procedimientos.

La garantía del derecho, que últimamente se ha centrado en la aplicación coactiva y que ha supuesto la identificación entre el derecho y la fuerza en autores como Kelsen, Ross, Bobbio, puede llevarse a cabo por otras vías menos lesivas para la dignidad de las personas. Las

⁹ Raz, Joseph, *Razón práctica y normas*, CEC, Madrid, 1991 (trad. de J. Ruiz Manero, de *Practical Reasons and Norms*, Londres, 1975), pp. 151-152.

¹⁰ Wieacker, Franz, *Historia del derecho privado en la edad moderna*, Aguilar, Madrid, 1957 (trad. de Francisco Fernández Jardón), p. 78.

convicciones compartidas o uniformes de una comunidad política me parece que actuarían no sólo como aglutinante de la misma, sino como fuente de garantía y cumplimiento voluntario del derecho dentro de cada comunidad. Pero allí donde la palabra dada o el crédito personal fallen se pueden establecer formas de garantía conocidas, como el pagar de antemano, al igual que se hace en los seguros médicos, o garantizar el resultado del proceso firmando con antelación títulos abstractos ejecutivos o cláusulas que penalicen patrimonialmente, lo que asimismo puede servir de garantía para el caso de que se rechace la jurisdicción comunitaria. Igualmente se pueden establecer seguros de responsabilidad de los juristas que intervengan en el proceso o cajas de depósitos. Por lo general la oferta de garantía irá unida a la reciprocidad, con la condición de perderla o devolverla doblada, como ahora ocurre con las arras.

En todo caso parece que la estabilidad del sistema institucional es una fuente de prestigio y garantía muy importante, también lo sería una estadística judicial rigurosa; pero, sobre todo, la perseverancia continuada en el trabajo bien hecho podría justificar una jurisdicción comunitaria, *de facto* los sistemas más prestigiosos jurídicamente son los que han generado una tradición. Esa estabilidad probablemente sería un integrante de la fuerza atractiva (y no coactiva) con que competirían los distintos sistemas entre sí.

1. Ejemplos

Podemos encontrar varios ejemplos de jurisdicciones concurrentes y competitivas entre sí a lo largo de la historia. Son significativos, desde mi punto de vista, no sólo por su valía intrínseca demostrada sino porque, a la par, con su valor ejemplar reducen lo chocante de esta propuesta con el prestigio que han logrado conseguir; la mayoría de ellos han desaparecido de la escena jurídica por la fuerza y no por su propio dinamismo interno.

Hay que destacar inicialmente que la jurisdicción tiene un carácter subordinado a la justicia. Es algo que nos muestra de manera destacada Calderón de la Barca en *El alcalde de Zalamea*, obra maestra que, en defensa de la dignidad personal frente al abuso del poder, nos relata cómo el rey Felipe II considera que está bien hecha la justicia y “Bien dada la muerte está; / que no importa errar lo menos / quien

acertó lo de más”,¹¹ permitiendo que se haga justicia aunque no sea por la jurisdicción competente; en una escena que transcurre precisamente en una población española, Zalamea de la Serena (Badajoz) que más tarde, en 1724, para pagar deudas municipales, habría de vender su jurisdicción sobre dos villas.¹² Ambos ejemplos, el literario y el histórico, nos aportan una idea más precisa de que la genuina justicia es diferente de la simple atribución legal de competencias a los jueces predeterminados por la ley para no tener que mirar lo que hacen después.

Entre los ejemplos más significativos que podemos encontrar a lo largo de la historia está el derecho canónico. A este respecto cabe resaltar que ya san Pablo (en *ICor.* VI, 4-9) estableció reglas sobre la jurisdicción eclesiástica, con un procedimiento de arbitraje, independiente en los aspectos temporales de los espirituales, si bien con el tiempo el obispo, a causa de la mayor confianza que inspiraba, pasó a ser juez nato incluso en pleitos temporales,¹³ lo que más tarde dio lugar a la jurisdicción canónica que ha tenido diversos avatares en el discurrir de la historia. Al reclamar la Iglesia jurisdicción de aquellas materias civiles que tenían relación con el pecado (derecho penal, adulterio, perjurio, falsedades, homicidio, incluso de derecho privado como los préstamos, los intereses, compraventas, garantías reales y personales de las deudas),¹⁴ tuvo que afrontar soluciones deferentes a las que ofrecían los textos romanos y los jueces civiles, ampliando y oficializando su jurisdicción basada inicialmente en la mayor confianza que proporcionaba la fe. Igualmente el éxito cultural del monacato conllevó que muchos monasterios a partir del siglo X –Cluny es el más relevante– recibieran inmunidades o exenciones semejantes a las que ya tenían algunas abadías, inspiradas en la *libertas romana*, en ellos “el abad sería libremente elegido por los monjes. Este monasterio, no tan sólo estaría inmune de toda auto-

¹¹ Calderón de la Barca, Pedro, *El Alcalde de Zalamea*, en “Obras”, Espasa Calpe (Austral Summa), Madrid, 2000 (Pról. de Andrés Amorós), Jornada tercera, cuadro IV, p. 820.

¹² Calvente Cubero, José, *Zalamea de la Serena, su jurisdicción (siglos XVI-XVIII)*, Diputación de Badajoz, Badajoz, 2006, p. 16.

¹³ Orlandis, José, *Historia de la Iglesia, Historia de la Iglesia. I. La Iglesia antigua y Medieval*, Palabra, Madrid, 4a. ed., 1982, pp. 61-62.

¹⁴ Stein, Peter G., *El derecho romano en la historia de Europa*, Siglo XXI, Madrid, 2000 (trad. César Hornero Méndez y Armando Romanos Rodríguez, pról. de Juan Pablo Fusi), pp. 74-75.

ridad laical, sino también de la jurisdicción del obispo diocesano, y en dependencia directa del Romano Pontífice”,¹⁵ se nos ofrece así un ejemplo de cómo la jurisdicción propia es una exigencia de la libertad y de la creatividad cultural. Donde ésta falta en virtud de prácticas monopolísticas, la creatividad y la libertad se resienten. Por otra parte, cuando el agustino Egidio Romano, en su tratado *Del poder eclesiástico*, trata de demostrar que el papa tenía supremacía sobre la totalidad del mundo y que los príncipes eran súbditos suyos se apoya en la idea de *dominium*, eje de la obra, que no equivalía a propiedad sino a gobierno o señorío y sólo podía obtenerse mediante la gracia divina de modo que los infieles jamás podían gozar de poder ni autoridad legítima, considera a la jurisdicción papal flexible y modificable (*flexibilis et casualis*),¹⁶ mostrándonos con ello claramente que la supremacía, la última instancia, muy poco tiene que ver con la soberanía moderna, sino que está unida a la legitimidad moral, diferente de la propiedad territorial, no en vano “la naturaleza internacional de la Iglesia cuestiona la estrechez sectaria del Estado-nación, para el que la ciudadanía acaba en la frontera”,¹⁷ lo que debería hacer reflexionar sobre el monopolio de la jurisdicción por los estados al margen de la autoridad moral de sus potentados.

Con la revuelta protestante, en un movimiento clerical de rechazo de las corrientes culturales que desde el siglo XII habían favorecido la secularización del pensamiento e impulsado el humanismo hasta el siglo XV, se abre el plano inclinado hacia el monopolio público de la jurisdicción. En efecto, la teoría luterana favorece el absolutismo y la orientación autoritaria del poder político, le atribuye incluso jurisdicción sobre las iglesias reformadas y establece la obligación moral no condicionada de obedecer a la autoridad constituida, esto es, al poder,¹⁸ algo que en el catolicismo era cuestionable como se ve en los diversos autores de la Escuela de Salamanca y en el mantenimiento de su propia jurisdicción por parte de la Iglesia. Pero de

¹⁵ Orlandis, J., *Historia de la Iglesia*, I, p. 245.

¹⁶ Ullmann, Walter, *Historia del pensamiento político en la Edad Media*, Ariel, Barcelona, 1992 (trad. de R. Vilaró Piñol), pp. 120-122.

¹⁷ Cavanaugh; William T., *Imaginación teo-política*, Nuevoinicio, Granada, 2007 (trad. de Manuel Salido Reguera), p. 101.

¹⁸ Fernández Barreiro, Alejandrino, *La tradición romanística en la cultura jurídica europea*, Ceura, Madrid, 1992, p. 72.

hecho se inicia un proceso de absorción cuyo último episodio es el intento de asimilación forzada del derecho canónico, aunque sólo sea para efectos didácticos, al derecho eclesiástico del Estado, lo que de extenderse podría concluir dando pasos adicionales.

Hay otros casos también relevantes. Un segundo ejemplo, ampliamente revelador, lo tenemos en la jurisdicción de equidad del derecho anglosajón, de raigambre medieval, sobre la que me he ocupado en mi libro *El Conocimiento jurídico* (pp. 293-295). Es un caso histórico enormemente significativo por el paralelismo con que transcurre respecto al *Common Law* y por el prestigio y aceptación social que logró alcanzar compitiendo con él, “This was a jurisdiction evolved to achieve justice and to overcome the rigours and deficiencies of the common law”.¹⁹ Es igualmente manifiesta su dependencia de los procedimientos seguidos en los tribunales de la Iglesia y de los requisitos procesales ligados a la buena fe. Un tercero lo tenemos en el arbitraje, más relevante si cabe por la importancia que actualmente tiene en las relaciones comerciales y políticas internacionales. En él, frente a la regla de que *lex fori regit processum*, sus excepciones²⁰ posibilitan la elección de la ley y de la jurisdicción aplicable en determinados supuestos relacionados con el derecho privado. Algo que, con los estatutos de comunidades políticas personales que he propuesto,²¹ se ampliaría y adquiriría estabilidad al posibilitar a cada persona elegir la ley y la jurisdicción por la que se rige su matrimonio y sus relaciones civiles o comerciales con determinadas personas, y también la jurisdicción ante la que se van a resolver las controversias sobre los mismos. Otro ejemplo, aún vigente, lo tenemos en el tribunal de las aguas de Valencia, la institución judicial más antigua de Europa que aún funciona, se trata de uno de los casos cuyos jueces son elegidos por la comunidad, la de los regantes en este caso, entre hombres honrados cultivadores de las tierras. Un ejemplo adicional lo tenemos en el deporte que, durante el gobierno de Franco en España, al igual que otros países, era una actividad privada con sus propias reglas y

¹⁹ Haley; Michael, *Equity & Trusts*, Thomson-Sweet & Maxwell, Londres (7a. ed.), 2007, p. 1.

²⁰ Fernández Rozas, José Carlos y Sánchez Lorenzo; Sixto, *Curso de derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 30a. ed., 1996, p. 635.

²¹ Entre otros trabajos, en “Multiculturalismo y estados personales”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Univ. Complutense, Madrid, 2001, pp. 779-835.

medios para resolver los conflictos. En 1980 se promulgó una ley y las sanciones se sometieron al monopolio de la jurisdicción pública, pese a que chocan con la FIFA que es una institución privada, aunque sea una organización internacional. Con las rebajas comerciales sucede igual, pero con la ley de defensa de los consumidores. Mucho antes ya había ocurrido algo similar con los consulados mercantiles que, prácticamente hasta el siglo XIX, eran una jurisdicción paralela y, en cierto sentido, privada, no tenían jueces profesionales sino comerciantes y a los que luego se les incluyó por la fuerza de la ley en la jurisdicción civil; previamente habían elaborado unas reglas comerciales que, con el nombre de *lex mercatoria* habían generalizado y ordenado algo el complejo “capitalismo”, esas reglas que indicaban el orden moral del comercio se han impuesto a la planificación que arranca de las fisiocráticas propuestas ilustradas sobre el orden económico “natural” y hoy “Al igual que el *ius mercatorum*, puede decirse que el derecho comercial internacional es un derecho desnacionalizado, un derecho que trasciende fronteras al igual que el comercio”,²² y no puede estar sometido a una jurisdicción local y políticamente intervenida.

Una muestra más reciente y que conecta mayormente con las preocupaciones actuales de diversos grupos sociales con cultura propia, la tenemos en la ley que, en 1991, aprobó la provincia canadiense de Ontario que permitía elegir a un árbitro comercial, religioso o de otro tipo para resolver conflictos civiles (que incluía los comerciales y religiosos), siendo su veredicto aceptado y ejecutado por las autoridades siempre que fuera conforme con el derecho canadiense. Fue utilizado eficientemente y sin problemas durante varios años por judíos, aborígenes, testigos de Jehová, anabaptistas y católicos, entre otros, para resolver asuntos legales, especialmente familiares, sin acudir a los tribunales de Ontario hasta que, en octubre de 2003, el Instituto Islámico de Justicia Civil propuso la creación de Juntas Arbitrales Musulmanas (denominadas *Darul-Qada*) que siguieran la ley islámica o *sharia* para facilitar vivir según el modo de vida islámico. La fuerte oposición de diversos grupos, especialmente de mujeres musulmanas, aduciendo la defensa no de sí mismas, pues se consideraban emancipadas, sino la de sus congéneres

²² Pampillo Baliño, Juan Pablo, *Retos y proyecciones del derecho mercantil frente a la globalización. Un intento de aproximación filosófica, histórica y dogmática*, en Quintana Adriana, Elvira Argelia (coord.), *Panorama internacional de derecho mercantil. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, UNAM, México, 2006, t. 1, pp. 331-354, cita en p. 350.

ignorantes e indefensas ante la misoginia de la *sharia* (especialmente al permitir concertar matrimonios, el repudio y la poligamia) provocó la retirada del reconocimiento público a esos tribunales. Curiosamente y como contrapartida, el establecimiento de un consejo deontológico en el periodismo (similar al que viene existiendo secularmente en la abogacía) desde el punto de vista de muchos se rechaza porque sería equivalente a establecer un tribunal de honor, prohibido por la constitución, aunque sea elegido democráticamente, en ese caso se prefiere y defiende que juzgue el mercado, porque se da por supuesto que estos tribunales pueden estar controlados por grupos mediáticos mafiosos que no está permitido sospechar que controlen el mercado informativo.

El proceso de absorción de competencias jurisdiccionales por el Estado es necesario para utilizar políticamente tanto el deporte, el comercio, la industria, la religión e incluso la Iglesia, haciendo de ellos instrumentos políticos mediante la designación y el manejo de los jueces que determinan la legitimidad intrínseca de las relaciones internas de determinados ámbitos; algo que no se podría hacer si esos sectores sociales mantuvieran sus propios medios de resolución de controversias al margen de las interferencias estatales; esas competencias para interferir son tan beneficiosas para los intereses de los grupos ocultos que manejan a los estados como nocivas para la vida social y comunitaria de los hombres y de las culturas.

Efectivamente, en todos estos supuestos de jurisdicciones podemos ver la prevalencia de la ventaja competitiva sobre la coacción, la ventaja que proporciona la solución equitativa frente a la imposición de la solución arbitraria. La ventaja depende de la confianza que se puede depositar en las personas y en cada una de las formas institucionales que adoptan las jurisdicciones. Por tanto, la fluctuación de jurisdicciones en función de la confianza parece un modo mucho más adecuado y justo de articular la determinación del derecho que la imposición rígida; es lo que ya había adelantado en el citado libro *El conocimiento jurídico* (pp. 405-409). Con ello se cuestiona el límite de intervención de poder político público en la resolución de conflictos entre particulares, no se niega la intervención pero se considera supletoria o subsidiaria. Ese límite no se puede dejar indeterminado porque entonces el Estado podría fijarlo donde y cuando le interesa o saca partido y podría, también, erigirse en juez en condiciones de

irresponsabilidad y ausencia de justificación, algo que parece que es muy rentable y tentador. En la práctica el monopolio público de la jurisdicción se da principalmente en sociedades sin dinamismo interno, donde el poder absorbe la iniciativa.

2. Fundamento

Esta propuesta de jurisdicciones concurrentes de manera competitiva exige una explicación adecuada que le sirva de fundamento, pues, al menos inicialmente, parece que la unidad del derecho parece que requeriría unidad jurisdiccional.

Expresa inicialmente mi punto de vista relativo a que uno de los aspectos fundamentales del derecho tienen que ver con la ventaja que proporciona a lo personal un modo equilibrado, transparente y estable de entender las relaciones interpersonales frente a la bárbara y absurda visión del derecho de la ilustración, del socialismo y del positivismo que lo consideran como una mera forma de organización del poder, que va unida a la consideración esencialmente coactiva del fenómeno jurídico (lo vemos en Kelsen, Ross, Bobbio y sus secuaces hispánicos). El camuflar la supuesta necesidad o racionalidad del poder bajo el ropaje de una legitimación democrática no hace un favor a la democracia, es casi tanto como asociarla al crimen. De hecho las ventajas que se atribuyen a la organización política democrática no se conjugan bien con el hecho de que el derecho tenga ese carácter esencialmente coactivo que le atribuyen. Así pues, la propuesta parte de que la sanción no es el factor exclusivo de garantía del derecho, sino que ésta depende de factores como la profesionalidad del juez que da confianza con su prestigio o de la autoridad que se encarna en una tradición asentada en la historia de instituciones profesionales e intelectuales solventes.

La elección de ley aplicable y de juez (como en el arbitraje internacional) dentro del territorio de un país es no sólo una fuente de libertad social, también permite adaptarse a las necesidades de las personas que se relacionan en un determinado marco comunitario en el que se comparten no meramente ideas sino determinados bienes y principios; podemos "llamar a los bienes de orden superior de esta clase "hiperbienes", es decir, bienes que no sólo son incomparablemente más importantes que los otros, sino que proporcionan el

punto de vista desde el cual se ha de sopesar, juzgar y decidir sobre éstos";²³ esos bienes exigen confiar en la libertad, frente al carácter impositivo de lo público, pero las ventajas que de ello se derivan son indudables puesto que "el género humano vivirá mejor cuanto más libre sea".²⁴ El que tenga un carácter voluntario, implicado en el reconocimiento del juez en función de su competencia profesional e intelectual, proporciona libertad aunque requiera elegirlo con antelación, condición necesaria para que se pueda definir el sector de la población que se somete a cada jurisdicción. La jurisdicción pública quedaría como supletoria para aquellos casos en que las personas no han elegido o no están sometidas a la misma jurisdicción. Las garantías que determinadas comunidades o estatutos puedan establecer para el sometimiento a su sistema jurisdiccional, aceptarlas de antemano, por ejemplo, o establecer determinados avales, no pueden entenderse como restricciones de la libertad toda vez que han de ser previamente aceptadas por los que se sometan a esa jurisdicción. Se pueden compensar con ventajas como tener pagar cuando el trabajo esté concluido o con penalizaciones por retrasos, similares a las que emplean las empresas comerciales para promocionar sus servicios. En todo caso evitarían que el Estado pague una justicia pública que no sea compartida con los impuestos de todos y que los individuos más litigantes y conflictivos sean soportados por las personas más pacíficas y cumplidoras. Por otro lado, entender el derecho como ventaja y no como resultado de un acto de imposición, lleva a concebir a la jurisdicción como servicio que se presta en condiciones de buena fe, de transparencia, de equidad, de independencia, de responsabilidad a las personas que, en determinadas condiciones puedan encontrarse con un problema jurídico. También conlleva que se pueda comparar el tipo de soluciones que ofrecen los diferentes sistemas jurisdiccionales del mismo modo que se puede comparar la medicina de diferentes hospitales o países, aunque en determinados casos eso no pueda dar resultados garantizados. Ciertamente prestar un servicio en el que están implicadas dos personas que no pueden quedar satisfechas simultáneamente tiene una cierta dificultad, pero

²³ Taylor, Charles, *Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna*, Paidós Básica, Barcelona, 1996 (trad. de Ana Lizón), p. 80.

²⁴ Alighieri, Dante, *Monarquía*, I, 12, p. 24.

la satisfacción de ambas no es imposible y no se contraponen más que la insatisfacción de ambas.

La propuesta busca la existencia de jurisdicciones competitivas que ofrezcan un servicio a determinadas personas que libremente lo aceptan. Ahora bien, la competencia no disfruta de muy buena fama actualmente. El libre mercado que caracteriza a Occidente frente al socialismo —que a duras penas lo ha aceptado y ha cometido crímenes monstruosos para abolirlo—, se basa en la competencia entre empresas que pueden concurrir en condiciones de igualdad en un ámbito exento de condicionantes artificiosos para prestar servicios o facilitar bienes libremente aceptados por los destinatarios. En cierto modo la competencia es una concreción de la idea de mérito inherente al derecho y su restricción necesita justificaciones adecuadas.

La valoración de la competencia está sometida a una cierta imprecisión y oscilación contradictoria. Es cierto que fuera del mercado capitalista, la competencia se considera generalmente legítima, por ejemplo, en el ámbito deportivo (sobre el que también hay mercado); se admite igualmente sin problemas competencia política en el campo electoral y en él resulta favorable a propuestas socialistas bajo el axioma “*we choice you pay*”. Pero se mira con recelo la competencia de empresas por suponer que perjudica a los sectores sociales proletarios, no así a los trabajadores que generalmente la valoran positivamente. Los que hablan continuamente de evolución para explicar todos los aspectos de la vida, no sólo el desenvolvimiento de los organismos biológicos, sino lingüísticos, políticos, tecnológicos, etc., se oponen a la competencia empresarial o educativa con la simple alegación de la sospecha del nefasto darwinismo social. Más aún, los defensores y protectores de lo público, defensa que sólo se hace bajo el supuesto de que van a recibir más de lo que aportan, en una balanza fiscal beneficiosa para los que sólo aportan verborrea de solidaridad, chantajes y presión y, en cambio, reciben dinero y prebendas de cargos públicos, suplen la aportación de dinero con la demagogia solidarista contraria a la competencia. De toda esta incertidumbre se deriva una presión al gobierno para que extorsione a los sectores contributivos y beneficie a los reivindicativos; en ocasiones apoyan al gobierno en la extorsión en otras ocasiones se contraponen a él para favorecer a la oposición pero nunca producen bienes y servicios que se demanden y consuman.

La competencia no se admite con facilidad en el ámbito de lo público, indisociable del monopolio. Así, a título de ejemplo, introducir competencia en la educación parece escandaloso y lo mismo ocurre con la sanidad y otros espacios políticos. Y, que yo sepa, hasta el momento, no se ha planteado introducirla abiertamente en el ejercicio de la jurisdicción, esto es en la declaración del derecho y en su garantía; ni siquiera los autores liberales del siglo XIX propusieron privar al Estado de la capacidad de juzgar; lo que explica su afiliación a un liberalismo diferente a aquel en el que se permitieron los ejemplos que he mencionado. Por ello estimo que, cuando menos, la idea es novedosa, pero contaría con el apoyo de importantes juristas que han impulsado ideas en las cuales tiene cabida, aunque no las hayan desarrollado suficientemente. Autores como Giovanni Tarello sostienen que cada grupo humano tiene su propio ordenamiento, aunque lo plantea como una cuestión de hecho y no *de iure*; algo semejante ocurre con la sociología de Ehrlich y con las ideas del estudioso del derecho alemán medieval de las corporaciones, von Gierke. Más recientemente Nozick, en *Anarquía, Estado, utopía*, defiende un marco de relaciones sociales en el que tienen cabida las jurisdicciones diferenciadas que yo propongo; dentro de ese marco, señala: “Habrá problemas sobre el papel, si lo hay, que habrá de desempeñar alguna autoridad central (o asociación de protección). ¿Cómo será seleccionada esta autoridad? Y ¿cómo se asegurará que la autoridad hace y hace únicamente lo que se supone que tiene que hacer? El papel principal, como lo veo, será hacer aplicar el funcionamiento del marco, por ejemplo, para prevenir que algunas comunidades invadan y se apoderen de otras, de sus personas o bienes. Más aún, juzgará judicialmente, de alguna manera razonable, los conflictos entre comunidades que no puedan ser resueltos por medios pacíficos”,²⁵ situación similar a las que se aborda habitualmente en el derecho internacional público y privado y que era también la hoy olvidada función del imperio.

Si algo es contrario a la competencia es el monopolio. El rechazo a la competencia proviene, en gran parte, de que uno de los rasgos característicos de lo que se entiende por público es un ámbito que no está afectado por los intereses por los que normalmente se mueven

²⁵ Nozick, Robert (1974), *Anarquía, Estado, utopía*, FCE, México, 1988 (trad. de R. Tamayo y Salmorán de *Anarchy, State and Utopia*, Basic Books, Nueva York), p. 316.

los seres humanos; así proporciona un margen de credibilidad en la justicia sin necesidad de una explicación o de una comparación con ninguna otra forma alternativa de determinarla porque reposa en el monopolio que ampara a todo lo público. Al no estar, tampoco, definido el ámbito de su extensión puede ser ampliada según las necesidades del gobierno, que generalmente son expansivas y comprende una intervención mayor en la administración de justicia de la que las formas tradicionales veían necesario, al igual que interviene económicamente mientras los sectores productivos de un país lo soporten. Aunque los defensores parecen no querer darse por enterados, lo cierto es que las taras del monopolio son trasladables a lo público.

III. DIFICULTADES Y VENTAJAS

Ciertamente resulta chocante la sugerencia de jurisdicciones diferenciadas y rivalizando entre sí, pues la universalidad del derecho que sostengo en sintonía con la larga tradición historia iusnaturalista, parece que exige la unidad de la jurisdicción como se pone de manifiesto en la justificación de la jurisdicción del Imperio cuya "jurisdicción tiene límites sólo en el Océano. Esto no sucede con los demás príncipes, cuyos dominios están limitados por los de otros príncipes, por ejemplo, el reino de Castilla está limitado por el reino de Aragón. De aquí se concluye que el monarca [emperador] puede ser entre todos los mortales, el sujeto mejor dispuesto para la justicia".²⁶ Debería ser menos chocante en un país como España donde hay 17 sistemillas de justicia, organizados de manera pluralista, que es lo más parecido al régimen de caciques. Pero es chocante porque plantea el ejercicio de la jurisdicción desde una perspectiva distinta al pluralismo vigente.

1. Dificultades

Voy a resaltar inicialmente las dificultades que parece que podrían aparecer; según me han indicado algunos colegas a los que estimo personalmente y con los que he comentado la propuesta.

Se ve como medieval y, ciertamente, conecta con algunos presupuestos de la comprensión que la cultura medieval tenía del derecho.

²⁶ Alighieri, Dante, *Monarquía*, I, 11, p. 22.

Sabemos perfectamente que todo lo que tenga relación con el mundo medieval se considera que debe ser ignorado por no aportar nada aprovechable para la ideología política actualmente impuesta por el poder; mas el hecho de que la perspectiva medieval sólo tenga valor y significado para en un reducido número de personas cultas y sea despreciada por la gran masa o género de desorientados no debe impedirnos tomarla en cuenta. En ese sentido resulta destacable que el orden medieval del *ius commune* (el derecho verdaderamente universal) coexistía con la multiplicidad de jurisdicciones que se aplicaban personal o comunitariamente y es claro que "el fundamento esencial de ese sistema es proteger la convivencia pacífica de personas pertenecientes a culturas muy diferentes",²⁷ que afectaban no solamente a las diferentes culturas sino también a todos los grupos sociales, así ocurría con los estudiantes universitarios o los gremios, pues aunque había artesanos no agremiados: "Los gremios obtuvieron la significación de corporaciones de derecho público, tenían jurisdicción y autoridad de policía, poseían la facultad de imponer contribuciones a sus miembros, se dieron una organización de tipo militar... iniciaron una lucha con los burgueses antiguos por la igualdad de derechos".²⁸ Incluso alcanzaban al rey, como se ve en: "Para entender en los litigios sobre el rey tenían jurisdicción el conde palatino de Renania en los asuntos profanos y el Papa en los eclesiásticos".²⁹ Ahora la diversidad de jurisdicciones se pretende vincular a estatutos de comunidades de carácter personal que no son un gremio ni un sindicato de clase, pero sí reclaman libertades y facultades similares por ser una exigencia mínima de libertad política el que la pertenencia sea libre y se pueda compartir un proyecto en condiciones de igualdad con las organizaciones subversivas que sostienen a ese poder pluralista.

Otra enmienda se refiere a que, como en determinados momentos de la historia de Roma, al no existir una acción pública para perseguir a determinados delitos, que impulse su enjuiciamiento de oficio, pudieran quedar impunes determinados actos criminales cometidos

²⁷ Pérez-Prendes Muñoz-Arraco, José Manuel, *Instituciones medievales*, Síntesis, Madrid, 1997, pp. 33-34.

²⁸ Brunner, Heinrich, *Historia del derecho germánico*, Labor, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Río de Janeiro, 1936 (trad. de la 8a. ed. alemana de Claudius von Schwerin, por José Luis Álvarez López), pp. 98-99.

²⁹ Brunner, H., *Historia del derecho germánico*, op. cit., p. 136.

precisamente contra las personas más débiles y desprotegidas. La propuesta de jurisdicciones se refiere a asuntos privados o particulares entre personas que previamente hayan aceptado el sistema de resolución de controversias dentro de la comunidad política a la que libremente pertenecen, dejando con carácter residual y subsidiario una jurisdicción mínima compartida para aquellos casos en que no se haya aceptado un sistema jurisdiccional participado o sea imposible por pertenecer los litigantes a diferentes comunidades. Por ello creo que la preocupación por la impunidad es exagerada; hay gobiernos que negocian con grupos terroristas la impunidad de sus miembros y entonces el ministerio público (fiscal) deja de perseguir delitos cuando no hay interesados que sostengan la acción criminal, siguiendo los intereses del gobierno del que dependen. Se quedan en la impunidad crímenes más graves que los que dejaba sin perseguir la acción penal privada romana, algo que no preocupa mucho a los pluralistas.

Que no resuelva la mayoría de los litigios o los casos más conflictivos o más graves, como los delitos, es otro problema. Ciertamente haría falta una jurisdicción compartida con carácter supletorio. Podría ocurrir que, en algunos casos, los que temieran consecuencias negativas de la acción de la jurisdicción que han previamente aceptado trataran de eludirla e incluso que, burlando las garantías fijadas, lo consiguieran, como sucedía cuando delincuentes se tonsuraban para parecer clérigos y ser juzgados por la inquisición en vez de por la justicia civil, según la queja que Fernando V formuló al papa por esa práctica. Pero si la jurisdicción se asocia a la pertenencia a una comunidad política valiosa, la elusión es más difícil puesto que puede establecer las medidas de garantía pertinentes en función del interés que tenga en que haya relaciones pacíficas y justas entre sus miembros. En todo caso, por encima de las posibilidades de elusión, resultaría satisfactorio para determinados grupos de personas conseguir un cierto grado de justicia en sus relaciones y para una comunidad sería un logro su mantenimiento con independencia de lo que hicieran los demás o la mayoría de la población, más aún si la única garantía fuera el compromiso personal de sus integrantes (como en algunos ejemplos históricos muy relevantes).

Igualmente resulta problemático el que pueda dar lugar a conflictos entre jurisdicciones o entre personas pertenecientes a diferentes jurisdicciones (como ocurría en el Imperio Austro-húngaro) y, lo que

sería más grave aún, entre grupos o comunidades, de manera que se complique el ya complejo sistema vigente. Por supuesto que no se puede prever con exactitud el desenvolvimiento de la jurisdicción en régimen de libertad; pero algunos aspectos de la peculiar situación actual deberían cambiar. Los conflictos darían más importancia a la fijación de reglas de derecho internacional privado (inter-comunitario) y las personas que celebraran contratos con otras deberían fijar a qué sistema legal y jurisdiccional se atienen y, en muchos casos, las garantías para el caso de que no se respeten esas cláusulas, lo que inicialmente introduciría una complejidad mayor en los documentos jurídicos, pero se compensaría con un efecto preventivo que indudablemente simplificaría los potenciales conflictos futuros. Igualmente la idea de delito como castigo debería dejar más espacio a la compensación por determinados delitos entre comunidades (de lo que hay ejemplos históricos algo remotos).

Ciertamente todas estas dificultades deben ser consideradas; pero son dificultades no mayores a las que debe tener en cuenta quien promueve una empresa cualquiera. Cada jurisdicción debería poner en marcha los mecanismos más eficaces para solventar los conflictos con el mínimo costo económico, con la mínima dilación de los procesos, con el mayor grado de garantías en términos de costo-eficacia y buscando la mayor satisfacción de sus miembros.

2. Ventajas

Frente a los riesgos que presenta la multiplicidad de jurisdicciones voy a resaltar las ventajas competitivas que de ella se derivarían y que, en mi opinión, la harían preferible a la actual situación de monopolio público. Que algunas deberían tener resulta obvio por la experiencia de cómo se han aferrado a los tribunales especiales, como los de honor, quienes, de algún modo, en el pasado han estado sometidos a ellos, lo que evidencia que no se percibían como una losa impuesta sino como un privilegio. Posibilitaría que cada comunidad cultural o ideológica pudiera dar soluciones a sus conflictos internos en cuestiones espinosas como las relacionadas con la familia, en sintonía con los presupuestos que mantienen la identidad comunitaria.

Una primera ventaja relevante sería que la justicia, al menos en determinados sectores, quedara exenta de la lucha política que ahora

hay en torno a ella para conseguir su control, potestad de la que el poder político obtiene beneficios, la impunidad del gobierno y el incremento mismo de poder que esa impunidad y control proporcionan. A la par que se reduce el conflicto por el control de los órganos jurisdiccionales, tan negativo para la formación profesional y más aún la intelectual, de los jueces, que tienen que limitarse a estudiar, recitar en las oposiciones y aplicar, en sus resoluciones, los clichés de lo políticamente correcto debidamente entonado, se abre la puerta a la mejora cultural de la magistratura. De esas fórmulas estereotipadas y rimbombantes que anquilosan la mente del jurista, los dos mundos que viven en el espacio geográfico occidental obtienen diferentes resultados: la modernidad ideológica los aprovecha para conseguir que la actividad del juez no perjudique la legislación y, de ese modo, no importune al poder, para ello simplifica el lenguaje necesario para expresar el derecho e impide retener algo de historia jurídica que permita comparar al juez, según ha mostrado Orwell en 1984; para la tradición humanista europea se impide profundizar en la complejidad de los casos y expresar las modulaciones del sentido personal de la justicia. Con la diversidad de jurisdicciones cada modelo de juez podría estudiar el sentido de la justicia correspondiente a su mundo ideológico o cultural, sus formas interpretativas y argumentativas, desarrollarlas e innovar en ellas; sería ocasión para democratizar más unas y para hacer a las otras más profesionales e, incluso, más aristocráticas.

Otra ventaja que estimo importante se derivaría de la reducción del carácter impositivo y coactivo del derecho, tan acentuado por las teorías positivistas y socialistas, al permitirle recuperar su aspecto ventajoso. Pese a que resulta obvio que la garantía del derecho no excluye el uso de la fuerza en determinados casos, en mi opinión, en sintonía con el pensamiento iusnaturalista tradicional, el derecho, en cuanto forma expresiva del bien, tiene un valor intrínseco y comporta una importantísima ventaja social, tanto que mantiene una distancia abismal respecto a su ausencia o vulneración, algo que la mayor parte de las personas reconocen en cuanto usan sus facultades intelectuales, son las que están dispuestas a respetarlo incluso cuando no sea coactivamente exigible. Así la diversidad de jurisdicciones permite que la garantía principal del derecho pueda relacionarse con la confianza en las personas, en su moralidad y, secundariamente, en

elementos de garantía patrimonial previamente estipulados. De ese modo la ejecución forzosa y las dilaciones que ocasiona la aplicación coactiva de la ley se reducen, en esa dirección ha señalado Raz que "aunque todos los sistemas jurídicos regulan el uso de la fuerza... no todos ellos tiene necesariamente instituciones de imposición del derecho",³⁰ lo que es evidente pues resolver los malentendidos es una función judicial importante (declarativa) que, cuando tiene autoridad el tribunal, no requiere acudir a la fuerza para su ejecución, al menos en comunidades con convicciones comunes. Por otro lado, se dejaría la coactividad y el uso de la fuerza a los socialistas, como ahora, pero para ejercerlas sólo sobre sus adeptos.

Podemos encontrar otra ventaja en el menor costo económico de la definición y garantía de la justicia, puesto que las diferentes comunidades estatutarias tratarían de optimizar el funcionamiento de las resoluciones de conflictos entre sus miembros. Al menos el costo económico de una comunidad conflictiva, tolerante y crítica no lo pagaría la comunidad pacífica, respetuosa y cumplidora en una translación de costos sobre los que ahora no hay balance. El sistema de cobro, a su vez, podría ser diferenciado; unas jurisdicciones podrían establecer un sistema de tasas para que cada uno pague los costos que genera y otras podrían ofrecerlo como un servicio gratuito a sus miembros; también podrían diferenciarse por el modelo de reparto de los costos procesales.

Ante todo, la principal ventaja es que permite modular las diferentes percepciones acerca de la justicia existentes en los diferentes grupos humanos en función de su ideología o de su cultura. Muchas veces son incompatibles entre sí; pero el acuerdo sobre las mismas y las discusiones doctrinales, sobre qué hay que hacer, por ejemplo, con los niños en caso de divorcio de sus padres, cuando tienen diferentes religiones u orientaciones políticas o simplemente distinta valoración de la educación de sus retoños, quedarían fácilmente resueltas con el modelo que sostengo. Las discusiones acerca del alcance de la libertad de conciencia, la objeción, la desobediencia civil, etc., quedarían sin contenido en un amplio grupo de materias puesto que si la entrada y salida en las comunidades con jurisdicción es libre, cada persona podría hacerlo sin necesidad de acudir a esos

³⁰ Raz, J., *Razón práctica y normas*, op. cit., p. 154.

medios de chantaje y presión política que generalmente no se dirigen tanto contra el poder político sino contra otros grupos sociales para obtener de ellos o frente a ellos ventajas competitivas inaceptables en términos de justicia.

Aceptar la jurisdicción transparente, basada en la buena fe, como presupuesto que se incluye al firmar un contrato, contraer matrimonio, redactar un testamento, nombrar un tutor o establecer relaciones jurídicas con otras personas, es una forma de dar nitidez a las obligaciones contractuales y a la responsabilidad civil pues, además de aceptar un contrato, se acepta la resolución de dudas interpretativas y de cumplimiento del mismo de un modo diáfano donde no se van a usar dilaciones y se presupone una garantía previa de cumplimiento que no existe en la jurisdicción pública monopolizada por el Estado neutral, pero con tantos intereses ocultos.

IV. BREVE RECAPITULACIÓN

Contraer competencia al monopolio es algo que hoy, en economía, no necesita justificación, lo cual no significa que haya desaparecido por completo la intervención estatal parasitaria de la economía productiva, ni mucho menos. Proponer lo mismo para la justicia parece descabellado y, sin embargo, tiene el mismo fundamento que en la economía de intercambio de bienes y servicios (y como servicio se trata), pero es más difícil de comprender porque una parte importante del papel parasitario del monopolio público en la economía se introduce con mecanismos reguladores y tiene un cierto carácter jurisdiccional.

Ahora bien, en la medida en que entendamos la realización de la justicia como un servicio debe abrirse la puerta a la comparación y a la libre elección entre las personas y las instituciones que ofrecen ese servicio y las que lo reciben. La principal consecuencia, además de la posibilidad de elegir lo que ahora no forma parte del horizonte mental por la imposición del monopolio público de origen iluminista sobre demasiados aspectos de la vida humana, está en permitir la cotización de las diferentes nociones de justicia y en hacer que las ideologías acerca de la misma tengan que contrastarse con la tradicional cultura jurídica europea.

Estoy plenamente consciente de que en la organización política vigente y en la caleidoscópica noción de derecho presupuesta, esta proposición no tiene cabida, porque constituye la alternativa a la misma; de modo que su puesta en marcha no va a ser promovida por el Estado. Pero las dudas sobre su viabilidad se disipan en cuanto pensamos que mejorar lo que hay no es difícil; una de las principales causas de insatisfacción de las personas en muchas sociedades democráticas actuales es la deficiente organización y actuación de la justicia. Competir permite mejorar profesional e intelectualmente, también personalmente, algo cegado por la dictadura de la estadística que caracteriza los sistemas funcionariales monopolísticos.

No cabe esperar a que quienes tienen –detentan– y se benefician del sistema público, del estatus privilegiado que proporciona, de la irresponsabilidad con que funciona, acepten el cambio. Ahora bien, negar la libertad allí donde puede existir pacíficamente puede considerarse una forma de violencia estructural, aunque se haga en nombre de elevados ideales igualitarios y futuristas. Se pretende ampliar la libertad concreta en detrimento del despotismo de lo público y, de la misma manera que habría que tener información suficiente y capacidad de decisión para no caer en manos de siniestros y fanáticos personajes atrincherados en la sanidad pública bajo el disfraz de médicos, como los descritos por Cristina Losada, en su obra *Morfina roja*,³¹ conociendo la ideología dominante en el tipo de hospital al que se tiene acceso, es igualmente necesario saber ante qué tipo de juez se somete uno para no caer en manos de la cheka, como la que absolvió a lo que ha llegado a denominarse el sendero luminoso de Leganés y para que, de ser uno juez, no tenga que pasar por pretensiones inmorales del colectivo innumerable, bajo amenaza de prevaricación y expulsión de la carrera judicial, como en un calamitoso caso reciente que prefiero no citar.

La implantación de jurisdicciones diferenciadas para las cuestiones de familia, uno de los principales ámbitos de enfrentamiento entre la ideología socialista y la cultura tradicional europea, es esencial para afrontar el proceso disolutivo de la genuina familia iniciado e impulsado por los gobiernos socialistas. Igualmente lo es para el

³¹ Libros Libres, Madrid, 2008.

mantenimiento del soporte económico de determinadas tradiciones culturales que tampoco pueden hacer frente a la imposición de la educación pública manipuladora y monopolística, de modo que tenga cabida un ámbito de realización personal dentro de una cultura en la que se pueda, como dice la frase evangélica: “Buscad el reino de Dios y su justicia, lo demás se os dará por añadidura”.

ESTATUS ACTUAL DE LAS NORMAS GENERALES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LOS CÓDIGOS CIVILES DE LOS ESTADOS

Manuel MUNIVE PÁEZ

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Problemática.* III. *Conclusiones.*
IV. *Apéndice.*

I. INTRODUCCIÓN

A pesar del avance trascendental –aun con sus deficiencias– que se dio en el sistema jurídico mexicano con la reforma de 1988 a los artículos 12, 13, 14 y 15 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, separados a partir del año 2000, introduciendo dicha reforma nuevas reglas para la determinación del derecho aplicable a problemas relacionados con la capacidad, efectos y forma de los actos jurídicos, bienes y derecho reales, así como la forma de aplicar o no el derecho extranjero, tratando con ello de dejar atrás el territorialismo prevaleciente por 70 años en nuestro Código Civil federal, dicho intento ha permeado en forma limitada e insuficiente por lo que se refiere a los códigos civiles estatales y con su claro retroceso en el caso del Distrito Federal por lo que se refiere a la ley aplicable a la capacidad y estado civil de las personas físicas.

El presente trabajo tiene como fin presentar el estado actual de todos y cada uno de los códigos estatales respecto de las normas ge-

nerales¹ de derecho internacional privado, identificando los diferentes grupos y tendencias de las legislaciones, demostrando que la reforma de 1988 al ahora Código Civil federal y la celebración de diversas convenciones celebradas por México, aún no han logrado su completa y adecuada recepción e incorporación en el plano interestatal con los consecuentes problemas en la determinación y aplicación del derecho al caso concreto, impidiendo la solución más equitativa posible y con el mayor grado de seguridad jurídica posible.

Finalmente, cabe aclarar que no se realiza una comparación entre las diversas normas de derecho internacional privado relativas a instituciones particulares, tales como: matrimonio, sucesiones, contratos particulares, registro de actos y contratos, etc.; toda vez que considero que dicha comparación debe hacerse en forma separada y por cada institución, lo que se había hecho a lo largo de los años en diferentes trabajos individuales aislados sólo agrupados en recopilaciones realizadas por la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado como producto, sobre todo, de los seminarios organizados por dicha academia, y sólo recientemente por los trabajos encabezados por los doctores Pérez Nieto, Silva y Nuria González.

II. PROBLEMÁTICA

En nuestro país encontramos 33 ordenamientos (32 locales y uno federal) que prevén normas generales que regulan, en forma directa o indirecta, los conflictos de leyes en materia civil, lo que no sería problema si el Congreso de la Unión ya hubiese emitido la ley reglamentaria² a que hace referencia el artículo 121 constitucional, toda vez que la misma regularía por lo menos los conflictos de leyes interestatales, y por otra parte serviría de base para regulación de los conflictos de leyes internacionales; sin embargo, tal omisión trae como consecuencia diversas formas de regular dichos conflictos con

¹ Estas normas abarcan la determinación del derecho aplicable (normas conflictuales en relación con el estado civil y capacidad de las personas físicas, actos jurídicos -efectos y forma-, bienes muebles e inmuebles), aplicación (cuestión previa, institución desconocida, reenvío, armonización, etc.) y excepciones para dejar de aplicar el mismo (orden público y fraude a la ley).

² Para ver el proyecto de Ley consultar la dirección electrónica de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, www.amedip.com.mx.

el mantenimiento en algunos casos de un territorialismo trasnochado, y en otros con inseguridad jurídica para el gobernado, en virtud de la incertidumbre respecto de la norma que el juez utilizará para resolver un conflicto.

III. SISTEMAS DE REGULACIÓN

Después de analizar todos y cada uno de los códigos civiles locales de la República y el federal, podemos clasificarlos en los siguientes sistemas:

Los que establecen en su capítulo de disposiciones generales, normas conflictuales unilaterales junto con alguna norma bilateral, mismos que mantienen un territorialismo acentuado.

Los que establecen normas conflictuales unilaterales remisoras al propio régimen local o al Código Civil Federal junto con normas bilaterales.

Los que establecen una regulación específica y amplia en materia de normas generales de derecho internacional privado

1. Sistemas conformados por normas conflictuales unilaterales junto con alguna norma bilateral que mantienen un territorialismo acentuado

Siguiendo al Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal antes de la reforma que entró en vigor en 1988 a los artículos 12, 13, 14 y 15, los Códigos que pertenecen a este grupo tienen características específicas.

En materia de estado civil y capacidad de las personas, estas legislaciones prevén normas conflictuales unilaterales mediante las cuales se establece que son aplicables la normas sustantivas del propio estado sin importar nacionalidad o domicilio de las personas, impidiendo la aplicación de cualquier otro derecho estatal o extranjero al respecto.

Por lo que se refiere a bienes inmuebles y muebles que se ubiquen dentro del territorio del estado respectivo, los diversos códigos pertenecientes a este grupo establecen que dichos bienes se registrarán por el derecho sustantivo de dicho estado. Este tipo de normas conflictuales unilaterales, sólo dan una solución parcial a la problemática, ya que no

prevén nada respecto de bienes que se encuentren fuera del territorio del estado del que se trate.

Esta problemática se presenta básicamente tratándose de bienes muebles, ya que con relación a los bienes inmuebles y derechos reales sobre los mismos, en virtud de su misma naturaleza y de acuerdo con la regla de competencia generalmente aceptada que atribuye jurisdicción al juez del lugar en donde se encuentre el bien inmueble, será éste el mismo que aplique su propia legislación al respecto, pero en el caso de bienes muebles, no será necesariamente la ley del foro la que resulte aplicable, en virtud de que el bien puede estar fuera de las jurisdicción del juez que conozca el litigio, razón por la cual, estos sistemas al regular en forma insuficiente la situación jurídica al no considerar la posibilidad anterior, no dan cumplimiento a lo previsto en la fracción II del artículo 121 constitucional que claramente establece:

II. Los bienes muebles e inmuebles se regirán por la ley del lugar de su ubicación.

Con respecto a los actos jurídicos debemos distinguir lo siguiente. Por lo que se refiere a los efectos, se establece que se regirán por la ley estatal cuando los mismos surtan dentro de su territorio; sin embargo, al igual que en el inciso anterior, dejan sin dar solución a aquellos casos en que efectos se realicen total o parcialmente fuera del territorio del estado que corresponda.

En cuanto a la forma, se regirán por la ley del lugar en donde se realicen abriendo la posibilidad de que aunque se realicen fuera del estado, las partes pueden someterse a los requisitos de forma previstos en la ley local siempre y cuando los efectos del acto jurídico del que se trate vaya a surtir efectos dentro del mismo estado. En cuanto a este punto cabe resaltar que en estos sistemas se establece al respecto una norma conflictual bilateral por lo que se refiere a la forma de los actos jurídicos.

No regulan nada con relación al reconocimiento de las situaciones válidamente creadas en el extranjero o en otras entidades de la República, siendo insuficiente el aspecto formal señalado en el inciso anterior, ya que la forma no es el único elemento de validez de los actos jurídicos.

Tampoco prevén la posibilidad de aplicar un derecho diferente al local, y en consecuencia, no establecen reglas ni excepciones para la aplicación del mismo.

Como se puede apreciar en el anexo 1 del presente trabajo, pertenecen a este primer grupo los códigos civiles de: Aguascalientes, Baja California, Durango, Estado de México, Oaxaca, San Luis Potosí, Tamaulipas y Yucatán.

2. Sistema con normas conflictuales unilaterales remisoras al régimen local o al Código Civil Federal, y normas bilaterales

Con relación al estado civil y capacidad de las personas, la mayoría de estos Códigos prevén un sistema muy peculiar, en un primer momento establecen normas conflictuales unilaterales mediante las cuales se establecen que son aplicables las normas sustantivas del propio estado sin importar si la persona física tiene domicilio o no en dicha entidad, o si es nacional o extranjero, lo que nos llevaría a calificar a dichos sistemas como territorialistas, pero en forma confusa establecen que si la persona es extranjera se tomarán en cuenta las leyes federales en la materia, lo que trae como consecuencia las siguientes interrogantes. ¿Las leyes federales a que se refieren dichos códigos son la norma conflictual prevista en el artículo 13, fracción II del Código Civil Federal o son las normas materiales previstas en dicho Código con relación a la capacidad y estado civil, y en otras leyes, tales como Ley General de Población, Ley de Inversión Extranjera, etc.?, y ¿se establece la nacionalidad como punto de contacto en dichas normas?

Todo parecería indicar que si la primera parte de dichas normas señalan que no se distinguirá a persona alguna por su nacionalidad o domicilio, las leyes federales a que se hace referencia sería aquellas que no regulan el estado civil ni la capacidad en forma directa (normas sustantivas del CCF) o indirecta (artículo 13, fracción II del CCF), sino aquellas en donde se establecen requisitos específicos y limitantes en virtud del tipo de actividad a desarrollar en el país (LGP o LIE); sin embargo, lo anterior conlleva a la problemática de llegar a desconocer ciertos actos o situaciones jurídicas válidamente creadas a la luz de otro derecho sujetando los mismos a reunir determinados

de capacidad o estado civil diferentes y posteriores a los de la ley bajo la cual se crearon.

Al igual que los códigos pertenecientes al sistema anterior, respecto de los bienes inmuebles y muebles que se ubiquen dentro del territorio del estado respectivo se regirán por el derecho sustantivo del estado del que se trate; sin embargo, algunas legislaciones remiten a "las leyes federales de la materia" cuando los propietarios o titulares sean extranjeros.

Lo anterior trae como consecuencia que, además de dar una solución parcial a la problemática, dejando de regular los bienes muebles ubicados fuera de la jurisdicción del estado y no cumpliendo con la fracción II del artículo 121 constitucional, tal y como se señaló en el inciso b del primer grupo de sistemas analizado, además crean la confusión de remitir en forma vaga e imprecisa a "leyes federales de la materia", surgiendo interrogantes similares a las planteadas en el inciso anterior relativo a la capacidad y estados civil de los extranjeros.

En efecto, esas "leyes federales" ¿son las normas materiales previstas en el CCF relativas al bien o derecho real del que se trate, la fracción III del mismo ordenamiento federal o la Ley General de Población (LGP) o la Ley de Inversión Extranjera (LIE)?

Con relación a los efectos jurídicos de actos y contratos, así como en cuanto a su forma estos códigos regulan de manera similar como lo hacen las legislaciones del primer sistema señalado, por lo que nos remitimos a lo expresado previamente en cuanto dichos temas.

Tampoco regulan en forma clara y expresa el reconocimiento de las situaciones válidamente creadas en el extranjero o en otras entidades de la República (entre particulares), siendo insuficiente el aspecto formal como ya quedó señalado al hacer la crítica correspondiente en el primer sistema planteado.

Finalmente, estos códigos tampoco prevén norma que regule la aplicación un derecho diferente al local, y en consecuencia, tampoco se establecen reglas ni excepciones para la aplicación del mismo.

La mayoría de los estados de la Federación tienen este tipo de regulación: Campeche, Chiapas, Baja California Sur, Coahuila, Colima, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Michoacán, Morelos, Nayarit, Quintana Roo, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tlaxcala y Zacatecas.

3. Sistema de regulación específica en materia de derecho internacional privado, con normas bilaterales y regulación para la determinación, y aplicación de un derecho extraño

Desafortunadamente, estos estados son la minoría: Chihuahua, D.F., Jalisco, Nuevo León, Puebla, Querétaro y Veracruz.

Sin embargo, y a pesar de las críticas que a cada uno de dichos sistemas se puedan realizar, salvo el Distrito Federal, es plausible el esfuerzo de dichas entidades por tratar de modernizar sus sistemas en aras de una solución a las controversias más equitativa y apegada a los elementos de la relación jurídica que le dio origen.

A continuación nos permitimos hacer algunos comentarios generales sobre cada uno de estos estados.

Chihuahua

Esta regulación fue establecida mediante reforma publicada el 25 de diciembre de 1999, entrando en vigor al día siguiente de su publicación, sin establecer nada respecto de la aplicación temporal de dicha reforma para juicios iniciados con anterioridad a la misma. El régimen anterior seguía casi a la letra lo que se establecía en el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal antes de la reforma de 1988, por lo que pertenecía al primero de los sistemas que hemos analizado previamente.

En dicha regulación se establece la posibilidad de aplicar un derecho diferente al local y se hace remisión a los tratados internacionales para su aplicación; asimismo, prevén normas conflictuales bilaterales para los efectos y forma de los actos jurídicos, los bienes muebles e inmuebles, así como derechos reales y arrendamiento sobre estos últimos, y se establecen diferentes reglas y excepciones para la aplicación o no del derecho extraño, tales como orden público, fraude a la ley, armonización, institución desconocida, cuestión previa, y reenvío limitado. Sin embargo, en materia de capacidad y estado civil de las personas físicas, no se establece norma conflictual bilateral alguna, razón por la cual sería aplicable el ordenamiento local en virtud de lo previsto en el artículo 1 de dicho código, independientemente de

la nacionalidad o domicilio, y sólo se hace una remisión (artículo 15 *in fine*) a lo establecido en el CCF para el caso de capacidad para heredar de los extranjeros. (arts. 1, 8, 9, 10, 11 y 15).

Distrito Federal (arts. 12, 13, 14 y 15)

Después del gran avance que en materia de normas generales de derecho internacional privado se dio con la reforma de 1988 y de todo el esfuerzo de grandes maestros nacionales de la materia,³ en el año 2000 se dio un retroceso con la separación del CCF y el del Distrito Federal, ya que en lugar de adecuar el artículo simplemente el artículo 12 cambiando el texto de “leyes mexicanas” a “leyes del Distrito Federal”, se modificó dicho artículo regresando a un territorialismo acentuado con el establecimiento de normas conflictuales unilaterales por lo que se refiere al estado y capacidad de las personas físicas, bienes muebles y efectos jurídicos de los contratos, regresando básicamente al sistema antes de la reforma de 1988, resultando muy similar al primero el primero de los sistemas expuestos en el presente trabajo, y volviendo prácticamente ineficaces los artículos 14 y 15; sin embargo, por prever las reglas de los artículos antes mencionados es que integramos dicho ordenamiento al presente grupo.

Dicha reforma demuestra como la ley está sujeta a los caprichos y vaivenes políticos, en donde en algunos casos se realizan modificaciones y reformas sin reflexión y por mantener una oposición extralógica y sistemática.

Jalisco

El nuevo Código Civil, publicado el 25 de febrero de 1995, introdujo un nuevo sistema de normas generales de derecho internacional privado, sustituyendo al existente en el Código de 1935, el cual pertenecía al segundo de los sistemas, es decir, el mixto en donde se realizaba una remisión a las leyes federales en relación con la capacidad de las personas físicas.

³ Véase Pérez Nieto, *Derecho internacional privado. Parte Especial*, pp. 15 y ss.

El nuevo ordenamiento entró en vigor al día siguiente de su publicación, sin establecer nada respecto de la aplicación temporal de dicha reforma para juicios iniciados con anterioridad a la misma.

En el artículo 15 se establecen normas conflictuales bilaterales en relación con el estado civil y capacidad de las personas físicas y forma de los actos jurídicos, unilaterales en cuanto a bienes inmuebles y muebles sitios en su territorio, y también unilaterales por lo que se refiere a los efectos jurídicos de los contratos, mezcla figuras especiales como normas conflictuales respecto del régimen patrimonial del matrimonio, alimentos, sucesiones y demás derechos relativos a la familia, y con relación a la aplicación del derecho establece una régimen de reciprocidad y se prevé al orden público interno como excepción adicional para no aplicar un derecho diferente. En el artículo 17, con base en el artículo segundo de la Constitución general del país se introduce el estatuto personal correspondiente a los pueblos indígenas estableciendo la posibilidad de aplicar las costumbres de los mismos.

Nuevo León

El Código Civil de Nuevo León sufrió dos reformas importantes, la primera fue la publicada el 2 de agosto de 1991, reformando el artículo 13 para reafirmar el sistema territorialista perteneciendo a la primera clasificación, expuesta en el presente estudio, y con fecha 11 de junio de 1993, se introdujeron los artículos 21 bis al 21 IX para regular un sistema conflictual y de aplicación de derecho diferente al local, estableciéndose en el artículo transitorio de dicha reforma que se derogaban todas aquellas disposiciones contrarias a las normas conflictuales consagradas en los nuevos artículos; sin embargo, tampoco se estableció norma temporal alguna respecto de controversias o juicios iniciados con anterioridad a la reforma.

En efecto, mientras los artículos 12, 13, 14 y 15 prevén un sistema similar al primero de los expuestos, los artículos 21 bis a 21 IX, tienen las siguientes características:

El artículo 21 bis es análogo al 12 del CCF.

El 21 bis1 establece que será aplicable el derecho que tenga una relación más estrecha con la situación jurídica de la que se trate o exista una norma material al respecto.

El derecho extranjero es considerado como derecho y se releva a las partes de la carga de la prueba, sin embargo, puede aplicarse el derecho local para el caso de que no se pueda obtener prueba del mismo (21 bis II).

Se prevé el reenvío en primer grado y se limita en virtud de las consecuencias que deriven de su aplicación (21 bis III), asimismo, se rige por el principio de relación más estrecha.

Se regulan los convenios o cláusulas de derecho aplicable (21 bis III).

El artículo 21 bis IV reconoce la validez de las situaciones jurídicas creadas en el extranjero.

Las cuestiones previas, la forma y efectos de los actos, la capacidad y estado civil, son regulados en forma análoga a la legislación federal (21 bis V y ss.).

Se establece el orden público interno como excepción para la no aplicación del derecho extranjero, así como la ausencia de norma extraña para la solución de la controversia, estableciendo en ambos casos, la aplicación del derecho local sustantivo (21 bis VIII).

En el artículo 21 bis IX se establece una regulación específica para el caso de que el derecho aplicable sea el de otro estado y no un derecho extranjero.

Puebla

En esta entidad se abandonó el primero de los sistemas que hemos expuesto mediante reforma publicada el 14 de septiembre de 1998, diez años después de la reforma al Código Civil Federal, estableciendo un sistema mixto con normas conflictuales bilaterales y remitiendo para la aplicación del derecho extranjero a lo previsto en el Código Civil Federal. En la legislación anterior, se establecía un sistema que realizaba una remisión a la legislación federal sólo en cuanto a la capacidad de los extranjeros, por lo que dicho código pertenecía al segundo de los sistemas en el presente trabajo.

Incluimos esta legislación en el presente grupo, ya que en su artículo 14 se establece que serán aplicables las leyes poblanas, salvo los previstos en otro derecho o en los tratados celebrados por México, así como la remisión a los artículos 13, 14 y 15 del CCF para la determinación y aplicación del derecho extraño; sin embargo, se conservan en los artículos 18, 19, 20 y 21 un grupo de normas conflictuales unilaterales que hacen confuso el sistema de dicho ordenamiento.

Querétaro

El sistema actual fue establecido mediante reforma publicada el 30 de diciembre de 1992 en el Periódico Oficial del Estado, entrando en vigor al día siguiente de su publicación, sin establecer nada respecto de la aplicación temporal de dicha reforma para juicios iniciados con anterioridad a la misma. El régimen anterior también seguía casi a la letra lo que se establecía en el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal antes de la reforma de 1988, por lo que también pertenecía al primero de los sistemas analizados.

En los artículos 12, 13, 14 y 15 del Código prácticamente se reproduce lo previsto en el CCF, añadiendo que dichos preceptos también regirán cuando resulte aplicable el derecho de alguna otra entidad.

Veracruz

Esta regulación fue establecida mediante reforma publicada el 5 de septiembre de 2007, entrando en vigor al día siguiente de su publicación, sin establecer tampoco nada respecto de la aplicación temporal de dicha reforma para juicios iniciados con anterioridad a la misma. El régimen anterior también seguía casi a la letra lo que se establecía en el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal antes de la reforma de 1988.

Actualmente las normas conflictuales, la forma de aplicar el derecho extranjero y las excepciones al mismo, están regulados en los artículos 1o., 5o. a 5o. c de manera similar al CCF y al de Querétaro, y finalmente en el artículo 12 se establece que las partes en un juicio sólo tendrán que probar la aplicación del derecho extranjero pero no su existencia.

4. Tratados internacionales

En materia de tratados internacionales encontramos la Convención Interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado, sin embargo, su regulación es escasa ya que sólo regula lo relativo a institución desconocida, orden público, cuestión previa,

forma de aplicación del derecho, sin prever normas conflictuales generales; por otra parte, desde mi punto de vista, dicho tratado no es obligatorio para los jueces de los diferentes estados de la República Mexicana, sino hasta el momento en que los mismos son incorporados a los diferentes códigos civiles locales por medio de las reformas legislativas que cada uno de los congresos estatales vaya aprobando o mediante la remisión que dichas legislaciones hacen a los tratados o convenciones celebrados por México en la materia, como lo son los códigos que pertenecen al último grupo de ordenamientos que es materia del presente trabajo; lo anterior por las siguientes razones:

El artículo 124 constitucional establece que la materias que no estén expresamente concedidas a las autoridades federales se entienden reservadas a los estados de la República, razón por la cual las autoridades locales son las competentes para legislar en materia de normas conflictuales y normas de aplicación del derecho extranjero, así como las excepciones a las mismas en materia civil.

Si bien es cierto el único facultado para celebrar tratados internacionales es el Presidente de la República y por lo tanto, no tiene límites en cuanto a las diferentes materias que pueden ser contenido de un tratado internacional, pudiendo celebrarlo incluso en materias reservadas a los estados, debe celebrar los mismos estableciendo la cláusula de reserva federal, reconocida en el derecho internacional público, mediante en la cual se hace del conocimiento de los otros países parte del tratado que existen dos o más sistemas jurídicos y entidades con autonomía legislativa dentro del país; lo anterior a efecto de no incurrir en responsabilidad internacional.

Los jueces locales no se encuentran obligados a aplicar un tratado internacional cuando la materia de éste es una de materia reservada a los estados, por más que el artículo 133 constitucional establezca que los tratados internacionales junto con la Constitución y leyes federales sean la norma suprema, ya que en primer lugar dicho artículo es una traducción del artículo VI de la Constitución de Estados Unidos y en donde existe un sistema de control difuso de la misma reconociendo a los jueces incluso locales dicho control, pero en México existe un sistema de control de la constitucionalidad otorgado exclusivamente a los ciertos órganos judiciales federales (jueces de distrito, Tribunales Colegiados de Circuito y Suprema Corte de Justicia de la Nación), estando impedidos los jueces locales a pronunciarse sobre la constitucionalidad o no de una ley o un tratado; además, los jueces locales están obligados a aplicar su legislación interna, máxime cuando ésta corresponde a una materia reservada a los propios estados como es el caso de normas

de orden público como son las normas conflictuales y las normas que regulan la forma de aplicación de un derecho diferente al de la entidad respectiva en materia civil, tal y como ha quedado señalado con anterioridad.

El reconocer que un tratado internacional es jerárquicamente superior a la legislación local (estatal), implicaría que mediante la celebración de un tratado se estaría abrogando tácitamente treinta y dos legislaciones locales, violando la autonomía de los estados de la federación mexicana.

Expuesto lo anterior, los tratados internacionales sólo podrán ser aplicados por los jueces locales en la forma y medida en que su propio código civil los incorpore o realice la remisión correspondiente, a pesar de la tesis emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación señalando que los tratados internacionales son jerárquicamente superiores a las leyes locales; sin embargo, dicho criterio no es obligatorio y se refiere a un caso de la aplicación de un tratado internacional en la materia derechos humanos, materia que no está reservada a los estados de la República como lo sería la materia procesal civil.⁴

⁴ Tratados internacionales. se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución federal.

Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión "...serán la Ley Suprema de toda la Unión..." parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de "leyes constitucionales", y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado

Ahora bien no obstante que en la notas de este criterio se establece que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial lo que la convertiría en obligatoria, la misma todavía no lo es, y tan es cierto lo anterior, que no existe publicación alguna en donde se le califique como "jurisprudencia obligatoria".⁵

Remisión de las legislaciones estatales a los tratados internacionales y los límites a su aplicación

Existen algunos ordenamientos locales que establecen la aplicación del derecho local o sus sistema conflictual salvo lo previsto en los tratados internacionales celebrados por México; sin embargo, lo anterior, presentaría la siguiente interrogante: ¿son aplicables los tratados internacionales celebrados por México, a pesar de que el punto de contacto vincule un sistema jurídico de un país que no fue parte de dichos tratados? Desde mi punto de vista la respuesta es negativa, ya que los tratados sólo son obligatorios para los casos en los estados

pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los estados". No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, núm. 60, correspondiente a diciembre de 1992, p. 27, de rubro: "Leyes federales y tratados internacionales. tienen la misma jerarquía normativa"; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal.

Amparo en revisión 1475/98. Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo. 11 de mayo de 1999. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiocho de octubre en curso, aprobó, con el número LXXVII/1999, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve.

Nota: Esta tesis abandona el criterio sustentado en la tesis P. C/92, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, núm. 60, octava época, diciembre de 1992, p. 27, de rubro: "Leyes federales y tratados internacionales. tienen la misma jerarquía normativa".

⁵ En sentido contrario Mansilla Mejía María Elena, en González Martín, Nuria y otros, *op. cit.* p. 334.

parte están involucrados y, por lo tanto, sólo serán aplicables por los jueces locales o estatales cuando los puntos de conexión vinculen los derechos de país firmantes de dichas convenciones.

III. CONCLUSIONES

La reforma de 1988 al ahora Código Civil Federal y la celebración de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado celebrada por México, aún no han logrado su completa y adecuada recepción e incorporación en el plano interestatal con los consecuentes problemas en la determinación y aplicación del derecho al caso concreto, impidiendo la solución más equitativa posible y con el mayor grado de seguridad jurídica posible.

En virtud de lo anterior, podemos agrupar a dichos ordenamientos en tres tipos con diferencias importantes no sólo de grado sino de esencia.

La situación actual de nuestra legislación local demuestra que es imperante una campaña nacional para tratar de uniformar o por lo menos acercar dichos sistemas para actualizarlos y darle las herramientas necesarias a los jueces nacionales para que puedan afrontar los nuevos retos que se presentan cada día más con el incremento sustancial del tráfico jurídico de bienes y servicios.

IV. APÉNDICE

Aguascalientes

Artículo 1. Las disposiciones de este Código regirán en todo el territorio del estado de Aguascalientes en asuntos del orden común.

Artículo 9. Las leyes del estado de Aguascalientes, incluyendo las que se refieren al estado y capacidad de las personas, se aplicarán a todos los habitantes del mismo, ya sean nacionales o extranjeros, estén domiciliados en él, o sean transeúntes.

Artículo 10. Los efectos jurídicos de actos y contratos celebrados fuera del estado, pero dentro del territorio nacional, siempre que deban ser ejecutados en el estado de Aguascalientes, se regirán por las disposiciones de este Código.

Artículo 11. Los actos jurídicos, en todo lo relativo a su forma, se regirán por las leyes del lugar donde pasen. Sin embargo, como (sic)

los mexicanos o extranjeros residentes fuera del estado, quedan en libertad para sujetarse a las formas prescritas por este Código, cuando el acto haya de tener ejecución dentro del mismo.

Artículo 12. Los bienes inmuebles, sitios en el territorio del estado, y los bienes muebles que en él se encuentren se regirán por las disposiciones de este Código y demás leyes, aun cuando sus dueños sean extranjeros.

Baja California

Artículo 1. Las disposiciones de este Código regirán en el estado de Baja California en asuntos de orden común.

Artículo 12. Las leyes del estado de Baja California, incluyendo las que se refieren al estado y capacidad de las personas se aplican a todos los habitantes del propio estado, ya sean nacionales o extranjeros, estén domiciliados en él o sean transeúntes.

Artículo 13. Los efectos jurídicos de actos y contratos celebrados fuera del estado de Baja California, que deban ser ejecutados en el mismo, se regirán por las disposiciones de este Código.

Artículo 14. Los bienes inmuebles, sitios en el estado de Baja California, y los bienes muebles que en ellos se encuentren se regirán por las disposiciones de este Código, aun cuando los dueños sean extranjeros.

Artículo 15. Los actos jurídicos, en todo lo relativo a su forma, se regirán por las leyes del lugar donde pasen. Sin embargo, los mexicanos o extranjeros residentes fuera del estado de Baja California, quedan en libertad para sujetarse a las formas prescritas por este Código, cuando el acto haya de tener ejecución en dicho estado.

Baja California Sur

Artículo 1. Las disposiciones de este Código regirán en el estado de Baja California Sur en asuntos del orden civil y con carácter supletorio en toda la legislación estatal.

Artículo 11. Las leyes que establecen excepción a las reglas generales, no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente previsto en las mismas leyes.

Artículo 12. Las leyes del estado de Baja California Sur, incluyendo las que se refieren al estado y capacidad de las personas, se aplican

a todos los habitantes del mismo, ya sean nacionales o extranjeros, estén domiciliados en él o sean transeúntes; pero tratándose de extranjeros se tendrá presente lo que dispongan las leyes federales sobre la materia.

Artículo 13. Los efectos jurídicos de los actos y contratos celebrados fuera del estado de Baja California Sur, que deban ser ejecutados dentro de su territorio, se regirán por las disposiciones de este Código y demás ordenamientos locales y por las leyes federales, en su caso.

Artículo 14. Los bienes inmuebles sitios en el estado de Baja California Sur, y los bienes muebles que en él se encuentren, se regirán por las leyes del estado y por las federales, en su caso, independientemente del origen y nacionalidad de sus titulares.

Artículo 15. Los actos jurídicos, en todo lo relativo a su forma se regirán por las leyes del lugar donde se realicen. Sin embargo, los residentes fuera del estado de Baja California Sur, quedan en libertad para sujetarse a las formas prescritas por este Código y demás leyes locales, cuando el acto haya de tener ejecución en el estado.

Cuando se trate de actos sobre bienes inmuebles ubicados dentro del estado, para que produzcan efectos contra terceros, deberán inscribirse en el Registro Público de la Propiedad del lugar de su ubicación, aun cuando no se exija este requisito en el lugar de su realización.

Campeche

Artículo 1. Las disposiciones de este Código regirán en todo el territorio del estado.

Artículo 12. Las leyes campechanas, incluyendo las relativas al estado y capacidad de las personas, se aplicarán a todos los habitantes del estado, sean campechanos, originarios de otros estados de la República o extranjeros, domiciliados, residentes o transeúntes, de acuerdo con las disposiciones del Código Civil de la Federación.

Artículo 13. Los efectos jurídicos de actos y contratos celebrados en el extranjero que deban ser ejecutados en el territorio del estado, se regirán por las disposiciones del Código Civil vigente en materia federal.

Artículo 14. Los bienes inmuebles sitios en el territorio del estado, y los bienes muebles que dentro del mismo territorio se encuentren,

se regirán por las disposiciones de este Código, aun cuando pertenezcan a extranjeros.

Artículo 15. La forma de los contratos y demás actos jurídicos se regirá por la ley del lugar donde se otorguen. Sin embargo, los mexicanos o extranjeros residentes fuera del territorio del estado, quedan en libertad para sujetarse a las formas prescritas por este Código, cuando el acto o contrato haya de tener ejecución en el estado.

Artículo 16. Respecto de la fuerza y efecto de las leyes de otros estados de la República y de su aplicación en el estado, debe observarse lo dispuesto en el artículo 121 de la Constitución federal.

Artículo 17. Los mexicanos y extranjeros residentes en el estado pueden ser demandados ante los tribunales del mismo, por las obligaciones contraídas con mexicanos o extranjeros dentro o fuera del estado.

Artículo 18. Los mexicanos y extranjeros, aun cuando estén de paso por el territorio del estado, pueden ser demandados ante los tribunales de éste, por las obligaciones contraídas dentro del propio territorio.

Artículo 19. Dichos tribunales podrán conocer de las demandas contra personas que se encuentren fuera del estado, si en su territorio se hayan los bienes afectados por la obligación o ésta deba ejecutarse en Campeche, o si el demandado se ha sometido a la jurisdicción de las autoridades judiciales campechanas.

Chiapas

Artículo 1. Las disposiciones de este código, regirán en el estado de Chiapas, sujetándose estas y las leyes de observancia general, en cuanto a su aplicación y efectos, a las reglas que se expresan en los artículos siguientes:

Artículo 11. Las leyes del estado de Chiapas, incluyendo las que se refieren al estado y capacidad de las personas, se aplican a todos los habitantes del mismo, estén domiciliados en el o sean transeúntes, ya sean nacionales o extranjeros; pero tratándose de estos últimos, se tendrán en cuenta las disposiciones de las leyes federales sobre la materia.

Artículo 12. Los efectos jurídicos le(sic) los actos y contratos celebrados fuera del estado y que deban ser ejecutados dentro de su territorio, se regirán por disposiciones de este código.

Artículo 13. los bienes inmuebles ubicados en el estado de Chiapas y los bienes muebles que en el se encuentren, se regirán por las disposiciones de este código; cuando los dueños fueren extranjeros se tendrán en cuenta las disposiciones de las leyes federales sobre la materia.

Artículo 14. los actos jurídicos en todo lo relativo a su forma, se regirán por las leyes del lugar donde pasen; pero los interesados residentes fuera del estado quedan en libertad para sujetarse a las formas prescritas por este código cuando el acto haya de ejecutarse dentro del territorio del mismo.

Chihuahua

Artículo 1. Las leyes del estado son iguales para todos, y se aplican y obligan a sus habitantes así como a los transeúntes, cualquiera que sea su nacionalidad. Igualmente se aplican a los actos celebrados dentro de su territorio y aquellos que, celebrados fuera de él, se sometan a sus leyes, salvo que los mismos provean la aplicación de leyes de otra jurisdicción, tomando siempre en cuenta los tratados y convenios internacionales en que México sea parte.

Artículo 8. Los actos jurídicos, en todo lo respectivo a su forma se sujetarán a las leyes del lugar donde se celebren. Los residentes fuera del estado, sean mexicanos o extranjeros, que celebren actos cuya ejecución o efectos se produzcan dentro del territorio del estado, podrán sujetarlos a las formalidades prescritas por este Código; por ese solo hecho, se entienden sometidos a las disposiciones del mismo y a las demás leyes locales relativas.

Artículo 9. Lo previsto en el artículo anterior también será aplicable a la constitución, régimen y extinción de derechos reales sobre inmuebles, así como a los contratos de arrendamiento y uso temporal de tales bienes.

Artículo 10. Los bienes muebles e inmuebles se regirán por el derecho del lugar de su ubicación, aunque sus titulares sean extranjeros.

Artículo 11. Salvo lo previsto en los artículos anteriores, los efectos jurídicos de los actos y contratos se regirán por el derecho del lugar en donde deban ejecutarse, a menos de que las partes hubieren designado válidamente la aplicación de otro derecho.

Artículo 15. Para la aplicación del derecho extranjero y el de otra entidad federativa, se observarán las siguientes reglas:

I. No deberá contener disposiciones o efectos contrarios a principios de orden público mexicano;

II. No deberá implicar la intención de evadir artificiosamente principios fundamentales de derecho mexicano;

III. El juez tiene obligación de informarse sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal, como lo haría el juez extranjero correspondiente;

IV. No será impedimento para su aplicación que en el derecho mexicano no se prevea alguna institución o procedimiento relativos a la figura extranjera aplicable si existe alguna análoga en el derecho mexicano, a menos que se encuentre expresamente prohibida o que sin estarlo pugne con otras disposiciones;

V. Cuando diversos derechos regulen diferentes aspectos de una misma relación jurídica, se procurará su aplicación armónica, encaminada a realizar los fines que cada uno de los derechos persiga. En caso de dificultad para la aplicación simultánea, se deberá resolver aplicando la equidad;

VI. El derecho sustantivo se aplicará, a menos que las circunstancias del caso permitan tomar en cuenta de manera excepcional las normas de ese derecho que admitan la aplicación del derecho mexicano o de un tercer estado; y

VII. Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que deriven de una principal, no deberán resolverse necesariamente aplicando el derecho que regule a esta última.

La capacidad para heredar de los extranjeros se rige por lo dispuesto en la legislación federal.

Coahuila

Artículo 1. Las disposiciones de este título, salvo precepto expreso en contrario, son comunes a todo el derecho positivo del estado de Coahuila de Zaragoza y las de este código son supletorias, en lo conducente, de las demás leyes coahuilenses.

Artículo 2. Las leyes del estado se aplicarán a todos los habitantes de Coahuila sin distinción de personas, cualquiera que sea su sexo o nacionalidad, estén domiciliados en el estado o se hallen en él de

paso. Las leyes que establecen excepciones a las reglas generales no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes.

Artículo 13. Los actos jurídicos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público, o contra la moral y las buenas costumbres, serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario.

Artículo 14. Las sucesiones por causa de muerte de mexicanos, sean o no coahuilenses, que al ocurrir su defunción estén domiciliados en Coahuila, se regirán por este código en lo que se refiere a la institución y sustitución de herederos y legatarios, al derecho y orden de suceder, a la cuantía de las porciones hereditarias, a la validez intrínseca, ineficacia e inoficiosidad de los testamentos y en general a toda cuestión de fondo concerniente a tales sucesiones, sean testamentarias o legítimas.

Artículo 15. Los efectos de los negocios jurídicos celebrados en el extranjero que deban ser ejecutados en el territorio del estado, se regirán por las disposiciones del Código Civil Para el Distrito Federal.

Artículo 16. Los efectos de los negocios jurídicos celebrados en cualquier parte de la República que deban ejecutarse en el estado, se regirán por las disposiciones de este código.

Artículo 17. Los bienes inmuebles ubicados en el estado de Coahuila y los muebles que se encuentren en él, se rigen por las disposiciones de este código, aun cuando sus dueños estén domiciliados fuera de la entidad.

Artículo 18. Los actos jurídicos, en todo lo relativo a su forma, se regirán por las leyes del lugar en donde se realicen.

Sin embargo, los mexicanos o extranjeros residentes fuera del estado quedan en libertad para sujetarse a las formas prescritas por este código, cuando el acto jurídico haya de tener ejecución en Coahuila.

Colima

Artículo 1. La ley civil es igual para todos, salvo los casos de excepción expresamente declarados.

Artículo 12. Las leyes del estado de Colima, incluyendo las que se refieran al estado y capacidad de la personas, se aplicarán a todos los habitantes del mismo, sean domiciliados o transeúntes; pero tra-

tándose de extranjeros, se tendrá presente lo que dispongan las leyes federales sobre la materia.

Artículo 13. Los efectos jurídicos de actos y contratos celebrados fuera del estado que deban ser ejecutados dentro de su territorio, se regirán por las disposiciones de este Código.

Artículo 14. Los bienes inmuebles sitos en el estado y los bienes muebles que en él se encuentren, se regirán por las disposiciones de este Código.

Artículo 15. Los actos jurídicos, en todo lo relativo a su forma, se regirán por las leyes del lugar donde pasen; pero los interesados residentes fuera del estado quedan en libertad para sujetarse a las formas prescritas por este Código cuando el acto haya de tener ejecución dentro del territorio del mismo.

Distrito Federal

Artículo 1. Las disposiciones de este Código regirán en el Distrito Federal.

Artículo 12. Las leyes para el Distrito Federal, se aplicarán a todas las personas que se encuentren en el territorio del mismo, sean nacionales o extranjeros.

Artículo 13. La determinación del derecho aplicable en el Distrito Federal se hará conforme a las siguientes reglas:

I. En el Distrito Federal serán reconocidas las situaciones jurídicas válidamente creadas en otras entidades de la República;

II. El estado y la capacidad de las personas se rige por las leyes aplicables en el Distrito Federal;

III. La constitución, régimen y extinción de los derechos reales sobre inmuebles, así como los contratos de arrendamiento y de uso temporal de tales bienes, y los bienes muebles que se encuentren en el Distrito Federal, se regirán por las disposiciones de este Código, aunque sus titulares sean extranjeros;

IV. La forma de los actos jurídicos se regirá por el derecho del lugar en que se celebren. Sin embargo, los celebrados fuera del Distrito Federal, podrán sujetarse a las formas prescritas en este Código cuando el acto haya de tener efectos en el Distrito Federal; y

V. Salvo lo previsto en las dos fracciones anteriores, los efectos jurídicos de los actos y contratos celebrados fuera del Distrito Federal que deban ser ejecutados en su territorio, se regirán por las disposiciones de este Código, a menos que las partes hubieran designado válidamente la aplicabilidad de otro derecho.

Artículo 14. En la aplicación del derecho extranjero se observará lo siguiente:

I. Se aplicará como lo haría el juez extranjero correspondiente, para lo cual el juez podrá allegarse la información necesaria acerca del texto, vigencia, sentido y alcance legal de dicho derecho;

II. Se aplicará el derecho sustantivo extranjero, salvo cuando dadas las especiales circunstancias del caso, deban tomarse en cuenta, con carácter excepcional, las normas conflictuales de ese derecho, que hagan aplicables las normas sustantivas mexicanas o de un tercer estado;

III. No será impedimento para la aplicación del derecho extranjero, que el derecho mexicano no prevea instituciones o procedimientos esenciales a la institución extranjera aplicable, si existen instituciones o procedimientos análogos;

IV. Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal, no deberán resolverse necesariamente de acuerdo con el derecho que regule a esta última; y

V. Cuando diversos aspectos de una misma relación jurídica estén regulados por diversos derechos, éstos serán aplicados armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de tales derechos. Las dificultades causadas por la aplicación simultánea de tales derechos se resolverán tomando en cuenta las exigencias de la equidad en el caso concreto.

Lo dispuesto en el presente artículo se observará cuando resultare aplicable el derecho de otra entidad de la federación.

Artículo 15. No se aplicará el derecho extranjero:

I. Cuando artificiosamente se hayan evadido principios fundamentales del derecho mexicano, debiendo el juez determinar la intención fraudulenta de tal evasión; y

II. Cuando las disposiciones del derecho extranjero o el resultado de su aplicación sean contrarios a principios o instituciones fundamentales del orden público mexicano.

Durango

Artículo 1. Las disposiciones de este Código regirán en el estado de Durango, en asuntos del orden común.

Artículo 12. Las leyes del estado, incluyendo las que se refieren al estado y capacidad de las personas, se aplican a todos los habitantes del estado, ya sean nacionales o extranjeros, estén domiciliados o sean transeúntes.

Artículo 13. Los efectos jurídicos de actos o contratos celebrados fuera del estado, que deban ser ejecutados en el territorio del estado, se regirán por las disposiciones de este Código.

Artículo 14. Los bienes inmuebles, sitios en el estado y los bienes muebles que en él se encuentren, se regirán por las disposiciones de este Código aun cuando los dueños no sean duranguenses.

Artículo 15. Los actos jurídicos, en todo lo relativo a su forma, se regirán por las leyes del lugar donde pasen. Sin embargo, los interesados residentes fuera del estado, quedan en libertad para sujetarse a las formas prescritas por este Código cuando el acto haya de tener ejecución dentro del territorio del estado.

Estado de México

Artículo 1.1. Las disposiciones de este Código regulan, en el Estado de México, los derechos y obligaciones de orden privado concernientes a las personas y sus bienes.

Actos y contratos celebrados fuera del estado.

Artículo 1.10. Los efectos de los actos jurídicos celebrados fuera del estado, pero que deban cumplirse dentro de su territorio, se regirán por las disposiciones de este Código.

Bienes sujetos a este Código.

Artículo 1.11. Los bienes inmuebles ubicados en el estado y los muebles que en él se encuentren, se regirán por las disposiciones de este Código.

Ley aplicada a la forma de los actos jurídicos.

Artículo 1.12. Los actos jurídicos, en todo lo relativo a su forma, se regirán por las leyes del lugar donde se celebren. Sin embargo, los

interesados en la celebración de esos actos quedan en libertad para sujetarse a las formas prescritas por este Código, cuando el acto haya de ejecutarse dentro del territorio del estado.

Guanajuato

Artículo 11. Las leyes del estado de Guanajuato, incluyendo las que se refieren al estado y capacidad de las personas, se aplicarán a todos los habitantes del mismo, sean domiciliados o transeúntes; pero tratándose de personas de nacionalidad extranjera se cumplirá con lo que dispongan las leyes federales sobre la materia.

Artículo 12. Los efectos jurídicos de actos y contratos celebrados fuera del estado que deban ser ejecutados dentro de su territorio, se regirán por las disposiciones de este Código.

Artículo 13. Los bienes inmuebles sitios en el estado y los bienes muebles que en él se encuentren se regirán por las disposiciones de este Código aun cuando sus dueños no sean guanajuatenses.

Artículo 14. Los actos jurídicos en todo lo relativo a su forma se regirán por las leyes del lugar donde pasen. Sin embargo los interesados residentes fuera del estado, quedan en libertad para sujetarse a las formas prescritas por este Código, cuando el acto haya de tener ejecución dentro del territorio del mismo.

Guerrero

Artículo 1. Las disposiciones de este Código regirán, en el estado de Guerrero, las situaciones y relaciones civiles de derecho común, no sometidas a las leyes federales y serán supletorias, en lo conducente, de las otras leyes del estado, salvo disposición en contrario.

Artículo 12. Las leyes del estado benefician e imponen deberes a todas las personas que se hallen en cualquier parte de su territorio, sean o no oriundos del estado, tengan su domicilio o residencia en él o sean transeúntes. Respecto de los extranjeros se estará a lo dispuesto por las leyes federales.

Artículo 13. Los efectos jurídicos de actos y contratos celebrados fuera de la República que deban ser ejecutados en el territorio del estado, se regirán por las disposiciones federales y por las locales que les sean aplicables.

Artículo 14. Los efectos jurídicos de actos y contratos celebrados dentro de la República, pero fuera del territorio del estado, que deban ser ejecutados en éste, se regirán por las disposiciones del presente Código y por las leyes que se les sean aplicables.

Artículo 15. Los bienes inmuebles sitos en el estado y los bienes muebles que en el mismo se encuentren, se regirán por las disposiciones de este Código, aun cuando los propietarios sean extranjeros.

Artículo 16. Los actos jurídicos, en todo lo relativo a su forma, se regirán por las leyes del lugar donde ocurran. Sin embargo, los mexicanos o extranjeros residentes fuera del estado quedan en libertad para sujetarse a las formas prescritas por este Código cuando el acto haya de tener ejecución en la mencionada demarcación.

Hidalgo

Artículo 1. Las disposiciones de este Código regirán en el estado de Hidalgo, con excepción de aquellos casos especialmente previstos por el mismo Código y con las limitaciones que establecen las leyes federales.

Artículo 12. Las leyes del estado de Hidalgo, incluyendo las que se refieren al estado y capacidad de las personas, se aplicarán a todos los habitantes del mismo, sean domiciliados o transeúntes; pero tratándose de extranjeros, se estará a lo que dispongan las leyes federales sobre la materia.

Artículo 13. Los efectos jurídicos de actos y contratos celebrados fuera del estado y que deban ser ejecutados dentro de su territorio, se regirán por las disposiciones de éste Código.

Artículo 14. Los bienes inmuebles ubicados en el estado de Hidalgo y los bienes muebles que en él se encuentren, se regirán por las disposiciones de éste Código, salvo lo dispuesto por leyes federales.

Artículo 15. Los actos jurídicos en todo lo relativo a su forma se regirán por las leyes del lugar donde pasen; pero los interesados residentes fuera del estado de Hidalgo, podrán sujetarse a las formas prescritas por este Código cuando el acto haya de tener ejecución dentro del territorio del mismo.

Jalisco

Artículo 15. La determinación del derecho aplicable se hará conforme a las siguientes reglas:

I. El estado civil y la capacidad de las personas físicas se rige por el derecho del lugar de su domicilio;

II. Los efectos jurídicos de actos y contratos celebrados fuera del estado y que deban ser ejecutados dentro de su territorio, se regirán por las disposiciones de este código;

III. La propiedad y la administración de bienes ubicados en el territorio del estado, adquiridos por consortes domiciliados o no dentro del mismo, pero cuyo matrimonio se celebró fuera de él, bajo capitulaciones matrimoniales expresas u otro régimen económico matrimonial, se regirán por lo que se establezca en las capitulaciones o en las disposiciones que rijan dichas relaciones económico-patrimoniales;

IV. La forma de los actos jurídicos se regirá por la legislación del lugar en que se celebren, pero las partes involucradas en ellos, residentes fuera del estado, quedan en libertad para sujetarse a las formas prescritas por este código cuando el acto vaya a tener ejecución dentro del territorio del mismo;

V. Los bienes inmuebles ubicados en el estado de Jalisco y los bienes muebles que en él se encuentren, se regirán por las disposiciones de este código;

VI. Las disposiciones de este código en todo lo relativo a los derechos sobre alimentos; derechos de familia o derecho sucesorio, se aplicarán fuera del estado cuando esas relaciones jurídicas se hubieren originado dentro del mismo; y

VII. El derecho extranjero será aplicable en el estado en casos de reciprocidad, siempre y cuando, con su aplicación, no se infrinjan normas prohibitivas o de interés público vigentes en Jalisco.

Artículo 17. Los servidores públicos, teniendo en cuenta la falta de instrucción de algunas personas, su conformación cultural, su pertenencia a un pueblo indígena, su acceso a los medios de comunicación o su extrema pobreza, podrán eximirlos de las sanciones en que hubieren incurrido por la falta de cumplimiento de la ley que ignoraron o, de ser posible, concederles un plazo para que la cumplan,

siempre que no se trate de leyes que afecten directamente el interés público, ni se lesionen derechos de tercero.

Tratándose de personas pertenecientes a los pueblos o comunidades indígenas, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos establecidos en la Constitución del estado.

Michoacán

Artículo 1. Este Código regirá en el estado de Michoacán de Ocampo; pero podrá aplicarse a actos y contratos que se verifiquen fuera del territorio del estado en los casos establecidos por el derecho internacional privado.

Artículo 2. Los inmuebles ubicados en Michoacán, aunque pertenezcan a extranjeros; y los actos y contratos verificados fuera del estado, si han de producir efectos en el territorio de éste, se regirán por las disposiciones del presente Código. En cuanto a la forma externa, se estará a la ley del lugar donde los actos o contratos se verifiquen, a menos que los interesados prefieran sujetarse a las leyes de Michoacán.

Artículo 11. En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley. Los jueces se arreglarán a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las leyes que de ella emanen y tratados celebrados y que se celebren por el Presidente de la República con aprobación del Senado, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Michoacán de Ocampo y leyes que de ella emanen.

El silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley no eximen a los jueces de la obligación que tienen de fallar; pues en tales casos lo harán conforme a los principios generales de derecho.

Morelos

Artículo 1. Ámbito espacial de aplicación. Las disposiciones de este Código regirán los asuntos del orden civil en el estado de Morelos. Además se aplicarán con carácter supletorio, a toda relación

jurídica o situación de derecho no prevista o reglamentada de modo incompleto, por otras disposiciones de jurisdicción local.

Artículo 2. Efectos de los actos que son ejecutados en Morelos. Los efectos jurídicos de los actos y contratos celebrados fuera del estado de Morelos, pero que deban ser ejecutados en el mismo, se regirán por las disposiciones de este Código.

Artículo 3. Condición jurídica de los bienes ubicados en el estado de Morelos. Los bienes inmuebles ubicados en el estado de Morelos, y los bienes muebles que en él se encuentren, se regirán por las disposiciones de este Código, aun cuando los dueños no sean mexicanos, ni morelenses, ni vecinos del estado.

Artículo 4. Aplicación local foránea respecto a la forma de los actos. Los actos jurídicos, en todo lo relativo a su forma, se regirán por las leyes del lugar donde ocurriesen. Sin embargo, los mexicanos, sean o no morelenses, y los extranjeros residentes fuera del estado de Morelos, quedan en libertad para sujetarse a las formas prescritas por este Código, cuando el acto haya de tener ejecución en dicho estado.

Cuando estos actos sean relativos a bienes inmuebles que se encuentren dentro del estado, para que surtan efectos con relación a terceros, deberán inscribirse en el Registro Público de la Propiedad, aun cuando no se exija este requisito en el lugar de su otorgamiento.

Artículo 5. Ámbito personal de aplicación de la ley civil. Las leyes de Morelos, incluso las que se refieren al estado civil y a la capacidad de las personas, se aplicarán a todos los habitantes del estado, estén domiciliados o no en él, o sean transeúntes; respecto de los extranjeros se observará, además, lo dispuesto por las leyes federales.

Nayarit

Artículo 1. Las disposiciones de este Código regirán en el estado de Nayarit en asuntos del orden común.

Artículo 12. Las leyes del estado de Nayarit, incluyendo las que se refieran al estado y capacidad de las personas, se aplicarán a todos los habitantes del mismo, sean domiciliados o transeúntes; pero tratándose de extranjeros, se tendrá presente lo que dispongan las leyes federales sobre la materia.

Artículo 13. Los efectos jurídicos de actos y contratos celebrados fuera del estado que deban ser ejecutados dentro de su territorio, se regirán por las disposiciones de este Código.

Artículo 14. Los bienes inmuebles sitios en el estado y los bienes muebles que en él se encuentren, se regirán por las disposiciones de este Código.

Artículo 15. Los actos jurídicos, en todo lo relativo a su forma, se regirán por las leyes del lugar donde pasen; pero los interesados residentes fuera del estado quedan en libertad para sujetarse a las formas prescritas por este Código cuando el acto haya de tener ejecución dentro del territorio del mismo.

Nuevo León

Artículo 1. Las disposiciones de este Código regirán en el estado de Nuevo León en asuntos del orden común sin perjuicio de lo instituido por leyes federales que no violen la soberanía del estado, salvo las limitaciones que fija este Código.

Artículo 12. Las leyes del estado de Nuevo León y las demás leyes mexicanas en su caso y siempre que no sean contrarias al orden público, incluyendo las que se refieren al estado y capacidad de las personas, se aplican a todos los habitantes del estado, ya sean nacionales o extranjeros, estén domiciliados en él o sean transeúntes.

Artículo 13. Los efectos jurídicos de actos y contratos celebrados fuera del estado que deban ser ejecutados en su territorio, se regirán por las disposiciones de este Código.

Artículo 14. Los bienes inmuebles sitios en el estado, y los bienes muebles que en él se encuentren, se regirán por las disposiciones de este Código, aun cuando los dueños sean extranjeros.

Artículo 15. Los actos jurídicos, en todo lo relativo a su forma, se regirán por las leyes del lugar donde pasen. Sin embargo, los mexicanos o extranjeros residentes fuera del estado, quedan en libertad para sujetarse a las formas prescritas por este Código, cuando el acto haya de tener ejecución en el estado.

Artículo 21 bis. Las normas conflictuales en asuntos de derecho civil, determinan las que deben ser aplicables a situaciones jurídicas creadas, con contacto del derecho extranjero.

Asimismo se aplicarán a aquellas que tuvieren contacto con normas de otras entidades federativas.

Las normas conflictuales no se aplicarán en cuanto fueren incompatibles, con tratados o convenciones internacionales, de los cuales el Estado mexicano sea parte actualmente, o lo sea en el futuro.

Artículo 21 bis I. Para la solución de situaciones jurídicas que requieran la aplicación de normas conflictuales, se aplicará el orden jurídico que tenga la más estrecha relación con ellas. Este principio dominante se observará en la interpretación de las siguientes disposiciones conflictuales creadas con esta finalidad por lo tanto el texto de cualquier disposición conflictual podrá ser pospuesto en todos aquellos casos en los cuales se justifique la presencia de una solución directamente basada en dicho principio.

Artículo 21 bis II. El derecho extranjero se aplicará de oficio como se haría en el territorio de su creación y vigencia original, de lo cual resulta también la obligación de las autoridades del estado para proveer de él, por lo tanto no queda sometido a la carga de prueba de las partes en cuanto a su existencia, contenido y vigencia, sin perjuicio de que las partes puedan probar, alegar o coadyuvar, para obtener la información necesaria sobre dicho derecho extranjero.

Para su aplicación se observarán los criterios judiciales y doctrinales que se relacionen con el derecho extranjero, en la medida en que no sean incompatibles con las normas interpretativas del estado.

Si no se obtuviere la información que se requiera para aplicar el derecho extranjero a un caso determinado en el plazo que discrecionalmente se fije por la autoridad, se aplicará en su lugar el derecho local, observándose en cada caso las circunstancias específicas que exijan reducción del plazo hasta determinar la aplicación inmediata del derecho local, así como para el dictado de providencias precautorias.

Artículo 21 bis III. Las remisiones a un derecho extranjero incluyen también las disposiciones remisorias contenidas en el mismo a no ser que estos reenvíos sean incompatibles con la finalidad de remisiones establecidas en el derecho local o en un derecho extranjero o, que se disponga otra cosa en la propia legislación conflictual en forma de remisiones expresamente limitadas al derecho sustantivo de un Estado extranjero. Se observarán reenvíos solamente hasta el grado

de que ellos conduzcan en forma de regreso a las propias leyes o a las de un estado extranjero ya incluido en la serie de envíos, casos en los cuales se aplicarán únicamente las normas sustantivas locales o las de dicho Estado extranjero, respectivamente, sin tomar en consideración normas conflictuales del propio derecho local o, en su caso, del estado extranjero mencionado.

Los convenios relativos a la aplicación de un derecho extranjero tienen validez en las situaciones expresamente admitidas para tal objeto en el derecho local conflictual. Estos convenios deben tener forma escrita. El establecimiento de la aplicación de cierto derecho en un convenio, se entiende solamente relacionado con el derecho sustantivo correspondiente, sin inclusión de las normas conflictuales del mismo orden jurídico, a no ser que en el convenio se refiera expresamente a la inclusión de estas normas.

La posición y los intereses jurídicos de terceros de buena fe no son afectables por tal convenio, si éste se celebra con posterioridad a la constitución de dicha posición.

Artículo 21 bis IV. Las situaciones jurídicas válidamente creadas en el extranjero deberán ser reconocidas en el estado.

Un cambio posterior en las situaciones relevantes en forma constitutiva para la aplicación de cierto derecho, no surte efectos a las situaciones ya perfeccionadas, como las relaciones de tracto simultáneo en tanto que respecto a las sucesivas se causen efectos para el tiempo a partir del cambio.

Artículo 21 bis V. Las cuestiones previas, preliminares, o incidentales que se presenten en una cuestión principal, no se resolverán necesariamente conforme a la ley que regule ésta última.

En cada caso se observará el principio de la relación más estrecha a que se refiere el artículo 21 bis II y la existencia de normas conflictuales que tengan relación con tales cuestiones en forma independiente, de las que se apliquen a la cuestión principal.

Artículo 21 bis VI. El estado, la capacidad y el estatuto de las personas físicas se rigen por el derecho vigente en su domicilio.

La existencia, capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, el funcionamiento corporativo, transformación fusión disolución, liquidación, responsabilidad de socios o asociados y las facultades de los órganos de las personas morales extranjeras de derecho civil, se regirán por el derecho aplicado a su constitución.

Artículo 21 bis VII. La forma de los actos jurídicos se regirá por el derecho del lugar donde se celebren, por aquel que fuere aplicable a los efectos de los actos o por las disposiciones del derecho local, cuando en el último caso hayan de tener efectos en el estado.

Artículo 21 bis VIII. No se aplicará una disposición extranjera, si conduce a un resultado incompatible con el orden público propio; en su lugar se aplicará el derecho local. Este regirá en la misma medida, en los casos en los cuales el derecho extranjero carezca de normas, cuya existencia directa pertenezca al orden público.

Artículo 21 bis IX. Si en una remisión o reenvío se determina el derecho de un Estado extranjero con dos o más unidades territoriales en las que rijan distintos órdenes jurídicos parciales, como en una federación los códigos locales, sin que en esta determinación conflictual se señale concretamente la unidad correspondiente, se elegirá ésta conforme al sentido y la finalidad de tal determinación conflictual o según la reglamentación interlocal del país extranjero, pero siempre con observancia del principio de la relación más estrecha.

Si se remite al derecho mexicano sin que se exprese en la remisión la entidad federativa mexicana cuyas leyes deben ser aplicadas, la determinación de las últimas, se efectuará de conformidad conducente con los otros medios establecidos en la parte final del párrafo anterior, entrando, sin embargo, en lugar de la reglamentación interlocal extranjera la mexicana y en el lugar de la determinación conflictual mexicana la extranjera.

A las relaciones exclusivamente interlocales se aplicarán las normas conflictuales conforme a lo siguiente:

A) Se aplicará lo dispuesto en los artículos 21 bis, 21 bis II, 21 bis III, 21 bis IV, 21 bis V, 21 bis VI, 21 bis VII; en lo que se estime conducente.

B) Las normas de una entidad federativa solo tendrán efectos en su propio territorio, no siempre en consecuencia obligatoria fuera de él.

La adquisición, constitución, tenencia y terminación de derechos reales y el uso sobre bienes muebles e inmuebles, así como su calificación se rigen por el derecho del lugar en que se hubieren encontrado al tiempo de la creación de los supuestos legales correspondientes, a no ser que se trate de relaciones sometidas a una ley específica como las de sucesión.

Los actos del estado civil que se efectúen conforme a las leyes de una entidad federativa, tendrán validez en el estado.

Oaxaca

Artículo 1. Las disposiciones de este Código regirán en todo el territorio del estado de Oaxaca en asuntos del orden común.

Artículo 11. Las leyes del estado de Oaxaca, incluyendo las que se refieren al estado y capacidad de las personas, se aplicarán a todos los habitantes del estado ya sean nacionales o extranjeros, estén domiciliados en él o sean transeúntes.

Artículo 12. Los bienes inmuebles sitios en el estado de Oaxaca y los bienes muebles que en él se encuentren, se regirán por las disposiciones de este Código; cuando los dueños fueren extranjeros se tendrán en cuenta, además, las disposiciones de las leyes federales sobre la materia.

Artículo 13. Los actos jurídicos, en todo lo relativo a su forma, se regirán por las leyes del lugar donde pasen. Sin embargo, los mexicanos o extranjeros residentes fuera del estado, quedan en libertad de sujetarse a las formas prevenidas por este Código cuando el acto haya de tener ejecución dentro del estado.

En cuanto a los actos del estado civil ajustados a las leyes de los otros estados, del Distrito Federal y territorios, tendrán validez en el territorio del estado de Oaxaca.

Artículo 14. Los efectos jurídicos de los actos y contratos celebrados fuera del estado, siempre que deban ser ejecutados dentro de su territorio, se regirán por las disposiciones de este Código.

Puebla

Artículo 1. Este Código regirá en el territorio del estado de Puebla las relaciones y situaciones jurídicas civiles.

Artículo 14. Las leyes del estado de Puebla se aplicarán a todas las personas que estén en su territorio, así como a los actos y hechos ocurridos en su jurisdicción o ámbito territorial y aquéllos que se sometan válidamente a dichas leyes, salvo cuando en éstas proceda la aplicación del derecho de otra entidad federativa, o de un derecho

extranjero, o además en lo previsto en los tratados de los que México sea parte.

Artículo 18. Salvo lo previsto en los artículos 14, 20 y 21, los efectos de los actos jurídicos celebrados fuera del territorio del estado de Puebla, que deban ser ejecutados en éste, se regirán por las leyes poblanas, a menos que las partes hubieran renunciado a las facultades que éstas les confieren en términos del artículo 11 y designado válidamente la aplicabilidad de otro derecho, siempre que éste no sea contrario a principios o instituciones fundamentales del orden público en el estado o que la designación no se haya hecho con la intención de evadir dichos principios.

Artículo 19. Respecto de la determinación del derecho aplicable y la forma de aplicación o no del derecho extranjero, se estará a lo dispuesto por las leyes federales.

Las situaciones jurídicas válidamente creadas en un estado extranjero o en otras entidades federativas, deberán ser reconocidas en el estado de Puebla. El estado civil y capacidad de las personas físicas se rigen por el derecho del lugar de su domicilio.

Artículo 20. El acto jurídico, en todo lo relativo a su forma, se regirá por las leyes del lugar donde se realice, pero los mexicanos y los extranjeros, que residan fuera del territorio del estado de Puebla, pueden sujetarse a las formas prescritas en las leyes poblanas, cuando el acto haya de tener ejecución en este estado.

Artículo 21. Los bienes inmuebles sitios en el territorio del estado de Puebla, y los muebles que en él se encuentren, se regirán por las leyes de este estado, aun cuando los dueños no sean poblanos ni residan en el mismo.

Querétaro

Artículo 1. Las disposiciones de este Código regirán en el estado de Querétaro en asuntos del orden común.

Artículo 12. Las leyes del estado rigen a todas las personas que se encuentren en la entidad, así como los actos y hechos ocurridos en su territorio y aquellos que se sometan a dichas leyes salvo cuando éstas prevean aplicación de un derecho extranjero o de otra entidad federativa algún ordenamiento federal, y salvo además de lo previsto en los tratado y convenciones en que México sea parte.

Artículo 13. La determinación del derecho aplicable, se hará conforme a las siguientes reglas:

I. Las situaciones jurídicamente válidas creadas en el estado, entidades de la República Mexicana o en un país extranjero conforme a derecho deberán ser reconocidas;

II. El estado y capacidad de las personas físicas se rige por el derecho del lugar de su domicilio;

III. La constitución, régimen y extinción de los derechos reales sobre inmuebles, así como los contratos de arrendamiento y de uso temporal de tales bienes y los bienes muebles, se registrarán por el derecho del lugar de su ubicación aunque sus titulares sean extranjeros;

IV. La forma de los actos jurídicos se rige por las leyes del lugar en que se celebren. Sin embargo, podrán sujetarse a la formas prescritas en este Código, cuando el acto tenga efectos en la entidad; y

V. Salvo lo previsto en las fracciones anteriores, los efectos jurídicos de los actos y contratos se registrarán por el derecho del lugar en donde deban ejecutarse, a menos que las partes, hubieren designado válidamente aplicación de otro derecho.

Artículo 14. En la aplicación del derecho extranjero se observará lo siguiente:

I. Se aplicará como lo haría el juez extranjero respectivo, para lo cual el juez podrá allegarse la información necesaria acerca del texto, vigencia sentido y alcance legal de dicho derecho;

II. Se aplicará el derecho sustantivo extranjero, salvo cuando dadas las circunstancias del caso, deban tomarse en cuenta, con carácter excepcional, las normas conflictuales de ese derecho que hagan aplicables las normas sustantivas del estado o de un tercer estado;

III. No será impedimento para la aplicación del derecho extranjero, que el derecho del estado no prevea instituciones o procedimientos esenciales a la institución extranjera aplicable si existen instituciones o procedimientos análogos.

IV. Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal, no deberán resolverse necesariamente de acuerdo con el derecho que regule a esta última, y

V. Cuando diversos aspectos de una misma relación jurídica estén regulados por distintos derechos, éstos serán aplicados armónicamente procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de tales derechos.

Las dificultades causadas por la aplicación simultánea de tales derechos, se resolverán tomando en cuenta las exigencias de la equidad en el caso concreto.

Lo dispuesto en el presente artículo se observará cuando resultare aplicable el derecho de otra entidad federativa.

Artículo 15. No se aplicará el derecho extranjero:

I. Cuando artificiosamente se hayan evadido principios fundamentales del derecho mexicano, debiendo el juez determinar la intención fraudulenta de tal evasión, y

II. Cuando las disposiciones del derecho extranjero o el resultado de su aplicación sean contrarios a principios o instituciones fundamentales del orden público mexicano.

Lo dispuesto en el presente artículo también se observará cuando pretenda ser aplicado el derecho de otra entidad federativa.

Quintana Roo

Artículo 1. Las disposiciones de este título, salvo precepto expreso en contrario, son comunes a todo el derecho positivo del estado de Quintana Roo, y las de este Código son supletorias, en lo conducente, de las demás leyes quintanarroenses.

Artículo 2. Las leyes del estado se aplicarán a todos los habitantes de Quintana Roo sin distinción de personas cualquiera que sea su sexo, o nacionalidad, estén domiciliadas en el estado o se hallen en él de paso.

Las leyes que establecen excepciones a las reglas generales, no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes.

Artículo 14. Las sucesiones por causa de muerte de mexicano, sean o no quintanarroenses, que al ocurrir su defunción estén domiciliados en Quintana Roo, se registrarán por este Código en lo que se refiere a la institución y sustitución de herederos y legatarios, al derecho y orden de suceder, a la cuantía de las porciones hereditarias, a la validez intrínseca, ineficacia e inoficiosidad de los testamentos y en general a toda cuestión de fondo concerniente a tales sucesiones, sean testamentarias o legítimas.

Artículo 15. Los efectos de los negocios jurídicos celebrados en el extranjero que deban ser ejecutados en el territorio del estado, se registrarán por las leyes federales.

Artículo 16. Los efectos jurídicos de los negocios o contratos celebrados en cualquier parte de la República que deban ejecutarse en el estado, se regirán por las disposiciones de este Código.

Artículo 17. Los bienes inmuebles ubicados en el estado de Quintana Roo y los muebles que se encuentren en él, se rigen por las disposiciones de este Código, aun cuando sus dueños estén domiciliados fuera de la entidad.

Artículo 18. Los negocios jurídicos, en todo lo relativo a su forma, se regirán por las leyes del lugar donde pasen. Sin embargo, los mexicanos domiciliados fuera del estado, quedan en libertad para sujetarse a las formas prescritas por este Código, cuando el negocio jurídico haya de ejecutarse en Quintana Roo.

San Luis Potosí

Artículo 8. Las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas, son obligatorias para los mexicanos del estado, aun cuando residan en el extranjero, respecto de los actos que deban ejecutarse en todo o en parte en esta demarcación.

Artículo 9. Respecto de los bienes inmuebles sitios en el estado, regirán las leyes mexicanas, aunque sean poseídos por extranjeros.

Artículo 10. Respecto de la forma o solemnidades externas de los contratos, testamentos y de todo instrumento público, regirán las leyes del país en que se hubieren otorgado. Sin embargo, los mexicanos o extranjeros residentes fuera del estado, quedan en libertad para sujetarse a las formas y solemnidades prescritas por la ley mexicana, en los casos en que el acto haya de tener ejecución en esta demarcación.

Artículo 12. Las obligaciones y derechos que nazcan de los contratos o testamentos otorgados en el extranjero, por mexicanos del estado, se regirán por las disposiciones de este Código, en caso de que dichos actos deban cumplirse en la referida demarcación.

Sinaloa

Artículo 1. Las disposiciones de este Código regirán en el estado de Sinaloa en asuntos de orden común sin perjuicio de lo instituido por leyes federales que no violen la soberanía del estado, salvo las limitaciones que fija este Código.

Artículo 12. Las leyes del estado de Sinaloa y las demás leyes mexicanas en su caso y siempre que no sean contrarias al orden público, incluyendo las que se refieren al estado y capacidad de las personas, se aplican a todos los habitantes del estado, ya sean nacionales o extranjeros, estén domiciliados en él o sean transeúntes.

Artículo 13. Los efectos jurídicos de actos y contratos celebrados fuera del estado y que deban ser ejecutados dentro de su territorio, se regirán por las disposiciones de este Código, en cuanto no se opongan a las disposiciones contenidas en el Código Civil para el Distrito y territorios federales que rige en la República en materia federal.

Artículo 14. Los bienes inmuebles sitios en el estado, y los bienes muebles que en él se encuentren, se regirán por las disposiciones de este Código, aun cuando los dueños sean extranjeros.

Artículo 15. Los actos jurídicos, en todo lo relativo a su forma, se regirán por las disposiciones del lugar donde pasen. Sin embargo, los mexicanos o extranjeros residentes fuera del estado, quedan en libertad para sujetarse a las formas prescritas por este Código, cuando el acto haya de tener ejecución en el estado.

Sonora

Artículo 1. Las disposiciones de este Código regirán en el estado de Sonora, los asuntos del orden civil. Regirán con carácter supletorio, además, toda relación jurídica o situación de derecho no prevista o reglamentada de modo incompleto por otras leyes de jurisdicción local.

Artículo 13. Las leyes del estado de Sonora, incluyendo las que se refieran al estado y capacidad de las personas, se aplicarán a todos los habitantes del propio estado, ya sean nacionales o extranjeros, estén domiciliados dentro de su jurisdicción territorial o sean transeúntes; pero tratándose de extranjeros, se tendrá presente lo que dispongan las leyes federales sobre la materia.

Artículo 14. Los efectos jurídicos de los actos y contratos celebrados fuera del estado, pero que deban ser ejecutados en el mismo, se regirán por las disposiciones de este Código y demás leyes de jurisdicción local y por las leyes federales en su caso.

Artículo 15. Los bienes inmuebles sitios o ubicados en el estado y los bienes muebles que en él se encuentren, se regirán por las disposiciones de este Código y demás leyes locales relativas y por las federales en

su caso, aun cuando los dueños no sean mexicanos ni sonorenses ni vecinos del estado.

Artículo 16. Los actos jurídicos, en todo lo relativo a su forma, se regirán por las leyes del lugar donde pasen. Sin embargo, los mexicanos, sean o no sonorenses, y los extranjeros residentes fuera del estado de Sonora, quedan en libertad para sujetarse a las formas prescritas por este Código y demás leyes locales relativas, cuando el acto haya de tener ejecución dentro del territorio de dicho estado.

Cuando estos actos sean relativos a bienes inmuebles que se encuentren dentro del estado, para que produzcan efectos con relación a terceros, deberán inscribirse en el Registro Público de la Propiedad del lugar de su ubicación, aun cuando no se exija este requisito en el lugar de su otorgamiento.

Tabasco

Artículo 1. **Ámbito de validez material.**

Las disposiciones de este Código regirán en el estado de Tabasco, en asuntos del orden civil, no regulados por las leyes federales. Asimismo, regirán con carácter supletorio en toda relación jurídica o situación de derecho no prevista por las demás leyes de la entidad.

Artículo 2. **Aplicación de las leyes.**

Las leyes del estado de Tabasco, incluyendo las que se refieren al estado y capacidad de las personas, se aplicarán a todos los habitantes del mismo estado, ya sean nacionales o extranjeros, estén domiciliados dentro de su jurisdicción territorial o sean transeúntes; pero tratándose de extranjeros, se tendrá presente lo que dispongan, en su caso, las leyes federales sobre la materia.

Artículo 15. **Efectos jurídicos de actos celebrados fuera del estado.**

Los efectos jurídicos de los actos y contratos celebrados fuera del estado de Tabasco, pero que deban ser ejecutados en el mismo, se regirán por las disposiciones de este Código y demás leyes tabasqueñas y, en su caso, por las leyes federales que resulten aplicables.

Artículo 16. **Bienes sitios en el estado.**

Los bienes muebles e inmuebles, sitios en el estado, se regirán por las leyes tabasqueñas y, en su caso, por las federales que resulten aplicables, aun cuando los dueños no sean mexicanos ni vecinos del estado.

Artículo 17. **Forma de los actos jurídicos.**

Los actos jurídicos en todo lo relativo a su forma, se regirán por las leyes del lugar donde suceden. Sin embargo, los mexicanos y los extranjeros residentes fuera del estado de Tabasco, quedan en libertad para sujetarse a las formas prescritas por este Código y demás leyes locales relativas, cuando el acto haya de tener ejecución dentro del territorio del mismo estado. Cuando sean relativos a bienes inmuebles que se encuentren dentro del estado, para que produzcan efectos con relación a terceros, deberán inscribirse en el Registro Público de la Propiedad del lugar de su ubicación, aun cuando no se exija este requisito en el lugar del otorgamiento.

Tamaulipas

Artículo 1. Las disposiciones de este Código rigen en el estado de Tamaulipas, sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de las leyes federales.

Artículo 5. Las disposiciones de este Código se aplican a todos los habitantes del estado.

Artículo 11. Lo relativo a los bienes muebles e inmuebles localizados en el estado se regirá por las disposiciones de este Código.

Artículo 12. Los actos jurídicos, en todo lo relativo a su forma, se regirán por las leyes del lugar donde se celebren; pero cuando hayan de tener ejecución en el estado, las partes que en ellos intervengan pueden sujetarse a las formas previstas en este Código.

Artículo 13. Los efectos de los actos jurídicos celebrados en el extranjero, que deban ser ejecutados en el estado, se regirán por las leyes de éste, sin menoscabo de la aplicación de las leyes federales correspondientes.

Tlaxcala

Artículo 1. Las disposiciones de este Código regirán, en el estado de Tlaxcala, las situaciones y relaciones jurídicas civiles no sometidas a las leyes federales.

Artículo 15. Las leyes del estado de Tlaxcala benefician e imponen deberes a todas las personas que se hallen en cualquier parte del territorio de éste, sean tlaxcaltecas o no, tengan su domicilio o su

residencia en él o sean transeúntes; pero respecto de los extranjeros se observará además lo dispuesto por las leyes federales.

Artículo 17. A pesar de lo dispuesto en el artículo anterior, los jueces podrán eximir a las personas físicas de las sanciones en que hubieren incurrido por no cumplir la ley que ignoraban, o de ser posible concederles un plazo para que la cumplan, instruyéndoles previamente sobre los deberes que dicha ley les imponga, cuando quien ignora la ley sea un individuo de notoria falta de instrucción o de miserable situación económica, o no hable español o resida en lugar apartado de las vías de comunicaciones o se encuentre en otras circunstancias similares.

Artículo 18. Los efectos jurídicos de actos y contratos celebrados fuera del territorio de la República, que deban ser ejecutados en el territorio del estado de Tlaxcala, se regirán por las disposiciones federales que les sean aplicables.

Artículo 19. Los efectos jurídicos de actos y contratos celebrados dentro del territorio de la República, pero fuera del territorio del estado de Tlaxcala, que deban ser ejecutados en éste, se regirán por las leyes tlaxcaltecas.

Artículo 20. Los actos jurídicos, en todo lo relativo a su forma, se regirán por las leyes del lugar donde pasen. Sin embargo, los mexicanos y los extranjeros residentes fuera del estado de Tlaxcala, pueden sujetarse a las formas prescritas en las leyes tlaxcaltecas cuando el acto haya de tener ejecución en el estado de Tlaxcala.

Veracruz

Artículo 1. Las leyes veracruzanas y las federales en su caso, se aplican a todos los habitantes del estado, ya sean mexicanos o extranjeros, así como a los actos y hechos ocurridos en su territorio o jurisdicción y también aquellos que se sometan a dichas leyes, salvo cuando éstas contemplen la aplicación de un derecho extranjero y salvo, además lo previsto en los tratados y convenciones de que México sea parte.

Artículo 5. A la determinación del derecho aplicable se hará conforme a las reglas siguientes:

I. Las situaciones jurídicas válidamente creadas en la entidad o en un Estado extranjero conforme a derecho deberán ser reconocidas;

II. El estado y capacidad de las personas físicas se rige por el derecho del lugar de su domicilio;

III. La Constitución, régimen y extinción de los derechos reales sobre inmuebles, así como los contratos de arrendamiento y de uso temporal de tales bienes, y los bienes muebles, se regirán por el derecho del lugar de su ubicación, aunque sus titulares sean extranjeros;

IV. La forma de los actos jurídicos se regirán por el derecho del lugar en que se celebren. Sin embargo, los residentes fuera del estado, sean mexicanos o extranjeros, podrán sujetarse a las disposiciones de este Código, cuando el acto haya de tener ejecución en aquél.

V. Salvo lo previsto en los artículos anteriores, los efectos jurídicos de los actos y contratos celebrados fuera del estado, que deban ser ejecutados en el territorio de éste, se regirán por las disposiciones del presente Código y demás leyes veracruzanas, y por las federales en su caso, salvo que las partes hubieran designado válidamente la aplicabilidad de otro derecho.

Lo dispuesto en el presente artículo se observará cuando resulte aplicable el derecho de otra entidad de la federación.

Artículo 5 B. En la aplicación del derecho extranjero se observará, lo siguiente:

I. Se aplicará como lo haría el juez extranjero correspondiente, para lo cual el juez podrá allegarse la información necesaria acerca del texto, vigencia, sentido y alcance legal de dicho derecho;

II. Se aplicaría el derecho sustantivo extranjero, salvo cuando dadas las especiales circunstancias del caso, deban tomarse en cuenta, con carácter excepcional, las normas conflictuales de ese derecho, que hagan aplicables las normas sustantivas mexicanas o de un tercer estado;

III. No será impedimento para la aplicación del derecho extranjero, que el derecho mexicano no prevea instituciones o procedimientos esenciales a la institución extranjera aplicable, si existen instituciones o procedimientos análogos;

IV. Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal, no deberán resolverse necesariamente de acuerdo con el derecho que regule a esta última; y

V. Cuando diversos aspectos de una misma relación jurídica estén regulados por diversos derechos, éstos serán aplicados armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de

los derechos. Las dificultades causadas por la aplicación simultánea de tales derechos se resolverán tomando en cuenta las exigencias de la equidad en el caso concreto.

Lo dispuesto en el presente artículo se observará cuando resultare aplicable el derecho de otra entidad de la federación.

Artículo 5 C. No se aplicará el derecho extranjero:

I. Cuando artificiosamente se hayan evadido principios fundamentales del derecho mexicano, debiendo el juez determinar la intención fraudulenta de tal evasión; y

II. Cuando las disposiciones del derecho extranjero o el resultado de su aplicación sean contrarios a principios o instituciones fundamentales del orden jurídico público mexicano.

Artículo 12. El que funde su derecho en leyes de otra entidad federativa o país, únicamente queda obligado aprobar su aplicabilidad al caso concreto.

Yucatán

Artículo 6. Las leyes yucatecas, incluyendo las que se refieren al estado y capacidad jurídica, se aplican, sin distinción de personas ni de sexos, a todos los habitantes del estado, ya sean nacionales o extranjeros, estén domiciliados en él o sean transeúntes.

Artículo 7. Los bienes inmuebles sitios en el estado y los bienes muebles que en él se encuentren se regirán por las disposiciones de este código, aun cuando los dueños sean extranjeros.

Artículo 8. Los actos jurídicos, en todo lo relativo a su forma, se regirán por las leyes del lugar donde se realicen. Los interesados deberán comprobar que existen las leyes extranjeras en que funden su derecho.

No obstante lo dispuesto en la primera parte de este artículo, los mexicanos o extranjeros residentes fuera del estado quedan en libertad de sujetarse a las formas prescritas por este código, cuando el acto haya de tener ejecución en Yucatán.

Zacatecas

Artículo 1. Las disposiciones de este Código regirán en el estado de Zacatecas, incluyendo las que se refieren al estado civil y

capacidad de las personas; se aplicarán y obligarán a los habitantes del propio estado así como a los transeúntes, cualquiera que sea su nacionalidad, estén domiciliados o no dentro de su territorio; pero tratándose de extranjeros se tendrá presente lo que dispongan las leyes federales o las convenciones y tratados internacionales sobre la materia.

Artículo 13. Las consecuencias de los hechos y actos jurídicos realizados o celebrados fuera del estado, que produzcan o deban producir efectos dentro del mismo, se regirán por las disposiciones de este Código y demás leyes de jurisdicción local y por las leyes federales en su caso.

Artículo 14. Los bienes inmuebles sitios o ubicados en el estado y los bienes muebles que en él se encuentren, se regirán por las disposiciones de este Código y demás leyes de jurisdicción local y por las leyes federales en su caso, aun cuando sus dueños radiquen fuera de la entidad.

Artículo 15. Los actos jurídicos, en todo lo relativo a su forma, se regirán por las leyes del lugar donde se celebren. Sin embargo, los interesados quedan en libertad para sujetarse a las formas prescritas por este Código, cuando el acto se celebre fuera del estado, pero haya de ejecutarse o deba surtir sus efectos dentro del mismo. Cuando estos actos sean relativos a bienes inmuebles o muebles registrables conforme a lo dispuesto en el capítulo respectivo de este Código, que se encuentren dentro del estado, para que produzcan efectos con relación a terceros deberán inscribirse en el Registro Público de la Propiedad del lugar de su ubicación, aun cuando no se exija este requisito en el lugar de su otorgamiento.

Código Civil Federal D.F. (antes ref 2000)

Artículo 1. Las disposiciones de este Código regirán en toda la República en asuntos del orden federal.

Artículo 12. Las leyes mexicanas rigen a todas las personas que se encuentren en la República, así como los actos y hechos ocurridos en su territorio o jurisdicción y aquéllos que se sometan a dichas leyes, salvo cuando éstas prevean la aplicación de un derecho extranjero y salvo, además, lo previsto en los tratados y convenciones de que México sea parte.

Artículo 13. La determinación del derecho aplicable se hará conforme a las siguientes reglas:

I. Las situaciones jurídicas válidamente creadas en las entidades de la República o en un Estado extranjero conforme a su derecho, deberán ser reconocidas;

II. El estado y capacidad de las personas físicas se rige (sic) por el derecho del lugar de su domicilio;

III. La constitución, régimen y extinción de los derechos reales sobre inmuebles, así como los contratos de arrendamiento y de uso temporal de tales bienes, y los bienes muebles, se regirán por el derecho del lugar de su ubicación, aunque sus titulares sean extranjeros;

IV. La forma de los actos jurídicos se regirá por el derecho del lugar en que se celebren. Sin embargo, podrán sujetarse a las formas prescritas en este Código cuando el acto haya de tener efectos en el Distrito Federal o en la República tratándose de materia federal; y

V. Salvo lo previsto en las fracciones anteriores, los efectos jurídicos de los actos y contratos se regirán por el derecho del lugar en donde deban ejecutarse, a menos de que las partes hubieran designado válidamente la aplicabilidad de otro derecho.

Artículo 14. En la aplicación del derecho extranjero se observará lo siguiente:

I. Se aplicará como lo haría el juez extranjero correspondiente, para lo cual el juez podrá allegarse la información necesaria acerca del texto, vigencia, sentido y alcance legal de dicho derecho;

II. Se aplicará el derecho sustantivo extranjero, salvo cuando dadas las especiales circunstancias del caso, deban tomarse en cuenta, con carácter excepcional, las normas conflictuales de ese derecho, que hagan aplicables las normas sustantivas mexicanas o de un tercer estado;

III. No será impedimento para la aplicación del derecho extranjero, que el derecho mexicano no prevea instituciones o procedimientos esenciales a la institución extranjera aplicable, si existen instituciones o procedimientos análogos;

IV. Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal, no deberán resolverse necesariamente de acuerdo con el derecho que regule a esta última; y

V. Cuando diversos aspectos de una misma relación jurídica estén regulados por diversos derechos, éstos serán aplicados armónicamen-

te, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de tales derechos. Las dificultades causadas por la aplicación simultánea de tales derechos se resolverán tomando en cuenta las exigencias de la equidad en el caso concreto.

Lo dispuesto en el presente artículo se observará cuando resultare aplicable el derecho de otra entidad de la Federación.

Artículo 15. No se aplicará el derecho extranjero:

I. Cuando artificiosamente se hayan evadido principios fundamentales del derecho mexicano, debiendo el juez determinar la intención fraudulenta de tal evasión; y

II. Cuando las disposiciones del derecho extranjero o el resultado de su aplicación sean contrarios a principios o instituciones fundamentales del orden público mexicano.

Código Civil Federal (antes de ref 1988)

Artículo 1. Las disposiciones de este Código regirán en el Distrito Federal en asuntos del orden común, y en toda la República en asuntos del orden federal.

Artículo 12. Las leyes mexicanas, incluyendo las que se refieran al estado y capacidad de las personas, se aplican a todos los habitantes de la República, ya sean nacionales o extranjeros, estén domiciliados en ella o sean transeúntes.

Artículo 13. Los efectos jurídicos de actos y contratos celebrados en el extranjero, que deban ser ejecutados en el Territorio de la República, se regirán por las disposiciones de este Código.

Artículo 14. Los inmuebles sitios en el Distrito Federal y los bienes muebles que en el mismo se encuentren, se regirán por las disposiciones de este Código, aun cuando los dueños sean extranjeros.

Artículo 15. Los actos jurídicos, en todo lo relativo a su forma, se regirán por las leyes del lugar donde pasen. Sin embargo, los mexicanos o extranjeros residentes fuera del Distrito Federal, quedan en libertad para sujetarse a las formas prescritas por este Código cuando el acto haya de tener ejecución en la mencionada demarcación.

¿LA REFORMA CONSTITUCIONAL AL MARGEN DE LA CONSTITUCIÓN? UNA CUESTIÓN DE CONCEPCIONES CONSTITUCIONALES EN TORNO AL DEBATE DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Roberto NIEMBRO

SUMARIO: I. Planteamiento. II. Una concepción constitucional. III. El establecimiento de la acción de inconstitucionalidad en la Constitución mexicana y su objeto de estudio. IV. Acciones de inconstitucionalidad 168/2007 y acumulada 169/2007. V. Conclusiones.

I. PLANTEAMIENTO

En el presente ensayo abordaremos uno de los temas más interesantes que se han tratado por la doctrina constitucional con motivo de una reciente resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana, en particular, las acciones de inconstitucionalidad 168/2007 y su acumulada 169/2007, en las cuales se planteó la inconstitucionalidad de la reforma constitucional en materia electoral, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de noviembre de 2007.¹ Cabe aclarar que la extensión del tema sobrepasa los límites de este ejercicio, por lo que habremos de concentrarnos a su estudio en razón

¹ Para una breve explicación de la reforma electoral, véase Niembro, Roberto; Trejo Osornio, Luis Alberto, "Rumbo a las elecciones de 2009. Estudio de la reforma constitucional en materia electoral", en la revista *Trilogía*, núm. 6, 2008.

de la argumentación vertida por los integrantes del más alto tribunal mexicano.

Estas acciones de inconstitucionalidad fueron planteadas por partidos políticos nacionales minoritarios, en razón de que según los promoventes, la reforma en comento se había llevado a cabo violando el proceso establecido para el efecto, además de vulnerar derechos como el de votar y ser votado, asociación libre y pacífica para tomar parte en los asuntos políticos del país, libertad de expresión, derecho de petición, etcétera.

Para realizar el análisis, en primer término haremos un planteamiento sobre algunos puntos que podrían englobar nuestra concepción constitucional, como son algunas ideas sobre la Constitución, la reforma constitucional y el poder de revisión, así como de la función de los jueces en el Estado constitucional. Es necesario aclarar que las posiciones vertidas servirán como sustento para la observación posterior de las acciones antes referidas.

Una vez estudiado lo anterior, se hará una breve referencia al medio de control concreto en el que en esta ocasión se planteó la *litis*, esto es, la acción de inconstitucionalidad, para lo cual es indispensable atender a su regulación específica en la Constitución mexicana.

Además, será necesario hacer una reflexión sobre el objeto de esta garantía constitucional, en tanto que existen dudas respecto a la eventualidad de utilizarla para verificar que las reformas constitucionales carezcan de vicios.

Con este panorama general, estaremos en condiciones de explorar la argumentación de las acciones de inconstitucionalidad 168/2007 y su acumulada, para posteriormente dar nuestra opinión.

Finalmente, queremos expresar las razones por las cuales surge el interés sobre este tema. En principio resulta un tópico atrayente desde una perspectiva meramente teórica, en tanto ha sido largamente debatido y con posturas antagónicas, además de tener implicaciones transcendentales para el ejercicio del poder, más aún, en un Estado como el mexicano que se debate entre una democracia de formas o de contenidos. Y por último, al haber sido una experiencia profesional formadora en el conocimiento del derecho constitucional y de la argumentación jurídica.

II. UNA CONCEPCIÓN CONSTITUCIONAL

1. Ideas sobre la Constitución

La idea del constitucionalismo no ha sido pacífica en el tiempo, como teoría ha estado sujeta a la evolución de las ideas, las cuales han sido forjadas por los acontecimientos históricos. Así, no podemos entender actualmente a la Constitución como lo hicieron los revolucionarios americanos o franceses del siglo XVIII. Es por ello que proponemos una lectura constitucional² acorde con nuestra época, y ello significa con el progreso que ha implicado el Estado constitucional para la libertad y la igualdad.

De esta forma es imprescindible comenzar recordando el carácter normativo de toda Constitución, pues “un estado es realmente democrático si su constitución como norma jurídica fundamental o de base es el ápice axial, obligatorio e imperativo de todo el ordenamiento jurídico político, y vincula tanto a la totalidad de los órganos de poder como a los particulares, en un doble aspecto: cuando el propio estado se relaciona con los particulares, y cuando éstos se relacionan entre sí”.³

En otras palabras, la norma constitucional pretende tener vigencia, es decir, realizar el estado por ella normado, y por tanto ser considerada como norma vinculante.

Sin este punto de partida, sería impensable el establecimiento de medios de control y mucho menos, la viabilidad de examinar las reformas constitucionales, aunque hay que decirlo, es sólo una condición necesaria más no suficiente, como veremos al analizar la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos.

² Algunas de las tesis que caracterizan a esta forma de entender el derecho, son: i. La adopción de una noción axiológica de la Constitución. ii. Que el derecho se integra por un conjunto de principios que son susceptibles de interpretación. iii. La idea de que todo el derecho debe interpretarse siguiendo la técnica de la ponderación. iv. Que la jurisprudencia desempeña una función creativa e integradora fundamental para cualquier ordenamiento jurídico constitucionalizado. Puede verse un debate muy interesante con la postura positivista antagónica en *Debate sobre el neoconstitucionalismo. Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 213-325.

³ Bidart Campos, Germán J., “Por qué derecho de la Constitución”, en *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, México, UNAM-III, 2003, p. 20.

Otro rasgo esencial a tomar en cuenta es el carácter axiológico de las constituciones contemporáneas, las cuales están impregnadas de principios y valores que dejan atrás el indiferentismo ideológico.⁴ Es decir, las constituciones del Estado constitucional “han incorporado los derechos y principios liberales (están comprometidas con la erradicación del autoritarismo) y los derechos y principios del Estado social (están comprometidas con la erradicación de la exclusión social)”.⁵

Este agregado valorativo tiene como finalidad esencial evitar que en nombre de la democracia (entendida como poder mayoritario) se utilice a la Constitución (a través de las reformas constitucionales) con el objeto de aniquilar al Estado constitucional, lo cual implica una ideología consistente en la *defensa* de la igualdad y libertad,⁶ y por tanto, una concepción en la cual el soberano se autolimita, para que en la formación de la voluntad democrática no se vulneren los derechos humanos positivizados como derechos fundamentales.⁷

2. La reforma constitucional (en México) y el poder de revisión

Es de todos conocido que las constituciones necesitan adaptarse a la realidad, en tanto que ésta se encuentra en constante evolución, y por tanto la normativa fundamental envejece con el paso del tiempo surgiendo inexorablemente lagunas que colmar.

De no ser así, la Constitución se encontraría condenada al fracaso, pues tendríamos una norma vacía de realidad o una realidad vacía de normatividad.⁸ En otros términos, “la eficacia de una Constitución depende de su perdurable adecuación a la realidad social y política, de su capacidad para interpretar las necesidades y objetivos de una

⁴ Astudillo Reyes, César, “Excursus sobre un concepto y dos modelos de Constitución”, en *Ensayos de justicia constitucional en cuatro ordenamientos de México: Veracruz, Coahuila, Tlaxcala y Chiapas*, México, UNAM-III, 2004, pp. 309-346.

⁵ Aguiló, Joseph, “Sobre la Constitución del Estado constitucional”, en *La Constitución del Estado constitucional*, Colombia, Palestra-Temis, 2004, p. 52.

⁶ Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, México, UNAM-III, 2003, p. 339.

⁷ Habermas, Jürgen, “El Estado de Derecho democrático: ¿una unión paradójica de principios contradictorios?”, en *Tiempo de transiciones*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 141-161.

⁸ Hesse, Honrad, “La fuerza normativa de la Constitución”, en *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, CEPC, 1992, pp. 55-78.

sociedad, y de su aptitud para satisfacer las aspiraciones razonables de los integrantes de la comunidad política”.⁹

Por ello, se establece en la mayor parte de las Constituciones del mundo algún mecanismo que permita realizar una adaptación pacífica y por los cauces del derecho.¹⁰ Así tenemos, por ejemplo, el artículo 135 de la Constitución mexicana:

Artículo 135. La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerde las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los estados. El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, harán el cómputo de los votos de las legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas.¹¹

Como se desprende del numeral citado, el texto sólo hace referencia a requisitos de procedimiento para la obtención de una reforma constitucional, como son:

1. El acuerdo sobre la reforma de las dos terceras partes de los individuos presentes del Congreso de la Unión.
2. Su aprobación por la mayoría de las Legislaturas estatales.
3. El cómputo de los votos de las Legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas, ya sea por el Congreso de la Unión o la Comisión Permanente.

De esta forma, el texto constitucional obliga a la consecución de dichos pasos sin hacer referencia a cláusulas de intangibilidad como

⁹ Badeni, Gregorio, “Concepto y finalidad de la reforma constitucional”, en *Reforma constitucional e instituciones políticas*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1994, p. 97.

¹⁰ Sin olvidar que no todas las transformaciones y adaptaciones a la realidad del texto constitucional se concretan en reformas expresas, como bien lo observaron algunos autores alemanes del siglo XIX que construyeron la doctrina de las mutaciones constitucionales. Muñoz Machado, Santiago, “Reformas de la Constitución y otras transformaciones y mutaciones a la misma”, en *Constitución*, Madrid, Iustel, 2004, pp. 215-224.

¹¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial* el 5 de febrero de 1917. No olvidamos el procedimiento previsto en el artículo 73, fracción III, de la Constitución federal, relativo a la formación de nuevos estados dentro de los límites de los existentes.

límites a la reforma. Ahora bien, ello no nos aclara si su cumplimiento es objeto de control, o si existen límites implícitos más allá de los establecidos por el 135. Además, y en caso de ser procedente, quién sería el órgano facultado y bajo qué medio.

Para efectos dar respuesta a estas interrogantes, debemos hacer una consideración respecto al poder constituyente y al poder de revisión, ya que dependiendo de su *status jurídico* podemos definir si es posible controlar las reformas constitucionales y hasta qué punto.

Como idea fundamental, podemos señalar con el profesor De Vega que, una de las causas por las cuales se niega la posibilidad de controlar al poder de reforma constitucional es, la confusión de su "naturaleza" con la del poder constituyente, en tanto que este último como pueblo soberano e independiente, es ilimitado.¹²

Al contrario, el poder de reforma encuentra su fundamento en la Constitución, o lo que es lo mismo, está regulado y ordenado, con posibilidades formales y materiales de actuación limitadas. Lo primero, porque existe una regulación específica que debe cumplirse para estar ante una auténtica reforma, y lo segundo, en razón de que su legitimidad radica en no destruir aquellos cimientos que le dan razón de ser al Estado moderno.¹³ De lo contrario, la supremacía constitucional se trasladaría a un órgano constituido.

Como señala Manuel Aragón: "...Convertir, pues, ese hecho en derecho supone regularlo, normativizarlo, asegurar su modo de expresión con el objeto de que la voluntad popular no sea suplantada... Sólo cuando se juridifica el poder constituyente se cumple la pretensión

¹² De Vega, Pedro, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, p. 309.

¹³ En contra de esta posición, el profesor Guastini señala: "...El criterio de identidad de la Constitución descansa en la legalidad o ilegalidad del cambio: no el contenido del cambio mismo. Una reforma legal, por más que pueda incidir profundamente en los principios constitucionales precedentes, siempre será una reforma. Un cambio ilegal, aunque sea insignificante bajo el perfil "material", es por eso mismo instauración de una nueva Constitución. De tal forma, después de todo, la tesis de la absoluta inmodificabilidad de los principios supremos no es tan persuasiva". "Rigidez constitucional y límites a la reforma en el ordenamiento italiano", en *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, 2000, núm. 30. No podemos dejar de reconocer la dificultad de determinar en abstracto cuáles serían estos límites, pero eso no implica que no los haya.

que da sentido al estado constitucional, que no es otra que enlazar, y no disociar, democracia y Estado de Derecho".¹⁴

En esta línea de pensamiento, el profesor Mario de la Cueva consideraba como limitaciones del poder reformador a todas aquellas ideas que contribuyen a la integración política del pueblo, o en otras palabras, la reforma parcial sólo podría conducir a modificaciones concretas, nunca al cambio de los principios fundamentales.¹⁵

Esto no implica negar la calidad de competencia de competencias del procedimiento de reformas, sino dejar en claro la diferencia entre una actuación jurídica (poder de reforma) y una revolucionaria (poder constituyente).

En conclusión, "reformular la Constitución no es destruirla; por el contrario, reformar una Constitución es actualizarla; no es deshacer el camino andado, sino avanzar sobre él".¹⁶

3. La función jurisdiccional en el Estado constitucional

En el Estado constitucional el poder judicial constituye una pieza central, pues a través de los mecanismos de control constitucional evita que los supuestos del constitucionalismo se vuelvan letra muerta, ya que aun cuando las constituciones hayan dado pruebas bastantes de su impotencia, las ideas de libertad y democracia siguen estando presentes en el espíritu humano.¹⁷

Es decir, sin la existencia de eficaces medios de control constitucional, no es posible hacer plena realidad los derechos fundamentales ni los principios y valores constitucionales; no es posible, en suma, la democracia sustantiva (principios que a su vez son la base y el

¹⁴ Aragón, Manuel, "La democracia como principio legitimador de la Constitución", en *Constitución, democracia y control*, México, UNAM-III, 2002, pp. 11-78.

¹⁵ De la Cueva, Mario, "La reforma de las constituciones", en *Teoría de la Constitución*, México, Porrúa, 1982, pp. 127-174. Por su parte, Miguel Carbonell considera como límites formales a los requisitos establecidos en el 135, y como materiales, la imposibilidad de reformar dicho artículo, así como a la democracia misma, "de forma que no podría utilizarse la reforma constitucional —mecanismo teóricamente democrático— para destruir la democracia", Carbonell, Miguel, "La reforma constitucional en México", en *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, México, UNAM-III, 1998, pp. 267-277.

¹⁶ Dromi, José Roberto, "La reforma constitucional El constitucionalismo del porvenir", en *El derecho público de finales de siglo*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 107-116.

¹⁷ De Vega, Pedro, "Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución", en *Estudios político-constitucionales*, México, UNAM-III, 2004, pp. 283-309.

límite del poder los jueces).¹⁸ En este sentido —señala De Vega— la defensa de la Constitución implica defender los valores que desde sus comienzos inspiraron al movimiento constitucionalista.

Ahora bien, en esta difícil labor pueden darse diversos grados de intervención o protagonismo en la adopción de las decisiones políticas de la comunidad, de tal manera que se hable de activismo o auto-restricción judicial.

Estos dos modelos judiciales cuentan con distintos argumentos que los sustentan,¹⁹ y que en gran medida se podrán ver reflejados en la sentencia que analizaremos. Veamos. A favor de la auto-restricción judicial se ha dicho:

1. Los tribunales de justicia sólo les corresponde aplicar las normas generadas por los órganos electivos de gobierno, careciendo de legitimidad para reemplazar las decisiones de los órganos representativos por las propias preferencias de los jueces.
2. Incapacidad de los tribunales para llevar a cabo tareas que implican el virtual reemplazo de las decisiones de otros órganos estatales.
3. El marco de decisión del litigio judicial no siempre es el ámbito más idóneo para discutir y decidir cuestiones de política pública que pueden priorizar objetivos, distribuir recursos, equilibrar intereses contrapuestos, etcétera.
4. El conocimiento de la administración especializada resulta mejor dotada que un juez para casos en que se requieren conocimientos técnicos específicos y abundante administración sobre los hechos.
5. No resulta legítimo la imposición de valores personales de los jueces como última palabra interpretativa.

Como se comprende, en este esquema queda poco espacio para el ejercicio de un papel activo por parte de la magistratura. Por su parte, en apoyo del activismo judicial se manifiesta:

¹⁸ Guarnieri, Carlo y Pederzoli, Patricia, *Los jueces y la política*, Madrid, Taurus, 1999, p.164.

¹⁹ Curtis, Christian, "Breves apuntes de la caracterización de la actividad política de los tribunales", en *Jueces y política*, México, Porrúa, 2005, pp. 59-84.

1. Los tribunales sirven como salvaguarda de la supremacía constitucional.
2. Se asegura que la interpretación final de la Constitución recaiga en un órgano relativamente aislado de los vaivenes de la vida político-partidaria.
3. Hay un contrapeso de las mayorías políticas.
4. Funge como garante de los derechos de minorías.
5. Defiende a grupos aislados o vulnerables que hayan sido desplazados ilegítimamente del proceso político.
6. Se da preferencia de la justicia material sobre los impedimentos de tipo procedimental.

Como puede intuirse, la orientación por uno u otro modelo determina el grado de la judicialización de la política, es decir, de la preeminencia o no de los jueces en el arbitraje de los conflictos jurídico-políticos, como son las reformas constitucionales.

Por tanto, la decisión del control constitucional de las reformas a la Constitución debe tomarse en última instancia por los propios tribunales, siendo conscientes de que "*la teoría del control no surge para defender al poder constituyente, sino a la Constitución*".²⁰

III. EL ESTABLECIMIENTO DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA Y SU OBJETO DE ESTUDIO

Como último apartado antes de entrar a la exposición de las acciones de mérito, debemos hacer una breve referencia a este medio de control, que nos sirva para determinar si es el proceso idóneo para *vigilar* las reformas constitucionales.

Este medio de control surge con motivo de la muy conocida reforma judicial de 1994,²¹ que junto con el rediseño de las controversias constitucionales, dota a la Suprema Corte del carácter de Tribunal Constitucional, con el objetivo de lograr que la supremacía de la Constitución se convierta en una realidad cotidiana.

²⁰ Rodríguez Gaona, Roberto, *El control constitucional de la reforma constitucional*, Madrid, Dykinson, 2006, p. 181.

²¹ *Diario Oficial de la Federación*, 31/12/1994.

Así, el artículo 105 de la carta federal reguló en su fracción II el medio para impugnar normas de carácter general que se consideren contrarias a la Constitución.²² Los entes legitimados en principio fueron el procurador general de la República y las minorías parlamentarias de los diferentes niveles de gobierno, para posteriormente darle

²² Artículo 105. La suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

(...)

II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.

Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:

a) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión;

b) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del Senado, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión o de tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano;

c) El procurador general de la República, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano;

d) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de alguno de los órganos legislativos estatales, en contra de leyes expedidas por el propio órgano, y

e) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, en contra de leyes expedidas por la propia Asamblea.

f) Los partidos políticos con registro ante el Instituto Federal Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, en contra de leyes electorales federales o locales; y los partidos políticos con registro estatal, a través de sus dirigencias, exclusivamente en contra de leyes electorales expedidas por el órgano legislativo del Estado que les otorgó el registro.

g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución. Asimismo los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

La única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución es la prevista en este artículo.

Las leyes electorales federal y locales deberán promulgarse y publicarse por lo menos noventa días antes de que inicie el proceso electoral en que vayan a aplicarse, y durante el mismo no podrá haber modificaciones legales fundamentales.

Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueren aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos.

(...)

legitimidad a los partidos políticos y a las comisiones encargadas de la protección de los derechos humanos.

Esta transformación constituyó un paso definitivo para la construcción de un México más democrático, además de otorgar un papel fundamental a nuestra Suprema Corte en la transición.

Por lo que toca a su objeto de estudio, existen posiciones antagónicas al respecto. Existe una visión restringida respecto a las normas que pueden ser impugnadas a través de ellas. Así, por ejemplo, la propia Corte ha definido que por normas generales se entienden sólo tratados internacionales y leyes dictadas por los congresos,²³ considerando a la generalidad como permanencia después de su aplicación.²⁴

En el caso particular, surge la duda si a través de este medio de control es posible examinar las reformas constitucionales. Con independencia de atender posteriormente a lo resuelto por los ministros, por ahora demos una mirada a algunas opiniones doctrinarias al respecto.

Conforme con la línea de nuestro Tribunal Constitucional, Luis Miguel Cano señala: "No existe sustento para distinguir entre preceptos constitucionales... el producto de una reforma constitucional es una norma constitucional y contra ellas no procede la acción de inconstitucionalidad. Ello no sólo porque no existe precepto en la Ley Fundamental que así lo establezca, sino sobre todo porque es ilógico. Lo es puesto que no se puede controlar la constitucionalidad de la Constitución".²⁵

En palabras de Pedro Salazar: "la norma en cuestión (la que permita a los jueces valorar la constitucionalidad de una reforma constitucional) por lo delicado del tema, tendría que estar en la propia Constitución. Es decir, ser producto del poder constituyente o ser creación del órgano reforma de la Constitución, pues de no ser así,

²³ Véase la tesis P/J. 22/99 de rubro: "Acción de inconstitucionalidad. Sólo procede contra normas generales que tengan el carácter de leyes o de tratados internacionales".

²⁴ Véase la tesis P/J. 23/99 de rubro: "Acción de inconstitucionalidad. Para determinar su procedencia en contra de la ley o decreto, no basta con atender a la designación que se le haya dado al momento de su creación, sino a su contenido material que lo defina como norma de carácter general".

²⁵ Cano López, Luis Miguel, "La acción de inconstitucionalidad", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, pp. 125 y 126.

la Corte se extralimita al otorgarse una facultad que la Constitución no le ha otorgado expresamente”.²⁶

En el otro espectro tenemos a Joaquín Brage, quien en su obra, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, manifiesta que el objeto de esta acción son las leyes parlamentarias y las que tengan fuerza de ley, así como las reformas constitucionales y los tratados internacionales, “pues las reformas constitucionales no son sino leyes de reforma expedidas por el Congreso de la Unión con mayoría reforzada y con la aprobación adicional de la mayoría de las legislaturas locales, además de que: el actual artículo 105 constitucional no excluye a tales leyes del control a través de la acción de inconstitucionalidad, ni tampoco se deduce ello de otro precepto constitucional —y deriva como consecuencia del principio de teología política (Schmitt) generalmente aceptado de la separación y distinción del *pouvoir constituant* y los *pouvoirs constitués* (Sieyès)”.²⁷

De nueva cuenta y como en muchos otros temas del derecho constitucional, tenemos soluciones completamente opuestas que pretenden ser correctas. Ahora bien, y como en repetidas ocasiones nos ha enseñado el profesor Manuel Atienza, al argumentar, es necesario producir razones a favor de lo que decimos; mostrar cuáles razones son pertinentes y por qué; rebatir otras razones que justificarían una conclusión distinta; todo ello en tanto partimos de la existencia de un problema y de razones objetivas, pues si pensamos que éstas no existen, no tendría sentido criticar una decisión, o calificarla de irracional, y por ende preguntarnos si un argumento es bueno o malo.²⁸

Por ello, y con el objetivo de decantarnos por alguna de las opciones puestas en la mesa del debate, es tiempo de conocer las acciones de inconstitucionalidad 168/2007 y su acumulada 169/2007.

²⁶ Salazar, Pedro, “Y, ¿dónde quedó el soberano?”, México, Revista *Nexos*, septiembre de 2008, pp. 8-10.

²⁷ Brage, Joaquín, “Objeto de la acción de inconstitucionalidad”, en *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, México, UNAM-III, 2005, pp. 215-274.

²⁸ Atienza, Manuel, “Derecho y argumentación”, en *Las razones del derecho*, México, UNAM-III, 2005 pp. 1-28; “Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales”, en *Doxa*, núm. 1, octubre de 1994; “Para una teoría de la argumentación jurídica”, en *Doxa*, núm. 8, 1990.

IV. ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD

168/2007 Y SU ACUMULADA 169/2007

Como se hizo mención en el planteamiento de la investigación, estas acciones de inconstitucionalidad se presentaron por partidos políticos nacionales con fundamento en el artículo 105, fracción II, inciso f, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos²⁹ el 13 de diciembre de 2007, las cuales por proveído del día 18 del mismo mes y año dictado por los ministros Góngora Pimentel y Gudiño Pelayo, en su carácter de integrantes de la comisión de receso, fueron desechadas al advertir que se actualizaba una causa notoria y manifiesta de improcedencia. Sus razonamientos fueron:

- Las acciones de inconstitucionalidad tienen por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y la Constitución federal. De la lectura de las demandas y sus anexos se advierte que los promoventes impugnan el decreto de reformas a la Constitución publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de noviembre de 2007, por lo que no se está en el caso de impugnación de leyes federales en materia electoral que puedan ser contradictorias con la norma fundamental.
- El constituyente originario configuró un órgano específico y complejo como su sucesor para que a través del procedimiento correspondiente, acuerde la adición o reforma de los preceptos constitucionales.
- El poder constituyente se distingue de los constituidos en lo siguiente: el constituyente originario es soberano, ilimitado y no gobierna, mientras que los segundos emanan de su voluntad, están limitados, y son instituidos para gobernar.

²⁹ Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una *norma de carácter general* y esta Constitución.

Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la *norma*, por:

(...) f) Los partidos políticos con registro ante el Instituto Federal Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, en contra de *leyes electorales federales o locales*; y los partidos políticos con registro estatal, a través de sus dirigencias, exclusivamente en contra de *leyes electorales* expedidas por el órgano legislativo del Estado que les otorgó el registro.

- El Decreto impugnado proviene de un órgano sucesor directo del constituyente originario investido de atribuciones que le corresponderían ejercitar éste, pero que antes de desaparecer del escenario político-jurídico se las transfiere y deposita.
- No puede desvincularse el proceso reformativo de su objeto, que es la aprobación y declaratoria de reformas constitucionales.
- Las reformas constitucionales emanan de una autoridad no incluida expresamente en el artículo 105 constitucional, además de que al referirse a leyes electorales federales o locales, son exclusivamente las ordinarias, mas no a las reformas y adiciones constitucionales.
- Lo anterior es acorde con el precedente establecido en la controversia constitucional 82/2001, de la cual deriva la tesis P./J. 39/2002 de rubro: "Procedimiento de reformas y adiciones a la Constitución federal. no es susceptible de control jurisdiccional".

Inconformes con dicha determinación, los promoventes de las acciones interpusieron los recursos de reclamación identificados con los números 33/2007-CA y 34/2007-CA resueltos el 28 de abril de 2008, en los siguientes términos:³⁰

- El desechamiento no puede ser manifiesto e indudable, al no existir una definición previa del sentido de la expresión "leyes" que se encuentra en los incisos de la fracción II del artículo 105 constitucional.
- Para estar en posibilidad de afirmar que algo no comparte las características de ley electoral, como se determina en el acto reclamado, es necesario el consenso del Tribunal.
- No existe una delimitación previa del objeto de este medio de control, es decir, no hay una noción clara sobre si puede ser

³⁰ En un principio los proyectos que se pusieron a la consideración del Pleno, proponían confirmar el desechamiento de las acciones de inconstitucionalidad, sin embargo, por una mayoría de seis votos, se consideró que no se daba el carácter de notoria y manifiesta de la causa de improcedencia. En este sentido, se encargó el engrose al ministro Cossío Díaz, integrante de la mayoría, para que presentara la resolución conforme al criterio mayoritario, el cual se expone brevemente.

- posible identificar la locución de "norma de carácter general" con cual sentido del concepto "ley".
- Se resuelven como procedentes y fundados, devolviendo los autos para que se continúe con el trámite del asunto.

Ahora bien, vale la pena detenernos un momento en la discusión que se llevó a cabo al resolver dichos recursos, pues es desde ese momento procesal cuando se empieza a dar el debate de fondo, con las mismas razones que serán utilizadas para resolver el asunto en lo principal. Analicemos.

En la sesión del Tribunal Pleno del 28 de abril de 2008, se dieron algunos argumentos que más adelante representarán las dos visiones en pugna.

La Constitución, como norma controladora del poder, no enuncia a un poder omnímodo e incontrolable poder constituyente... las reformas constitucionales se llevan a cabo mediante un procedimiento complejo, con reglas claras, en cuyo desarrollo pueden presentarse vicios como en cualquier otro... resulta necesario que exista la certeza de que las modificaciones a la norma constitucional son realizadas conforme a lo previsto por la propia Constitución, y para ello, el control jurisdiccional del órgano reformado resulta indispensable.³¹

Por otro lado se dijo:

Luego entonces, a mi parecer, una reforma constitucional... se efectúa por un órgano especial... y por ende, no puede ni debe dársele el carácter de una ley Federal, ni mucho menos de una ley local... no puede ser objeto de control constitucional, vía acción de inconstitucionalidad, es decir, atento a que, en los incisos que contiene la fracción II del 105, no está previsto tal supuesto.³²

Jamás se mencionó en la Constitución que el Poder Judicial de la Federación tendría injerencia alguna en las reformas a la Constitución... al final de cuentas... tiene que establecerse y certificarse por parte del Congreso de la Unión que están dadas las mayorías calificadas correspondientes y después certificarse por el órgano legislativo correspondiente del propio Congreso de la Unión que está dada la mayoría respecto de los congresos locales para efectos de las reformas constitucionales... aceptar límites a la acción del ór-

³¹ Intervención del ministro Góngora Pimentel.

³² Intervención del ministro Valls Hernández.

gano llamado constituyente permanente equivale a aceptarlo respecto de la soberanía que por ese solo hecho de deja de serlo... en ningún caso, en ningún caso, puede decirse ni por violaciones formales, ni por violaciones de fondo, podemos estar en el caso de analizar reformas a la Constitución".³³

Con una votación muy cerrada de seis votos en contra del proyecto que confirmaba el desechamiento, se decide declarar procedente y fundada la reclamación.³⁴ De esta manera las acciones planteadas seguirán su camino.

Conforme a lo anterior, se procedió a formular el proyecto de resolución por la ponencia del ministro Valls Hernández, el cual en términos sintéticos proponía:

- El órgano encargado de la reforma y adición a la Constitución es un sucesor del constituyente originario, sin que por ello esté encima de la misma, al ser un órgano constituido y por ende limitado constitucionalmente. Tal situación no puede traducirse en que al ejercer su atribución, esté exento de control alguno.
- La verificación del procedimiento reformativo es una garantía del respeto al principio de supremacía constitucional.
- Tanto la rigidez como la supremacía constitucional, sólo encuentran sustento cuando se cuenta con medios de control de toda actuación de los poderes constituidos, cuyo conocimiento en México, ha sido conferido al Poder Judicial de la Federación.
- De esta forma, sí cabe plantear la inconstitucionalidad del procedimiento reformativo, esto es, su inconstitucionalidad formal, sin que puede plantearse un control material, en tanto nuestra Constitución no prevé límites expresos o cláusulas de intangibilidad.
- Sin embargo, la Suprema Corte no puede realizar dicho control a través de cualquier medio, pues debe atenderse a su objeto de tutela.
- De la interpretación del artículo 105, así como del procedimiento que le dio origen, la acción de inconstitucionalidad fue

³³ Intervención de la ministra Luna Ramos.

³⁴ Los ministros Franco González Salas, Luna Ramos, Gudiño Pelayo, Valls Hernández y Ortiz Mayagoitia formularon voto de minoría, el cual tendrá una importancia particular, como se podrá ver más adelante.

establecida para controlar normas generales, entendidas como leyes ordinarias, sin comprender las reformas constitucionales. De ahí, que sólo se legitime a un porcentaje determinado de las Cámaras del Congreso de la Unión, de las legislaturas locales y de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, que las hubieren expedido y por tanto dependiendo del ámbito de aplicación. Además, tratándose de los partidos políticos se limita su legitimación por cuestión de materia, es decir, la electoral, lo que no puede predicarse de la Constitución.

- El Poder Judicial de la Federación no puede ampliar su ámbito competencial o el objeto de un medio de control constitucional, so pretexto de salvaguardar la supremacía de la Constitución federal, por tanto la acción de inconstitucionalidad no es la vía o medio control para impugnar una reforma constitucional.
- Concluyendo con las siguientes interrogantes: ¿cómo podrían delimitarse los ámbitos material y de aplicación de la Constitución? ¿Quiénes de lo sujetos legitimados podrían ejercerla? ¿Qué papel tendrían las legislaturas estatales que intervienen en el procedimiento de reformas?

Con estos considerandos se llega a la sesión del 26 de junio de 2008, la cual resulta fundamental para entender los términos definitivos de la sentencia. Expliquemos por qué.

La resolución final tiene como eje sustentos muy similares a los contenidos en el proyecto original antes referido, tal como lo veremos en seguida. Sin embargo, tiene una peculiaridad muy importante consistente en la *imposibilidad total* de control del procedimiento previsto en el artículo 135 constitucional, en tanto los límites formales establecidos "únicamente pueden ser revisados por el órgano legislativo federal, en su carácter de parte y de última instancia en el procedimiento de reformas a la Constitución, al momento de emitir la declaratoria de aprobación correspondiente".³⁵ Si se recuerda, la consulta aceptaba la posibilidad de control formal, sin embargo, se decía que la acción de inconstitucionalidad no era la vía idónea. Esta diferencia radical es una verdadera anomalía que debe ponerse de manifiesto y hacer explícita su razón de ser, pero

³⁵ Foja 254 de la versión final.

baste por ahora concentrarnos en los considerandos de nuestra decisión definitiva. El proyecto finalmente aprobado tiene como fundamento lo siguiente:

- Resulta fundamental la relación causa-efecto que existe entre el concepto de soberanía y la función reformadora de la Constitución. En ese contexto el poder encargado de ésta función, es el depositario único y directo de la facultad soberana de modificar o adicionar normas a la Ley Fundamental.³⁶
- En el procedimiento establecido en el artículo 135 no se señala la intervención del Poder Judicial de la Federación.
- El poder de reforma siendo un órgano constituido, al realizar su función, se encuentra por encima de los tres poderes y de cualquier órgano público, en virtud de que es el único que puede suprimir, reformar, adicionar o matizar las atribuciones y funciones estatales.
- Los límites materiales a la reforma son aquellos previstos expresamente en el texto constitucional, los que no existen en el caso. Por su parte, sí existen límites formales, los cuales son verificados al momento de declararse la aprobación de las reformas o adiciones.
- El ejercicio del poder constituyente se lleva a cabo por el constituyente originario y, posteriormente, por el constituyente permanente, que produce normas de la más alta jerarquía, de tal modo que no puede quedar sujeto a limitaciones o restricciones.
- Sería deseable reconocer la posibilidad de control externo de las anomalías de las reformas o adiciones, sin embargo, ellas solamente podría combatirse a través de los mecanismos previstos en la Constitución federal.

³⁶ Aun suponiendo que esta premisa fuera correcta, se podría objetar con Constant que: "la soberanía no es existe más que de una manera limitada y relativa. En el punto en que comienza la independencia de la existencia individual se detiene la jurisdicción de esta soberanía. Si la sociedad franquea esta línea se hace tan culpable como el déspota que no teme sacar el gladio exterminador... La voluntad de todo un pueblo no puede hacer justo aquello que es injusto. Los representantes de una nación no tienen derecho a hacer lo que la nación no tiene el derecho de hacer por sí misma", citado por Manuel García Pelayo, "La estructura constitucional del Estado democrático liberal", en *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza, 1984, p. 199.

- Ni al establecerse este mecanismo de control o sus sucesivas reformas se hizo alusión a la posibilidad de controlar las reformas constitucionales. Asimismo, el término normas generales se entienden como leyes ordinarias expedidas por los órganos legislativos que enuncia el propio artículo 105, de ahí su legitimación.
- No puede hablarse de un ámbito aplicación limitado de la norma constitucional, ya sea federal, estatal o del Distrito Federal. Así como tampoco de una materia en particular, como la electoral.
- No puede encuadrarse al órgano reformador dentro de los órganos legislativos que enuncia el 105, fracción II, de la Constitución nacional.
- El Poder Judicial de la Federación no puede ampliar su ámbito competencial o el objeto de un medio de control constitucional, so pretexto de salvaguardar la supremacía constitucional. No existe un medio de control constitucional sobre el proceso de reformas a la Ley Fundamental, pues tal facultad debería estar prevista expresamente.

1. Crítica argumentativa

La sentencia tiene como pivote la calidad soberana del "poder constituyente permanente", así como su carácter de órgano exento de control, postulados que en términos generales ya han sido contradichos en su oportunidad.

Por tanto, y con el objeto de no repetir las ideas manifestadas, sólo se contra-argumentan algunos puntos concretos que restan por debatir, y que por razón de orden dividiremos en cuatro temas.

1. *El control de las reformas constitucionales.* El control "externo" de las reformas a la Constitución no sólo es deseable como se afirma en la sentencia, sino constituye una exigencia constitucional derivada de la función que cumplen los jueces en el Estado contemporáneo, y por previsión expresa del artículo 17 de la Carta Magna:

Artículo 17. (...)

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales 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.³⁷

(...)

¿Es imparcial el examen de constitucionalidad que realice el “órgano” encargado de llevar a cabo las reformas constitucionales? ¿Se cumple así con el mandato expreso de la Constitución federal, o deben utilizarse los medios previstos por la misma para impartir justicia? ¿Cómo puede descubrirse un instrumento de control implícito en el 135, cuando el criterio que sustenta el fallo radica precisamente en la falta de previsión expresa en el 105?

Por otra parte, y volviendo a la consideración vertida en la resolución definitiva consistente en la imposibilidad absoluta de control de las reformas constitucionales, a diferencia de la propuesta del proyecto original, es necesario hacer notar cómo surge esta posición. Si se recuerda bien, ésta idea viene plasmada en el auto de desechamiento de las acciones inconstitucionalidad, tomada de la controversia constitucional 82/2001. De ahí pasó al proyecto original de los recursos de reclamación, que al haberse declarado fundados, termina como voto de minoría.

Estando ya en el momento de la discusión última el ministro Gudiño Pelayo recuerda este voto, el cual había sido suscrito por el ministro ponente Valls Hernández, haciéndole notar la diferencia fundamental entre estas dos posiciones. De igual forma, la ministra Luna Ramos y el ministro Franco González Salas, quienes también suscribieron el voto de minoría, manifiestan su conformidad con el sentido del proyecto pero no con las nuevas consideraciones relativas a la viabilidad de control.

De esta manera, y ya en la votación, el ministro Valls Hernández acepta las recomendaciones de dichos ministros de no apartarse del voto de minoría que había suscrito, lo que en otras palabras se traduce en cerrar la puerta de manera absoluta al control de las reformas constitucionales, es decir, por ninguna vía.

³⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de febrero de 1917.

¿Esto tiene alguna implicación? Me parece que sí, en primer término son posiciones opuestas, pues una admite el control, pero no por vía de la acción de inconstitucionalidad, y la otra, no acepta control alguno. Además, si se analiza la votación, lo que resulta es que por una minoría de cinco ministros (quienes suscriben el voto particular) se establece esta prohibición absoluta, lo cual no era querido por la mayoría de siete ministros que votaron a favor del sentido del proyecto. Esto es así, en tanto los ministros Azuela y Sánchez Cordero, también son partidarios del control formal, pero objetaban la legitimidad de los partidos políticos por no tratarse de una ley “electoral”.

A mi entender, esta es una deficiencia gravísima de argumentación, pues sin ser una posición mayoritaria, la resolución termina repeliendo de manera absoluta el control constitucional, de lo cual al parecer nadie se percató.³⁸

2. *El carácter de normas generales y de leyes federales o locales de las reformas constitucionales.* A este respecto, en nuestra opinión, resulta aventurado afirmar que de los procedimientos legislativos de las reformas constitucionales de 1994 y 1996 referentes a la acción de inconstitucionalidad se desprenda una exclusión tajante de la impugnación de normas distintas a las leyes o tratados internacionales, pues si bien no queda duda respecto a la procedencia en contra de éstas, el tema de las reformas constitucionales no fue estudiado y por tanto debe ser definido mediante la interpretación jurisdiccional del producto final establecido en el artículo 105. Es decir, no es posible interpretar el silencio del “legislador” como negación de procedencia, ya que implicaría esperar de la Constitución algo que no nos puede dar por su propia naturaleza, esto es, el detalle de la propia normativa constitucional.

De esta manera, resulta obligado responder si es posible considerar a las normas que emanan del procedimiento de reforma constitucional como leyes federales o locales, pues en principio su carácter de normas generales no está en duda. Para ello, nos apoyaremos en algunos de

³⁸ Esperamos que esta anomalía no sea reflejada al resolver los diversos juicios de amparo interpuestos en contra de la misma reforma constitucional, que al momento de escribir estas líneas, comienzan un arduo camino.

los argumentos dados por el ministro Cossío en la sesión pública en que se discutió el asunto.³⁹

El ministro en cita parte de la idea que la expresión norma general utilizada en la fracción II, del artículo 105, tiene como función agrupar dos modalidades específicas, como son, las leyes y tratados internacionales, y propone que se interprete “ley” conforme a lo establecido por las Leyes Constitucionales de 1836, en las cuales se señaló que tal concepto corresponde a normas que versan sobre materias de interés común dentro de la órbita de atribuciones del Poder Legislativo.

Partiendo de esta suposición, la cual me parece correcta en tanto utiliza un método de interpretación histórico y no se “pierde” en un concepto teórico⁴⁰ de opiniones divergentes, es necesario determinar si es posible su calificación como federales o locales.

El argumento de la sentencia consiste básicamente en la imposibilidad de adscribirle un ámbito de aplicación federal o local a la normativa constitucional, lo cual es parcialmente correcto.

El problema está precisamente en el criterio de identificación de leyes federales y locales utilizado, pues las normas no son federales o locales en razón de su espacio territorial de validez, ello es sólo una consecuencia contingente, sino deriva del órgano que las emite, ya sea el Congreso de la Unión, en cuyo caso serán federales, o los órganos legislativos locales, supuesto en el cual serán estatales.⁴¹

³⁹ Intervención del ministro Cossío Díaz en la sesión del 26 de junio de 2008.

⁴⁰ Por ejemplo, Riccardo Guastini, señala: “Las Constituciones (escritas) son ‘leyes’ en sentido genérico, es decir textos normativos: documentos que expresan normas (jurídicas)”, pero que se distinguen de las demás leyes, por su función característica: limitar el poder político; su contenido típico: distribución de poderes y regulación de las relaciones entre Estado y ciudadanos; y por su forma: es decir, su nombre y régimen jurídico. “Sobre el concepto de Constitución”, en *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, pp. 29-46. Asimismo, Carlos de Cabo considera: “la diferencia de la ley y la peculiaridad de la Reforma derivan de su distinto origen. No sólo se trata de un procedimiento distinto, sino de un Poder, de un órgano constitucional, en definitiva de una voluntad distintos, especialmente cuando se incluye el Referéndum”. *La Reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho*, Madrid, Trotta, 2003, p. 63.

⁴¹ Podría objetarse con aparente justa razón, que el criterio propuesto para determinar cuándo una norma es federal o local, no concuerda con el propio artículo 105, que en sus primeros dos incisos de la fracción II, se refiere a leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión, por lo que pareciera ser que existen leyes emitidas por este órgano que no son federales. En nuestra opinión, estas leyes del “Distrito Federal” expedidas por el Congreso de la Unión, son leyes federales (pues son emitidas por el Congreso Federal) de aplicación local, como es el Estatuto de Gobierno.

No está de más decir, que incluso sosteniendo el criterio diferenciador de la sentencia, las reformas constitucionales como normas de aplicación nacional, podrían perfectamente “encajarse” como federales, en tanto su ámbito territorial coincide. Sin embargo, tendría el inconveniente de impedir la legitimación a los partidos locales.

Entonces, ¿las reformas constitucionales son federales o locales? En nuestra opinión, gozan de un doble carácter, pues son emitidas por el Congreso de la Unión y las legislaturas locales en una actuación conjunta, sin que por ello se conviertan en un órgano superior.

Por otra parte, se argumenta que es imposible adscribirle una materia a la norma constitucional, pero, ¿esto es cierto? Me parece que no, simplemente por la misma razón de que la propia Constitución en el artículo 105 y en muchos otros se autodefine como tal o cual.

3. *Legitimación del “órgano” reformador de la Constitución.* De igual manera pueden realizarse ciertas objeciones al argumento consistente en la falta de legitimación del “órgano reformador”, derivada de su función no ordinaria de reforma constitucional, y por tanto no previsto en el 105 constitucional.⁴²

Lo primero que podría debatirse es su calidad de órgano de soberano e ilimitado, como se expuso al tratar la diferencia entre poder constituyente y poderes constituidos. Más allá de lo anterior, resulta innecesario y contradictorio negar la procedencia de la acción en contra de cierto tipo de material normativo (entiéndase reformas constitucionales), por la falta de legitimación de los órganos interesados en su impugnación.

Me doy a entender. Para poder decidir quién tiene legitimación activa, es indispensable primero saber de qué tipo normativo estamos hablando, en tanto el juicio gira en torno al estudio de la norma en concreto.

⁴² Resulta paradójica la necesidad de rebatir este argumento, pues en la misma sentencia y en algunos precedentes, se afirma que la legitimación activa depende del tipo de norma impugnada (federal o local). Sin embargo, resulta necesario hacerlo, pues a foja 238 de la resolución se argumenta que el “órgano reformador” no tiene legitimación en razón de la función no ordinaria que realiza, por lo que no sobra recordar lo que la misma Corte dice en su sentencia. En otros términos, si a lo largo de los considerandos se señala que la legitimación depende de la norma impugnada, es contradictorio afirmar que no se tiene legitimación por la “calidad” de la función.

Pongamos un ejemplo; tratándose de leyes federales en principio los entes legitimados para impugnarlas son una minoría de la Cámara de Diputados, una minoría de la Cámara de Senadores, el procurador general de la República, los partidos políticos nacionales, la Comisión Nacional de Derechos Humanos. Ahora bien, en el orden de estudio, lo primero a plantearse es si estamos o no frente a una norma federal, para posteriormente decidir si en el caso particular es electoral o vulneradora de derechos fundamentales, para entonces ampliarle a estos últimos la posibilidad de impugnación. El problema es, pues, el punto de partida. Es decir, las normas impugnables no son en razón de los entes legitimados, sino viceversa.⁴³

En este entendido, y con la finalidad de poder encuadrar al órgano reformador en los supuestos previstos en el artículo 105, fracción II de la Constitución federal, como órgano emisor de la norma, es indispensable romper con la idea de un órgano unitario distinto del Congreso de la Unión y de las legislaturas de los estados, de tal forma que se comprenda su actuación de manera independiente pero con un fin común. Si esto es así, no existiría impedimento alguno para identificar a los órganos emisores de la reforma, en los supuestos enumerados por dicho numeral.⁴⁴

4. *La falta de competencia de la Suprema Corte.* Por último, y de manera fundamental es necesario responder, ¿estamos ante una indebida ampliación de competencias del Tribunal Constitucional? ¿La procedencia de la acción de inconstitucionalidad en contra del procedimiento de reformas constitucionales no está previsto en el 105? A la primera pregunta, podemos decir que no, a la segunda, que sí.

Razonemos. La interpretación es un medio para desentrañar el sentido del lenguaje, consiste en la incorporación o asignación de

⁴³ Véase la tesis P/J. 7/2007 de rubro: "Acción de inconstitucionalidad. Quiénes se encuentran legitimados para promoverla atendiendo al ámbito de la norma impugnada".

⁴⁴ De esta idea participa el ministro Cossío Díaz, como lo hizo manifiesto en la sesión del 26 de junio de 2008. Además, la posibilidad de encuadrar al "órgano reformador" como alguno de los emisores de la norma (Congreso de la Unión, órganos legislativos estatales, o Asamblea Legislativa) sólo tiene trascendencia cuando se trata de la legitimación de las minorías parlamentarias, no así de partidos políticos, pues la fracción f) solamente se refiere a leyes federales o locales, sin mencionar en específico al órgano emisor.

un sentido a ciertos signos, términos o palabras a fin de hacerlos corresponder con determinados objetos.

De tal manera que cualquiera que dote de significado a un lenguaje lleva a cabo una interpretación. De ahí se sigue que al otorgarse cierto significado al discurso jurídico se está interpretando, tarea que al llevarse a cabo por el órgano aplicador impone deberes o confieren facultades.⁴⁵

Debemos tener presente que en muchas ocasiones las normas no tienen un significado claro y predeterminado, sino que debe ser identificado a través de la actividad interpretativa de los jueces,⁴⁶ como sucede en el caso.

Bajo esta tesitura, no podemos considerar que la procedencia de la acción de inconstitucionalidad en contra de reformas constitucionales implique una indebida ampliación de competencias de la Suprema Corte, en tanto deriva, y esto es lo más importante, de una argumentación sólida respecto al sentido que debe dársele al 105, fracción II, de la Constitución Política de México.

V. CONCLUSIONES

1. En tanto la Constitución es norma, vincula a todos los órdenes de gobierno, incluyendo al poder de reforma constitucional.
2. El Estado constitucional propugna por una visión material de la Constitución, la cual no puede ser desconocida sino quiere ponerse en manos de las mayorías la existencia de la democracia.
3. El poder constituyente se diferencia de los poderes constituidos, por su carácter previo e ilimitado.
4. Mediante la reforma a la Constitución no pueden realizarse cualquier tipo de cambios, en tanto existen límites formales y materiales.
5. Los jueces cumplen la importantísima función protectora de la supremacía constitucional, sin hacer distinciones del poder constituido ante el cual se encuentren.

⁴⁵ Tamayo y Salmorán, Rolando, "Interpretación jurídica", *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2004, pp. 2131-2135.

⁴⁶ Taruffo, Michele, "Jueces y política: de la subordinación a la dialéctica", en *Isonomía*, núm. 22, abril de 2005, p. 13.

6. El establecimiento de la acción de inconstitucionalidad en México constituye un paso fundamental para consolidar el control del poder, teniendo entre sus objetivos el examen de la actuación del poder político-jurídico por excelencia, esto es, el poder de revisión de la Constitución.
7. No compartimos la argumentación vertida durante la larga travesía de las acciones de inconstitucionalidad 168/2007 y su acumulada.
8. En último término, estamos ante una cuestión de la forma de entender a la Constitución y los medios de control constitucional.

BREVE CONTEXTO HISTÓRICO DEL PENSAMIENTO JURÍDICO EN TORNO A LA BANCA

Mario SIMÓN CANTO

SUMARIO: I. *En la Antigüedad.* II. *En la Roma Antigua.* III. *La Edad Media.*
IV. *Siglos XVIII a XIX.* V. *De 1800 a la época actual.*

Como otras actividades humanas, la relativa a la banca tiene una larga historia que está muy ligada en sus orígenes a los pueblos asentados en la cuenca mediterránea y, posteriormente, a los pueblos europeos. Sin embargo, en nuestros días es un fenómeno que se observa en todos los países del mundo. Los orígenes más remotos los ubican los autores en el Medio Oriente y específicamente en Babilonia. Se cree que era el intercambio de cosas que producían los pueblos entre sí, lo que dio origen a muchas industrias, al comercio mismo y por ende, a la banca.

Aproximadamente desde el siglo V antes de Cristo, se establecieron una serie de pueblos, tanto en la Meseta Mesopotámica, como en sus alrededores, los cuales habrían de desarrollar el comercio, por la situación geográfica de cierto privilegio que tuvo históricamente esa meseta, puesto que a través de ella pasaban o se recibían, para enviarlas a otras regiones, muchas mercaderías, tanto del lejano Oriente, como de pueblos ubicados en la cuenca mediterránea y aun del centro y del noroeste de Europa; de tal manera que la Meseta Mesopotámica y los pueblos que a través de la historia se asentaron en ella, fueron el origen del comercio antiguo y medieval, pues ya fuera que el comercio

se hiciera por medio de caravanas por la ruta del desierto, o bien por mar, bajando por el estrecho de Ormuz, el intercambio siempre se realizaba en ciudades de dicha meseta o próximas a ella.¹

I. EN LA ANTIGÜEDAD

En la Edad Antigua no existían bancos en el sentido moderno de la palabra tal y como ahora la concebimos, sino instituciones que se parecían en sus funciones y que tenían por objeto el dinero o sus equivalentes. Estas instituciones eran diferentes dependiendo de las civilizaciones en las que se encontraban, basando su funcionamiento según las características de las respectivas economías.

En el periodo Asirio Babilónico, la economía a la que hemos hecho referencia se encontraba alrededor del eje central, el cual estaba constituido por el Rey y por la Divinidad, de tal manera que todos los bienes y los depósitos eran llevados al palacio y al templo, lugares en donde los súbditos aportaban sus tributos.

En aquellos tiempos, las cabañas no eran seguras en su construcción y estaban expuestas a constantes saqueos, mientras que el palacio y el templo tenían muros muy sólidos y estaban protegidos por gentes armadas y sobre todo por la santidad del lugar.

Así pues, el campesino depositaba en ellos su cosecha, y el comerciante, en espera de realizar largos viajes, sus bienes en mercancías. Una vez efectuado el depósito en el palacio o en el templo, el cliente recibía una especie de certificado con funciones de recibo. Esto sucedía desde los tiempos de *Hammurabi*, hace unos 2250 años antes de Cristo. Entonces ya existían acuerdos entre los conductores de caravanas, una especie de seguro mutuo, según el cual los daños recibidos por algunos de ellos, por ser víctimas de actos de pillaje, eran resarcidos por la comunidad.

Se desarrollaron también los llamados "anticipos", especialmente en los templos de *Samas* y *Sippar*, que eran verdaderos centros de negocios. Gradualmente las operaciones bancarias se laicizaron e intervinieron los anticipos entre particulares. El deudor extendía al acreedor una especie de reconocimiento de adeudo, conteniendo la cláusula "al portador" y el portador podía pretender su pago al ven-

¹ Cfr. Acosta Romero, Miguel, *La banca múltiple*, Porrúa, México, 1981.

cimiento. Esto constaba en un *bloque de diorita*, que se encontró en Susa, que era el Código de Comercio de aquella época, mismo que reglamentaba también las relaciones financieras.

De esta manera, el proceso de laicización se acentuó grandemente, ya que el centro de gravedad se desplazó del templo y del palacio a la gestión entre particulares, surgiendo así las primeras iniciativas de carácter individual. El historiador Leo Goldschmied describe la aparición de la gestión bancaria entre particulares de la siguiente manera:

La podemos situar alrededor del siglo VI antes de Cristo, en donde surgen las primeras grandes iniciativas entre particulares. Dos casas comerciales, Igibi de Sippar y Murashu de Nippur, tienen en ese periodo una importancia capital en el comercio, según lo vemos en sus archivos, que se han conservado hasta nuestros días. Sus fortunas familiares se transmiten de padres a hijos, toman y dan en arrendamiento casas y terrenos, poseen navíos, hacen cultivar las tierras por esclavos, y como administradores reciben dinero, que a su vez prestan; es perfecta su analogía con el *merchant banker* de hoy, con el comerciante banquero inglés.²

Por otra parte, dado que la ley de Moisés prohibía prestar dinero con intereses, excepto en las relaciones con los extranjeros, el desenvolvimiento bancario de los hebreos fue mucho más lento. El templo era el que conservaba el tesoro sagrado y el que administraba los bienes de los huérfanos y de las viudas y recibía los depósitos de todo el pueblo. Los hebreos fueron, en un principio, un pueblo de agricultores y de pastores, pero tenían características de guerreros. Sin embargo, tenían una buena disposición para el comercio al igual que los fenicios. Con respecto al comercio que practicaban los hebreos, Goldschmied cita lo siguiente:

Apenas dos siglos antes de Jesucristo, aparecen los primeros cambistas que se instalan en las gradas del templo. En realidad aparece contraria a cualquier juiciosa regla monetaria la historia del becerro de oro que Aronne quiso y que Moisés repudió. ¿Es acaso la forma que nos recuerda el buey Apis de los egipcios? Se hubiera podido fundirlo, pero Moisés hace reducir el becerro a polvo y lanzar las cenizas en el agua de un torrente. Nos inclinamos reve-

² Goldschmied, Leo, *Historia de la Banca*, Ed. Hispano Americana, México, 1961, p. 2.

rentes frente al Moisés legislador, pero admiramos menos sus cualidades de hombre de finanzas.³

Cabe resaltar que dentro de la época antigua, en Grecia se tenía una especial inclinación por el comercio. Los banqueros en Grecia se conocían con el nombre de *Trapezitas* y *Colubistas*, mismos que se dedicaban al cambio y a hacer préstamos. En Atenas, hacia el siglo V, la mayor parte de ellos eran extranjeros y las tasas de interés que cobraban eran exageradamente altas. Los bancos griegos siempre enfrentaban serios problemas, pues los intereses eran tan altos, que mucha gente los denunciaba como un crimen. Debido a esto, hacia el siglo V mucha gente prefería esconder sus ahorros en lugar de entregarlos a los bancos. Los templos servían también como bancos y otorgaban préstamos a los individuos y a los propios estados. El templo más importante que servía como banco era el Templo de Apolo, en Delfos.

Hacia el siglo V, el cambio de la moneda se realizaba en sus orígenes sobre una mesa a la cual se le conocía con el nombre de *Trapeza*, empezando a recibir dinero en depósitos y, a su vez, a prestarlo cobrando intereses. El nombre de los banqueros era el de *Trapezita*, que significa "el hombre de la mesa". Los *Trapezitas* facilitaron la circulación de la moneda en forma más libre y rápida, y facilitaron la estimulación y la expansión del comercio ateniense. Como consecuencia, el empleo de la moneda se fue expandiendo en las colonias griegas, desde aquellas establecidas en las riberas del Mar Negro hasta Magna Grecia o Sicilia. De aquí tomaron los cartagineses también la costumbre del uso de la moneda.

Asimismo, en Grecia existían ciertos organismos considerados por la doctrina como semioficiales que llevaban a cabo el comercio con la plata. Estos organismos, al igual que en los periodos Asirio Babilónico y Hebreo antes descritos, eran los templos. De esta manera se hablaba del Templo de *Samos* y del Templo de *Artemisa* en Efeso, mismos que contaban con capitales considerables y los usaban para pedir préstamos a largo plazo a las ciudades como a los ciudadanos, ejerciendo el Estado cierta vigilancia sobre la actuación de estos templos en este aspecto.

³ *Ibidem*, p. 3.

En su obra *Historia de la Banca*, el maestro Goldschmied aborda, además de los *Trapezitas*, el desarrollo de los llamados *Merchant-bankers*. A este respecto Goldschmied escribe:

También en las ciudades griegas aparece el tipo de *Merchant-bankers*, según el ejemplo Babilónico. Existía en el siglo IV antes de Cristo, un famoso comerciante, del que hablan los oradores de la época y se le conocía con el nombre de "Pasión", que trabajaba con dineros propios y con dineros ajenos pagando intereses. Pasión, un ex liberto, había creado una organización peculiar. Se ignora qué forma tenían los giros o los recibos. Se sabe solamente que tanto los depósitos como los retiros de fondos eran efectuados en efectivo en presencia de dos testigos. Parece que no existía más escrito que una especie de libro mayor. Pero también en este aspecto la opinión de los estudiosos está en contradicción. De cualquier modo que fuese, Pasión ya no es el cambista, pues poseía manufacturas propias, realizaba negocios con todos los centros del Mediterráneo, tenía la exclusiva de las proveedurías militares y de los préstamos públicos, pero aún no tenía la función especializada del banco. Finalmente los hijos heredaron, uno las manufacturas, otro la trapaza; este último se acerca ya a la función del banquero puro.⁴

De la misma manera, en el siglo IV antes de Cristo, los estados griegos y las iglesias fundaron bancos públicos con el fin de sustraerse a la presión de las fuertes tasas de interés de los banqueros privados, religiosos y laicos; de tal manera que los bancos públicos griegos estaban manejados por funcionarios y tenían la guarda de los fondos públicos, el monopolio del cambio manual de la moneda, de los cobros públicos y del pago de los gastos del Estado. Algunos de los bancos públicos más conocidos fueron los de Atenas y Delfos.

Entre los progresos que se le atribuyen a los griegos en la técnica bancaria están el aceptar los depósitos mediante el pago de intereses a los clientes y su utilización a su vez, lo que ahora conocemos como "operaciones activas" establecidas en la Ley de Instituciones de Crédito.

También aportaron a la técnica la garantía de los préstamos sobre mercancías muy diversas y los antecedentes del afianzamiento. De igual manera, los griegos desarrollaron el préstamo a la gruesa marítima, prestando además a su clientela servicios tales como la guarda en

⁴ *Ibidem*, p. 4.

cajas fuertes de joyas, servicios de caja y servicios de pago en otras plazas, lo que ahora conocemos como "operaciones de servicios" establecidas también en la Ley de Instituciones de Crédito.

Se ha llegado a afirmar que fueron los banqueros griegos los que inventaron el instrumento jurídico del cheque, y así se cita a Isócrates, que en su trapezítica comenta este instrumento bancario como el mejor medio de sustraer una suma de dinero de los riesgos de un viaje. Todas estas operaciones bancarias, en principio ya complicadas, sólo fueron posibles gracias a que los griegos perfeccionaron los métodos contables ideados por los Babilonios. Otra parte de influencia de los bancos griegos se aprecia en Egipto, en los bancos que se establecieron posteriormente a la conquista de Alejandro Magno y bajo la dinastía de los Ptolomeos.

Finalmente, dentro de la época antigua, es importante describir el desarrollo bancario en Egipto, en donde su economía estaba basada principalmente en el trueque, figura que excluía radicalmente cualquier forma o figura bancaria del tipo babilónico o griego, como las descritas con anterioridad. Sin embargo, Goldschmied encuentra una importante contradicción en lo que han dicho los estudiosos con respecto a que la economía de los antiguos egipcios estaba basada en el trueque:

El caso José interpreta los sueños del Faraón, promulga las reformas con plenos poderes que le fueron conferidos con el faraón y crea en Egipto el instituto jurídico de la Enfiteusis; dicho con otras palabras: la expropiación. Pero en la primera época del ciclo económico (el de las vacas flacas), vende el trigo acumulado en los graneros, por dinero; y sólo posteriormente llega el turno del ganado y las tierras. Otra prueba de la existencia del dinero entre los egipcios: a petición del padre Jacob, los hermanos de José fueron a Egipto, ignorando la brillante carrera hecha por el hermano, vendido, *illo tempore* a los islamitas, para comprar trigo. De regreso a sus casas, con los costales llenos de trigo, los vaciaron y he ahí que aparece en la boca del costal de cada uno el dinero devuelto.⁵

Alrededor del año 300 antes de Cristo, llega a Egipto la dinastía de los Tolomeos, seguidos por los trapezistas. Gradualmente, las autoridades centrales abandonaron las funciones bancarias monopolísticas

⁵ *Ibidem*, p. 5.

y solamente conservaron dos funciones primordiales, sobre todo la de acuñación de moneda, y para que no se abusara, como era el peso y el contenido del material precioso, la población, perdiendo la fe en la moneda, regresa al método del cálculo tomando como base el trigo.

Como consecuencia natural, los Tolomeos asumieron la segunda función, esto es, la de establecer una especie de figura jurídica que hoy en día conocemos como "cámara de compensación", en donde el granero del Estado operaba los cambios de cuenta entre los clientes con transferencia de la cuenta de un cliente a la de otro. De esta manera, el trigo se convirtió en el medio de cambio invisible y la moneda en la base del cálculo. Como consecuencia de esta última función, Egipto se convirtió en el granero de Roma y a los últimos reyes Tolomeos se les entronizaba después de haber obtenido el consentimiento del Senado romano. Desde ese entonces, en Egipto se empezaron a aplicar los métodos monetarios y los sistemas bancarios de la urbe.

Es en la Edad Antigua en donde se inventaron magistralmente, muchas de las figuras jurídicas que hasta el día de hoy se conservan como parte esencial de la intermediación bancaria; mismas que han ido evolucionando a través del tiempo, pero conservando su naturaleza jurídica hasta llegar a tipificarse en ordenamientos legales de México, tales como la Ley de Instituciones de Crédito o la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras.

II. EN LA ROMA ANTIGUA

Los romanos, después de cinco siglos de fundada Roma, aprendieron de Grecia la utilización de la moneda y desde entonces, la Banca en la Roma de la época clásica, ya era considerada una actividad meramente con fines de lucro.

En su obra, *Banca, navegación y otras empresas en el derecho romano*, el jurista Carlos Soriano Cienfuegos explica que el término "banco" no era otra cosa más que una función empresarial:

...Es justificable considerar que el actual término banco corresponde al latino *mensa*, especialmente si se tiene presente que la actividad a la que las fuentes romanas designan con dicho término, actualiza un auténtico tipo empresarial, de acuerdo con lo que se deriva en la lectura de dos pasajes de Ulpiano, 28 ad ed, y de las primeras palabras de otro de Papiniano. En efecto, a partir

de ellos es posible advertir que se trata de una *negotatio*, es decir, de una actividad que presupone una negociación con fines de lucro.

Así, el nombrado para encargarse de un negocio de cualquier tipo se llamará propiamente factor. Pero también si alguno puso a un esclavo al frente de un banco se obligará en razón de él.

En latín, *Cuicumque igitur negotio praepositus sit, institor recte appellabitur ... Sed et si in mensa habuit quis servum praepositum, nomine eius tenebitur.*

Y la elocuente cita de Papiniano:

La negociación de un banco, aceptada por causa de fideicomiso...
En lengua original, *Mensae negotium ex causa fideicomissi...*⁶

De esta brillante interpretación que realiza Soriano Cienfuegos con respecto al origen del término banco, se desprende efectivamente que el negocio bancario en Roma tenía como fin preponderante el lucro, aun cuando su desarrollo era muy primitivo.

Este desarrollo primitivo se realizó por la orden ecuestre, que en su origen eran ciudadanos capaces de enrolarse en el ejército, con caballos propios o comprados con su propio dinero y que, con el tiempo, constituyeron una elite que además de formar parte del ejército, realizaban una serie de negocios tales como construcción de obras públicas, el aprovisionamiento de los ejércitos y de las flotas, y en cierta forma, de las actividades crediticias.

El maestro Miguel Acosta Romero describe los inicios de la actividad financiera en Roma de la siguiente manera:

“...El desarrollo primitivo de la banca que realizaban los romanos se les llamaba “la administración de las públicas” o de los “publicanos”, adoptando también una organización, en la que algunos creen ver el antecedente de las sociedades tal y como las conocemos actualmente, en lo que se llamó sociedades públicas. Hacia el siglo II, antes de Cristo, financiaron instalaciones portuarias, construcciones de vías, puentes y el transporte para aprovisionar a Roma, sobre todo de cereales y de aceite proveniente de Asia y África, llamándoles a los lugares en donde realizaban el comercio y el cambio, “ba-

sílicas”, que eran verdaderos centros de actividad financiera. Los caballeros y todos aquellos que realizaban el comercio dentro de las basílicas romanas, intercambiaban entre ellos informes sobre la solvencia de los deudores y se comunicaban las listas de los clientes morosos o quebrados...⁷

No obstante esta actividad financiera, no fue sino hasta cinco años antes de la Primera Guerra Púnica, que los romanos empezaron a acuñar la moneda. Todas las monedas romanas sufrieron devaluaciones graduales a partir de la Guerra Púnica y en cierta forma, los romanos permitieron la inflación como una manera natural de multiplicar su moneda. Durante dos siglos, una unidad monetaria sirvió y fue aceptada en todo el Imperio como medio de inversión y para las transacciones comerciales que florecieron como nunca antes en la historia. El sistema bancario llegó a Roma proveniente de la parte oriental de Grecia y estuvo manejado principalmente por griegos y sirios en Italia, en el Oeste y aun en las Galias, en donde las palabras sirio y banquero eran sinónimos.⁸

Los llamados “argentarios” o *argentarii*, se instalaron en tiendas o tabernas; eran personas autorizadas por el estado para llevar a cabo cambios manuales. El Estado les encomendaba, por ejemplo, retirar de la circulación la moneda falsa que aparecía con mucha frecuencia.

Los *argentarii* empezaron a desarrollar la función de la banca en Roma y estaban vigilados por el prefecto de la ciudad, lo que para algunos constituye el antecedente de la vigilancia de la banca por parte del Estado.

Las principales actividades de los *argentarii* se pueden resumir en la práctica de depósitos a la vista, cierta forma de depósitos disponibles mediante documentos a la orden de los propios *argentarii* o de terceros; servicio de caja; préstamos a interés con garantía o sin ella; intervención en subastas y transferencias de dinero entre diferentes partes del Imperio para evitar el transporte material del mismo. Toda vez que la Ley de las Doce Tablas limitaba seriamente las tasas de interés, el préstamo realizado por el procedimiento primitivo del mutuo no podía redituarse intereses; por ello los romanos inventaron una estipulación que originalmente era adyacente al mutuo y que se

⁶ Soriano Cienfuegos, Carlos, *Banca, navegación y otras empresas en el derecho romano*, Porrúa, México, 2007, pp. 43 y 44.

⁷ Acosta Romero, Miguel, *op. cit.*, p. 23.

⁸ Cfr. Acosta Romero, Miguel, *op. cit.*, pp. 24 y 25.

conoció con el nombre de *Phoenus*, mediante la cual se obligaba al deudor a la restitución del capital e intereses al mismo tiempo; es en esa época que también se otorgó un privilegio a los depositantes de los banqueros, para el efecto de que, los depositantes pudieran tomar los suyos antes de que otros acreedores se hicieran pago, realizando también grandes avances en los métodos contables, entre ellos el del libro diario.⁹

Con respecto a los depósitos bancarios que se realizaban, Soriano Cienfuegos ha escrito lo siguiente:

En mi opinión de la doctrina, los primeros depósitos bancarios debieron ser regulados, esto es, encomiendas de guarda y custodia de dinero en arcas o sacos cerrados, de tal suerte que la restitución se efectuaba sobre el mismo objeto confiado, aunque ya desde comienzos del Principado se acentuó la práctica de permitir al banquero el uso de las sumas depositadas, con la correlativa obligación de restituir otro tanto (*tantundem*), e incluso la de pagar intereses por usarlas (*usuræ*). En consecuencia, el depósito bancario abarcaba tres posibilidades básicas: regular, e irregular con o sin causación de intereses, lo cual se corrobora a partir de un pasaje de Ulpiano, 63 ad ed, relacionado con la quiebra del banquero:

Ha parecido bien que al venderse los bienes de un banquero sea preferente, después de los privilegios, la condición de los que ateniéndose a la fe pública depositaron dinero en el banco. Mas no se distinguen de los demás acreedores los que recibieron de los banqueros intereses por el dinero depositado, y con razón: porque una cosa es dar a crédito, y otra depositar. Pero si existieran las monedas, opino que pueden ser reivindicadas por los depositantes, y quien reivindica será preferente a los privilegiados.

En lengua original: *In bonis mensularii vendundis post privilegia potioem eorum causam esse placuit, qui pecunias apud mensam fidem publicam secuti deposuerunt. Sed enim qui depositis nummis usuræ a mensulariis acceperunt ceteris creditoribus non separantur, el merito: aliud est enim credere, aliud deponere. Si tamen nummi exstent, vindicari eos posse puto a depositariis et futurum eum qui vindicat ante privilegia...*¹⁰

⁹ *Ibidem*, p. 24.

¹⁰ Soriano Cienfuegos, Carlos, *op. cit.*, pp. 49 y 50.

Así pues, los banqueros en Roma estaban diseminados por todo el Imperio realizando múltiples operaciones, desde el cambio de moneda, depósitos con intereses y cambio de productos. También negociaban con bienes raíces, colocaban dinero y cobraban deudas.

Igualmente, hacia el año 402 antes de Cristo, aparecen los llamados “*negociatores*”, o negociadores, quienes eran una especie de banqueros privados, semi-usureros y semi-trafficantes, que actuaban en los confines del Imperio Romano y al margen de su esfera de influencia directa. La mayoría de ellos eran judíos. La religión judía prohibía el préstamo con interés entre los judíos, pero estaba autorizado si el deudor era extranjero. Estos negociadores andaban siempre a pie y las monedas las guardaban en un cinturón. Frecuentaban las ferias regionales y los más ricos tenían oficinas permanentes. Cuando una legión romana cambiaba de guarnición, el negociador cerraba su establecimiento. La actividad de los negociadores dio origen a muchas dificultades en la frontera del Imperio, debido a su voracidad y a la forma en que actuaban, por lo que jamás pudieron ser controlados o hacerlos desaparecer. Al pasar de los años, en el siglo IV Roma había dejado de ser una potencia y estaban próximas las épocas de las grandes invasiones del norte.

III. LA EDAD MEDIA

La caída en el año 476 del último emperador romano de Occidente, trajo una serie de consecuencias políticas, iniciándose una era de vacío de poder, que duró aproximadamente once siglos, en donde la estructura del imperio se fue modificando poco a poco y también la actividad bancaria adoptó otras modalidades.

De esta manera, el ejercicio del crédito fue realizado en esta época, principalmente, por los judíos que a pesar de las expulsiones frecuentes, eran todavía numerosos en Galia y en Italia. La Iglesia Cristiana prohibía el préstamo, porque daba origen a la usura, pero esta prohibición no era aplicable a los judíos. También se especializaron en el préstamo sobre prenda, el cual practicaron en Europa Occidental, aproximadamente durante cinco siglos; estas técnicas fueron utilizadas por los propios judíos en siglos posteriores, así como por los lombardos y los franciscanos en los Montes de Piedad.

En la Edad Media aparece una figura que cobró suma importancia por su vasta organización financiera, pero que sin duda resultó en los peores fraudes económicos de la época: “Los Templarios”, quienes sustituyeron a los hebreos en las funciones de los banqueros. Goldschmied hace una buena síntesis del relato de sus orígenes al escribir que su orden fue fundada en el año 1118 por Hugo de Payns y por otros ocho caballeros franceses que habían seguido la Cruzada de Godofredo de Bouillon. Tomaron el nombre de Templarios cuando Baldovino II, Rey de Jerusalén, les asignó un palacio junto al antiguo Templo de Salomón. En el año 1128, el Concilio de Troyes, ante el cual se presentó el Gran Maestro Hugo de Paynes, confirmó la institución de la Orden, estableciéndoles severas reglas. La bula de 1163 confería a los Templarios un puesto privilegiado en la jerarquía eclesiástica: debían formar en oriente la vanguardia de los ejércitos cristianos. Fueron compensados con grandes donaciones y en Oriente llegaron a ser grandes terratenientes. Juan Sin Tierra confió los tesoros de Estado a los Templarios, mismos que acordaron anticipos a la Santa Sede, a los Príncipes, a los particulares y por si fuera poco hasta al rey, recaudando los impuestos, por cuenta de los estados, abriendo caminos y fundando iglesias. Vivían en castillos lujosos llamados “Templos”, en un aislamiento lleno de privilegios y ostentaciones.

Cegados con sus fastos y méritos pasados y orgullosos de los privilegios que consideraban eternos, no se dieron cuenta de que con la caída de Jerusalén, su ciclo histórico había terminado. Circulaban voces extrañas referentes a su avidez y avaricia, a sus malas costumbres, a sus riquezas inexplicables y a misas negras que se celebraban en sus castillos.

Ocupaba el trono de Francia Felipe el Hermoso, quien decidió confiscar todos los bienes de los Templarios, acusándolos de herejía. Fueron arrestados en octubre de 1307 en nombre de la Inquisición y puestos bajo tortura con el hierro y con el fuego. Las inmensas riquezas de los Templarios acabaron en las cajas del rey.¹¹

Otro establecimiento bancario muy conocido en la Edad Media, fue la llamada *Taula de Cambi*, fundado en Barcelona en 1401 como banco público y que tenía, entre otras facultades, la de otorgar financiamientos ilimitados a la municipalidad de Barcelona, siempre

¹¹ Cfr. Goldschmied, Leo, *op. cit.*, pp. 15 y 16.

y cuando las solicitudes de crédito hubieran sido aprobadas por el Consejo de los Cien. Estos préstamos estaban garantizados por cuotas adicionales sobre los impuestos aduanales. Gran parte de la actividad bancaria estaba sujeta en general a concesiones y garantías, pero aunque había bancos públicos, la mayor parte de los mismos estaban en manos de los banqueros privados que tenían administradores y que manejaban operaciones con dinero de los príncipes, de la Curia Papal y de muchas otras corporaciones. En los primeros tiempos hubo graves abusos por el uso del dinero depositado, lo que dio origen a frecuentes quiebras. La banca pública de depósito y de giros se creó en Italia en 1584. Después se desarrollaría en Barcelona y en Francia.

La Edad Media también se caracterizó por haberse iniciado de manera importante la compra venta y el intercambio de artículos. El maestro Rogelio Guzmán Holguín habla acerca de los llamados *campsores*, quienes empezaron a desarrollar sus actividades comerciales en el Mediterráneo:

Se instalaban haciendo uso de un banco y de una mesa en la que colocaban sus libros de registro, pesas y medidas y, cuando fracasaban en sus negocios, eran obligados a romper el banco sobre la mesa para que la gente se enterara de su situación y del riesgo que corría si seguía operando con ellos. De esta práctica proviene la palabra “bancarota”. Luego, los campsores se asociaron entre sí y con las grandes casas comerciales y crearon los llamados “montes”, palabra que significa masa, y que eran propiamente bancos. El más antiguo de ellos es el Monte Vecchio, fundado en Venecia en 1171. Al Monte Vecchio le siguieron, entre otros, los siguientes bancos: en 1401, en Barcelona, el Taula de Canvi; en 1407, el Banco de Valencia; en 1409, en Génova, el Banco de San Jorge; en 1587, en Venecia, el Banco de Rialto; y, en 1609, el Banco de Amsterdam.¹²

Fueron precisamente los bancos que sucedieron al Monte Vecchio, los que dieron lugar al nacimiento de la banca moderna con la aparición, en el año de 1694, del Banco de Inglaterra, mismo que adoptó la forma de lo que hoy conocemos como “banco central”, ya que este nuevo carácter empezó a adoptarse gradualmente por la mayoría de los países. También el Banco de Inglaterra fue el primero

¹² Guzmán Holguín, Rogelio, *Derecho bancario y operaciones de crédito*, Porrúa, 3a. ed., pp. 15 y 16, México, 2008.

en utilizar la figura jurídica del Título de Crédito, a través de lo que hoy conocemos como el cheque, la letra de cambio, las obligaciones y los pagarés.

IV. SIGLOS XVIII A XIX

La evolución de los bancos durante el siglo XVII al XIX fue acelerada y altamente influenciada por la aparición de las instituciones a las que hemos hecho referencia, ya que numerosos bancos en toda Europa se dedicaron al cambio, a la intermediación en el crédito, a la operación masiva del depósito y préstamo y comienza también la emisión del papel moneda que habría de dar lugar al nacimiento de los bancos centrales con el monopolio estatal de emisión de moneda.

En 1609 se fundó en Amsterdam, bajo la garantía del gobierno de dicha ciudad, el Banco de Amsterdam que operaba exclusivamente mediante el depósito de especies metálicas como las monedas y los lingotes. El Banco de Amsterdam desapareció en 1819, año en que fue reemplazado por la Banca Neerlandesa. Copiando el modelo de Amsterdam, se creó en Hamburgo en el año de 1619, un banco de depósitos y pagos, conocido como el Banco de Hamburgo, que adquirió gran reputación en la parte norte de Alemania. Al mismo tiempo, en Venecia, se fundó un banco de depósitos y transferencias llamado *Banco de la Piazza del Rialto*. Este banco se fundó sobre el control y garantía del senado veneciano. Los venecianos procuraron la circulación de los recibos de depósitos, al endosar estos recibos nominativos sobre un modelo uniforme y con pago de interés. Precisamente fue la banca de Venecia que creó para el mundo una nueva forma de moneda: el papel moneda.

De esta manera, en 1694, una ley del Parlamento inglés denominada *The Tonnage Act*, autorizó la fundación de un banco de emisión bajo la denominación de *The Governor and Company of the Bank of England*, o lo que es lo mismo, el Banco de Inglaterra, mismo que en su origen fue un banco de emisión privado que recibía depósitos a intereses. El Banco de Inglaterra ha sido considerado como el primer banco de emisión moderno y que, además de emitir billetes, creó la figura jurídica del descuento. Otra ley del Parlamento, de 1845, prohibió la apertura de nuevos bancos de emisión en Inglaterra. En Francia, el desarrollo de los bancos en el siglo XVIII fue muy amplio,

fundándose el Banco Central que también emitía billetes. Esta Banca Central se convirtió en Banca Real en 1718.

V. DE 1800 A LA ÉPOCA ACTUAL

A partir del siglo XIX, la evolución de los bancos en Europa y en América es importante y así se van fundando en Francia, Alemania e Inglaterra numerosos bancos, entre los que podemos mencionar el Banco de Francia y una serie de bancos especializados; en Inglaterra, bajo la Ley de 1833, en donde se establecieron los llamados *Stock Banks*.

Los bancos principales que continúan hasta nuestros días son: el Westminster Bank; el Midland Bank; Lloyds Bank y el Barclay's Bank; asimismo, los llamados bancos de negocios en Francia fueron organizados a partir de 1837 al igual que los *Merchant Banks* en Inglaterra. En Alemania se fundaron numerosos bancos entre los que se encuentran: el *Schaafhaysenscher Bankverein*, en 1848; el *Diskontogesellschaft*, en 1851 y el *Dresdner Bank*, en 1872. Asimismo, los grandes bancos hipotecarios fueron fundados e iniciados en Alemania bajo el nombre de *Hypothekenbanken* y copiados en Francia hacia 1894.

La evolución de los bancos y de la actividad bancaria en el mundo, a partir del siglo XIX, ha sido muy importante. Ejemplo de ello lo encontramos en Estados Unidos, en donde el sistema bancario se ha desarrollado tanto, que constituye, en nuestros días, uno de los pilares de la economía de ese país. El banco más grande del mundo es precisamente norteamericano: *Bank of America*.

En nuestros días, la evolución de la actividad bancaria en el mundo resulta ser una de las principales plataformas para la planeación y organización económica de la mayoría de los países en el planeta; sin embargo, esto no significa que esta actividad sea la más regulada o supervisada en el ámbito económico de los estados, lo que ha originado que las crisis más severas a nivel mundial sean precisamente de carácter financiero.

Por ello no es de extrañar que los problemas económicos más importantes en la actualidad sean financieros. Economías y empresas que parecían totalmente sólidas pueden derrumbarse prácticamente de manera inmediata y otras que parecían ajenas a ellas pueden contami-

narse rápidamente, en lo que ha dado en llamarse el efecto “contagio”. Todo esto dentro de un contexto globalizado en el que el tránsito de economías nacionales a economías internacionales globales ha resultado exitoso en algunos casos; sin embargo, en otros casos ha resultado un verdadero fracaso debido a la ausencia de reglas claras e institucionales incapaces de imponerlas y hacerlas cumplir.¹³

Precisamente para evitar estos colapsos financieros y derivado de la gran expansión que ha presentado la banca en los últimos años, especialmente a partir del año 2000, en 1988, el Comité de Basilea, compuesto por los gobernadores de los bancos centrales de Alemania, Bélgica, Canadá, España, Estados Unidos, Francia, Italia, Japón, Luxemburgo, Holanda, el Reino Unido, Suecia y Suiza, publicó el primero de los Acuerdos de Basilea, que consiste en un conjunto de recomendaciones alrededor de una idea principal: se trataba de un conjunto de recomendaciones para establecer un capital mínimo que debía tener una entidad bancaria en función de los riesgos que afrontaba.

El acuerdo establecía una definición de “capital regulatorio” compuesto por elementos que se agrupan en dos categorías o “tiers” si cumplen ciertos requisitos de permanencia, de capacidad de absorción de pérdidas y de protección ante quiebra. Este capital debe ser suficiente para hacer frente a los riesgos de crédito, mercado y tipo de cambio. Cada uno de estos riesgos se medía con unos criterios aproximados y sencillos.

Este acuerdo era solamente una recomendación, en donde cada uno de los países signatarios, así como cualquier otro país, quedaba libre de incorporarlo en su ordenamiento regulatorio con las modificaciones que considerase oportunas.

México no fue la excepción en adoptar estas recomendaciones; y de acuerdo con la experiencia internacional, la cual indica que cuando las instituciones de banca múltiple cuentan con problemas de solvencia y se encuentran en proceso de deterioro, las autoridades financieras deben prescribir acciones correctivas tempranas acordes con la magnitud de dicho deterioro. Asimismo, si éstas no son ca-

¹³ Véase Fernández Ruiz, Andrés, *Sistema financiero internacional y su impacto en América Latina*, Gestio Polis, en: <http://www.gestiopolis.com>, vigente al 19 de agosto de 2009.

paces de resolver sus problemas financieros en un plazo razonable, las autoridades deben tomar medidas necesarias para que su salida del mercado financiero se efectúe de manera ordenada, procurando preservar el valor de los activos y evitando en lo posible afectaciones al público usuario, siempre en protección de los intereses del público ahorrador y, en general, del sistema de pagos del país. En esos casos, es común que las autoridades financieras cuenten con facultades para tomar el control y la administración de la institución correspondiente, a fin de determinar e implementar el método para su resolución.

De esta manera, México ha ido adoptando gradualmente las recomendaciones de los Acuerdos de Basilea I y II con la finalidad de prevenir algún colapso en las instituciones de banca múltiple, mismas que constituyen un elemento esencial en su economía. El Instituto para la Protección al Ahorro Bancario de México (IPAB), con base en las recomendaciones mencionadas, junto con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, ha implementado el llamado “Sistema de Acciones Correctivas Tempranas”, mismo que el propio IPAB explica de la siguiente manera:

Con el objeto de fortalecer el marco jurídico vinculado con las instituciones de crédito, en protección de los intereses del público ahorrador y del sistema de pagos del país, en abril de 2004 el Congreso de la Unión aprobó diversas reformas a la Ley de Instituciones de Crédito, estableciéndose una serie de reglas para que dichas instituciones contaran con un marco jurídico más claro en cuanto a la regulación prudencial, a la supervisión y vigilancia, y a su gobierno corporativo.

El objetivo principal de dichas reformas, las cuales fueron publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 16 de junio de 2004, consistió en que las autoridades financieras cuenten con un régimen que les permita detectar oportunamente alguna afectación en los índices que reflejan la estabilidad financiera de los bancos, así como la capacidad de actuar de manera pronta y preventiva. De esta manera, se incorporó a la Ley de Instituciones de Crédito el régimen conocido como “acciones correctivas tempranas”, facultándose a la autoridad supervisora del sistema bancario —la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV)— para clasificar a las instituciones de banca múltiple en cinco categorías según su adecuación a los requerimientos de capitalización exigidos por la ley. Asimismo, se establecieron en ley una serie de medidas que la referida Comisión deberá imponer a las instituciones según el ICAP en que sean clasificadas, sin perjuicio de que dicho Órgano Desconcentrado

cuenta con la atribución de determinar medidas adicionales mediante reglas de carácter general, las cuales fueron emitidas el 3 de diciembre de 2004.

El detonante para requerir a las instituciones de banca múltiple alguna medida correctiva temprana es que su ICAP sea menor al 10%, es decir, que se encuentren en la categoría II; mientras que cuando la institución se encuentre en la última categoría –categoría V–, esto es que cuente con un ICAP menor a 4%, las autoridades se encontrarán obligadas a resolver a la institución.

No obstante que las reformas antes mencionadas constituyeron un avance significativo, con el fin de fortalecer la protección de los intereses del público ahorrador y en general de los acreedores de las instituciones de banca múltiple, y considerando también que, a partir del 31 de diciembre de 2004, conforme al régimen establecido para las obligaciones garantizadas por el Instituto para la Protección al Ahorro Bancario, el monto de dicha garantía quedó restringido hasta por el equivalente a cuatrocientas mil unidades de inversión por persona física o moral, resultaba imperativo realizar modificaciones a la legislación aplicable a las instituciones de banca múltiple que llegaren a presentar problemas que pudieran afectar su estabilidad financiera, a fin de proveer un mecanismo oportuno y adecuado para su resolución.

Así, el 6 de julio de 2006 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* un decreto por el que se modificaron diversas disposiciones de la Ley de Instituciones de Crédito, de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras y de la Ley de Protección al Ahorro Bancario, incorporándose un régimen que permite a las autoridades financieras actuar oportunamente cuando las instituciones de banca múltiple presenten problemas que afecten su estabilidad financiera y solvencia, a fin de evitar el retiro masivo de recursos de dichas instituciones generado por la percepción de inestabilidad en las mismas, estableciéndose además un procedimiento que permita, en su caso, la liquidación eficiente y ordenada de dichas instituciones.

El proceso de resolución de una institución de banca múltiple inicia formalmente cuando su ICAP es igual o menor al 8%; sin embargo, cuando su ICAP es menor o igual al 8% y mayor o igual al 4%, se otorga a la institución una oportunidad de continuar operando bajo el “régimen de operación condicionada”, siempre y cuando cumpla con ciertos requisitos. En el evento de que el ICAP de una institución de banca múltiple sea menor al 4%, dicha institución entrará automáticamente a un proceso de resolución bancaria, con base en métodos preestablecidos en la ley.¹⁴

Desde la fundación del Banco de Inglaterra y la subsecuente aparición de los bancos centrales en todos los países, la regulación de la actividad bancaria y financiera corresponde exclusivamente a los estados, ya que los mismos, a través de sus diversos sistemas jurídicos, se encargan de regular la circulación monetaria, la intermediación, la orientación del crédito y la captación de recursos del público. En el caso de México, así lo establece el artículo 28 de la Ley Suprema.

De esta manera, el pensamiento jurídico en torno a la banca ha ido evolucionando de tal manera que en la época actual es difícil concebir a un sistema bancario que no haya sido influenciado por la llamada “globalización”, misma que ha alcanzado a cubrir gran parte de las economías mundiales; de tal suerte, que muchos países han tenido que adoptar diversas prácticas internacionales para el buen funcionamiento de sus instituciones bancarias, e inclusive prever medidas para evitar el quebranto de las mismas. Sin embargo, estas prácticas internacionales seguramente tendrán que evolucionar aún más, para adecuarse al constante cambio que se ha venido presentando en el sistema financiero internacional, con motivo de la cada vez más evidente unión de idiosincrasias económicas, políticas y sociales. Es el caso del Sistema de Acciones Correctivas Tempranas implementado por México, mismo que si bien es cierto ha resultado en un esquema integral muy eficiente, también lo es que el mismo tendrá que evolucionar para proteger un posible deterioro no solamente de los bancos, sino también de otras entidades financieras, las cuales en los últimos años han tenido una fuerte demanda por el público ahorrador, tales como las sociedades de inversión y las uniones de crédito.

¹⁴ Véase *Instituto para la Protección al Ahorro Bancario*, Resoluciones bancarias, contexto general, en: www.ipab.org.mx, vigente al 19 de agosto de 2009.

BREVES NOTAS
SOBRE EL NUEVO PLAN DE ESTUDIOS
DE LICENCIATURA DE LA ESCUELA
LIBRE DE DERECHO¹

Juan Pablo PAMPILLO BALIÑO

I. *Sentido y estructura.* II. *Generalidades en torno a nuestros planes de estudio históricos.* III. *Antecedentes del Nuevo Plan de Estudios de 2008.* IV. *El diseño del nuevo plan de estudios.* V. *Anexo 1. Tira de Materias (obligatorias, seminarios y optativas).* VI. *Anexo 2. Planes de Estudio Históricos (1913, 1917, 1935, 1949 y 1949 reformado).*

I. SENTIDO Y ESTRUCTURA

El presente artículo pretende dar a conocer a nuestra comunidad escolar –y en general a nuestro foro–, algunos aspectos relevantes del *Nuevo Plan de Estudios para la Licenciatura en Derecho*, que fue aprobado por la Junta General de Profesores de nuestra Escuela en su sesión del 27 de agosto de 2008.²

¹ Una versión anterior de este trabajo fue publicada en Juan Pablo Pampillo Baliño, “El nuevo plan de estudios de licenciatura de la Escuela Libre de Derecho”, en Varios autores, *Temas de Derecho II*, México, Pandecta, Escuela Libre de Derecho, 2009.

² Cabe destacar que el Nuevo Plan de Estudios, que fue aprobado dentro de la referida sesión, ha sido objeto algunos ajustes menores que fueron planteados por la Junta de Profesores a la Junta Directiva. Dichos ajustes están, al momento de redactarse el presente artículo, todavía pendientes de validación final por la Junta General de Profesores. La versión del Nuevo Plan de Estudios que se incluirá en el apartado VI relativo a la tira de materias, es la propuesta final aprobada por la Junta Directiva en sesión del 10 de febrero de 2009, que será presentada en breve a la consideración de la Junta de Profesores.

El conocimiento de nuestros planes de estudio históricos, así como la consideración de la profunda evolución del derecho y su enseñanza durante el siglo XX, constituyen importantes elementos para su mejor comprensión.

Igualmente la descripción de de los antecedentes del actual plan y de los trabajos de la Comisión que se encargó de su preparación, así como la misma exposición de diversos aspectos relativos a su diseño (retos, perfiles, esquema y ejes), nos ofrecen interesantes orientaciones que pueden servir para su mejor aplicación.

Con independencia de los contenidos de cada asignatura considerada en lo particular, el *Nuevo Plan de Estudios* nos propone, desde su misma estructura y articulación, una serie de principios que buscan contribuir a la educación integral de los abogados que egresen de nuestra Escuela, donde a) su preparación jurídico-positiva, b) su formación profesional, c) sus conocimientos sociales y humanísticos, d) sus bases teóricas y empíricas, e) su compromiso ético y f) su discernimiento crítico, les permitan desempeñar con mayor competencia científica y solvencia moral sus futuros quehaceres profesionales.

Con el anterior propósito, a continuación se expondrán algunas consideraciones sobre nuestros planes de estudio históricos, así como los antecedentes, estructura y diseño de nuestro Nuevo Plan.

Finalmente, como anexos al presente estudio, se agregarán las tiras de materias del Plan aprobado en 2008, así como los diferentes planes de estudio históricos que han estado vigentes a lo largo de la historia de nuestra Escuela.

II. GENERALIDADES EN TORNO A NUESTROS PLANES DE ESTUDIO HISTÓRICOS

Nuestra Escuela ha vertebrado sus estudios de licenciatura, a lo largo de sus primeros cien años de vida, a través de cinco diversos planes históricos.³

³ Sobre la historia de nuestra Escuela y de sus planes de estudio, vale la pena consultar los siguientes textos: Jaime del Arenal Fenochio. *Hombres e historia de la Escuela Libre de Derecho*, México, Escuela Libre de Derecho, 1999. Germán Fernández del Castillo, "Noticias históricas sobre la Escuela Libre de Derecho", en *Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho*, núm. 1-12, t. IV, México, Talleres Tipográficos de la EIBP, 1928. Javier Garciadiego, "Los orígenes de la Escuela Libre de Derecho", en *Revista de Investigaciones*

Durante su primer año escolar (1912-1913), en razón de la urgencia de iniciar inmediatamente los cursos tras la fundación de la Escuela en el mes de julio y la imposibilidad de diseñar un plan de estudios propio, la Libre adoptó el plan entonces vigente en la Escuela Nacional de Jurisprudencia.⁴

No obstante, ya desde el siguiente curso lectivo que inició en 1913, nuestra Escuela elaboró su primer Plan de Estudios propio, consistente en 18 materias organizadas dentro de cuatro años obligatorios.⁵

Con el pasar de los años, conforme la evolución del derecho y su enseñanza lo fue recomendando, la Libre adoptó diferentes planes de estudio en los años de 1917, 1935 y 1949, dando cuenta, con la sucesión de los mismos, de su preocupación continua por actualizar su *currícula* académica.

El Plan de Estudios de 1917 extendió la duración de la carrera a cinco años, dentro de los cuales, debían cursarse 21 materias.

El de 1935 igualmente aumentó el número de materias a 28 y lo mismo el de 1949, que en realidad, organizó los estudios de licenciatura realizados dentro de la Escuela hasta el año de 2008.⁶

No obstante que el Plan de Estudios de 1949 estuvo —y está— vigente durante prácticamente 60 años, siendo con mucho el que más tiempo ha estado en vigor durante la vida de nuestra Escuela, debe reconocerse que el mismo fue objeto de varias y significativas reformas, como las de 1950-1952 que introdujeron los seminarios de estudio

Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, núm. 17, México, 1993. Manuel López Medina, "De nuestra septuagenaria historia", en *Escuela Libre de Derecho. 70 Aniversario*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, 1982. Mauricio Oropeza y Segura, "La profesión de abogado y la Escuela Libre de Derecho", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, núm. 11, México, 1987. Enrique Torroella de la Estrada, "Apuntes de historia de la Escuela Libre de Derecho", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, núm. 9, México, 1985. Gustavo R. Velasco, Manuel Sáinz Larrañaga y José Arce Cervantes, "La enseñanza del derecho en la Escuela Libre de México", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, núm. 9, México, 1985.

⁴ Por su especial interés para nosotros, puede consultarse la excelente historia de la Facultad de Derecho de la UNAM que ofrece Lucio Mendieta y Núñez, *Historia de la Facultad de Derecho*, México, UNAM, 1975.

⁵ Sobre este plan, conviene mucho ver a Manuel Herrera y Lasso, *Casa construida sobre roca. La Escuela Libre de Derecho y otros escritos*. Recopilación de Raquel Herrera y Lasso y Jaime del Arenal Fenochio, México, Escuela Libre de Derecho, 2002, pp. 16 y ss.

⁶ Véase *infra* la sección V que contiene las tiras de asignaturas correspondientes.

y de investigación, la de 1974 que creó el preseminario o curso de introducción a la investigación jurídica y varias sucesivas reformas que fueron adicionando diversas materias –hasta llegar al número actual de 37– en los años de 1964, 1985, 1988 y 1994.⁷

IV. ANTECEDENTES DEL NUEVO PLAN DE ESTUDIOS DE 2008

A pesar de la continua actualización del Plan de 1949 y de las sucesivas reformas que le fueron hechas (1950, 1952, 1964, 1974, 1985, 1988 y 1994), la evolución del derecho durante los últimos años –tanto a nivel global como nacional– y el mismo desarrollo de los estudios jurídicos, fueron sugiriendo –cada vez con mayor apremio– la necesidad de traducirlos en un nuevo diseño curricular, que más que agregar, suprimir o reubicar materias específicas, pudiera responder de manera más integral a las nuevas exigencias académicas de nuestra Escuela.⁸

⁷ Sobre las reformas de 1950-1952 y de 1974, relativas a nuestro sistema de seminarios, pueden verse con especial interés los artículos: Manuel López Medina. “Preseminario y seminario de Derecho” en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, núm. 2, México, 1978, “Investigación y difusión jurídicas en la Escuela Libre de Derecho”, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, núm. 4, México, 1980, y “Seminario de Tesis” en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, núm. 5, México, 1981. Confróntese el plan original de 1949 con el reformado vigente en 2008 en el epígrafe V.

⁸ Sobre la evolución del derecho y de la enseñanza jurídica en México existen numerosos trabajos, dentro de los cuales, pueden consultarse en general los siguientes: Héctor Fix-Fierro, Lawrence M. Friedman y Rogelio Pérez Perdomo (eds.), *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, México, UNAM, 2003. Héctor Fix-Zamudio, *Metodología, docencia e investigación jurídicas*, 10a. ed., México, Porrúa, 2002. Juan Abelardo Hernández, Hugo S. Ramírez y Jaime Olaiz. *Nuevos perfiles de la educación jurídica en México*, México, Universidad Panamericana y Porrúa, 2007. Sergio López Ayllón, *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del derecho en México. La encrucijada entre tradición y modernidad*, México, UNAM, 1997. Varios autores, *Alianza por la excelencia académica. La enseñanza del derecho en México. Diagnóstico y propuestas*, México, APEA, ELD, ITMA, UIA, UP y Porrúa, 2007. Jorge Witker (comp.), *Antología de estudios sobre enseñanza del derecho*, México, IJ-UNAM, 1976. La preocupación de nuestra Escuela por el desenvolvimiento del derecho mexicano durante el siglo XX ha sido constante; baste citar a manera de ejemplo las importantes publicaciones en varios volúmenes de sus *Trabajos jurídicos en homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su XXV aniversario*, México, Ed. Polis, 1937 en adelante y la *Evolución del derecho mexicano (1912-1942)*, México, Ed. Jus, 1943, en dos tomos.

Dentro del anterior contexto y a partir de 1992 fueron realizados y comisionados diferentes proyectos, dentro de los cuales merece la pena destacar los que fueron hechos por Fernando Vázquez Pando, por Gisela Oscós Saíd y por Martín Díaz y Díaz, así como los trabajos de una primera comisión de trabajo creada en el año de 1994 bajo la rectoría de Miguel Ángel Hernández Romo.

Para el año de 2004, gracias nuevamente a los trabajos de Gisela Oscós y a la iniciativa del entonces rector Mario A. Becerra Pocoroba, se presentó ante la Junta General de Profesores la propuesta de un nuevo plan de estudios.

Dentro de la sesión de la Junta General de Profesores que recibió la propuesta del rector Becerra, se resolvió la creación de una Comisión de Plan de Estudios para la revisión del proyecto.

Dicha comisión fue integrada por los profesores Ismael Gómez Gordillo, F., Carlos Loperena R., Carlos Müggemburg, F. Jorge Gaxiola M., Pascual Orozco Garibay, Arturo F. Zaldívar y Miguel Alessio Robles.

A lo largo de los cuatro años durante los cuales funcionó la Comisión de Plan de Estudios, no solo revisó y analizó la propuesta del rector Becerra, sino que también consideró varios planes de estudio de diferentes instituciones académicas nacionales y extranjeras, realizando igualmente diversas consultas a los profesores de la Escuela.

Los trabajos de la Comisión fueron presentados en tres diferentes ocasiones a la Junta de Profesores –en los años de 2005, 2006 y 2007–, por lo que su propuesta final, aprobada en 2008, recogió una gran cantidad de observaciones, hechas previamente por nuestro claustro docente.

Las actividades de la Comisión fueron apoyadas en su tiempo por el rector Becerra, así como por su sucesor, Ignacio R. Morales Lechuga, habiéndose designado por la Junta Directiva, para apoyar ejecutivamente a los mismos, al profesor Jaime del Arenal Fenochio, primero, y posteriormente al autor de estas líneas.

Varias veces fueron presentados y enriquecidos los diferentes proyectos de la Comisión por los maestros de la Escuela, no sólo en sesión plenaria de Junta de Profesores, sino también reunidos en colegios especializados por materia durante el año de 2007 y posteriormente, mediante la práctica de una encuesta general.

La versión resultante de los anteriores trabajos y ejercicios fue también enriquecida por el entonces secretario Rafael Estrada Michel, y por la Junta Directiva durante los primeros meses del año 2008.

Finalmente, la Junta Directiva convocó a sesión de la Junta General de Profesores, sostenida el 27 de agosto, para conocer y en su caso aprobar la última propuesta de la Comisión.

Dentro de dicha Junta General de Profesores, el Nuevo Plan de Estudios fue aprobado con algunas observaciones menores, que se espera queden incorporadas definitivamente una vez que sean en su caso refrendadas por la misma los ajustes que le fueron confiados a la Junta Directiva.

Tal y como fue aprobado el Nuevo Plan de Estudios de 2008 deberá entrar en vigor, de manera anual escalonada, a partir del curso lectivo 2009-2010, por lo que su vigencia será alternativa con el actual Plan de Estudios hasta el ciclo escolar 2013-2014 y exclusiva sólo a partir del curso 2014-2015.

Conforme vaya entrando en vigor el Nuevo Plan de Estudios, será necesaria también la aprobación de los contenidos mínimos por materia con el objeto de evitar traslapes, lagunas y repeticiones.

Para tales efectos, el autor de las presentes líneas ha presentado diversos proyectos que deberán ser aprobados por los profesores y los colegios de docentes, en estricto respeto al principio de libertad de cátedra que rige en nuestra Escuela.

V. DISEÑO DEL NUEVO PLAN DE ESTUDIOS

Una comprensión adecuada para la futura aplicación del *Nuevo Plan de Estudios para la Licenciatura en Derecho* de nuestra Escuela, requiere por lo menos de la consideración de los siguientes aspectos, que fueron fundamentales dentro de los trabajos de la Comisión:

1. Los retos de la enseñanza jurídica.
2. El perfil del abogado.
3. El enfoque general.
4. El diseño de los seminarios.
5. La estructuración a partir de ejes.

En relación con los “retos” a los que se enfrenta la enseñanza del derecho en nuestro tiempo, bastaría con indicar los profundos cambios jurídicos –filosóficos, científicos y prácticos– que han venido sucediéndose en los últimos años.⁹

En efecto, la crisis del Estado-nación y los fenómenos de la globalización y la integración regional, son nuevas realidades que afectan al derecho. Por añadidura, puede decirse que la aparición de nuevas formas de convivencia en todos los órdenes –piénsese, por ejemplo, en el ámbito de la familia– ha promovido también importantes cambios en muchas asignaturas jurídicas. El mismo desenvolvimiento de la economía durante los últimos años, trae consigo una reflexión de fondo sobre una gran diversidad de figuras jurídicas, que afectan a la propiedad intelectual, al régimen financiero y al medioambiente, por sólo citar tres ejemplos.¹⁰

Precisamente dentro del anterior contexto general, el Nuevo Plan de Estudios fue estructurado a partir de la definición de un ‘perfil de egreso’ específico, buscando que los abogados de la Escuela fueran

⁹ Del particular me he ocupado en *Historia general del derecho*, México, Ed. Oxford, 2008, en la cuarta y la quinta parte.

¹⁰ La literatura en torno a dichos cambios es prácticamente inabarcable. A manera de ejemplo –puesto que se trata de un tema al que me he venido dedicando durante los últimos años– se pueden citar, entre muchos otros textos necesarios para el entendimiento del fenómeno de la globalización jurídica, en sus diferentes aspectos económicos, políticos y sociales, los siguientes: Jorge Basave *et al.* (coords.), *Globalización y alternativas incluyentes para el siglo XXI*, México, Facultad de Economía de la UNAM y UAM, 2002; Zygmunt Barman, *La globalización. Consecuencias humanas*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006; Ulrico Beck, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Barcelona, Paidós, 1998; Juan Ramón Capella, *Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del Estado*, Madrid, 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 la Dehesa, *Comprender la globalización*, 3a. ed., Madrid, Alianza Editorial, 2007; Xavier Díez de Urduvia Fernández, *El Estado en el contexto global*, México, Porrúa, Universidad Anáhuac, 2008; José Eduardo Faria, *El derecho en la economía globalizada. La tercera vía. La renovación de la socialdemocracia*, México, Taurus, 1999; Carlos Lema, Madrid, Trotta, 2001; 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*, Barcelona, Planeta, 2002; Joseph E. Stiglitz, *El malestar en la globalización*, México, Taurus, 2002; Danilo Zolo, *Los señores de la paz. Una crítica del globalismo jurídico*, Madrid, Dykinson, 2005.

formados adecuadamente como operadores jurídicos eficaces y responsables, capaces de desarrollarse en los más diversos ámbitos profesionales concretos (asesoría, litigio, servicio público, judicatura, etcétera).

La definición de dicho perfil partió de la necesidad de mantener una de las más reconocidas fortalezas de nuestra Escuela, el dominio de sus egresados del derecho positivo, reforzando a su vez su formación teórica –científica y metodológica–, empírica, humanístico-social y ética, sin dejar de enfatizar la importancia que reviste el desarrollar habilidades para la práctica y la investigación.

Partiendo del anterior perfil deseado para los egresados de la Escuela, se definió un “enfoque general”.

En primer lugar se resolvió no suprimir, sino aumentar el número de las materias, procurando no incrementar tampoco la carga académica efectiva anual.

Para ello, retomando una tradición vigente, se establecieron asignaturas semestrales (de 64 horas) junto con las materias anuales (de 102 horas).

Se adicionaron así ocho materias obligatorias, para quedar un total de 31 materias anuales y 15 semestrales obligatorias, incrementándose sin embargo, de manera mínima, la carga académica efectiva anual.

Un segundo aspecto significativo del anterior enfoque general consistió en darle una mayor flexibilidad a los estudios de licenciatura, propiciando a su vez una formación electiva individualizada para cada alumno.

Se decidió así ampliar el número de las materias optativas –de 10 a 25– extendiendo a partir del tercer año de la carrera la posibilidad de cursarlas. Adicionalmente, la Comisión decidió robustecer el sistema de seminarios vigente desde los años cincuenta.

En relación con ese último punto, es oportuno destacar que el “rediseño de los seminarios” tuvo una especial significación dentro de los trabajos de la Comisión, así como en el planteamiento del nuevo plan de estudios.

El rediseño de los seminarios partió de una renovada consideración de su importancia como un espacio privilegiado de formación que debe confiarse a los profesores más competentes y a los practicantes más experimentados.

Los seminarios deben tender –dentro de su actual concepción– al desarrollo de habilidades para el planteamiento y solución de problemas jurídicos. Por ello, el aprendizaje y aplicación del método del caso será crucial, buscando una aproximación multidisciplinaria a los problemas jurídicos –incluyendo la consideración de los aspectos metajurídicos de los mismos– procurando desarrollar igualmente habilidades de argumentación oral y expresión escrita por parte de los alumnos.¹¹

Finalmente, la estructuración del plan de estudios se hizo vertebrando las asignaturas a través de “ejes temáticos”.

En efecto, con el propósito de asegurar el perfil del egresado previamente definido, dentro del contexto descrito, asegurando la viabilidad del esquema general por lo que hace a la mayor flexibilidad y versatilidad de la formación profesional de los estudiantes, fortaleciendo a su vez el sistema de seminarios, el plan buscó estructurar todas las materias (obligatorias, optativas y seminarios) en torno a cuatro ejes fundamentales: 1) Normativo-Positivo, 2) Formación Profesional, 3) Teórico (normativo y empírico), y 4) Crítico y Valorativo.

El eje normativo positivo tiende a consolidar la fortaleza de los egresados de la Escuela en el manejo de la normatividad vigente, si bien, buscó también llenar algunas lagunas en su estudio (derecho procesal constitucional, contratos mercantiles, y derecho procesal mercantil, entre otras materias).

El eje de formación profesional, dentro del cual entran el sistema de seminarios y las materias optativas, buscó darle mayor versatilidad al plan para acomodarse a la peculiar vocación e inquietudes de los estudiantes, así como desarrollar sus habilidades para el estudio de casos y la investigación. Se aumentó el número de asignaturas que podrán ser cursadas, añadiendo a su vez un espacio abierto para las novedades jurídicas bajo el rubro genérico de “optativa variable”.

Por su parte, el eje teórico (normativo y empírico) se propone reforzar la comprensión científica del derecho, tanto en sus aspectos teórico-especulativos, como en los empírico-fácticos. Una importante aportación del nuevo plan dentro de este eje fue la de procurar ofrecer una perspectiva más completa del derecho dentro de la realidad social, extendiendo también el estudio de la secuencia Derecho Ro-

¹¹ Cfr. López Medina, véase *supra* nota 5.

mano-Historia General del Derecho-Historia del Derecho Patrio, con la nueva materia de Sistemas Jurídicos Contemporáneos y Derecho Comparado.

Finalmente, el eje crítico-valorativo busca suscitar la apreciación de las condicionantes socioeconómicas y políticas del derecho, promover mediante la enseñanza clínica una mayor sensibilidad y compromiso social de los estudiantes y procurar la formación ética y valorativa de los egresados de la Escuela junto con sólidas bases de conocimiento filosófico jurídico.

A partir de los anteriores ejes, el Plan de Estudios se estructuró en las materias que lo integran, quedando conformado por las que aparecen en la tira de materias que aparece en el siguiente epígrafe.

VI. PRIMER ANEXO: TIRA DE MATERIAS DEL NUEVO PLAN DE ESTUDIOS 2008
(OBLIGATORIAS, SEMINARIOS Y OPTATIVAS)

Primer año	Segundo año	Tercer año	Cuarto año	Quinto año
8 mat. Carga real: 6.5	9 mat. Carga real 8	9 mat. Carga real 8	9 mat. Carga real 7.5	10 mat. Carga real 7.5
Derecho Civil: Personas y Familia	Derecho Civil: Obligaciones	Derecho Civil: Contratos Civiles	Derecho Civil: Sucesiones (S)	Derecho Internacional Privado
Derecho Civil: Bienes (S)	Deontología Jurídica (S)	Derecho Mercantil I	Derecho Mercantil II (contratos, títulos y operaciones)	Derecho Administrativo y Económico
Introducción al Derecho	Teoría general del proceso	Derecho Constitucional	Teoría del Derecho Argumentación Jurídica, Teoría y Técnicas	Derecho Fiscal
Derecho Romano I	Derecho Penal I (Parte General y Teoría)	Derecho Procesal civil y Mercantil	Derecho Administrativo (Parte General y Procedimientos)	Derecho Concursal (S)
Sociología	Teoría Gral. del Derecho	Derecho Penal II	Derecho Internacional Público	Derecho Financiero
Análisis de problemas socioeconómicos selectos (S)	Historia Gral. del Derecho	Derechos Fundamentales	Derecho Procesal Constitucional	Derecho Comparado (S)
	Derecho Romano II (S)	Historia del Derecho en México	Derecho Procesal Penal	Filosofía del Derecho
	Derecho Laboral	Un seminario y una optativa (S)	Un seminario y una optativa (S)	Un seminario y dos optativas (S)
	Teoría política y constitucional	Seminarios	Seminarios	Seminarios
Economía Política		Civil: temas prácticos de a) Familia y Personas b) Bienes c) Obligaciones	Civil (elaboración y negociación de Contratos)	Civil (diseño y elaboración de instrumentos y trámites sucesorios)
Métodos y Técnicas de Investigación Jurídica (S)			Procesal Civil y Mercantil; litigio y causahabencias	Procesal Civil y Mercantil

Continúa...

...continuación

Primer año	Segundo año	Tercer año	Cuarto año	Quinto año
8 mat. Carga real: 6.5	9 mat. Carga real 8	9 mat. Carga real 8	9 mat. Carga real 7.5	10 mat. Carga real 7.5
		Procesal Penal	Mercantil (diseño y elaboración de actos societarios, negociación, litigio) Penal (sustantivo y adjetivo)	Mercantil (diseño, negociación, ejecución y redacción de títulos y operaciones de crédito y litigio) Penal (sustantivo y adjetivo)
		Resolución de dilemas éticos en el ejercicio profesional Teoría Política	Derecho Electoral (sustantivo y procesal)	Derecho Procesal Constitucional
		Práctica Jurisdiccional (análisis de casos, diseño, justificación y elaboración de resoluciones)	Derecho Constitucional Técnica Legislativa	Derecho Laboral Derecho Internacional Público
		Optativas	Seminario de Tesis	Seminario de Tesis
		Contabilidad y Finanzas	Optativas	Optativas
		Criminología y Criminológica	Régimen de los Recursos Naturales y Derecho Ambiental	Derecho Aduanero, Comercio Ext. y Tratados de Libre Comercio
		Sistemas Políticos Contemporáneos	Derecho Notarial, Correduría y Registral	Derecho Minero
		Medios Alternativos de Solución de Controversias	Propiedad Intelectual	Competencia Económica
			Derecho Electoral y Parlamentario	Seguros y Fianzas

Optativa Variable	Seguridad Social Optativa Variable	Inglés Jurídico Régimen Financiero del Estado Derecho Bursátil Temas selectos de Derecho Constitucional Derecho de las Telecomunicaciones Régimen Jurídico de la Propiedad Inmueble (social, pública y privada)* Delitos Especiales, Federales y Derecho Penal Internacional Derecho Marítimo Optativa Variable
-------------------	---------------------------------------	---

VII. SEGUNDO ANEXO: PLANES DE ESTUDIOS HISTÓRICOS
(1913, 1917, 1935, 1949 Y 1949 REFORMADO)

Plan de Estudios 1913

Curso lectivo							
1er. Año	Primer Curso de Derecho Civil	Sociología				Prologónomos de Derecho y Derecho Constitucional	
2° Año	Segundo Curso de Derecho Civil	Primer Curso de Derecho Penal y de Procedimientos Penales	Primer Curso de Procedimientos Civiles			Curso Teórico de Economía Política	
3er. Año	Tercer Curso de Derecho Civil Derecho Internacional Privado	Segundo Curso de Derecho Penal y Procedimientos Penales	Segundo Curso de Procedimientos Civiles Derecho Internacional Público			Economía Política Aplicada	
4° Año	Derecho Mercantil	Curso Superior de Derecho Constitucional	Derecho Administrativo			Sintesis del Derecho	Casos Selectos

Primer año

Segundo año

Tercer año

Cuarto año

Total

4 materias

4 materias

5 materias

5 materias

18

Plan de Estudios 1917

Curso lectivo							
1° Año	Primer Curso de Derecho Civil					Primer Curso de Economía Política	
2° Año	Segundo Curso de Derecho Civil					Segundo Curso de Economía Política	
3° Año	Tercer Curso de Derecho Civil	Curso Teórico de Procedimientos Civiles					
4° Año	Derecho Mercantil	Curso Práctico de Procedimientos Civiles	Derecho Internacional Público				
5° Año	Derecho Constitucional	Derecho Administrativo	Derecho Internacional Privado			Filosofía del Derecho	Casos Selectos

Primer año

Segundo año

Tercer año

Cuarto año

Quinto año

Total:

3 materias

3 materias

4 materias

4 materias

7 materias

21 materias

Plan de Estudios 1935

Curso lectivo	Primer Curso de Derecho Civil											
1° Año	Segundo Curso de Derecho Civil	Derecho Público (Ciencia Política)	Derecho Penal									
2° Año	Curso Especial de Derecho Civil (cosas)	Primer Curso de Derecho Constitucional	Derecho Penal									
3° Año	Tercer Curso de Derecho Civil (Obligaciones y Contratos)	Segundo Curso de Derecho Constitucional	Derecho Penal									
4° Año		Primer Curso de Derecho Administrativo	Derecho Industrial (Legislación Social)									
5° Año		Segundo Curso de Derecho Administrativo	Derecho Industrial (Legislación Social)									

Primer año
 Segundo año
 Tercer año
 Cuarto año
 Quinto año
 Total:

5 materias
 7 materias
 6 materias
 5 materias
 5 materias
 28 materias

Plan de Estudios 1949

Curso lectivo	Primer Curso de Derecho Civil											
1° Año	Segundo Curso de Derecho Civil	Primer Curso de Derecho Penal	Primer Curso de Derecho Procesal Civil									
2° Año	Tercer Curso de Derecho Civil (Obligaciones y Contratos)	Segundo Curso de Derecho Penal	Segundo Curso de Derecho Procesal Civil									
3° Año	Primer Curso de Derecho Administrativo	Derecho Procesal Penal	Derecho Internacional Público									
4° Año	Segundo Curso de Derecho Administrativo	Derecho Internacional Público	Derecho Privado Internacional									
5° Año		Derecho Fiscal	Derecho Privado									

Primer año
 Segundo año
 Tercer año
 Cuarto año
 Quinto año
 Total:

5 materias
 5 materias
 6 materias
 6 materias
 6 materias
 28 materias

Este Plan de Estudios, con sus modificaciones y reformas de 1950-1952 (Introducción de Seminarios de estudio e investigación), 1974 (creación del preseminario que hoy se conserva como Introducción a la Investigación Jurídica) y 1964, 1985, 1988, 1994 que establecen los cursos de Cuarto Curso de Derecho Civil Sucesiones, a la fecha Deontología Jurídica y a la fecha Derecho Monetario y Bancario, es vigente

DISCURSOS

DISCURSO DEL LIC. FEDERICO JORGE GAXIOLA MORAILA, RECTOR DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO, EN LA CEREMONIA DE INAUGURACIÓN DE CURSOS 2009-2010

Honorable presidium.
Profesores.
Alumnos y ex alumnos de la Escuela Libre de Derecho.
Distinguidos invitados.

Es profundamente grato y emocionante participar en la inauguración del curso lectivo nonagésimo octavo de la Escuela Libre de Derecho transitando hacia el centenario de nuestra comunidad académica y, más importante todavía, avanzando hacia su segundo siglo, que es el tiempo en donde tenemos principalmente puestos la mirada y los esfuerzos.

Hablando de tiempo, con emoción he escuchado aquí a Martín Vivanco a cinco años de haber entrado a la Libre; al profesor Franco a cuarenta de hacerlo; y, si me permiten, ahora me tienen a mí, a treinta exactamente de mi ingreso a ésta, nuestra Escuela... Veo con claridad y emoción cómo el tiempo dentro de la Libre –dentro y fuera de sus muros– ha marcado nuestras vidas; nos convierte en lo que somos. Estamos orgullosos de ser así y de debernos a ella.

Los tiempos han cambiado. El profesor Franco hacía un contraste sobre cómo era México hace cuarenta años. Para aproximarnos a los retos del México de hoy vienen a colación los datos sobre la situación del país que acaba de publicar la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) la semana pasada (datos de julio de 2009).

El diagnóstico es previsible, más o menos fácil de resumir y conocido de todos ustedes. Un problema terrible de desigualdad y una situación de crecimiento negativo; la OCDE se pregunta: ¿por qué? De entre sus varias respuestas, destaca dos causas que me parecen fundamentales para nuestra institución: Estado de Derecho y educación.

La primera causa es, dicho con más precisión un déficit de Estado de Derecho, del Estado Constitucional y Democrático de Derecho. Mientras no tengamos un sistema de justicia accesible y eficaz, tendremos un país éticamente insatisfactorio y un bajo crecimiento con más desigualdad e inseguridad. Se sabe que tenemos desde mucho tiempo atrás un déficit del Estado de Derecho, sin embargo el estudio de la OCDE dice que el problema se ha estado agravando como variable del desarrollo económico durante el decenio 1996-2007. Esto obliga a una nueva reflexión y una diferente actitud de la sociedad y de la comunidad jurídica particularmente.

Por ejemplo, en lo que respecta al entorno institucional de la actividad económica, mientras que el costo de ejecución litigiosa de un contrato en un país desarrollado representa el 6% del valor de la transacción controvertida, en México cuesta el 32% de acuerdo con la OCDE. Esto evidentemente impacta la economía, los precios y nuestra capacidad de atenuar las terribles desigualdades sociales que tenemos.

No hay que soslayar el binomio de desigualdad social e inestabilidad política: la calificación de la OCDE en estabilidad política para México es de menos uno en un rango de menos tres a tres. En desigualdad estamos en la posición quincuagésimo segunda, en una escala de veinte a sesenta.

El segundo problema presentado en el estudio es la educación. Tiene que ver con los alarmantes titulares de los diarios de hoy: 75% de los profesores en activo de la planta de maestros de primaria y secundaria reprobaban exámenes de conocimientos y habilidades didácticas. Necesitamos una respuesta educativa a la altura de los retos. Necesitamos formación de talentos, de capacidades, de conocimiento y de compromiso.

¿Por qué viene todo esto a cuento en la inauguración de este nonagésimo octavo curso lectivo? Porque nuestro reto en la Libre consiste en orientar nuestros esfuerzos educativos como maestros, y nuestra práctica profesional como abogados, a mejorar las variables

normativas, institucionales y de cultura jurídica relacionadas con estos problemas: Estado Constitucional Democrático de Derecho y educación, como lo he dicho: ambas tareas desde las aulas y también desde el ejercicio de la profesión jurídica.

Tenemos algunas cosas a nuestro favor. La primera de ellas es que, a pesar de todo, el derecho en México es más efectivo de lo que ha sido antes en algunos aspectos. Una mayor cantidad de procesos sociales está sujeta al régimen de la ley y las instituciones. Vemos que se puede avanzar y que se avanza. Es el caso de los procesos electorales y los conflictos ambientales, hoy detalladamente regulados y efectivamente arbitrados a través de instituciones jurídicas. Al final del día, el derecho en México es un derecho más potente y en expansión.

Al ser más potente el derecho, es importante definir en manos de quién está el poder jurídico, en manos generosas, comprometidas, patriotas, es una necesidad y una esperanza para nuestro país, para nuestra gente, para nuestros hijos.

Además, el derecho que me tocó estudiar hace treinta años era complejo, pero no se presentaba al alumno ni al jurista suficientemente articulado en sus análisis ni en su aplicación, con consideraciones de carácter teórico y empírico y ético. Hoy en día el jurista una vez más tiene que ser un humanista. Ahora, gracias a los nuevos desarrollos y tendencias de las ciencias jurídicas, tiene mejores oportunidades de conocer científicamente la realidad, además de dominar los sofisticados ordenamientos relevantes; sobre todo tiene mejores posibilidades de conocer y saber argumentar sobre necesidades, problemas, soluciones y valores en la creación y aplicación del derecho; puede ser crítico, asumir compromisos y encarar tareas.

Particularmente destaco de la situación actual el drama del crimen organizado, coincidente con una reforma penal de gran trascendencia, que, para ser útil, para no ser dañina, implica todo un cambio cultural, como bien decía el profesor Franco. Estoy convencido que la implementación de la reforma penal es un reto que tenemos que enfrentar. En la Escuela lo estamos haciendo con todas nuestras fuerzas, en lo que nos corresponde.

En este contexto quiero dar dos mensajes finales. El primero es de agradecimiento a los profesores de la Escuela Libre de Derecho. Son principalmente ellos quienes la hacen posible. La hacen capaz

de los grandes logros que han podido constatarse a lo largo de su casi centenaria historia. Muchas gracias a todos los profesores de la Escuela.

De igual manera, quiero agradecer a la Junta Directiva. La experiencia de formar parte de ella ha sido enriquecedora. Sé bien que lo que mueve en esta Junta a trabajar, a discrepar, a discutir y a encontrar acuerdos es el amor a la Escuela y el interés en la formación de los jóvenes seres humanos que integran nuestra comunidad estudiantil y, con ello, indirectamente, el interés en la construcción de un mejor país mediante el impulso de talento jurídico capaz y comprometido.

En forma especial, muchas gracias a los ex rectores que siempre son una inspiración; que son capaces de regalar un consejo sabio, profundo, siempre oportuno y generoso.

Mi segundo mensaje final es un exhorto a los alumnos. El estudio de la carrera se logra a través del esfuerzo, del desarrollo personal, del conocimiento, del trabajo. Bien vale la juventud consagrada al amor al conocimiento, a la historia, a las humanidades, a las ciencias sociales; consagrada al conocimiento del derecho y de las circunstancias, procesos y valores de los que parte el derecho y que de alguna forma lo constituyen. Vale consagrarla a los compromisos de justicia y de imperio del derecho justo. Bien vale la vida para aprender a entender, respetar y aplicar el derecho como la mejor forma de civilizar la conducta humana, para orientar y organizar el poder y la vida social, para mitigar el inaceptable drama de la sujeción, la violencia y la desigualdad. Vivir no *del derecho* sino *en el derecho y para el derecho*. Hacer así vidas buenas a través de la ciencia jurídica y de la práctica jurídica.

De esta manera, queridos jóvenes, los invito a que, a través de sus estudios y del ejercicio de la carrera jurídica, construyan vidas llenas de libertad, conocimiento, compromiso y sentido. México necesita que hagan grandes sus vidas por medio del derecho.

Con la convicción y la emoción de estos mensajes, tengo el gusto y el honor de declarar inaugurado el nonagésimo octavo curso lectivo de la Escuela Libre de Derecho, correspondiente al año 2009-2010. Enhorabuena.

DISCURSO DEL MINISTRO
FERNANDO FRANCO GONZÁLEZ SALAS
EN LA CEREMONIA DE INAUGURACIÓN
DE CURSOS 2009-2010

Señor Rector.
Señores vocales que integran la Junta Directiva.
Señores ex rectores de nuestra Escuela.
Señor representante del Comité de ex alumnos.
Señor Presidente de la Sociedad de Alumnos.
Distinguidos miembros del presidium.
Profesores y profesoras.
Jóvenes estudiantes.
Señoras y señores.

Es costumbre, y buena costumbre, iniciar este tipo de intervenciones con el agradecimiento de quien se siente honrado por ser invitado a dirigir unas palabras en una gran institución como es la nuestra.

Con la mayor convicción cumplo con esa buena práctica y agradezco a la Junta Directiva y a la Escuela la invitación que me formularon para estar hoy aquí, compartiendo algunas reflexiones con ustedes. Me siento muy honrado.

Después de recibir la convocatoria transmitida por el señor rector, permanecí un tiempo considerando qué tendría que venir a decir a la comunidad de nuestra Escuela, en este inicio de cursos, a cuarenta años de que ingresé por primera vez a ella, y casi transcurrida la primera década del siglo XXI, y estando por realizarse la celebración de nuestro primer centenario.

Pensé: debo hacer algunas referencias de contraste, aisladas y recogidas discrecionalmente, para contextualizar lo que quiero compartir

hoy ante la comunidad de la Escuela Libre de Derecho. Ello es: ¿cuál es nuestra responsabilidad histórica en el México de hoy?

En este contexto comparto con ustedes que cuando llegué al edificio de Basilio Badillo hace casi 40 años, los alumnos escribíamos nuestros trabajos, los más, en máquinas mecánicas; algunos privilegiados, en las eléctricas, que nos maravillaban porque tenían la posibilidad de escribir con distintos tipos de letras y borrar pequeñas frases; una omisión o error grave, particularmente en las mecánicas, podía ser terrible, pues su corrección requería de la repetición completa del trabajo.

Ni que hablar de las computadoras, sólo las grandes empresas o instituciones como la UNAM y el Seguro Social contaban con ellas; máquinas enormes que ocupaban pisos completos, en instalaciones especiales, que mantenían ciertas condiciones ambientales como temperatura y humedad, y se alimentaban, para poder trabajar, de millones de tarjetas que eran perforadas por ejércitos de personal especializado.

Las fotocopadoras no estaban al alcance de los mortales comunes y usábamos el famoso *esténcil* para reproducir a cierta escala los trabajos.

Para obtener información no había de otra; si no contábamos con los libros, leyes o fuentes documentales pertinentes, teníamos que ir personalmente a las bibliotecas o hemerotecas y nos pasábamos largas horas para sacar los datos o citas necesarios. Buscar los antecedentes legislativos de una ley o precepto era un verdadero Vía Crucis.

Era un México de poco más de 48 millones de habitantes; un México de partido absolutamente hegemónico, dominante, algunos lo reputan como un México autoritario y, por tanto, poco plural.

Hoy, el entorno es totalmente distinto al de esos tiempos. Nuestro país no ha sido ajeno a las transformaciones vertiginosas del mundo en estos años. Su globalización e interconexión en todos los órdenes nos ha impactado, en lo bueno y en lo malo.

Los medios de comunicación e información, en particular, y en adición a la radio y la televisión, la computadora e Internet han puesto a nuestro alcance el acceso a una cantidad inimaginable de información, así como facilidades extraordinarias, para, auténticamente en cualquier rincón del mundo, poder trabajar y comunicarnos, sin más instrumento que un pequeño aparato electrónico transportable a

todos lados y que hoy puede ser del tamaño de una mano. Con esos aparatitos no solamente podemos encontrar sin esfuerzo mucha de la información que requerimos, antecedentes legislativos, legislación actualizada, jurisprudencia, inclusive doctrina; además podemos escribir, corregir, editar, copiar textos e imprimirlos en tiempos récord.

En el aspecto demográfico, hoy somos, según cifras oficiales del Consejo Nacional de Población, más de 107 millones de habitantes en nuestro país.

No obstante que el México de hoy es, sin duda, más democrático y plural, que ha crecido, y se ha desarrollado en muchos rubros, sigue enfrentando graves problemas; y algunos de ellos tan graves que ponen en riesgo la consolidación de nuestro Estado de Derecho y la de sus instituciones (por ejemplo, es sumamente doloroso que los mexicanos que se encuentran en pobreza extrema o en pobreza, ahora son más que toda la población existente en nuestro país cuando inicié mis estudios; y también lo es ver como ha permeado el crimen organizado).

Dado que todo ello impacta también al ámbito del derecho, lo importante es que nos debemos preguntar: ¿cuál es el papel que debe jugar la Escuela Libre de Derecho?, ¿cuál es la responsabilidad que nos corresponde?

Es evidente que a nuestra alma máter no le atañe resolver los problemas nacionales; pero sí le toca coadyuvar en ello mediante el logro pleno de los compromisos asumidos por sus fundadores desde el 24 de julio de 1912, y el logro de sus objetivos, ratificados en sus documentos básicos: estatuto y reglamento general, de 19 de octubre de 2005.

De entre ellos, me gustaría resaltar uno, que a mi juicio reviste una singular importancia; esto es, que en los estatutos se reconoce que el objetivo central de la Escuela es lograr la formación de excelencia de sus alumnos y, consecuentemente, de abogados.

¿Cómo lograr esa enseñanza de excelencia?
A mi juicio son varios los factores básicos que deben converger para lograrla, entre ellos, resultan indispensables al menos cuatro, sin que el orden en que los menciono implique priorización alguna respecto de ellos.

Se requiere contar con un programa de estudios adecuado a los nuevos tiempos.

En el estatuto vigente se consignó que los actuales profesores reconocimos esa necesidad dado que, y cito textualmente: "...*Los cambios que se están dando en todo el mundo al comenzar el siglo XXI exigen adaptar o incorporar a la tradición de la Escuela Libre de Derecho y a su programa educativo nuevas materias, enfoques metodológicos distintos, y una organización más actualizada que mantengan la calidad y la competencia tanto de la Escuela como de sus egresados*".

En este aspecto, hoy debemos estar de fiesta en la Escuela, puesto que la generación 2009-2014, que inicia sus estudios, se registró por un excelente nuevo y moderno plan de estudios, mismo que fue aprobado por una mayoría abrumadora de profesores, después de un largo, complejo y no exento de problemas, proceso de elaboración.

Es para mí un excelente plan, en primer lugar, porque mantiene una de las características de la enseñanza del derecho en nuestra Escuela, que la distingue y le ha dado brillo, que es la de buscar el conocimiento a fondo de nuestras leyes por parte del alumno; éste seguirá saliendo de nuestras aulas con una vasta y bien delineada información normativa.

Sumado a ello, el nuevo plan le proporcionará a nuestros estudiantes una base sólida de conocimientos empíricos que le permitirán entender que el derecho tiene dentro de sus fines prioritarios organizar y limitar al poder público, proteger los derechos fundamentales (sean individuales, de clase o colectivos) y a conducir las relaciones y resolver los problemas que se presentan en la sociedad en que debe aplicarse, es decir, que el alumno entienda que el derecho tiene una función social trascendente, por lo que conocer la realidad social y jurídica, nacional e internacional, en la que ejercerá su profesión resulta esencial para la formación del buen abogado; materias como las que se incorporan bajo los rubros de *Análisis de problemas socioeconómicos selectos y Sistemas jurídicos contemporáneos y derecho comparado*, que en conjunción con *Teoría del derecho, Sociología, Economía e Historia del derecho*, sin duda abonan a lograr los objetivos académicos, a efecto de que el estudiante vea al derecho desde su base social y proyectado hacia su compromiso ético.

En esta misma línea, la nueva propuesta refuerza el campo del desarrollo de un intelecto ético y, por ende, el que se desarrolle la

capacidad del educando en el ámbito de la crítica valorativa del derecho y de sus distintas formas de aplicación, como se evidencia con materias como la de *ética y deontología jurídica*, que con las *historias* y la de *filosofía*, buscan ese objetivo.

Otra de las bondades que encuentro en el nuevo plan de estudio, consiste en la incorporación sistemática de diversas materias que le permitirán al alumno generar un sentido teórico y técnico de análisis, como lo es la argumentación jurídica; ello le permitirá salir preparado para lidiar en un foro jurídico en el que es cada vez más importante manejar bien la información, la capacidad de análisis crítico, como la habilidad para argumentar sólidamente la posición que se sostiene (esto, créanme, lo digo por experiencia personal).

Tema que merece comentario especial y por separado es el del abordamiento de la enseñanza del derecho penal, en especial su regulación adjetiva.

A partir de las reformas que el constituyente introdujo, en junio de 2008, a diversos artículos de la Constitución para, entre otros aspectos muy importantes, hacer transitar nuestro sistema a uno reforzadamente acusatorio, contamos con un plazo de ocho años para instaurarlo, de los cuales ya transcurrió desde la fecha de publicación de la reforma más de un año y tres meses; estamos contra reloj para su oportuna y eficaz instrumentación.

Sé que la reforma ha sido motivo de debate y controversia, pero se encuentra ya prevista en nuestro texto fundamental y, en consecuencia, al margen de posiciones y opiniones personales, todos debemos asumirla y respetarla, haciendo lo que nos atañe para que, en el momento en que entre plena e integralmente en vigor, funcione de la mejor manera, en beneficio de México.

Por ello, más allá de lo que son las obligaciones de los poderes y órganos públicos en esta materia, las instituciones que tienen a su cargo la enseñanza del derecho tienen la obligación de formar a los futuros abogados conforme al nuevo marco constitucional y legal penal. El cambio es de gran calado; yo me atrevo a afirmar que no se trata de un cambio nada más de sistema y normas; no; se trata de un cambio de cultura jurídica. Si no lo asumimos así estaremos cometiendo un gran error. Es por ello que celebro que en el nuevo plan de estudios de la Escuela se le esté dando la importancia que merece este tema. Exhorto respetuosamente a los profesores de la materia a

contribuir positivamente en este esfuerzo colectivo para mejorar la justicia penal en México.

En síntesis, estimo que el nuevo plan de estudios es un ejercicio equilibrado en la combinación de las materias obligatorias y seminarios, así como con las materias opcionales al alcance de los alumnos, que le permitirá a la Libre mantenerse a la vanguardia en la formación de abogados, subrayo, de verdaderos abogados, que ha sido su divisa distintiva en la arena, cada vez más competida, de la enseñanza del derecho. Los alumnos saldrán con una sólida formación normativa, con un enfoque teórico práctico, y fuertemente basada en valores y principios éticos, y con una visión humanista.

Seguramente su aplicación mostrará lo que deba ajustarse, pues como toda obra humana debe reconocerse que el plan de estudios es perfectible; pero nace con todos los augurios de ser exitoso. Felicito a todos los que participaron en su impulso y elaboración, en las directivas anteriores de Mario Becerra Pocaroba e Ignacio Lechuga Morales y en la actual.

Otro factor indispensable para lograr la excelencia en la enseñanza del derecho es, no tengo reservas en afirmarlo, un claustro de profesores altamente capacitado y responsable.

Desde su origen la Escuela se ha caracterizado por tener excelentes profesores. Cuando ingresé en el ya lejano enero de 1970, no existía más que el nivel de estudios de licenciatura; poco después se formó el Instituto de Investigaciones Jurídicas, con limitaciones pero con mucho entusiasmo; hoy la Escuela complementa los estudios de licenciatura con postgrados con nivel de especialidad, diplomados y maestría, que se caracterizan también por la alta calidad de sus contenidos y de los profesores que los imparten.

En lo personal sigo soñando con ver el doctorado, bajo el sello de calidad "ELD". Desde 1912 se estableció como norma para la Escuela, ratificada en la cláusula décimo tercera de los estatutos vigentes, que: "los servicios de los profesores serán necesaria e invariablemente gratuitos y personalísimos".

Este precepto encierra dos aspectos fundamentales para la vida de la Escuela. El primero, que los profesores de licenciatura somos una especie de patronato solidario y permanente, dado que renunciamos a cualquier pago en dinero por nuestros servicios, como también lo hicieron quienes nos dieron clases a las generaciones anteriores; pero

no debe perderse de vista que ello deriva de la riqueza que significa la experiencia de trabajar con jóvenes brillantes y entusiastas, así como del intercambio de ideas con el resto del claustro de profesores, además de que el pago que recibimos es mucho mayor, pues consiste en el enorme privilegio de dar clases en la Escuela Libre de Derecho, lo que es oportunidad de, en justa reciprocidad, retribuir a nuestra alma máter por lo mucho que, en su momento, nos dio en sus aulas.

La segunda cuestión a resaltar es que estamos obligados a prestar nuestros servicios de manera personalísima. Esto quiere decir que los profesores lo somos porque se nos reconoce individualmente la calidad y responsabilidad necesarias para ello, lo cual conlleva el compromiso de todos nosotros de mantener ese estándar permanentemente.

El estatuto y el reglamento general vigentes establecen ahora que: "el orden, la disciplina y la dignidad de la Escuela quedan confiados al honor de sus alumnos y maestros". Tengo la convicción de que todos los profesores tenemos que honrar ese mandato, al que nosotros mismos nos adherimos.

De cara a nuestro primer centenario, el cual es justo y legítimo que celebremos con gran júbilo y de la mejor manera, yo comparto con ustedes el deseo de que sea ocasión propicia para refrendar los valores y principios que nos rigen; que reforcemos las bases fundamentales que le han dado a esta Escuela prestigio nacional e internacional y que son norma obligatoria dado que se recogen en nuestro estatuto; entre los más importantes, señalo: mantener como su objeto exclusivo la enseñanza, la investigación y la difusión de las ciencias jurídicas y sus auxiliares, con independencia de todo fin político o credo religioso; mantenerla ajena a cualquier fin lucrativo o preponderantemente económico, y basar su enseñanza en la tradición de libre cátedra y de exigencia, esfuerzo, calidad, excelencia y en el desempeño gratuito de la labor docente por parte de sus profesores. Adicionalmente y de manera subrayada, es indispensable mantenernos unidos como comunidad académica, pues ello ha sido una de las principales condiciones de la fortaleza institucional de nuestra Escuela.

La unidad no significa uniformidad absoluta, la fortaleza de la Escuela también deriva de su pluralidad; pero la pluralidad converge en la unidad cuando, después de los intercambios de opiniones diferentes y los debates sobre los temas importantes, una mayoría,

democráticamente, asume una decisión. Entonces, la verdadera unidad se constituye cuando mayoría y minoría, o minorías, respetan la decisión tomada y la cumplen; ello, independientemente de que los disidentes, por la vía institucional, procuren convencer a la mayoría de la validez de sus argumentos. Así ha sido en la Escuela, estoy seguro de que seguirá siéndolo.

En este contexto, me parece que todos los profesores nos debemos obligar, sin claudicar a nuestro derecho de libertad de cátedra, a que el nuevo plan de estudios se aplique y cumpla puntualmente, lo que no significa que no podamos plantear los problemas o las deficiencias que encontremos, a efecto de que en las instancias correspondientes se hagan los ajustes necesarios.

En lo personal, hoy, aquí, asumo el compromiso de hacer el máximo esfuerzo para cumplir con mi responsabilidad y honrar mi calidad de profesor de la Escuela Libre de Derecho; y de no poder hacerlo por las cargas de trabajo que me impone el cargo que desempeño, ceder el lugar para que otro, igual o quizás mejor calificado que yo, lo haga.

Estimo que otro factor indispensable para lograr la excelencia en la enseñanza del derecho lo es hoy en día la infraestructura tecnológica.

Los avances técnicos y científicos son impresionantes, por su velocidad y profundidad. No es el caso detenerme aquí en describir lo que esto significa para los abogados. Lo que sí sostengo es que las generaciones actuales no pueden prescindir del uso eficiente de estos instrumentos altamente tecnificados de trabajo.

Los alumnos tienen que estar concientes de que uno de los problemas que enfrentarán es el de exceso de información accesible en los medios cibernéticos, ¿cómo discernir qué deben leer?, ¿qué deben consultar?, ¿qué información les es valiosa y cuál no?

Hace tiempo, comentando mis preocupaciones sobre este problema con el señor rector, me hizo favor de enviarme un pasaje de un ilustre mexicano, don Jaime Torres Bodet, del cual comparto con ustedes una parte, dado que expresa mis preocupaciones de mejor manera de lo que yo pudiese hacerlo. Don Jaime escribió: "...*A fuerza de progresos materiales mal asimilados y de datos científicos insuficientemente entendidos, el mundo ha entrado de hecho en periodo de profunda incultura*", y después de señalar que esos avances nos pueden llevar a dejar de pensar, a aceptar ciega y obedientemente un estado de cosas

prefabricado, concluye con una frase devastadora: "*por momentos, la angustia de nuestra era recuerda así la sumisión de la tribu ante los poderes del taumaturgo*".

Parafraseando al intelectual citado, su advertencia debe prevenirnos de caer bajo el poder de la taumaturgia tecnológica, es decir, de pretender que la facultad de realizar prodigios y milagros sustituya a la inteligencia para resolver los problemas que enfrentamos. El contraveneno para esto es la preparación que permite el adecuado manejo de la información, y por ello requiere de la formación en los estudiantes de mentes analíticas y críticas que les permitan seleccionar lo valioso y desechar lo superfluo.

La Escuela ha hecho un gran esfuerzo por que los alumnos tengan a su alcance la infraestructura tecnológica indispensable, pero también para capacitarlos en su uso más eficiente. Me congratulo que el nuevo plan de estudios se ocupe de darle un sentido más amplio a la materia de *Análisis y técnicas de investigación jurídica*, modernizándola y dándole un alcance general para los cinco años de la carrera.

He dejado al final, con todo propósito, el hablar del otro factor que a mi juicio es indispensable que concurra para lograr la excelencia académica: contar con un alumnado comprometido con su obligación de estudiar y prepararse de la mejor manera y para con su honor garantizar el orden y la disciplina en la Escuela.

No me voy a extender en un mensaje para ustedes, mujeres y hombres jóvenes que han escogido abrazar la hermosa, gratificante, profesión de abogado. Los que ya pasaron a segundo o están en años superiores conocen y saben lo que es la Escuela; los de nuevo ingreso sé que tendrán una plática de inducción que resultará mucho mejor que cualquiera que yo pudiera darles, a cargo de nuestro querido amigo y profesor, Mauricio Oropeza y Segura.

Solamente quiero compartir con ustedes, los jóvenes estudiantes, que son, a mi entender, lo más valioso con que cuenta la Escuela Libre de Derecho y el país, algunas reflexiones personales.

Espero que todos ustedes se encuentren aquí por haber decidido libre y voluntariamente llegar a ser abogados. Así me pasó a mí, hace cuarenta años, dado que estaba destinado a ser ingeniero; y no me he arrepentido nunca de esa decisión.

Debo decirles, a quienes llegan por primera vez, que todo lo que les hayan platicado sobre la Escuela tiene algo de cierto; que es muy

difícil, sí lo es; que el plan de estudios es muy pesado, no hay duda; que tiene maestros muy exigentes, así es; que los exámenes son durísimos, a veces lo son; que en ocasiones se cometen injusticias, puede ser; y un largo etcétera.

Podría darles la respuesta a cada una de esas quejas, pero no lo haré. Prefiero decirles que yo, como los demás ex alumnos que estamos aquí, supe y pasé por todo ello, y hoy que tengo el inmerecido privilegio y honor de ocupar un cargo en la más alta magistratura del país, como ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no tengo empacho en decirles que gracias a esta Escuela, a su sistema, y a los extraordinarios maestros que me enseñaron no sólo las ciencias jurídicas, sino el valor ético de nuestra profesión, el humanismo que debe subyacer en su enfoque y concreción, su relación con los problemas sociales y su indispensabilidad para la viabilidad de un Estado democrático constitucional, con justicia social, moderno, pude desarrollarme para llegar hasta ahí.

Piénsenlo bien. Yo no soy, ni mucho menos, el único o mejor ejemplo. Nuestra prestigiada Escuela ha producido, y aquí englobo a hombres y mujeres, estupendos académicos y tratadistas; abogados que han logrado destacar en todos los ámbitos y en todas las actividades a nivel nacional e internacional; legisladores; muchos y muy destacados ministros, magistrados y jueces federales y locales; ha producido dos presidentes de la República, incluyendo al actual, secretarios de estado y altos funcionarios públicos en todos los órdenes de gobierno, y también destacados hombres de negocios. Y por sobre todo, ha generado individuos honorables y responsables. Por algo será.

Reflexiónenlo y sigan adelante en esta Escuela por convicción, por creer en ella, en sus profesores, en su sistema y plan de estudios, no por alguna otra razón. Así, al tiempo, cuando reciban su título de abogado sentirán una gran satisfacción y se encontrarán más que recompensados por los malos ratos sufridos y los esfuerzos que consideren hubiesen realizado en exceso para obtenerlo. Durante su vida profesional también valorarán lo que aquí recibieron y aprendieron.

Soy un convencido de que la concurrencia de los cuatro factores que he mencionado en nuestra alma máter, le garantizan un futuro promisorio de cara a los nuevos tiempos que se viven en el mundo y en nuestro país.

Concluyo mi intervención reiterando que, mientras exista unidad de propósitos esenciales en la comunidad de la Escuela Libre de Derecho, que nos obligue a todos a actuar siempre con altura de miras y anteponiendo los intereses institucionales a cualquier otro, bajo la premisa de reconocer y respetar los valores que la sustentan, y cumpliendo con el paradigma de que alumnos y maestros somos corresponsables en la consecución de sus fines, llegaremos a su primer centenario y a muchos más, con el legítimo orgullo de pertenecer a una gran institución de enseñanza del derecho.

DISCURSO PRONUNCIADO
POR EL LIC. IGNACIO SOTO BORJA,
EN REPRESENTACIÓN DE LA COMUNIDAD
DE EX ALUMNOS DE LA ESCUELA LIBRE
DE DERECHO, EN LA CEREMONIA
DE INAUGURACIÓN DE CURSOS 2009-2010

Sr. Rector de la Escuela Libre de Derecho, Lic. Federico Jorge Gaxiola Moraila.
Sres. ex rectores, Lic. Mario Becerra Pocaroba, Lic. Ignacio Morales Lechuga, Lic. Fausto Rico Álvarez.
Sr. Ministro de la Suprema Corte de Justicia, Fernando Franco González Salas.
Maestros, compañeros de la comunidad estudiantil y ex alumnos.

Quiero compartir con ustedes las siguientes ideas que me han marcado durante mi vida.

En primer lugar, como ex alumno y profesor, los recibimos a ustedes con los brazos abiertos, en este gran día que es un nuevo año lectivo. Ustedes, al seleccionar a esta Escuela están manifestando no tenerle miedo a todo lo que representa este reto. Han hecho, a través de su libertad, el compromiso de alcanzar la excelencia, entendiendo como excelencia lo que excede a lo que es común. Compromiso es uno de los valores que tiene la Escuela Libre de Derecho, y es el punto de unión entre los alumnos y ex alumnos.

Por otra parte, estoy recordando a mi padre que perteneció a la Escuela Libre de Derecho en los años veinte del siglo pasado. Él, al igual que todos ustedes, estaba dispuesto a enfrentar el reto de una escuela difícil, pero además tuvo la agravante de que al terminar sus

estudios, éstos no estaban reconocidos, existía la necesidad de litigar para poder ejercer la profesión. Esto también es compromiso.

El Claustro de Profesores es un claustro que viene a dar su tiempo en forma gratuita, es una vocación de servicio a la comunidad y a la Escuela de la que salieron y a la que se deben. Éste es otro de nuestros valores: servicio.

Nuestra escuela ha sido formadora de abogados universales. No existe un tipo de abogado que prevalezca, entre nuestros egresados tenemos ministros, abogados, notarios, corredores, litigantes, corporativistas, que han triunfado en todas las áreas de la profesión, incluso en la política y en la cultural. Sin embargo, hemos visto que los ex alumnos de esta Escuela han estado desvinculados de la misma, por eso, por medio de la Junta Directiva de la Escuela Libre de Derecho, de la Sociedad de Alumnos y de los representantes de grupo, vamos a establecer un programa de vinculación para que se seleccionen grupos de alumnos con interés específico en las diferentes áreas del derecho y podamos canalizarlos con los ex alumnos que han destacado en su ramo.

¿Cuál es la razón?

En primer lugar, la vinculación. En segundo lugar, facilitar el trabajo de los muchachos para que se relacionen con sus áreas profesionales, a las que normalmente no tendrían fácil acceso. En tercer lugar, que los egresados puedan tener recursos humanos con los cuales sigan desarrollando su actividad profesional.

En México no nos faltan recursos materiales, tenemos muchos y también gran cantidad de recursos humanos, sin embargo, nos encontramos con una constante que es la impunidad, la inseguridad, el crimen organizado, problemas del medio ambiente, problemas de reforma fiscal, incluso reforma laboral, entre otros, que no se han dado.

¿Qué quiere decir esto?, que no son los recursos materiales ni los recursos humanos los que están haciendo falta, sino un sistema jurídico eficaz; en eso es importantísimo tomar conciencia que esto corresponde a los abogados, especialmente a los de esta Escuela, que se distinguen por ser buenos abogados, entonces, vamos a inculcar los valores fundamentales de esta Escuela, que son el compromiso y el servicio.

Debemos tomar en cuenta que el principal problema de nuestro país es de orden jurídico, y que, dentro del orden jurídico, los encargados de resolverlo somos los abogados.

La Escuela tiene un papel muy importante en ese sentido, hemos formado excelentes abogados, pero hay que aclarar que no es bueno aquel abogado que sólo ve por sus propios intereses y por su patrimonio, no es bueno aquél que está buscando los honores; es bueno aquél que tiene espíritu de servicio.

Es muy importante, ante nuestra comunidad y ante nuestro país, procurar un sistema jurídico eficaz y eficiente, por eso los invitamos a que tengan en mente que *el que no vive para servir no sirve para vivir*.

DISCURSO DEL ALUMNO MARTÍN VIVANCO,
PRESIDENTE DE LA SOCIEDAD DE ALUMNOS
DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO,
EN LA CEREMONIA DE INAUGURACIÓN
DE CURSOS 2009-2010

Sr. Rector y abogado Federico Jorge Gaxiola Moraila.
Sres. ex rectores y abogados Ignacio Morales Lechuga, Mario Alberto Becerra Pocaroba, Fausto Rico Álvarez.
Sr. Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Fernando Franco González Salas.
Respetables maestros.
Estimados compañeros.
Amigos todos.

Hace cinco años, estaba en esa esquina presenciando este evento. Cómo han cambiado las cosas. Recuerdo al entonces Presidente de la Sociedad de Alumnos, Carlos Orvañanos Rea, en cuya posición veía tan lejano estar. Recuerdo al rector de esos tiempos, don Mario Becerra Pocaroba, con quien hoy me une un gran amistad, y con cuyo hijo, Mauricio, construí una hermandad. Y recuerdo al maestro que nos honró con unas palabras de bienvenida, don Mauricio Oropeza y Segura, hombre a quien he tenido la oportunidad de conocer y al que es imposible no admirarle el cariño y compromiso que le tiene a esta Escuela.

Todo esto pasó en cinco años. A ustedes, nuevos alumnos también les va a suceder. Por estos motivos; hoy les quiero hacer cinco peticiones.

La primera: fíjense muy bien en las personas que se encuentran a su alrededor; ellos van a ser, junto con ustedes, los arquitectos de su

futuro. Con ellos van a vivir experiencias que los van a unir toda su vida. Esta Escuela hace que te enfrentes a ti mismo, y créanme, no quieren estar solos cuando eso pase. Y no lo van a estar; sin duda, alguien de este auditorio estará ahí para apoyarlos.

La segunda petición: conserven los ideales y las emociones que tienen en este momento. El paso por la carrera de derecho es un camino bastante áspero. Es muy fácil que te pierdas en el trayecto. Les voy a dar el ejemplo más emblemático de esto. A la mayoría de ustedes si hoy les preguntara: ¿qué es la justicia?, o ¿por qué el derecho debe de ser justo?, me darían una respuesta, corta, simple, de sentido común. Sin embargo, conforme uno se va adentrando en la carrera, se da cuenta de que el concepto de justicia es quizá el más complejo del fenómeno jurídico. El riesgo que conlleva esta complejidad es que podemos caer en uno de los más terribles vicios del hombre: la indiferencia ante la injusticia. Les pido, que eviten esto a toda costa. Es cierto que hablar de justicia es difícil, pero en el mundo de hoy, donde tantas atrocidades se cometen día con día, hablar y debatir la idea de justicia es indispensable. Basta leer a John Rawls o el nuevo libro de Amartya Sen para darse cuenta de esto.

La tercera petición es que no caigan en el dogmatismo, no se ciñan a memorizar, aprendan a aprender. El derecho es sobre todo un fenómeno cultural en cuyo centro se encuentra el ser humano.

En una de las mejores clases que tuve en la carrera, nos relataba el maestro la historia de un estudiante preparatoriano que estaba a punto de empezar la carrera de derecho. Él se acerca a un ministro de la Suprema Corte y le pide consejo para prepararse lo mejor posible. El ministro, en vez de recomendarle leer la Constitución, el Código Civil o doctrina jurídica, le dijo: “Lee los clásicos, escucha buena música, ve buen cine, viaja, habla con la gente, aprende la historia del mundo y de tu país”. El mensaje es muy claro: un abogado tiene que ser ante todo un humanista. Y el tratar de entender al ser humano es una tarea inmensa, porque, como bien lo dice Wislawa Szymborska, se nos ha denegado la idiotez de lo perfecto.

La cuarta petición: no le teman al fracaso y no se confundan con el éxito. Como dice Rudyard Kipling: traten a estos dos impostores de igual manera. Hace poco observé varios discursos de graduación. Me llamó la atención que el mensaje más recurrente en todos ellos fue el de los beneficios del fracaso.

El fracaso hace que te desprendas de lo nimio, de lo superfluo, de lo que no es esencial. Es cuando fracasas, que reconoces lo que realmente vale la pena, que puedes dejar de ser otro y empezar a ser tú mismo. Te das cuenta que al día siguiente vuelve a salir el sol, que las personas que realmente te quieren siguen estando ahí y que al liberarte de tantas cadenas ficticias por fin tienes la oportunidad de identificar lo que te apasiona, lo que quieres, lo que amas hacer.

A través del fracaso identificas lo que amas y el éxito llega cuando haces lo que amas todos los días. He ahí una bella ironía.

Y la quinta petición: nunca olviden por qué han llegado a ser lo que son. En África, en la tribu a la que pertenece Nelson Mandela tienen una frase: “Ubuntu”, cuya traducción literal al español es casi mística “yo soy porque tú eres”: todo lo que hacemos, todo lo que somos, es el resultado de la confluencia de otras vidas humanas. Existencia es coexistencia. Por eso, no se alejen de las vidas de los demás, no se desprendan de esa responsabilidad social que en la profesión de abogado es esencial.

Esta frase resalta nuestra humanidad común. Cuando se acabó de descifrar el genoma humano se descubrió que todos nosotros somos genéticamente 99.99% iguales. Hoy, les pido, no dejen que sus vidas giren en torno a ese 0.01% de diferencia. Mejor sean de las personas que piensan que los elementos de humanidad que compartimos son más importantes que nuestras diferencias.

Por último, la frase “yo soy porque tú eres” nos recuerda que hay ciertas personas fundamentales en nuestras vidas, sin las cuales, simplemente, no somos. En mi caso, aquí, en este auditorio, hay algunas: mi madre, mis amigos, mis maestros. Encuentren las suyas y todos los días agradezcan su existencia.